

In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo *de jure condendo*

di **Francesco Cherubini** - *Ricercatore a t. d. di diritto dell'Unione europea, LUISS 'Guido Carli' di Roma.*

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *La premessa 'ontologica' della Corte e le sue declinazioni.* – 2.1. *Le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'UE.* – 2.2 *L'art. 344 TFUE.* – 2.3 *Il meccanismo del secondo convenuto.* – 2.4 *Il previo coinvolgimento della Corte.* – 2.5 *Il controllo in materia di PESC.* – 3. *Una valutazione critica del parere 2/13.* – 3.1 *I rilievi della Corte sulle caratteristiche specifiche e sull'autonomia del diritto dell'Unione.* – 3.2 *Le sue considerazioni sull'art. 344 TFUE.* – 3.3 *Quelle sul meccanismo del secondo convenuto.* – 3.4 *Quelle sul suo previo coinvolgimento.* – 3.5 *Quelle relative alla PESC.* – 4. *Qualche considerazione finale: possibili itinerari per il superamento delle obiezioni della Corte.*

1. Considerazioni introduttive

Il 18 dicembre 2014 la Corte di giustizia dell'Unione europea (UE) ha emesso l'atteso parere 2/13¹ sulla compatibilità con i Trattati della bozza di accordo di adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU). Il parere era stato richiesto dalla Commissione europea sulla base dell'art. 218, par. 11, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale, come noto, conferisce alla pronuncia della Corte un ruolo decisivo ai fini della sorte dell'accordo in quanto, “[i]n caso di parere negativo [...], l'accordo previsto non può entrare in vigore, salvo modifiche dello stesso o revisione dei trattati”.

Il *Draft Revised Agreement (DRA)*² era chiamato ad affrontare una serie di problemi prevalentemente dovuti al fatto che l'Unione, a differenza di tutti i soggetti che, ancora oggi, fanno

¹ Corte di giustizia, parere n. 2/13, *Progetto di accordo internazionale – Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Compatibilità di detto progetto con i Trattati UE e FUE*, del 18 dicembre 2014. Lo stesso giorno è stata resa nota la presa di posizione nel procedimento di parere n. 2/13 dell'Avvocato generale Juliane Kokott, presentata il 13 giugno 2014.

² *Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Fifth Negotiations Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation*

parte della CEDU, non è uno Stato, bensì un'organizzazione internazionale (invero *sui generis*). Al di là di alcune questioni meno problematiche, che pure il DRA risolve, le preoccupazioni maggiori sono in qualche modo evocate dal Protocollo n. 8 allegato ai Trattati³, adottato in occasione del Trattato di Lisbona. Il suo art. 1 afferma che l'accordo di adesione "deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione", precisando rispetto a quali questioni, *in particolare*, tale necessità vada salvaguardata: le "modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea" e l'attribuzione delle responsabilità fra Unione e/o Stati membri, a seconda dei casi⁴. L'art. 2 del medesimo Protocollo, dopo avere ricordato (per la verità, *ad abundantiam*⁵) che l'accordo "deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni", stabilisce che esso debba anche rispettare la posizione di ciascuno Stato membro in relazione a norme della Convenzione cui, per effetto di deroghe, riserve o per essere tali norme contenute in protocolli non ratificati dallo Stato interessato, quest'ultimo non è vincolato⁶. Infine, l'art. 3 del Protocollo n. 8 pone un ulteriore specifico limite che l'accordo deve rispettare: l'art. 344 TFUE, secondo il quale, come noto, la Corte di giustizia gode di una competenza esclusiva relativamente alle controversie fra Stati membri sull'interpretazione o sull'applicazione dei Trattati.

2. La premessa 'ontologica' della Corte e le sue declinazioni

Nel parere 2/13, la Corte individua cinque aspetti del DRA che non soddisfano le esigenze manifestate dal Protocollo n. 8 e, più in generale, derivanti dai Trattati. Dopo avere risolto positivamente la questione della ricevibilità⁷, e prima di dedicarsi a questi aspetti, la Corte formula una lunga e cruciale premessa sulle 'particolarità' dell'adesione⁸. Essa, in primo luogo, identifica la ragione che giustifica la necessità di accompagnare all'adesione dell'UE alcune modifiche della CEDU: quest'ultima è stata 'pensata' per entità statali, mentre "l'Unione, dal punto di vista del

Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, del 10 giugno 2013, p. 4 ss.; il documento è reperibile *online* sul sito www.coe.int. Si accompagna ad esso un *Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (DER)*, *ivi*, p. 16 ss.

³ Protocollo n. 8, relativo all'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE), sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

⁴ Per la precisione, "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".

⁵ Già secondo l'art. 6, par. 2, TUE, infatti, "[t]ale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati".

⁶ L'accordo 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 art. 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della Convenzione europea ai sensi del suo art. 57". La preoccupazione si lega alla necessità di rispettare il riparto di competenze fra Unione e Stati membri: sul punto v. *infra*, par. 2.3.

⁷ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 144 ss.

⁸ *Ivi*, punto 154.

diritto internazionale, non può, per sua stessa natura, essere considerata come uno Stato”⁹. È questa una premessa persino scontata, ma di estrema importanza nella logica da cui muove la Corte di Lussemburgo¹⁰: tale decisiva constatazione, infatti, schiude ad essa la porta per una ricapitolazione degli elementi che collocano il diritto dell’UE in una posizione unica nel panorama del diritto internazionale (l’ordinamento giuridico di nuovo genere di cui si parla per la prima volta nella sentenza *van Gend & Loos*¹¹, che viene puntualmente richiamata nel parere¹²).

Si tratta degli elementi evocati dalle condizioni espressamente poste dall’art. 6, par. 2, del Trattato sull’Unione europea (TUE), dal citato Protocollo n. 8 “e, in maniera più generale, [d]alla carta costituzionale di base dell’Unione che sono i Trattati”¹³. La Corte di giustizia, in proposito, fa riferimento alle caratteristiche relative alla struttura ‘costituzionale’ dell’Unione (in particolare, il principio di attribuzione delle competenze e il quadro istituzionale) e alla natura del diritto dell’Unione (primato sul diritto interno ed effetto diretto di alcune sue norme). “Tali caratteristiche essenziali”, continua la Corte, “hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti”¹⁴: una ‘costruzione giuridica’ che poggia sul denominatore comune del rispetto dei valori di cui all’art. 2 TUE (il quale giustifica la mutua fiducia fra gli Stati membri) e al centro della quale “si collocano proprio i diritti fondamentali”¹⁵.

Dopo avere dunque ricordato gli elementi caratterizzanti di questa costruzione giuridica, al centro della quale vi sono i diritti fondamentali, la Corte di giustizia – ed è questo un secondo passaggio – afferma che l’autonomia che quegli elementi conferiscono a detta costruzione “esige che l’interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita *nell’ambito* della struttura e degli obiettivi dell’Unione”¹⁶.

Questo compito a dir poco cruciale è affidato – ed è questo lo *step* finale – ad un sistema giurisdizionale in cui la stessa Corte affianca i giudici nazionali e la cui ‘chiave di volta’, in particolare, “è costituita dal rinvio pregiudiziale previsto dall’articolo 267 TFUE”¹⁷.

2.1 Le caratteristiche specifiche e l’autonomia del diritto dell’UE

⁹ Ivi, punto 156.

¹⁰ In effetti, vi è chi, come S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: A Christmas Bombshell from the European Court of Justice*, dicembre 2014, www.ukconstitutionallaw.org/blog, ha notato che, “[w]hile such a clear statement may come as a relief to those who fear the growth of the EU into a superstate, what follows in the Opinion amounts to a robust declaration of the autonomy of EU law [...]”. Qualcuno, segnatamente T. LOCK, *Oops! We Did It Again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR*, dicembre 2014, www.verfassungsblog.de, ha visto in ciò “a certain degree of irony”.

¹¹ Corte di giustizia, causa 26/62, *van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, sentenza del 5 febbraio 1963.

¹² Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 157.

¹³ Ivi, punto 163.

¹⁴ Ivi, punto 167.

¹⁵ Ivi, punto 168 ss.

¹⁶ Ivi, punto 170 (corsivo aggiunto).

¹⁷ Ivi, punto 176.

Su queste basi la Corte di giustizia ‘affonda’, inevitabilmente, il proprio giudizio sul DRA, salvandone praticamente quasi nulla. La prima declinazione della premessa fatta dalla Corte riguarda tre aspetti di cui, invero, il DRA non si fa minimamente carico, aspetti accomunati dalla scarsa considerazione nei confronti dell’autonomia del diritto dell’Unione.

Viene in rilievo, innanzitutto, l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, secondo il quale le disposizioni della Carta stessa non impedirebbero *standards* di tutela più elevati nei rispettivi ambiti di applicazione del diritto dell’UE, del diritto internazionale, del diritto convenzionale (di cui siano parte Unione e/o Stati membri, e in particolare della CEDU) e *delle costituzioni degli Stati membri*.

Ebbene, ispirandosi alla necessità di difendere l’autonomia del diritto UE, la Corte di giustizia aveva recentemente affermato, nella sentenza *Melloni*¹⁸, che l’art. 53 della Carta consente l’applicazione di *standards* più elevati (previsti, nel caso di specie, dalla Costituzione spagnola, così come interpretata dal Tribunal Constitucional) “a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”¹⁹. La ricaduta concreta consisteva nell’impossibilità per i giudici spagnoli di rifiutare la consegna di un individuo, in base ad un mandato di arresto europeo, a fronte della necessità di tutelare i diritti fondamentali così come previsti dalla Costituzione spagnola (che, con *standards* più elevati, avrebbe impedito la consegna, mentre quelli imposti dalla Carta dell’Unione l’avrebbero, stando alla Corte di giustizia²⁰, consentita).

Secondo i giudici di Lussemburgo, l’art. 53 della Carta, così come interpretato nella sentenza *Melloni*, andava coordinato con l’art. 53 CEDU, il quale, analogamente, consente l’applicazione di *standards* più elevati ma senza, almeno sulla base dell’attuale versione del DRA, assicurare che tale facoltà “resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla [CEDU], a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione”²¹. In altre parole, la Corte di giustizia pretende dal DRA la garanzia che la clausola contenuta nell’art. 53 CEDU ceda di fronte alle esigenze del diritto dell’UE, così come cede – ma in tal caso sul ‘territorio’ della Corte di Lussemburgo – l’art. 53 della Carta. In assenza di tale garanzia, infatti, collocandosi l’art. 53 CEDU sul ‘territorio’ della Corte EDU, questa potrebbe mettere in discussione “le valutazioni della Corte [di giustizia] relative all’ambito di applicazione sostanziale del diritto dell’Unione, al fine in particolare di stabilire se uno Stato membro sia tenuto a rispettare i

¹⁸ Corte di giustizia, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, sentenza del 26 febbraio 2013. Su di essa v., fra gli altri, M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in questa *Rivista*, gennaio 2013; S. VASSILIOS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2013, p. 229 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, *ivi*, p. 399 ss.

¹⁹ Corte di giustizia, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, *cit.*, punto 60.

²⁰ *Ivi*, punto 47 ss.

²¹ Corte di giustizia, parere n. 2/13, *cit.*, punto 189.

diritti fondamentali dell'Unione"²²; potrebbe, cioè, ribaltare la giurisprudenza *Melloni*, affermando, ad esempio, che i giudici spagnoli *possono*, in virtù dell'art. 53 CEDU, rifiutare la consegna di un mandato di arresto europeo, con buona pace delle esigenze del diritto dell'UE.

Nemmeno è escluso che, rimanendo nell'esempio fornito dal caso *Melloni*, i giudici interni *debbano*, in virtù di altre norme della CEDU (si pensi, in tal caso, al diritto all'equo processo, previsto dal suo art. 6) rifiutare la consegna richiesta. È questo un secondo aspetto che non sfugge alla Corte di giustizia: la necessità di rispettare più elevati *standards* imposti dalla CEDU potrebbe pregiudicare la fiducia reciproca degli Stati membri nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (non a caso, proprio quello interessato dalla sentenza *Melloni*²³). Tale ambito poggia sulla presunzione che, salvo che in circostanze eccezionali, gli Stati membri adottino un medesimo livello di tutela dei diritti fondamentali, "sicché risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione"²⁴.

Si ripropone, qui, la differenza fra quanto imposto dalla appartenenza alla CEDU, da un lato, e all'UE, dall'altro, emblematicamente rappresentata in occasione della applicazione del regolamento Dublino II (che, come noto, fissava i criteri per determinare lo Stato responsabile per l'esame di una richiesta di asilo, anch'esso 'prodotto' dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁵). Già nel noto caso giunto di fronte alla Corte EDU *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, essa non aveva avuto grosse difficoltà a rilevare che la Grecia fosse un territorio 'a rischio': lì, infatti, non vi erano sufficienti garanzie circa l'accesso alla procedura di asilo né in merito all'eventualità che un richiedente non venisse trasferito verso un Paese terzo 'a rischio' (*refoulement* indiretto); come pure, non conformi all'art. 3 CEDU erano le condizioni di detenzione²⁶. Peraltro, quando la Corte di giustizia, qualche

²² Ivi, punto 186.

²³ Che in effetti viene richiamata: ivi, punto 191.

²⁴ Ivi, punto 192.

²⁵ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, in GU L 50 del 25 febbraio 2003. A partire dal 1° gennaio 2014, è stato sostituito dal Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, in GU L 180/31 del 29 giugno 2013 (regolamento Dublino III).

²⁶ Corte europea dei diritti umani, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011, par. 344 ss. Su di essa v. L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo 'par ricochet' o protezione 'par moitié'? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento 'Dublino II'*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 824 ss., e P. MALLIA, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2011, p. 107 ss. Il concetto è stato ribadito di recente nella sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ricorso n. 16643/09, nella quale la Corte EDU ha affermato che, "[s]ans remettre en cause ni le droit dont disposent les États d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration, éventuellement dans le cadre de la coopération bilatérale, ni les obligations découlant de leur appartenance à l'Union européenne, la Cour entend souligner que les difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans la

mese dopo, si è trovata di fronte ad un caso analogo, pur giungendo a conclusioni simili a quelle della Corte EDU, ha sentito il bisogno di precisare che le violazioni cui rischia di essere soggetto il richiedente nel Paese membro di destinazione (quello responsabile dell'esame della domanda in base al regolamento Dublino II) non riguardano *ogni* norma del sistema comune europeo di asilo, ma solo l'ipotesi "in cui si abbia motivo di temere seriamente che sussistono *carenze sistemiche* nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo nello Stato membro competente, che implicino un trattamento inumano o degradante"²⁷. Più recentemente²⁸, tuttavia, la Corte di Strasburgo "ha scartato [...] l'opinione, talvolta costruita sulla base della citata decisione *N.S.*, secondo cui i trasferimenti verso lo Stato competente a esaminare la domanda di asilo possano essere bloccati solo in presenza di una *défaillance* sistemica dell'apparato di asilo di quello Stato"²⁹. In altre parole, essa ha lasciato chiaramente intendere che "l'assenza della *défaillance* in parola [...] non esclude che l'esame della posizione individuale, alla luce della situazione dello Stato di rinvio, possa avere l'effetto di sospendere/bloccare il trasferimento ove questo comporti il rischio di violazione dell'art. 3 CEDU"³⁰.

Tornando al parere 2/13, la Corte teme dunque che i risultati ottenuti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia possano essere compromessi dalla necessità, discendente dalla CEDU, che uno Stato membro operi un controllo *sistematico* sul rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro, laddove, invece, il diritto dell'Unione lo esigerebbe soltanto in casi eccezionali e in relazione a *standards* che cedono di fronte agli equilibri e all'autonomia del diritto dell'Unione. Evidentemente, secondo la Corte, il DRA "non contiene alcuna disposizione intesa a prevenire un'evoluzione in tal senso"³¹.

Un terzo aspetto è, infine, preso in esame in questa prima parte del parere: la Corte di giustizia si preoccupa, infatti, delle possibili ripercussioni che l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla CEDU potrebbe avere nei confronti del meccanismo del rinvio pregiudiziale³². Come noto, tale

gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles" (par. 224).

²⁷ Corte di giustizia, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. et Al. c. Secretary of State for the Home Department et Al.*, sentenza del 21 dicembre 2011, punto 86 (corsivo aggiunto), nella quale la Corte esclude inoltre che "qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro competente si riverberi sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del regolamento n. 343/2003 [Dublino II]", evocando la "ragion d'essere dell'Unione e [...] la realizzazione dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia e, più in particolare, del sistema europeo comune di asilo, fondato sulla fiducia reciproca e su una presunzione di osservanza, da parte degli altri Stati membri, del diritto dell'Unione, segnatamente dei diritti fondamentali" (ivi, punto 82 ss.). Su di essa v. G. CELLAMARE, *Asilo politico: considerata relativa e non assoluta la presunzione di rispetto dei diritti fondamentali*, in *Guida al diritto*, 2012, p. 95 ss., e G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.

²⁸ Corte europea dei diritti umani, *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, sentenza del 4 novembre 2014.

²⁹ Così G. CELLAMARE, *In tema di controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'operare del sistema c.d. di Dublino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 65 ss., specialmente p. 75.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 195 (corsivo aggiunto).

³² Protocollo n. 16 alla CEDU, firmato a Strasburgo il 2 ottobre 2013, reperibile *online* (anche in italiano) sul sito www.echr.coe.int. Essendo questo un Protocollo addizionale, per la sua entrata in vigore non saranno necessarie le

Protocollo (che – è bene ricordarlo – non è ancora in vigore e non è, ovviamente, parte del DRA) introdurrà un meccanismo di attivazione di una procedura consultiva speciale: le più alte giurisdizioni degli Stati membri della CEDU, ove si trovino di fronte a “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli” e “solo nell’ambito di una causa pendente dinanzi” ad esse, avranno la *facoltà* di rivolgersi alla Corte EDU, la quale emetterà un parere non vincolante.

La Corte di Lussemburgo ritiene che tale Protocollo potrebbe, una volta in vigore – si noti – per uno Stato membro dell’Unione europea, “pregiudicare l’autonomia e l’efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale”, in particolare “quando vengano in discussione diritti garantiti dalla Carta che corrispondono a quelli riconosciuti dalla CEDU”³³. Ciò in quanto, di fronte alla Corte di Strasburgo, nell’esercizio di questa funzione consultiva, potrebbe attivarsi la procedura di previo coinvolgimento della Corte di giustizia (v. *infra*, par. 2.3), la quale, a sua volta, eluderebbe il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Il timore della Corte di Lussemburgo, dunque, non è, come poi diremo meglio (v. *infra*, par. 3.1), che la procedura consultiva del Protocollo n. 16 possa ‘sostituire’ il rinvio pregiudiziale, ma che questo possa essere eluso dalla procedura di previo coinvolgimento della Corte di giustizia che potrebbe essere attivata all’interno della procedura consultiva di cui al Protocollo n. 16.

2.2 L’art. 344 TFUE

Più ‘ragionevole’ era ipotizzare che la Corte di giustizia rilevasse una contrarietà del DRA ai Trattati nella misura in cui esso non risolve la questione della natura esclusiva della competenza della Corte stessa in relazione a controversie fra Stati membri sull’interpretazione o applicazione dei Trattati. Il DRA, in effetti, non si pronuncia sull’ultimo dei vincoli espressamente richiamati dal Protocollo n. 8 ai Trattati: secondo il suo art. 3, “[n]essuna disposizione dell’accordo [di adesione] deve avere effetti sull’articolo 344 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea”, il quale, a sua volta, impegna gli Stati membri dell’UE “a non sottoporre una controversia relativa all’interpretazione o all’applicazione dei Trattati [UE] a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal Trattato stesso [*sic*]”. Il riferimento è, naturalmente, all’art. 33 CEDU che predispone uno dei mezzi di attivazione della Corte omonima, e cioè i ricorsi interstatali³⁴: “[o]gni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un’altra Alta Parte contraente”³⁵. Questa norma, da un lato, risulterebbe violata ove uno Stato membro ‘denunciasse’ l’Unione presso la

ratifiche di tutte le parti contraenti della CEDU: secondo il suo art. 8, saranno sufficienti dieci ratifiche (al momento risulta quella di San Marino). Su di esso v. E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.

³³ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 197.

³⁴ Che diverranno *inter-party cases* grazie alla modifica contenuta nell’art. 4 DRA: v. *supra*, nota 6.

³⁵ Si noti che l’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 344 TFUE (‘controversia’) è peraltro differente da quello cui fa riferimento l’art. 33 CEDU (‘inosservanza’). Sulla nozione di controversia si rinvia a U. VILLANI, *Controversie internazionali*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*⁴, vol. IV, Torino, 1989, p. 139 ss.

Corte di Strasburgo, dovendosi ritenere che, in un'ipotesi siffatta, la controversia sarebbe certamente “relativa all'interpretazione o all'applicazione dei Trattati”³⁶; dall'altro, stesso risultato si avrebbe se uno Stato membro portasse di fronte alla Corte EDU un altro Stato membro in materie comunque interessate dal diritto dell'Unione³⁷ (ad esempio, ove la presunta violazione del convenuto si debba alla necessità di attuare norme dell'Unione³⁸).

Una precedente versione del rapporto esplicativo, più ‘generosamente’, spendeva qualche ulteriore considerazione rispetto al problema *de quo*. In questo documento si consegnava al diritto dell'Unione il compito di risolvere il problema³⁹, suggerendo, in maniera invero sibillina, una possibile (e drastica) soluzione: in esso, infatti, si affermava che la CEDU “does not oblige Parties to bring a case against another Party, but merely entitles them to do so”⁴⁰. In altre parole, esso, alludendo alla non obbligatorietà del meccanismo predisposto dall'art. 33 CEDU, pareva indicare la possibilità di vietare del tutto ricorsi come quelli descritti, mettendo al sicuro il rispetto dell'art. 344 TFUE.

Secondo il parere 2/13, l'art. 344 TFUE è espressione della autonomia “del sistema giuridico dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto”, e una “manifestazione specifica”⁴¹ dell'obbligo di leale cooperazione che grava sugli Stati membri *ex art. 4, par. 3, TUE*. Scontato, dunque, che la

³⁶ Sul piano del diritto dell'Unione, in tali casi gli Stati membri avrebbero a disposizione l'azione di annullamento e quella in carenza: sul fatto che si tratti di veri e propri mezzi di soluzione di controversie, v. R. VIRZO, *Le organizzazioni internazionali e la soluzione delle controversie*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 357 ss., specialmente p. 372.

³⁷ Qui, invece, gli Stati membri avrebbero a disposizione la procedura di infrazione e, ove si accordassero con un compromesso, l'art. 273 TFUE.

³⁸ La quale in tal caso, evidentemente, potrebbe finire per partecipare al procedimento in qualità di *co-respondent*. Va notato che il potenziale conflitto vale anche a parti invertite: è possibile, infatti, che le competenze della Corte di giustizia in merito alle controversie sull'interpretazione e sull'applicazione dei Trattati in casi che chiamano in causa norme della CEDU (si pensi ad una procedura di infrazione in cui lo Stato convenuto è accusato, dalla Commissione o da un altro Stato membro, di avere violato norme della CEDU nell'attuazione del diritto dell'UE) collidano con la CEDU. La loro attivazione potrebbe, da una parte, precludere il successivo ricorso individuale alla Corte di Strasburgo per effetto dell'art. 35, par. 2, lett. b), CEDU (“[l]a Corte non accoglie alcun ricorso (...) se: (...) è essenzialmente identico a uno (...) già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi”); dall'altra, costituire una violazione dell'art. 55 CEDU, secondo cui “[l]e Alte Parti contraenti rinunciano reciprocamente, salvo compromesso speciale, ad avvalersi dei trattati, delle convenzioni o delle dichiarazioni tra di esse in vigore allo scopo di sottoporre, mediante ricorso, una controversia nata dall'interpretazione o dall'applicazione della presente Convenzione a una procedura di risoluzione diversa da quelle previste da detta Convenzione”. Per queste ipotesi provvede l'art. 5 DRA: “[p]roceedings before the Court of Justice of the European Union shall be understood as constituting neither procedures of international investigation or settlement within the meaning of Article 35, paragraph 2.b, of the Convention, nor means of dispute settlement within the meaning of Article 55 of the Convention”.

³⁹ “It was noted that internal EU rules would deal with the question whether inter-party applications between EU member States, or between the EU and one of its member States, at least regarding acts adopted in accordance with EU law, should be allowed or not” (*Explanatory Report to the Draft Agreement on the Accession of the EU to the Convention*, in *Sixth Working Meeting of the CDDH Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission*, del 25 febbraio 2011, p. 1 ss., par. 71; il documento è consultabile *online* sul sito www.coe.int).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 201 ss.

possibilità che l'UE o un suo Stato membro presentino un ricorso dinanzi alla Corte EDU, nei termini descritti, “è suscettibile di per sé di pregiudicare la finalità dell’art. 344 TFUE e contrasta inoltre con la natura stessa del diritto dell’Unione, che esige [...] che i rapporti tra gli Stati membri siano disciplinati da tale diritto, con esclusione, se così prescritto da quest’ultimo, di qualsiasi altro diritto”⁴².

In relazione a questa seconda declinazione della premessa da cui i giudici di Lussemburgo muovono, questi ultimi, diversamente che in altri passaggi del parere 2/13, indicano con chiarezza quale sia la soluzione per riportare il DRA nel pieno rispetto dei Trattati: “*soltanto* un’espressa esclusione della competenza della Corte EDU risultante dall’art. 33 della CEDU per eventuali controversie tra gli Stati membri, ovvero tra questi e l’Unione, relative all’applicazione della CEDU nell’ambito di applicazione sostanziale del diritto dell’Unione, sarebbe compatibile con l’art. 344 TFUE”⁴³. Dunque, secondo la Corte di giustizia, vi è un *unico* modo per superare l’obiezione relativa all’art. 344 TFUE: mettere mano all’art. 33 CEDU, amputando in maniera piuttosto significativa la competenza della Corte EDU sugli *inter-party cases* a beneficio della esclusiva competenza della stessa Corte di giustizia.

2.3 Il meccanismo del secondo convenuto

La terza declinazione della premessa ‘ontologica’ fatta dalla Corte investe il meccanismo del *co-respondent*, il quale dovrebbe mettere le regole sul riparto delle competenze fra Unione e Stati membri al riparo da possibili intrusioni della Corte di Strasburgo. Qui il rischio è noto, come del resto lo è la soluzione: vista la particolare situazione dell’Unione e dei suoi Stati membri, la violazione della CEDU potrebbe derivare da una condotta ‘aggregata’, soprattutto (ma non solo) nell’ipotesi in cui vi siano atti dell’UE, a monte, ed altri (di attuazione) degli Stati membri, a valle. In casi del genere, non solo potrebbe non essere agevole individuare, nella fase in cui il procedimento di fronte alla Corte EDU si apre, il potenziale responsabile (cioè, il convenuto)⁴⁴; bensì (e soprattutto), operare questa identificazione con maggior cognizione di causa (al termine del procedimento) significherebbe, in sostanza, entrare nel riparto delle competenze fra Unione e Stati membri⁴⁵, riparto che viene fissato da norme di diritto dell’UE, così come interpretate da una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁶.

Per evitare che ciò avvenga, il DRA offre la soluzione del c.d. secondo convenuto (*co-respondent*): in presenza di indizi del coinvolgimento dell’UE o, a seconda dei casi, dei suoi Stati

⁴² Ivi, punto 212.

⁴³ Ivi, punto 213 (corsivo aggiunto).

⁴⁴ Sul punto v. *infra*, in questo stesso par.

⁴⁵ Autorevole dottrina ha però dubitato che il meccanismo del secondo convenuto sia sempre strettamente necessario per evitare che la Corte EDU entri nel merito della ripartizione di competenze fra l’UE ed i suoi Stati membri: v. G. GAJA, *The ‘Co-respondent Mechanisms’ According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR*, in V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. P. TZEVELEKOS (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Oxford, 2014, p. 341 ss., specialmente p. 345 ss.

⁴⁶ Sul punto v. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*³, Bari, 2013, p. 63 ss.

membri in relazione ad una possibile violazione della CEDU, la prima o i secondi possono affiancare il convenuto principale (rispettivamente, uno Stato membro o l'Unione). Ove la Corte di Strasburgo riscontri una violazione, essa non si soffermerà sulla precisa individuazione del responsabile in quanto lo Stato membro e l'Unione, o questa e i suoi Stati membri, verranno 'condannati' in solido, venendo a loro rimessa l'esatta identificazione del soggetto che dovrà provvedere ad eseguire la sentenza della Corte EDU⁴⁷.

Il *fumus* sul coinvolgimento dell'Unione o, a seconda dei casi, dei suoi Stati membri viene isolato attraverso due alternativi procedimenti: l'art. 3, par. 5, DRA stabilisce che lo *status* di secondo convenuto viene acquisito: i) con l'accettazione della/e parte/i interessata/e (UE o Stati membri) di un invito della Corte EDU, ovvero ii) su decisione di quest'ultima a fronte di una richiesta della/e parte/i interessata/e. Va sottolineato che, nel decidere se ammettere la richiesta, la Corte di Strasburgo "shall assess whether, in the light of the reasons given by the High Contracting Party concerned, it is plausible that the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met". In altre parole, la partecipazione del secondo convenuto nell'ipotesi *sub* i) è condizionata all'invito della Corte di Strasburgo, mentre in quella *sub* ii) non è comunque automatica, dovendo detta Corte valutare se, almeno in linea di massima, ricorrono le condizioni fissate dall'art. 3, paragrafi 2 e 3, DRA.

In merito ad esse, detti paragrafi contengono due ipotesi distinte: se convenuto principale è uno Stato membro (o anche più d'uno), l'UE può essere chiamata in causa, nei modi descritti, se, *prima facie*, la presunta violazione del/i convenuto/i principale/i "calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law [...], notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law"⁴⁸. In altre parole, in questa ipotesi l'UE può essere chiamata in causa in quanto la condotta statale potrebbe esser stata posta in essere per attuare (non necessariamente in maniera vincolata, come l'uso dell'avverbio *notably* mostra⁴⁹) norme di diritto (primario o derivato) dell'UE.

La seconda ipotesi, verosimilmente destinata a realizzarsi con minore frequenza, è invece quella in cui l'Unione è convenuto principale e la violazione di cui è accusata può derivare dall'incompatibilità con la CEDU di norme di diritto primario della stessa UE: in tal caso, infatti, essendo gli Stati membri 'padroni' dei Trattati, non è da escludersi una loro responsabilità. Si pensi all'ipotesi in cui una certa norma dei Trattati affidi all'Unione una competenza la quale poi venga esercitata – anche qui, non necessariamente in modo vincolato⁵⁰ – violando la CEDU: è possibile

⁴⁷ Identificazione che, come segnala A. MIGNOLLI, *Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 541 ss., specialmente p. 557, non sarà comunque priva di problemi.

⁴⁸ Corsivo aggiunto.

⁴⁹ Così A. LIGUORI, *Sul meccanismo di co-respondent previsto nel progetto di accordo per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 174 ss., specialmente p. 187.

⁵⁰ "[...] if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of the Treaty on European

che la ‘sede’ di tale violazione sia proprio nella norma di diritto primario, sicché questa ipotesi di *co-respondency*, da un lato, evita che la Corte EDU indaghi sulla attribuzione della responsabilità fra UE e Stati membri, dall’altra, coinvolgendo questi ultimi in qualità di secondi convenuti, estende l’eventuale ‘condanna’ agli unici soggetti che, di norma, possono mettere mano ai Trattati, modificando la norma incriminata.

A dire il vero, le due ipotesi, come si sarà notato, non sono del tutto speculari: nella prima, infatti, l’Unione può essere chiamata in causa come *co-respondent* per il contrasto con la CEDU di una norma sia di diritto primario, sia di diritto derivato, mentre nella seconda gli Stati membri possono avere stessa sorte unicamente per effetto del coinvolgimento di una norma di diritto primario. Ciò non deve stupire: invero, come pure è stato notato⁵¹, non è speculare (e, coerentemente, non lo sono nemmeno i paragrafi 2 e 3) la paternità delle norme chiamate in causa, in quanto, mentre quelle di diritto derivato sono attribuite solo all’UE, quelle di diritto primario sono attribuite sia agli Stati membri, sia all’UE. In effetti, da un lato, le istituzioni dell’UE partecipano al processo di revisione dei Trattati *ex art. 48 TUE*, mentre, dall’altro, la violazione della CEDU da parte del diritto primario potrebbe derivare da una determinata interpretazione che di esso viene data dalla Corte di giustizia, per cui il coinvolgimento dell’Unione si rende necessario per allineare la ‘sua’ Corte all’interpretazione della Corte EDU⁵².

Del resto, ciò è provato da una variante del meccanismo in esame costituita dal previo coinvolgimento della Corte di giustizia, che può avvenire, infatti, *esclusivamente* nei procedimenti in cui l’Unione viene coinvolta come secondo convenuto⁵³: un intervento preventivo dei giudici di Lussemburgo in via interpretativa (ma non, evidentemente, in via di legittimità) sul diritto primario potrebbe scongiurare una sentenza di ‘condanna’ da parte della Corte EDU, in tal modo rispettandone la natura sussidiaria, come, del resto, anche fuori dalla logica del previo coinvolgimento, un intervento *ex post* potrebbe rendersi necessario (e sufficiente) per eseguire una siffatta sentenza.

Naturalmente, questo meccanismo di previo coinvolgimento della Corte di giustizia potrebbe rivelarsi necessario anche in relazione alla interpretazione e (qui sì) alla legittimità di un atto di diritto derivato (quale, ad esempio, una direttiva) rispetto al quale non si è attivata la competenza pregiudiziale della Corte di Lussemburgo⁵⁴. In entrambi i casi (mancato intervento su norme di

Union, the Treaty on the Functioning of the European Union or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under those instruments” (corsivo aggiunto).

⁵¹ Sul punto, v. A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 551 ss.

⁵² *Ivi*, p. 552.

⁵³ In dottrina c’è chi non ha escluso che il meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia sia, contrariamente a quanto prevede il DRA, necessario anche in specifici casi in cui l’UE sia convenuto principale: v. I. ANRÒ, *Il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nell’ambito del meccanismo del convenuto aggiunto di cui al Progetto di Accordo di adesione dell’Unione europea alla CEDU: problemi e prospettive*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2014, p. 541 ss., specialmente p. 551 ss.

⁵⁴ È noto che i giudici (nazionali) non di ultimo grado non sono obbligati ad emettere un’ordinanza di rinvio pregiudiziale; non lo sono, qui in via di eccezione, nemmeno i giudici di ultimo grado ove la questione sia stata già sottoposta alla Corte di giustizia, o essa abbia già chiarito il punto di diritto con una giurisprudenza consolidata, o si

diritto primario e/o di diritto derivato), la Corte di giustizia può essere rimessa in gioco grazie all'art. 3, par. 6, DRA, secondo cui “sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court”. Si noti che, da un lato, il DRA tace sulla procedura con la quale dovrebbe attivarsi siffatto meccanismo, limitandosi ad imporre che essa si consumi in tempi brevi⁵⁵; dall'altro, la posizione che la Corte di giustizia assumerà, una volta rimessa in gioco, non avrà – non potrebbe essere diversamente – alcuna ricaduta vincolante di fronte alla Corte di Strasburgo⁵⁶, presso la quale riprenderà il procedimento dopo la chiusura dell'incidente di fronte ai giudici di Lussemburgo.

L'istituto del secondo convenuto, comprensivo anche della variante appena descritta, deve essere coordinato con l'espressione procedurale della natura sussidiaria della funzione della CEDU: il previo esaurimento dei ricorsi interni. Infatti, la possibile non conformità alla CEDU della norma di diritto (primario o derivato) dell'UE viene in rilievo in via incidentale, *in occasione* della valutazione che la Corte di Strasburgo opera su una norma o, più in generale, su una condotta in attuazione o esecuzione (dell'UE o di un suo Stato membro): è dunque logico supporre che il ricorrente abbia messo in discussione di fronte ai giudici ‘interni’ (cioè, la Corte di giustizia o quelli nazionali) soltanto la parte a valle della condotta ‘aggregata’ di cui assume la non conformità alla CEDU. Così, l'art. 3, par. 1, DRA modifica l'art. 36 CEDU, introducendovi un nuovo par. 4 secondo cui, fra l'altro, “[t]he admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent in the proceedings”. In altre parole, la Corte EDU valuterà il rispetto delle condizioni di ricevibilità (particolarmente, ma non solo, il previo esaurimento dei ricorsi interni) soltanto in relazione al convenuto o ai convenuti principale/i in quanto, verosimilmente, il ricorrente *non ha potuto* mettere in discussione di fronte alle autorità giudiziarie del secondo convenuto la norma a monte. Ad esempio, ove la condotta di uno Stato chiami in causa una norma di diritto derivato dell'Unione (come quella di una direttiva), è evidente, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, che l'unico ‘mezzo’ a disposizione del ricorrente (il rinvio pregiudiziale) non sia fra quelli... disponibili ai fini dell'applicazione della condizione di ricevibilità costituita dal previo esaurimento; qui, addirittura, il par. 65 del *Draft Explanatory Report* (DER) sottolinea che, “[s]ince the parties to the proceedings before the national courts may only suggest such a reference, this procedure cannot be considered as a legal remedy that an applicant must exhaust before making an application to the Court”. Sull'altro fronte, ove la condotta dell'Unione chiami in causa una norma di diritto primario, a meno di un salvataggio della Corte di giustizia per effetto di una ‘interpretazione conforme’ alla CEDU, non v'è modo per il ricorrente di metterla in discussione di fronte ai giudici dei (futuri) secondi convenuti (gli Stati membri) perché

tratti di un c.d. *acte clair* (ma rispetto a questa ultima ipotesi vi è una qualche incertezza). A ciò deve pure aggiungersi che il giudice nazionale (di qualsivoglia grado) sottopone alla Corte di giustizia solo questioni che ritiene rilevanti per la causa di fronte ad esso pendente: ove, sbagliando, esso non le ritenga tali, il risultato non cambia, venendo la norma *de qua* sottratta al sindacato dei giudici di Lussemburgo. Sul punto v. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 386 ss.

⁵⁵ “The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed”. V. pure DER, par. 69. *Amplius*, I. ANRO, *op. cit.*, p. 553 ss.

⁵⁶ “The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court”; v. pure DER, par. 68.

non esiste un rinvio pregiudiziale ‘al contrario’, che peraltro la Corte di giustizia dovrebbe operare, in linea di massima, verso una corte costituzionale nazionale.

La posizione di secondo convenuto, che peraltro, con modalità analoghe a quelle descritte, può venire meno⁵⁷, ovvero insorgere anche ove il ricorso sia inizialmente diretto in via principale contro l’UE e uno o più fra i suoi Stati membri⁵⁸, comporta, come detto, la responsabilità in solido con il convenuto principale, in caso la Corte EDU accerti una violazione. Tale conseguenza, tuttavia, non è, almeno in linea teorica, l’unica possibile: infatti, la Corte di Strasburgo può decidere, “on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, [...] that only one of them be held responsible”⁵⁹. A tal proposito, il DER sottolinea che la Corte EDU decide *in base alle ragioni fornite dai convenuti* e che, ove diversamente fosse (cioè ove la decisione si basi su altri elementi), vi sarebbe il rischio “that the Court would assess the distribution of competences between the EU and its member States”⁶⁰.

In merito a questo istituto destinato ad essere introdotto dal DRA, il parere individua tre diversi aspetti inidonei a garantire il risultato che esso intende perseguire. Intanto, secondo la Corte di giustizia, uno dei due procedimenti volti ad isolare il *fumus* sul coinvolgimento dell’Unione o, a seconda dei casi, dei suoi Stati membri, previsto dall’art. 3, par. 5, DRA, non escluderebbe la possibilità che la Corte di Strasburgo ‘sconfini’ nel diritto dell’Unione, in particolare proprio nella ripartizione delle competenze. Come detto, la Corte EDU può invitare una parte a divenire secondo convenuto, ovvero la medesima Corte può accettarne la richiesta. Mentre nel primo caso, a seguire il parere 2/13, il meccanismo sarebbe idoneo a preservare l’esigenza di rimettere nelle mani dell’Unione o dei suoi Stati membri la valutazione circa la sussistenza dei presupposti sostanziali per l’attivazione del meccanismo *de quo*⁶¹, nel secondo caso ciò non avverrebbe. A fronte della richiesta di partecipazione in qualità di secondo convenuto, sarà la Corte EDU a valutare se sia plausibile (“the Court shall assess whether [...] it is plausible”⁶²) che le condizioni fissate dall’art.

⁵⁷ V. il par. 59 DER, a mente del quale “[t]he Court may, at any stage of the proceedings, decide to terminate the participation of the co-respondent, particularly if it should receive a joint representation by the respondent and the co-respondent that the criteria for becoming a co-respondent are not (or no longer) met. In the absence of any such decision, the respondent and the co-respondent continue to participate jointly in the case until the proceedings end”.

⁵⁸ “Where an application is directed against and notified to both the European Union and one or more of its member States, the status of any respondent may be changed to that of a co-respondent if the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met” (art. 3, par. 4, DRA).

⁵⁹ V. l’art. 3, par. 7, DRA.

⁶⁰ V. DER, par. 62.

⁶¹ L’invito della Corte EDU, infatti, non è vincolante: ciò, secondo i giudici di Lussemburgo, “riflette non soltanto la circostanza [...] che il ricorso iniziale non viene proposto contro il potenziale convenuto aggiunto e che nessuna Parte contraente potrebbe essere obbligata a divenire parte in causa in una controversia che non sia stata instaurata nei suoi confronti nell’ambito dell’atto introduttivo del giudizio, ma anche *e soprattutto* il fatto che l’Unione e gli Stati membri devono restare liberi di valutare se siano soddisfatte le condizioni sostanziali previste per l’attivazione del meccanismo del convenuto aggiunto [...], condizioni [che] attengono, in sostanza, alle norme del diritto dell’Unione riguardanti la ripartizione delle competenze tra l’Unione stessa e i suoi Stati membri nonché i criteri di imputabilità di un atto o di un’omissione potenzialmente configuranti una violazione della CEDU” (Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 220 ss.; corsivo aggiunto).

⁶² Così l’art. 3, par. 5, DRA.

3, paragrafi 2 e 3, DRA siano soddisfatte. Ciò, ad opinione della Corte di giustizia, non esclude che, “mediante tale controllo, la Corte EDU sarebbe indotta a valutare le norme del diritto dell’Unione che disciplinano la ripartizione delle competenze tra quest’ultima e i suoi Stati membri, nonché i criteri di imputazione degli atti o delle omissioni dei medesimi”⁶³.

La seconda obiezione che la Corte di Lussemburgo muove al DRA riguardo al meccanismo del secondo convenuto ha a che vedere con la diversa posizione degli Stati membri (rispetto a quella dell’UE) verso la CEDU, in particolare per quanto concerne le riserve. Come ricordato sopra, l’art. 2 del Protocollo n. 8 ai Trattati impone un altro vincolo – tale, ovviamente, dal punto di vista del solo diritto dell’Unione – all’accordo di adesione, il quale deve tenere conto della differente posizione degli Stati membri rispetto a quella dell’Unione in relazione alle tre ipotesi che possono dare vita a ‘zone’ di applicazione differenziata: diverso può, infatti, essere il campo di applicazione *ratione personae* in relazione: i) ai Protocolli alla CEDU e ii) alle norme di entrambi (CEDU e suoi Protocolli) per effetto di riserve e/o dell’utilizzo della deroga di cui all’art. 15 CEDU.

Quanto al primo problema, secondo l’art. 1 DRA, l’Unione aderisce alla CEDU e ai suoi Protocolli n. 1 e n. 6, gli unici ad essere stati ratificati da tutti gli Stati membri. In tal modo, è esclusa la possibilità che uno Stato membro possa essere chiamato a rispondere, indirettamente, della violazione di una norma contenuta in un protocollo di cui non è parte. La *ratio* della norma in esame non è volta a prevenire la ‘condanna’ di uno o più Stati membri laddove la differente ‘geografia soggettiva’ si verifichi di fronte alla Corte di Strasburgo: infatti, da un lato, la partecipazione degli Stati membri come *co-respondents* è del tutto volontaria, sicché, ove essi siano chiamati in causa in un procedimento dove convenuto principale è l’UE (l’ipotesi dell’art. 3, par. 2, DRA) per la presunta violazione di una norma contenuta in un protocollo di cui uno o più di essi non sono parte, nulla nel DRA lo/li obbliga a partecipare⁶⁴; dall’altro, ove uno di essi sia chiamato in causa in via principale per la presunta violazione di una norma contenuta in un protocollo cui non ha aderito, difetterebbe alla Corte EDU la competenza *ratione materiae*. Al contrario, la norma previene l’ipotesi in cui uno Stato membro sia chiamato a rispettare, *in attuazione del diritto dell’UE*, norme che non ha accettato (perché, appunto, contenute in un protocollo di cui non è parte). Ove, infatti, l’UE divenga parte di un protocollo di cui non sono parti tutti o alcuni suoi Stati membri, essi si ritroveranno vincolati a rispettarne le norme allorché attueranno il diritto dell’UE⁶⁵.

⁶³ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 224. In dottrina c’è chi aveva già rilevato questo aspetto: v. A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 550.

⁶⁴ Ciò, peraltro, vale anche per l’Unione: la natura volontaria del meccanismo del secondo convenuto scongiura l’eventualità che essa possa ritrovarsi a rispondere, a fianco di un suo Stato membro, della violazione di una norma che non ha accettato. Del resto, il Protocollo n. 8 ai Trattati, nel formulare la norma intesa a salvaguardare posizioni particolari in relazione a Protocolli alla CEDU, riserve e deroga *ex art.* 15 CEDU, menziona unicamente gli Stati membri (e non l’Unione): se la preoccupazione fosse stata quella di prevenire il coinvolgimento degli Stati membri, come *co-respondents*, in situazioni come quelle descritte, allora non ci sarebbe stata ragione di escludere l’Unione, la quale ben potrebbe trovarsi ad affiancare un suo Stato membro in relazione ad una norma che essa non ha accettato, se non fosse – appunto – per la natura volontaria del meccanismo del secondo convenuto.

⁶⁵ È noto che il sindacato che la Corte di giustizia svolge in relazione al rispetto dei diritti umani, oltre a riguardare gli atti delle istituzioni, viene esercitato anche nei confronti degli Stati membri, a condizione che “ci si trovi nelle materie già rientranti nell’ambito del diritto dell’Unione europea”: così U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 47.

Si tratta, invero, di una cautela quasi eccessiva: infatti, lo scenario in cui uno Stato membro debba attuare il diritto UE nel rispetto di diritti fondamentali contenuti in un protocollo alla CEDU cui non ha aderito (avendovi aderito l'Unione) si materializzerebbe solo in relazione a quei diritti che non facciano già parte dell'ordinamento dell'UE (ad esempio, perché contenuti nella Carta⁶⁶). Per quelle norme contenute in Protocolli alla CEDU che riproducano analoghe norme del diritto dell'UE, non si porrebbero, in linea di massima⁶⁷, problemi.

L'ipotesi *sub ii*) non è presa in considerazione dal DRA in maniera specifica, nessuna menzione particolare essendo dedicata all'ipotesi di formulazione di riserve e/o di utilizzo della clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU. Per esse – come, del resto, per l'ipotesi *sub i*) –, vale quanto affermato, in linea di principio, dall'art. 1, par. 3, DRA, secondo cui “[a]ccession to the Convention and the protocols thereto shall impose on the European Union obligations with regard only to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf”. Da ciò dovrebbe discendere, *a contrario*, che gli Stati membri dell'UE non saranno chiamati a rispondere della violazione di norme che non abbiano accettato, sempre nell'ottica della logica nella quale si muove il Protocollo n. 8 ai Trattati (quella di impedire che uno Stato membro sia vincolato a rispettare, *quando attua il diritto dell'Unione*, norme che non ha accettato, in tal caso perché vi ha apposto una riserva o ha utilizzato rispetto ad esse la clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU).

La Corte imposta le proprie obiezioni al meccanismo che dovrebbe garantire il rispetto dell'art. 2 del Protocollo n. 8 ai Trattati sulla base di un'interpretazione diversa da quella che abbiamo poc'anzi proposto: essa, infatti, ritiene – sorprendentemente, come diremo meglio (v. *infra*, par. 3.3) – che la diversa posizione degli Stati membri rispetto ai protocolli e all'uso di riserve o della clausola di deroga vada salvaguardata nel contesto del meccanismo del secondo convenuto. Secondo il parere 2/13, il rischio di un contrasto con il Protocollo n. 8 non sarebbe, in un contesto del genere, sempre escluso: rammentando che secondo l'art. 3, par. 7, DRA, qualora la Corte EDU constati una violazione, “the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation”, la Corte di giustizia ritiene che “[u]na simile conseguenza [...] si pone in contrasto con l'art. 2 del Protocollo n. 8 UE, in forza del quale l'accordo di adesione deve garantire che nessuna delle sue disposizioni incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della CEDU e, segnatamente, in relazione alle riserve formulate riguardo a quest'ultima”. Quindi, secondo la Corte, da un lato, il rischio che il DRA contravvenga a quanto richiesto da detto art. 2 non sarebbe ipotizzabile negli altri due casi in cui si può determinare una diversa ‘geografia

⁶⁶ Ciò, evidentemente, non vale per Polonia e Regno Unito per effetto del Protocollo n. 30 ai Trattati: per essi, dunque, il rischio che l'art. 1 DRA elimini sarebbe maggiore.

⁶⁷ In effetti, in questi casi di sovrapposizione, non è scontato che la norma della CEDU abbia la stessa portata della norma gemella nel diritto dell'UE, soprattutto per effetto di una diversa giurisprudenza delle due Corti. Ipotizzando, come del resto è verosimile, che la giurisprudenza della Corte EDU sia più generosa di quella della Corte dell'UE, per effetto dell'adesione dell'UE ad un protocollo alla CEDU, lo Stato membro che non ne facesse parte finirebbe a dover sopportare un vincolo maggiore, sempre nella fase di attuazione del diritto dell'Unione.

sogettiva⁶⁸; dall'altro, lo stesso rischio si concretizzerebbe (solo in relazione all'uso di riserve) proprio di fronte alla Corte EDU, particolarmente nel contesto del meccanismo del *co-respondent*. Secondo la Corte di giustizia, infatti, l'art. 3, par. 7, DRA “non esclude che uno Stato membro possa essere dichiarato responsabile, *congiuntamente* con l'Unione, della violazione di una norma della CEDU riguardo alla quale questo medesimo Stato membro abbia formulato una riserva in conformità dell'art. 57 di tale convenzione”⁶⁹. In altre parole, secondo la Corte il rischio è che uno Stato membro venga ‘condannato’ in solido con l'Unione per la violazione di una norma cui esso ha apposto una riserva; ma non anche che venga condannato con le stesse modalità per la violazione di una norma contenuta in un protocollo alla CEDU di cui non è parte (ed è parte l'Unione) – perché qui il rischio è azzerato, come detto, dall'art. 1 DRA – o di una norma rispetto alla quale esso ha utilizzato la clausola di deroga⁷⁰.

Infine, un ultimo aspetto relativo al meccanismo del secondo convenuto non persuade la Corte di giustizia dell'impossibilità che la Corte EDU entri nel merito della ripartizione di competenze fra UE e suoi Stati membri. Come detto, la regola in base alla quale i convenuti (principale/i e non) sono ‘condannati’ in solido per la violazione accertata dalla Corte EDU viene meno ove quest'ultima, “on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant”⁷¹, decida che solo uno dei suddetti debba risponderne. La circostanza che la Corte EDU possa ‘stralciare’ la posizione di uno (o più) dei convenuti solo sulla base degli argomenti dai convenuti stessi proposti non è sufficiente ad evitare una sua intromissione nel riparto di competenze UE/Stati membri: infatti, dalla norma in questione, secondo il parere 2/13, “non risulta chiaramente [...] che la presentazione degli argomenti del convenuto aggiunto e del convenuto debba essere effettuata in maniera congiunta”⁷². E v'è di più: anche ove la decisione della Corte EDU convalidi un accordo fra UE e Stato/i membro/i in merito al riparto delle competenze, ciò non sarebbe comunque sufficiente ad evitare la contrarietà di questa norma ai Trattati. Ad opinione della Corte di giustizia, “la questione della ripartizione della responsabilità deve essere risolta unicamente in applicazione delle pertinenti norme del diritto dell'Unione, eventualmente sotto il controllo della Corte, cui spetta la competenza esclusiva a sincerarsi che l'accordo tra il convenuto aggiunto e il convenuto rispetti le norme suddette”. In altre parole, anche nell'avallare la versione emergente da un eventuale accordo fra UE e Stato/i membro/i sulla ripartizione delle competenze, la Corte di giustizia assegna a se stessa un ruolo ‘insostituibile’⁷³.

⁶⁸ Quello dell'accettazione di Protocolli aggiuntivi (per il quale, in effetti, l'art. 1 DRA elimina il problema alla radice, come già detto) e quello dell'uso della clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU (per il quale invece la soluzione è identica a quella immaginata per le riserve, senza che ciò, curiosamente, induca la Corte ad avanzare un'analoga critica).

⁶⁹ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 227 (corsivo aggiunto).

⁷⁰ V. *infra*, nota 68.

⁷¹ V. art. 3, par. 7, DRA.

⁷² Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 233.

⁷³ Sono le parole della Corte stessa: 2[p]ermettere alla Corte EDU di convalidare un eventuale accordo tra l'Unione e i suoi Stati membri in merito alla suddivisione della responsabilità finirebbe per consentirle di *sostituirsi* alla

2.4 Il previo coinvolgimento della Corte

Un quarto precipitato discendente dalla premessa ‘ontologica’ fatta dalla Corte di giustizia – l’unicità dell’ordinamento dell’UE (v. *supra*, par. 2) – riguarda il suo previo coinvolgimento, a salvaguardia della natura sussidiaria della CEDU e dunque, per converso, della natura primaria della responsabilità che l’UE (e, particolarmente, la sua istituzione giudiziaria) ha nel tutelare i diritti fondamentali. In relazione a questo aspetto, la Corte di Lussemburgo identifica due problemi di compatibilità del DRA con il quadro ‘costituzionale’ dell’Unione.

Intanto, affinché il meccanismo si attivi è necessario che la Corte di giustizia non si sia ancora pronunciata sulla questione di diritto che sia oggetto del giudizio della Corte EDU. È logico, infatti, ritenere che la sussidiarietà di cui sopra (quale che sia la prospettiva dalla quale la si osservi) sia pienamente rispettata ove la Corte di giustizia, nell’ambito della sua competenza pregiudiziale⁷⁴, abbia già avuto la possibilità di statuire sulla compatibilità di una norma o, più in generale, di una condotta dell’Unione con i diritti fondamentali, quali riconosciuti dal diritto dell’UE. I giudici di Lussemburgo, ciononostante, ritengono che la valutazione circa la sussistenza di questa condizione non possa, come invece prevede il DRA, spettare alla Corte di Strasburgo: “la procedura di previo coinvolgimento dovrebbe essere articolata in modo tale che, per ogni causa pendente dinanzi alla Corte EDU, venga trasmessa un’informazione completa e sistematica all’Unione, affinché la *competente istituzione* di quest’ultima sia messa in condizione di valutare se la Corte [di giustizia] si sia già pronunciata sulla questione costituente l’oggetto di tale causa e, in caso negativo, di ottenere l’attivazione di detta procedura”⁷⁵. La Corte non lo afferma in modo espreso, ma tutto lascia pensare che la “competente istituzione” sia... la Corte stessa⁷⁶; in effetti, più chiara sul punto è l’Avvocato generale Kokott, la quale, rilevando lo stesso profilo di incompatibilità, ha affermato che “soltanto la nostra Corte può dire in maniera affidabile se essa si sia già occupata in precedenza della questione giuridica concreta pendente dinanzi alla Corte EDU riguardante la compatibilità di una determinata norma del diritto dell’Unione con uno o più diritti fondamentali garantiti dalla CEDU”⁷⁷.

Corte nella definizione di una questione rientrante nella competenza esclusiva di quest’ultima” (ivi, punto 234, corsivo aggiunto).

⁷⁴ Si rammenti che tale meccanismo può essere attivato solo nel caso in cui l’UE compaia come secondo convenuto di fronte alla Corte EDU.

⁷⁵ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 241 (corsivo aggiunto).

⁷⁶ Secondo la Corte di giustizia, “permettere alla Corte EDU di statuire su tale questione finirebbe per attribuirle la competenza ad interpretare la giurisprudenza della Corte” (ivi, punto 239); sicché, dal momento che la Corte di giustizia si è sempre attribuita, almeno nell’ambito della sua competenza pregiudiziale (v. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 381), la competenza ad interpretare la propria giurisprudenza, si deduce che essa sia la *competente istituzione* a statuire sulla questione *de qua*.

⁷⁷ Corte di giustizia, presa di posizione dell’Avvocato generale Kokott, cit., punto 183.

In secondo luogo, la Corte di giustizia contesta al DRA di limitare l'attivazione del meccanismo del previo coinvolgimento ai casi di conformità (*compatibility*⁷⁸) della norma di diritto (primario o derivato) dell'UE ai canoni della CEDU. Ora, secondo la Corte, peraltro valendosi anche delle (infelici) indicazioni del DER⁷⁹, la formulazione della norma in esame preclude che il meccanismo del previo coinvolgimento possa essere attivato in relazione alla *interpretazione* di norme di diritto derivato. Ciò, seguendo la Corte, costituisce una violazione della sua competenza esclusiva a pronunciarsi sul diritto (derivato) dell'UE. Del resto, se lo scopo del meccanismo in discorso è quello di rimettere in gioco la Corte di giustizia nei casi in cui, per effetto della natura incidentale e non sempre obbligatoria del rinvio pregiudiziale, quest'ultimo non sia stato attivato, allora la competenza nei casi di un suo previo coinvolgimento deve coincidere con quella che avrebbe esercitato proprio in virtù del (mancato) rinvio pregiudiziale; ed è scontato, giusta l'art. 267 TFUE, che tale competenza si estenda anche all'interpretazione delle norme di diritto derivato dell'Unione, forse essa rappresentando il 'cuore' del rinvio pregiudiziale.

2.5 Il controllo in materia di PESC

Un'ultima – e persino 'sconcertante'⁸⁰ – declinazione che deriva dalla premessa formulata dalla Corte di giustizia riguarda un settore politicamente molto delicato, qual è la Politica estera e di sicurezza comune (PESC). Proprio in ragione di questa sua caratteristica, gli Stati membri dell'UE, recalcitranti ad affidarla interamente al metodo 'comunitario', hanno deciso, già con il Trattato di Maastricht, di assegnarla, più prudentemente, ad un metodo intergovernativo classico. Conseguenza di ciò è che in essa le competenze della Corte di giustizia, che del metodo 'comunitario' sono fra gli elementi più incisivi, risultano fortemente ridimensionate: invero, esse si riducono a due sole ipotesi, cui rinvia l'art. 24, par. 1, co. 2, TUE⁸¹, alla luce delle quali è corretto affermare, come del

⁷⁸ V. art. 3, par. 7, DRA: “[...] if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the *compatibility* with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of European Union law [...]” (corsivo aggiunto).

⁷⁹ V. DER, par. 66 (“[a]ssessing the compatibility with the Convention shall mean to rule on the validity of a legal provision contained in acts of the EU institutions, bodies, offices or agencies, or on the interpretation of a provision of the TEU, the TFEU or of any other provision having the same legal value pursuant to those instruments”), dal quale la Corte di giustizia deduce, invero correttamente, che ciò significa, “in sostanza, statuire sulla validità di una norma del diritto derivato oppure sull'interpretazione di una norma del diritto primario” (Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 242).

⁸⁰ V. S. PEERS, *The CJEU and the EU's Accession to the ECHR: A Clear and Present Danger to Human Rights Protection*, dicembre 2014, www.eulawanalysis.blogspot.com, secondo cui “the Court's objection is quite simply mind-boggling”.

⁸¹ Si tratta dell'art. 40 TUE, il quale fa riferimento all'individuazione della linea di demarcazione fra la PESC e le altre politiche dell'UE (“[l]’attuazione della politica estera e di sicurezza comune lascia impregiudicata l’applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati per l’esercizio delle competenze dell’Unione di cui agli artt. da 3 a 6 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea. L’attuazione delle politiche previste in tali articoli lascia parimenti impregiudicata l’applicazione delle procedure e la rispettiva portata delle attribuzioni delle istituzioni previste dai trattati per l’esercizio delle competenze dell’Unione a titolo del presente capo”) e il cui rispetto è affidato al sindacato della Corte; e dell'art. 275 TFUE, il quale, oltre a ribadire la competenza della Corte in relazione all'art. 40 TUE, afferma che essa è pure competente “a pronunciarsi sui ricorsi, proposti

resto fa la Corte, che al suo controllo sfuggono molti degli atti adottati nell'ambito della PESC⁸². Ebbene, “per effetto dell'adesione nei termini contemplati dall'accordo previsto, la Corte EDU sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU di determinati atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC e, in particolare, di quelli per i quali la Corte non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali”⁸³. Ciò, secondo la Corte di giustizia, non è conforme al quadro ‘costituzionale’ dell'UE in quanto, come aveva già affermato in passato⁸⁴, un siffatto controllo giurisdizionale non può essere affidato, in via esclusiva, ad un organo che non sia parte del quadro istituzionale dell'Unione⁸⁵.

3. Una valutazione critica del parere 2/13

La ‘muraglia’ eretta dalla Corte di giustizia poggia chiaramente sulla logica di difendere l'ordinamento dell'Unione: in ciò, essa riecheggia quello che, sul piano nazionale, costituiscono i controlimiti, che pure la Corte ha sempre mal digerito (almeno quando non usati da lei!⁸⁶). Questa sua posizione offre l'opportunità di formulare due serie di considerazioni: da un lato, in merito alla bontà degli argomenti offerti dalla Corte; dall'altro, sulle concrete possibilità di scavalcare l'ostacolo e giungere al risultato, che pure in fondo tutti gli Stati membri dell'Unione, assieme alla stessa Commissione europea, hanno mostrato di voler realizzare⁸⁷, cioè l'adesione dell'UE alla CEDU.

In primo luogo, alla base delle obiezioni della Corte di giustizia vi è una ‘ontologia’ fin troppo chiara (v. *supra*, par. 2), che può essere così sintetizzata: l'ordinamento dell'Unione è caratterizzato da elementi che lo collocano su un piano di autonomia tale da esigere che i diritti fondamentali, pure al centro di questo ordinamento, vengano interpretati “within the framework”⁸⁸ – cioè, nel contesto – della sua struttura e dei suoi obiettivi; a garanzia di ciò, lo stesso ordinamento ha istituito un sistema giurisdizionale che poggia sulla Corte di giustizia e sui giudici interni, in particolare (ma non solo) per mezzo del rinvio pregiudiziale. È evidente che, alla luce di tale premessa, una

secondo le condizioni di cui all'art. 263, co. 4, del presente Trattato, riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2, del Trattato sull'Unione europea”.

⁸² Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 252.

⁸³ Ivi, punto 254.

⁸⁴ Corte di giustizia, parere n. 1/09, *Progetto di accordo – Creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti – Tribunale dei brevetti europeo e comunitario – Compatibilità di tale progetto con i Trattati*, dell'8 marzo 2011, punto 78 ss.

⁸⁵ Per usare la colorita ma efficace espressione di S. PEERS, *op. cit.*, “[i]n short, since it isn't allowed to play, it's taking the football away from everyone else”.

⁸⁶ V. *infra*, nota 113.

⁸⁷ V. I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?*, dicembre 2014, www.eurojus.it.

⁸⁸ V. *supra*, nota 16. Anche la versione francese (“dans le cadre”), quella spagnola (“en el marco”) e quella tedesca (“im Rahmen”) sembrano alludere ad un legame più forte di quanto non voglia far intendere quella italiana (“nell'ambito”).

qualunque forma di controllo esterno sul rispetto da parte dell'UE dei diritti fondamentali, quale che sia il contenuto del relativo accordo di adesione, è quasi del tutto impossibile: la chiusura 'narcisista' della Corte di Lussemburgo, infatti, finisce per escludere *alla radice* la possibilità di un controllo esterno⁸⁹; nega, cioè, lo scopo stesso di *ogni* adesione alla CEDU o a qualsivoglia meccanismo internazionale di controllo sul rispetto dei diritti umani⁹⁰.

3.1 I rilievi della Corte sulle caratteristiche specifiche e sull'autonomia del diritto dell'Unione

Non è casuale che nelle prime due critiche che essa muove al DRA (v. *supra*, paragrafi 3 e 4) si palesi una strenua difesa del primato, dell'unità e della effettività del diritto dell'Unione: esigenze, queste, che devono prevalere a fronte di una possibile tutela più ampia dei diritti fondamentali. E chi altri, se non i giudici di Lussemburgo, possono assicurare che l'interpretazione dei diritti fondamentali si muova nella logica rigidamente gerarchica che essi stessi hanno ribadito nel parere in esame? Una logica che, al di là degli orpelli ermeneutici, vuole i diritti fondamentali cedevoli davanti alle esigenze dell'ordinamento dell'Unione, di cui la Corte di giustizia è primo, unico e ultimo difensore⁹¹. Per converso, infatti, non è ammissibile – per detta Corte – che un compito di questo genere sia lasciato, in ultima istanza, ad un organo estraneo al quadro istituzionale dell'Unione e, dunque, terzo rispetto ad esigenze che non siano strettamente legate alla tutela dei diritti fondamentali.

Questo primo gruppo di obiezioni della Corte, come è stato autorevolmente rilevato⁹², non è superabile. Perché delle due l'una: o la Commissione europea non riuscirà a convincere gli altri diciannove membri del Consiglio d'Europa (che non fanno parte dell'UE) che il DRA va notevolmente depotenziato – e sarà imbarazzante dover spiegare a tali Stati, contro cui la stessa Unione ha più volte puntato il dito, particolarmente proprio per la scarsa attenzione ai diritti umani, che la 'sua' Corte non sopporta un controllo esterno quale quello esercitato dalla Corte di Strasburgo⁹³ –, ed allora non vi sarà alcuna adesione; oppure l'impresa riuscirà, ma il risultato sarà,

⁸⁹ Non è un caso che qualcuno abbia mutuato dal Primo comandamento un inequivocabile commento alla posizione della Corte di giustizia: v. W. MICHL, *Thou Shalt Have no other Courts before Me*, dicembre 2014, www.verfassungsblog.de.

⁹⁰ Così anche I. ANRÒ, *Il parere 2/13*, cit., L. S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, dicembre 2014, www.sidi-isil.org/sidiblog; 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 *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 1 ss., specialmente p. 6; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 33 ss., specialmente p. 40.

⁹¹ Cfr. T. LOCK, *op. cit.*, e P. DE STEFANI, *Luxemburgo locuto, causa finita? La Corte di giustizia dell'UE dice no al progetto di accordo per l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani*, gennaio 2015, unipd-centrodirittiumani.it.

⁹² V. S. PEERS, *op. cit.*

⁹³ Cfr. L. S. ROSSI, *op. cit.*

appunto, un controllo esterno ‘imbavagliato’ e, come più d’uno ha rilevato⁹⁴, forse sarebbe più logico rinunciarvi.

Peraltro, in relazione a questi due enormi ostacoli che il parere 2/13 frappone tra l’UE e la sua adesione alla CEDU, riteniamo che la Corte di giustizia abbia, incomprensibilmente, scartato un’altra via. È fondata e, nella prospettiva di ‘politica giudiziaria’ della Corte di Lussemburgo, ampiamente prevedibile la preoccupazione che l’applicazione di più elevati *standards* di tutela dei diritti fondamentali, derivanti dalla CEDU, possa compromettere le esigenze del diritto dell’Unione. Tuttavia, come si deduce dallo stesso parere⁹⁵, essa rimane una *possibilità*: dunque, la Corte di giustizia avrebbe potuto salvare il DRA, per quanto concerne questi due aspetti, riservandosi di far prevalere le esigenze del diritto dell’UE se e laddove quella possibilità si fosse concretizzata. Per tornare allo scenario del caso *Melloni*, nell’ipotesi in cui uno Stato membro neghi la consegna di un individuo ad un altro Stato membro in base ad un mandato di arresto europeo, adducendo la necessità di applicare più elevati *standards* di tutela, nella possibile (e probabile) procedura di infrazione che ne seguirebbe la Corte avrebbe potuto mantenere la propria posizione e condannare lo Stato convenuto. Essa, in altre parole, avrebbe potuto, nelle occasioni in cui la possibilità lasciata aperta dal DRA si fosse concretizzata, opporre, come *controlimiti*, le esigenze del diritto dell’Unione. È pur vero che, in uno scenario di questo tipo, si aprirebbe un contrasto di giudicati: riteniamo, tuttavia, che la *possibilità* che un simile contrasto si verifichi sia un male minore, soprattutto se confrontato con gli effetti che verosimilmente avrà il parere 2/13 sul c.d. ‘dialogo’ fra le corti (v. oltre, par. 4); del resto, proprio l’esperienza dei controlimiti al diritto dell’Unione, sul piano dei rapporti con le corti costituzionali nazionali, insegna che il mantenimento di un canale di comunicazione fra i giudici, quand’anche occasionalmente caratterizzato da un dialogo più ‘acceso’ (proprio l’uso dei controlimiti), sia nettamente preferibile alla chiusura di ogni canale di comunicazione.

Quanto alla possibile elusione del meccanismo del rinvio pregiudiziale per effetto dell’entrata in vigore del Protocollo n. 16, l’affermazione della Corte di giustizia parrebbe, come pure è stato sostenuto⁹⁶, *ultra petita*: il Protocollo in questione non fa parte del DRA e, per giunta, non è ancora in vigore. Questa obiezione, insomma, nulla avrebbe a che fare con il DRA in quanto il rischio che un giudice nazionale attivi la procedura consultiva speciale di fronte alla Corte di Strasburgo in base a detto Protocollo ben potrebbe realizzarsi prima (e a prescindere) dell’adesione.

Riteniamo, al contrario, che l’obiezione della Corte non sia affatto slegata dall’adesione: nel parere 2/13 essa afferma molto chiaramente di non escludere “che una domanda di parere

⁹⁴ V. S. PEERS, *op. cit.* Adde S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, e V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁵ V. *supra*, nota 31.

⁹⁶ V. S. VEZZANI, ‘*Gl’è tutto sbagliato, gl’è tutto da rifare!*’: la Corte di giustizia frena l’adesione dell’UE alla CEDU, dicembre 2014, www.sidi-isil.org/sidiblog, il quale sottolinea che, “ancor prima che l’adesione si realizzi, in base al Protocollo [n. 16] i giudici nazionali ben potrebbero rivolgersi al giudice di Strasburgo, invece di effettuare un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE, per chiedere l’interpretazione di disposizioni della Cedu corrispondenti a quelle della Carta, anche in ipotesi in cui il giudizio *a quo* verta su rapporti giuridici regolati dal diritto dell’Unione”. Adde C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 43 ss. Così, ci pare, anche S. DOUGLAS-SCOTT, *op. cit.*, e I. ANRÒ, *Il parere 2/13*, cit., cui va aggiunta la presa di posizione dell’Avvocato generale Kokott, cit., punto 140.

consultivo proposta ai sensi del Protocollo n. 16 da un giudice di uno Stato membro che abbia aderito a tale Protocollo *possa attivare la procedura di previo coinvolgimento della Corte* [di giustizia], creando così un rischio di elusione della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE⁹⁷. Quindi, come abbiamo già sottolineato, il timore della Corte non è che il giudice interno consulti la Corte EDU *anziché* ricorrere all'art. 267 TFUE; bensì, che nell'ambito della procedura di consultazione della Corte EDU (attivata dal giudice interno) si inneschi il meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia voluto dall'art. 3, par. 6, DRA (il quale, nell'ipotesi fatta dalla Corte, si presuppone sia dunque *già in vigore*). In altre parole, l'antagonista del rinvio pregiudiziale non è la procedura consultiva di cui al Protocollo n. 16, bensì il previo coinvolgimento della Corte di giustizia che potrebbe attivarsi *nell'ambito* di detta procedura consultiva. In termini concreti, risulterà sempre determinante il momento in cui il giudice interno deciderà se chiedere un parere alla Corte di Strasburgo *anziché* emettere un'ordinanza di rinvio pregiudiziale; ma altrettanto decisiva, nell'ottica del timore espresso dalla Corte di giustizia, è la circostanza che il DRA sia già in vigore.

Ebbene, è alla luce di questa interpretazione che va valutata l'obiezione della Corte⁹⁸. A tal proposito, riteniamo siano due i passaggi salienti: stando, intanto, a quanto essa afferma, nella procedura di consultazione speciale è *possibile* attivare il meccanismo del suo previo coinvolgimento; questo, inoltre, eluderebbe la procedura di rinvio pregiudiziale. L'ultimo rilievo potrebbe non essere del tutto infondato: per quanto riguarda il giudice interno la pronuncia che la Corte di giustizia emetterebbe al termine del procedimento con cui, in base all'art. 3, par. 6, DRA, essa viene rimessa in gioco non ha gli stessi effetti (peraltro indiretti) della pronuncia che la stessa Corte emette *ex art. 267 TFUE* (che invece giunge al giudice interno senza 'passare da Strasburgo'). Vero è che nulla vieta al giudice interno (ed anzi è verosimile esso vi sia obbligato⁹⁹) di formulare prima una domanda pregiudiziale e, dopo avere ottenuto la pronuncia della Corte di giustizia, di chiedere il parere della Corte EDU. Ma quand'anche il giudice interno si rivolga prima alla Corte EDU e di fronte ad essa possa attivarsi il procedimento *ex art. 3, par. 6, DRA*, egli dovrà, in seguito, comunque emettere un'ordinanza di rinvio pregiudiziale: verosimilmente, la Corte di giustizia potrà rinviare agli argomenti svolti in occasione del suo previo coinvolgimento, ma stavolta gli effetti della sua sentenza saranno quelli tipici della competenza pregiudiziale.

A rendere, tuttavia, queste considerazioni puramente teoriche è la circostanza che, a nostro parere, la Corte sbaglia nel ritenere che il suo previo coinvolgimento possa attivarsi nell'ambito della procedura consultiva di cui al Protocollo n. 16: l'art. 3, par. 6, DRA, cui rinvierà il nuovo par.

⁹⁷ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 198 (corsivo aggiunto).

⁹⁸ Assieme a chi scrive, T. LOCK, *op. cit.*

⁹⁹ Si tratterebbe, infatti, delle 'più alte giurisdizioni': le sole abilitate ad attivare la procedura consultiva speciale, le quali, per altro verso, sono, di norma, obbligate ad effettuare il rinvio pregiudiziale, *ex art. 267 TFUE*. Invero, benché pure nello scenario descritto non verrebbe del tutto elusa la procedura del rinvio pregiudiziale, in quello fisiologico il giudice interno (di ultimo grado) dovrebbe, proprio per effetto dell'art. 267 TFUE in combinato con l'obbligo di leale cooperazione, *prima* effettuare il rinvio pregiudiziale e *poi*, eventualmente, attivare la procedura consultiva speciale.

4 dell'art. 36 CEDU, indica chiaramente che il previo coinvolgimento è limitato ai “proceedings to which the European Union is a co-respondent”, escludendo dunque che esso possa applicarsi in altri casi, e segnatamente in quelli, come la procedura consultiva speciale prevista da detto Protocollo, in cui addirittura manca un convenuto principale.

Ad ogni modo, ‘tranquillizzare’ la Corte di giustizia su questo punto non è arduo: sarà sufficiente una modifica del Protocollo n. 16 (che non si prospetta così difficile da realizzare visto che si tratta di un protocollo facoltativo, non ancora in vigore) al quale dovrà aggiungersi una norma che escluda in modo espresso l'applicazione dell'art. 3, par. 6, DRA nell'ambito della procedura consultiva speciale.

3.2 Le sue considerazioni sull'art. 344 TFUE

Anche riguardo all'art. 344 TFUE l'obiezione della Corte appare ispirata dalla necessità di difendere il ‘suo territorio’¹⁰⁰: non sorprende, dunque, che essa compaia nel parere 2/13, ove del resto si consideri pure che il DRA non offre adeguate rassicurazioni in merito. Come si è detto (v. *supra*, par. 2.2), in relazione a questo problema la Corte offre una soluzione piuttosto drastica; ad essa, come qualcuno aveva già prospettato in passato¹⁰¹, potrebbe preferirsi quella di considerare la sottoposizione di una controversia alla Corte di Strasburgo, *ex art.* 33 CEDU, condizionata al previo esaurimento dei ricorsi esperibili di fronte alla Corte di Lussemburgo (verosimilmente, un ricorso per infrazione *ex art.* 259 TFUE, ovvero un più tradizionale ricorso *ex art.* 273 TFUE¹⁰²). L'espressa previsione, all'interno del DRA, di una condizione siffatta eviterebbe che la Corte di giustizia venga tagliata fuori da una propria competenza, ma conserverebbe, nel contempo, la funzione di controllo esterno tipica della CEDU. Certo, occorrerà poi sperare che i giudici di Lussemburgo si ‘accontentino’: una prospettiva che non sembra così probabile alla luce del parere 2/13. La drastica soluzione che essi propongono è, infatti, indicata come l'*unica* possibile e ciò, del resto, appare, nell'ottica da cui il parere muove, del tutto coerente: vi si legge che l'art. 344 TFUE, preservando la natura esclusiva della competenza della Corte di giustizia relativa a controversie sull'applicazione o sull'interpretazione dei Trattati, “osta [...] a qualsiasi controllo esterno antecedente o successivo”¹⁰³. Nuovamente, molto più che la formulazione delle norme del DRA, è l'essenza dell'adesione a contrastare con il quadro ‘costituzionale’ dell'Unione.

¹⁰⁰ Sia detto per inciso: qui l'obiezione della Corte appare davvero, anche se parzialmente, *ultra petita*, nel senso che il rischio che uno Stato membro convenga un altro Stato membro di fronte alla Corte EDU in materie interessate dal diritto UE prescinde del tutto dall'adesione dell'UE alla CEDU, potendosi verificare anche in assenza di un siffatto accordo. Sul punto, v. G. GAJA, *Una mancata disconnessione relativamente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 148 ss.

¹⁰¹ V. U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 73 ss., ora in U. VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 129 ss., specialmente p. 169.

¹⁰² “La Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso”. Sul punto v. pure *supra*, note 36 e 37.

¹⁰³ Corte di giustizia, parere n. 2/13, cit., punto 210 (corsivo aggiunto).

3.3 Quelle sul meccanismo del secondo convenuto

Di minore portata e, dunque, più facilmente superabili sono i rilievi della Corte di giustizia con riferimento al meccanismo del secondo convenuto (v. *supra*, paragrafi 10 e 11): benché, anche qui, la sua posizione sia particolarmente rigida, l'ipotesi che, nel valutare la richiesta del/i potenziale/i *co-respondent(s)* o nel convalidare l'accordo che 'stralcia' la posizione di uno o più dei convenuti, i giudici di Strasburgo possano finire per 'sconfinare' nella ripartizione di competenze fra UE e Stati membri non è del tutto peregrina. Riteniamo che in tal caso la soluzione possa essere, da un lato, quella di rendere del tutto automatica la partecipazione del/i *co-respondent(s)* a fronte di una sua/loro richiesta (mentre, resta inteso, un invito da parte della Corte EDU rimarrebbe tale, e cioè non obbligherebbe l'UE o i suoi Stati membri a partecipare); dall'altro, di eliminare del tutto la possibilità che la Corte di Strasburgo possa 'stralciare' la posizione di uno o più fra i convenuti. Non ci sembrano, infatti, cruciali queste due prerogative della Corte EDU: in entrambi i casi la loro eliminazione potrebbe comportare, al massimo, una certa ridondanza sul terreno dei possibili responsabili (in via solidale), che, tuttavia, è destinata comunque a smembrarsi allorché Unione e Stato/i membro/i dovranno eseguire la sentenza della Corte EDU; quando, in altre parole, occorrerà applicare i principi relativi alla ripartizione di competenze.

Più complesso – ma solo perché incongruo ci pare il ragionamento dei giudici di Lussemburgo – è superare l'altra obiezione relativa al meccanismo del secondo convenuto: quella sulle riserve. Come si è detto (v. *supra*, par. 2.3), il problema della differente 'geografia soggettiva' rispetto alla CEDU non dovrebbe porsi in relazione al contesto dell'istituto del secondo convenuto, in quanto esso, per una precisa scelta dei negoziatori, non è obbligatorio. In altre parole, nulla nel DRA costringe gli Stati membri a partecipare come *co-respondents* a procedimenti di fronte alla Corte di Strasburgo nei quali si profili la possibile violazione di norme alla cui osservanza quegli Stati non sono tenuti. Nella prospettiva che abbiamo invece ipotizzato in precedenza, il problema si pone rispetto alla fase di attuazione del diritto dell'Unione: qui, infatti, gli Stati membri potrebbero essere chiamati a rispettare norme a cui non sono vincolati. Se per quelle contenute in Protocolli alla CEDU la questione è risolta dall'art. 1 DRA (per effetto del quale l'UE aderisce ai soli Protocolli aggiuntivi ratificati da tutti gli Stati membri); se per quelle oggetto di deroga, come rilevato dall'Avvocato generale Kokott, in aiuto degli Stati membri soccorre l'art. 347 TFUE¹⁰⁴; nulla può impedire che uno Stato membro, nella attuazione del diritto dell'UE, debba rispettare norme cui ha apposto riserva. Quindi un problema di compatibilità del DRA con i Trattati esiste, ma non nei termini che ipotizza la Corte di giustizia¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Secondo la presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott, cit., punto 257, "il diritto dell'Unione contiene a sua volta, all'art. 347 TFUE, una clausola per gli stati di urgenza, la quale è paragonabile a quella contenuta nell'art. 15 della CEDU, e consente agli Stati membri, in sostanza, l'adozione di misure identiche a quelle che anche la CEDU permette".

¹⁰⁵ Su questo profilo, come invero anche su quello cui fa riferimento la Corte di giustizia, si sofferma l'Avvocato generale Kokott nella sua presa di posizione, cit., punto 266 ss.

Ora, premettendo che una ipotesi del genere potrà realizzarsi solo molto raramente, per prevenirla gli Stati membri dell'UE potrebbero, con uno sforzo che dimostrerebbe una certa buona volontà in vista della possibile riapertura dei negoziati sul DRA, ritirare quelle pochissime riserve in grado di concretizzare lo scenario descritto. Si tratterebbe di riserve poste unicamente a norme della CEDU o del Protocollo n. 1¹⁰⁶ cui l'UE aderisce e solo nella misura in cui prevedano diritti che quegli stessi Stati non siano già obbligati a rispettare in virtù del diritto dell'Unione (verosimilmente, la Carta dei diritti fondamentali). Per fare un esempio, non vi sarebbe alcuna necessità di ritirare una riserva posta all'art. 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà): infatti, l'art. 17 della Carta già obbliga gli Stati a rispettare il diritto di proprietà, in termini peraltro piuttosto ampi. Così facendo, le norme rispetto alle quali andrebbe ritirata la riserva sarebbero davvero molto poche. Una possibile alternativa (ma *second best* nella prospettiva di garantire una maggior tutela dei diritti umani) è quella di inserire un protocollo ai Trattati nel quale si escluda che gli Stati membri siano obbligati a rispettare, quando attuano il diritto dell'Unione, diritti fondamentali previsti da norme della CEDU e/o del suo Protocollo n. 1 cui hanno posto riserva. Questa soluzione avrebbe invero il vantaggio di offrire l'occasione per rafforzare le soluzioni previste in merito ai Protocolli alla CEDU di cui uno o più Stati membri non siano parte (ma lo sia l'UE) e a norme rispetto alle quali uno o più Stati membri abbiano utilizzato la clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU. Infatti, il protocollo ai Trattati potrebbe essere formulato in termini più ampi, escludendo che gli Stati membri siano obbligati a rispettare, quando attuano il diritto dell'Unione, norme parte di Protocolli alla CEDU da loro non ratificati, norme della CEDU cui hanno posto riserva o rispetto alle quali abbiano utilizzato la clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU.

3.4 Quelle sul suo previo coinvolgimento

Quanto alle obiezioni della Corte di giustizia rispetto al meccanismo del suo previo coinvolgimento, riteniamo che esse vadano pienamente assecondate: del resto, un potenziamento delle forme di pubblicità delle cause pendenti di fronte alla Corte EDU gioverà non soltanto all'Unione (e alla 'sua' Corte), ma più in generale all'efficacia del meccanismo di controllo stabilito dalla CEDU. Nemmeno varrebbe sostenere, come qualcuno ha fatto¹⁰⁷, che il previo coinvolgimento della Corte di giustizia la porrebbe in una situazione privilegiata rispetto ai giudici interni, i quali (si pensi alla nostra Corte costituzionale) potrebbero non essersi pronunciati sulla questione di diritto pendente di fronte alla Corte EDU. Ciò è vero solo in parte: di norma, almeno il

¹⁰⁶ Il Protocollo n. 6, come afferma il suo art. 4, non ammette riserve. Vero è che, l'art. 3 dello stesso Protocollo consentendo agli Stati di mantenere la pena di morte "in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra" e invitandoli a comunicare al "Segretario Generale del Consiglio d'Europa le disposizioni in materia della suddetta legislazione", esso è idoneo a determinare una differente 'geografia soggettiva'. Dunque, per esso, gli Stati dovrebbero non già ritirare riserve (che, come detto, non sono apportionabili), bensì congelare, alla radice, la facoltà di mantenere la pena di morte, alle condizioni cui fa riferimento il Protocollo n. 6.

¹⁰⁷ Per la letteratura *pro* e *contra* il meccanismo del previo coinvolgimento si rimanda ad I. ANRÒ, *Il previo coinvolgimento*, cit., specialmente p. 560.

giudice comune avrà avuto la possibilità di pronunciarsi (è questa la logica del previo esaurimento dei ricorsi interni) perché investito di ricorsi diretti, i quali invece non possono essere attivati presso la Corte di giustizia nelle ipotesi di ‘corresponsabilità’ (da *co-respondent*, per intenderci)¹⁰⁸. In altre parole, nelle ipotesi destinate ad essere investite dall’istituto *de quo*, il giudice dell’UE sarà stato *del tutto escluso*, circostanza che invece non si verifica, di norma, per il giudice interno (almeno, per quello comune). Qui, dunque, le parti dovrebbero modificare il DRA, senza peraltro troppe conseguenze sulla *ratio* dell’adesione: imponendo che sia la ‘competente istituzione’ dell’Unione, debitamente informata, a decidere se vada attivato il meccanismo del previo coinvolgimento; estendendo la portata di quest’ultimo (anche) alle questioni di interpretazione del diritto derivato.

3.5 Quelle relative alla PESC

Una soluzione, infine, che possa far prendere alla possibile riapertura dei negoziati una piega migliore va ricercata per l’ultimo dei rilievi della Corte di giustizia: quello relativo alla PESC. Precisamente, gli Stati membri potrebbero rimettere mano ai Trattati, ampliando le competenze della Corte anche alla PESC e facendo, dunque, venire meno la sua obiezione¹⁰⁹. Per quanto politicamente immaginosa possa apparire questa ipotesi, militano a suo sostegno alcuni solidi argomenti. Intanto, se gli Stati membri sono stati disposti a sottoporre le competenze dell’UE in questo settore alla Corte di Strasburgo, potrebbe essere maturato il momento per affrontare questo passaggio anche dal punto di vista del diritto ‘interno’ dell’Unione, allineando finalmente la PESC a più ordinari *standards* di tutela dei diritti fondamentali (un profilo – ma non il solo – in cui appare più grave l’assenza di un controllo giurisdizionale). A ciò va aggiunto che, data la natura degli atti che le istituzioni adottano nell’ambito della PESC, l’ampliamento delle competenze della Corte di giustizia non sarà così rivoluzionario come, apparentemente, potrebbe pensarsi: in molti casi, infatti, è di fronte ai giudici nazionali che si consuma la tutela giurisdizionale del singolo e, nelle rare ipotesi in cui manchi una fase di attuazione nazionale, l’art. 275 TFUE fornisce una adeguata copertura; la vera (enorme) novità sarebbe costituita dalla sola estensione alla PESC della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia¹¹⁰. Un passo questo sì rivoluzionario, a proposito del quale non va però dimenticato che la Commissione dovrebbe riaprire un negoziato non molto semplice: maggiore sarà la buona volontà degli Stati membri di trovare soluzioni sul piano del diritto dell’Unione, minore sarà lo sforzo di dissuasione in cui dovrà cimentarsi la Commissione con gli altri Stati del Consiglio d’Europa. La revisione dei Trattati qui ipotizzata costituirebbe un

¹⁰⁸ Così anche C. TIMMERMANS, *Some Personal Comments on the Accession of the EU to the ECHR*, in V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. P. TZEVELEKOS (eds.), *op. cit.*, p. 333 ss., specialmente p. 334.

¹⁰⁹ In tal senso anche I. ANRÒ, *Il parere 2/13*, cit.

¹¹⁰ Che, secondo A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 561, costituisce, infatti, ulteriore ragione per procedere ad una revisione dei Trattati nel senso indicato: il DRA, nella sua attuale versione, consentendo di ‘ripescare’ la Corte di giustizia (col meccanismo del previo coinvolgimento) anche in ipotesi in cui essa non è comunque competente in via pregiudiziale, crea una “asimmetria nel controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali”.

segnale cristallino da parte degli Stati dell'UE che avrà quasi certamente ricadute molto positive sulla riapertura dei negoziati e sul loro buon esito.

4. Qualche considerazione finale: possibili itinerari per il superamento delle obiezioni della Corte

In ultima analisi, tirando le somme di quanto si è prospettato finora, la battuta d'arresto al processo di adesione dell'UE alla CEDU, imposta dalla Corte di giustizia, potrebbe non essere definitiva a condizione che:

1) vengano apportate modifiche 'minori' al DRA, tali da non sconvolgere il ruolo della Corte EDU: tali sono la precisazione relativa all'art. 33 CEDU (nella speranza che la Corte di Lussemburgo si 'accontenti'; v. par. 3.2); alcune modifiche dell'istituto del secondo convenuto quali la sua partecipazione automatica e l'esclusione di un potere di 'stralcio' da parte della Corte di Strasburgo (v. par. 3.3); e le modifiche al meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia in merito alla decisione sulla sua attivazione e all'allargamento alle questioni di interpretazione del diritto derivato (v. par. 3.4);

2) venga inserita una precisazione nel Protocollo n. 16 allo scopo di escludere espressamente l'applicabilità del meccanismo del previo coinvolgimento della Corte di giustizia nella procedura consultiva speciale in quel Protocollo prevista (v. par. 3.1);

3) vengano ritirate, dagli Stati membri dell'UE, le riserve alla CEDU (e al suo Protocollo n. 1¹¹¹) in grado di realizzare uno scenario in cui uno di essi sia costretto a rispettare, nell'attuare il diritto UE, norme cui non si è vincolato, ovvero venga inserito un protocollo ai Trattati che escluda che gli Stati membri siano obbligati a rispettare, quando attuano il diritto UE, norme parte di Protocolli alla CEDU da loro non ratificati, norme della CEDU cui hanno posto riserva o rispetto alle quali abbiano utilizzato la clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU (v. par. 3.3);

4) venga realizzata una revisione dei Trattati in modo da allargare le competenze delle Corte di giustizia al settore della PESC (v. par. 3.5).

Come si è, invece, detto, non ci paiono superabili le prime due obiezioni della Corte di giustizia perché esse negano, alla radice, un qualsiasi controllo esterno (v. par. 3.1): per cui l'adesione potrebbe realizzarsi unicamente a condizione che tale controllo venga del tutto depotenziato, obiettivo poco gratificante e anche complesso da raggiungere dovendo convincere gli altri Stati parte della CEDU (non membri dell'UE). Eppure, come rilevato, una diversa soluzione poteva far prevalere le esigenze dell'Unione – a prescindere dalla bontà di questo orientamento¹¹² – in casi singoli e non una volta e per tutte, come si è scelto di fare col parere 2/13. La Corte di giustizia

¹¹¹ Ma v. *infra*, nota 106.

¹¹² Fra i rari commenti che hanno condiviso i contenuti del parere 2/13, v. H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*, dicembre 2014, www.gdr-elsj.eu. Di 'circostanze attenuanti' parla M. SHEININ, *CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances*, dicembre 2014, www.verfassungsblog.de.

avrebbe potuto usare i tanto temuti (da lei) controlimiti, che pure non le sono del tutto estranei¹¹³, per arginare, *occasionalmente*, i possibili effetti negativi (!) di una maggiore tutela dei diritti umani. Riteniamo che questa opzione non sia del tutto venuta meno, e due sono i fattori che ci spingono in questa direzione: intanto, se tutti i passi indicati sopra verranno fatti, la Corte di giustizia, permanendo sul suo ‘arroccamento’ (cioè in caso di un nuovo parere negativo, sempre che esso venga richiesto), dovrà assumersi la piena responsabilità del fallimento del processo di adesione; inoltre, questa prospettiva potrebbe indurla (sin d’ora) a riflettere sulla circostanza che un possibile abbandono, da parte della Corte EDU, della dottrina della protezione equivalente, già ipotizzato in dottrina¹¹⁴, avrebbe effetti molto più deleteri sulle ‘esigenze’ del diritto dell’Unione di quanto non ne abbiano altri scenari, ivi compreso quello da noi ipotizzato¹¹⁵.

¹¹³ Alludiamo alla sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio e Commissione*, sulla quale ci permettiamo di rinviare al nostro *The European Union between the Implementation of the UN Measures against International Terrorism and the Respect for Human Rights*, in A. M. GALLORE (ed.), *Terrorism: Motivation, Threats and Prevention*, New York, 2010, p. 25 ss., e alla bibliografia lì citata.

¹¹⁴ Questa è anche la suggestione di I. ANRÒ, *Il parere 2/13*, cit., e L. S. ROSSI, *op. cit.* Peraltro, c’è chi ha ipotizzato che la Corte EDU potrebbe comunque abbandonare la dottrina della protezione equivalente *in caso di adesione*: v. A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 556, e O. DE SCHUTTER, *Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties*, in V. KOSTA, N. SKOUTARIS, V. P. TZEVELEKOS (eds.), *op. cit.*, p. 177 ss.

¹¹⁵ Eccessiva (e definitiva, nel senso che ‘codificherebbe’ l’esistenza di uno scontro aperto) ci sembra la soluzione proposta da L. F. M. BASSELINK, *Acceding to the ECHR Notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, dicembre 2014, www.verfassungsblog.de, secondo cui tutti gli ostacoli potrebbero essere superati ove gli Stati membri dell’Unione adottino un *notwithstanding protocol* in base al quale “[t]he Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms notwithstanding Article 6(2) Treaty on European Union, Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union and Opinion 2/13 of the Court of Justice of 18 December 2014’. Una “proposal for political disobedience”, come ipotizzato da W. MICHL, *op. cit.*