

L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: verso una nuova fase «costituente» europea?

1. UNA PREMESSA. ADERIRE: PERCHÉ?

Il 5 aprile 2013 è stato presentato dal «Gruppo 47+1» – il gruppo di lavoro istituito nel 2012 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per condurre le negoziazioni ufficiali – l'«Accordo finale» relativo all'adesione dell'Unione europea alla CEDU¹. Tale Accordo costituisce, per ora, l'ultima tappa di un percorso che ha origini assai lontane nel tempo, tanto da confondersi, quasi, con la stessa storia del processo di integrazione europea. Erano gli anni '70, infatti, quando il tema dell'adesione dell'allora Comunità economica europea alla CEDU è assunto, per la prima volta, agli onori del dibattito giuridico e politico, fino a divenire oggetto di uno specifico *Memorandum* della Commissione europea nel 1979², in cui essa ne valorizzava l'opportunità e gli effetti benefici.

La tutela «comunitaria» dei diritti fondamentali stava muovendo allora i suoi primi incerti passi su impulso della Corte di giustizia che – come ormai è ampiamente noto – in assenza di un catalogo interno di diritti cui garantire tutela, si era rivolta all'esterno, usando le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e i trattati internazionali in materia di diritti umani – e soprattutto la CEDU – quale fonte d'ispirazione per le sue decisioni. A quel tempo – insieme, certo, ad altre considerazioni³ – l'adesione alla CEDU veniva vista soprattutto come uno strumento utile per ancorare la tutela dei

¹ 47+1 (2013) 008. Tale «Accordo finale», insieme a un *Memorandum* di intesa, a una Dichiarazione dell'Unione europea, a nuove regole di procedura per il Comitato dei Ministri e all'*Explanatory Report*, è andato a costituire il «pacchetto» degli strumenti necessari per l'adesione dell'Unione alla CEDU (47+1 (2013) R05, p.to 15). Esso, se approvato, diverrà «parte integrante» della Convenzione europea (art. 1, par. 2, di modifica dell'art. 59 CEDU); di conseguenza, una denuncia disgiunta di Convenzione e Accordo non potrà considerarsi ammissibile (47+1 (2013) 007, p.to20).

² *Memorandum* del 4 aprile 1979, Boll. CE, suppl. 2/79, parte I, § 7.

³ Parimenti sentito era il fine di rafforzare il ruolo della Comunità nel contesto internazionale.

diritti a parametri più certi, stante la discutibile giurisprudenza della Corte di giustizia che, pur mossa dall'intento di rassicurare gli Stati (e le loro Corti, costituzionali e supreme) sulla bontà del processo di integrazione europea, pareva ancora troppo legata, anche in materia di diritti, a considerazioni di tipo economico, così da funzionalizzarne la tutela al perseguimento degli obiettivi previsti dal Trattato e dunque da applicare CEDU e tradizioni costituzionali comuni – in quanto principi generali del diritto comunitario – secondo il filtro delle esigenze di questo. L'adesione alla CEDU, quindi, era considerata come la via per vincolare la Corte – attraverso la sottoposizione anche delle sue pronunce al controllo esterno esercitato dagli organi del sistema Strasburgo – a garantire una tutela dei diritti effettiva, anche quando responsabile della lesione fosse un atto comunitario finalizzato alla realizzazione del mercato comune. In buona sostanza, si potrebbe dire che essa era prospettata a quel tempo soprattutto come l'alternativa – ritenuta forse più praticabile nel breve periodo – all'elaborazione di un autonomo catalogo dei diritti comunitario che, analogamente a quanto fanno le Carte costituzionali negli ordinamenti statali, desse ai diritti pieno valore giuridico.

Da allora molta acqua è passata sotto i ponti dell'integrazione europea, anche in materia di tutela dei diritti fondamentali: la giurisprudenza della Corte di giustizia si è sensibilmente evoluta, la protezione dei diritti è stata, a Maastricht, formalmente inserita nel Trattato e – come ben noto – a Nizza è stata persino solennemente proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur se all'inizio non dotata di efficacia giuridica. Eppure il tema dell'adesione dell'Unione alla CEDU è sempre rimasto al centro del dibattito sulla c.d. tutela «multilivello» dei diritti inviolabili, anche dopo che la Corte di giustizia, nel celebre Parere n. 2/94, aveva del tutto escluso che i trattati allora vigenti conferissero alla Comunità «la competenza per aderire alla Convenzione»⁴. Anzi, quali che fossero i reali intendimenti della Corte di giustizia nel suddetto Parere – una certa cautela ad ampliare in via interpretativa le competenze comunitarie in un settore, la tutela dei diritti, su cui gli Stati erano particolarmente sensibili (Gianelli 2009), e quindi una sorta di appello ai Signori dei Trattati affinché inserissero all'interno di questi un'espressa base giuridica in tal senso (Fabbrini 2011) o, più semplicemente, la sua ritrosia nell'ammettere la sottoposizione anche delle proprie pronunce ad un controllo esterno, da parte di autorità estranee al sistema comunitario (Tiberi 1997) – proprio il Parere n. 2/94 ha costituito una tappa fondamentale nel percorso che ha condotto sino alla situazione attuale, oltre che un vero e proprio spartiacque nel dibattito che si è sviluppato sul punto. Esso, infatti, non solo ha definitivamente chiarito che, senza una modifica dei Trattati eu-

⁴ Parere n. 2/94 del 28 marzo 1996, p.to 36. Cfr. anche p.to 34.

ropei, quella dell'adesione non era una strada che si potesse percorrere, ma ha rappresentato anche un punto di svolta nel rapporto fra le due Corti europee che, non a caso a partire dalla seconda metà degli anni '90, hanno intrapreso un cammino di progressivo avvicinamento reciproco, fino a produrre una sorta di integrazione di fatto dei due sistemi sovranazionali di tutela dei diritti, quello della Convenzione europea e quello dell'Unione europea (Douglas-Scott 2006; Gennusa 2007).

Da un lato, infatti, le due Corti – mosse certamente anche, ciascuna, dal timore di non veder sminuita la propria autorità da pronunce discordanti da parte dell'altra in casi simili e materie analoghe – hanno via via sempre più uniformato la propria giurisprudenza, attraverso il continuo rinvio dell'una a precedenti dell'altra, fino a raggiungere una quasi completa «concordanza sostanziale» nell'interpretazione delle stesse norme convenzionali⁵. Dall'altro, la Corte di Strasburgo – ormai consapevole che l'adesione alla CEDU dell'Unione europea nell'immediato non avrebbe certo potuto prodursi – ha iniziato a controllare anche le presunte lesioni riconducibili a questa nell'unico modo concretamente possibile: facendo valere la responsabilità dei suoi Stati membri che erano tutti, al contempo, parti della Convenzione europea. Più precisamente, nella celebre sent. *Matthews* del 1999⁶, partendo dal presupposto che «la Convenzione non esclude il trasferimento di competenze ad organizzazioni internazionali, posto che i suoi diritti continuino ad essere assicurati. La responsabilità degli Stati, quindi, continua anche dopo un tale trasferimento»⁷, essa aveva sindacato l'Atto per le elezioni dirette del Parlamento europeo del 1976 – un atto di natura internazionale, pur se interno all'ordinamento dell'Unione europea, su cui la giurisdizione della Corte di giustizia non era prevista – e aveva, conseguentemente, condannato lo Stato per violazione dell'art. 3, Protocollo n. 1 CEDU. E nell'altrettanto celebre sent. *Bosphorus* del 2005⁸, aveva dimostrato la disponibilità – sebbene non così limpidamente come a prima vista potrebbe sembrare – a sindacare indirettamente, per il tramite dell'atto di attuazione statale, anche gli atti «comunitari», ritenendo eventualmente responsabile lo Stato che li aveva eseguiti.

⁵ Fra i tanti esempi in tal senso, e limitandosi agli inizi di questo sempre più intenso dialogo fra le due Corti europee, cfr. le sentenze della Corte di giustizia *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 aprile 1996, C-13/1994; *Baustahlgewebe GmbH v. Commissione*, 17 dicembre 1998, C-185/1995 P; *Connolly v. Commissione*, 6 marzo 2001, C-274/1999 P; *K.B. v. National Health Service Pensions Agency*, 7 gennaio 2004, C-117/2001; *Regno di Spagna v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, 12 settembre 2006, C-2004; e le sentenze della Corte europea dei diritti *Pellegrin v. Francia* 28541/95, 8 dicembre 1999; *Kress v. Francia* 39594/98, 7 giugno 2001; *Goodwin v. Regno Unito* 28957/95, 11 luglio 2002.

⁶ Sent. *Matthews v. Regno Unito* 24833/94, 18 febbraio 1999.

⁷ Sent. *Matthews*, cit., p.to 32; ma cfr. similmente già *M. & Co. v. Germania* 13258/87, 9 febbraio 1990.

⁸ Sent. *Bosphorus Airways v. Irlanda* 45036/98, 30 giugno 2005.

Tuttavia, in quella stessa sentenza, la Corte europea aveva anche introdotto una sorta di presunzione di equivalenza della tutela dei diritti offerta dalla Comunità che l'avrebbe, di fatto, generalmente dispensata dall'esercitare il controllo (e che quindi avrebbe esonerato gli Stati dalla responsabilità conseguente), almeno fino a quando non si fosse dimostrato che, nel caso specifico, la tutela comunitaria si era rivelata palesemente carente⁹. Tale impostazione è stata sino a oggi confermata dalla Corte di Strasburgo, sebbene essa abbia recentemente escluso, nella sent. *Michaud v. Francia* del 2013¹⁰, che alla «presunzione *Bosphorus*» possa farsi ricorso in presenza di atti dell'Unione che lascino margini di discrezionalità per la loro attuazione e quando i giudici nazionali abbiano omesso di interpellare la Corte di giustizia tramite rinvio pregiudiziale per acquisire il suo «punto di vista» sulla presunta lesione di un diritto inviolabile, prima di decidere definitivamente in giudizio¹¹: in tali ipotesi, il controllo di Strasburgo sull'atto nazionale di attuazione di quello europeo è pieno e completo. Ma in tutti gli altri casi, la presunzione di equivalenza vale ad attenuare il controllo e quindi a investire gli Stati di una forma di responsabilità più ridotta.

È precisamente in questo contesto giurisprudenziale che – a prima vista un po' paradossalmente – matura in via definitiva la scelta dell'adesione dell'Unione alla CEDU, già fatta propria dal c.d. Trattato costituzionale (art. I-9) e riprodotta, senza modificazioni, nel Trattato di Lisbona. L'art. 6, par. 2 TUE, infatti, andando persino al di là di quanto originariamente suggerito dalla «Convenzione sul futuro dell'Europa» in sede di elaborazione del Trattato costituzionale¹², testualmente recita «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati». In tal modo, esso configura un vero e proprio obbligo di adesione alla CEDU, pur ovviamente senza predeterminarne rigidamente i tempi e le modalità.

Ma perché introdurre un vincolo di aderire proprio quando ormai le due Corti europee parevano aver raggiunto un collaudato equilibrio e, soprattutto, quando alla stessa Carta dei diritti dell'Unione europea – la cui scrittura già di per sé era bastata a produrre un salto di qualità nella giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti fondamentali¹³ (Cartabia 2007) – veniva attribuita

⁹ Sent. *Bosphorus*, cit., p.ti 155 e 156.

¹⁰ Sent. *Michaud v. Francia* 12323/11, 6 marzo 2013.

¹¹ Sent. *Michaud v. Francia*, cit., p.to 115.

¹² Il *Praesidium* della Convenzione si era, infatti, limitato a proporre «L'Unione *persegue* l'adesione» alla CEDU.

¹³ Cfr. ad es. le note sentt. *Schmidberger*, C-112/2000, 12 giugno 2003 e *Omega*, C-36/2002, 14 ottobre 2004.

piena efficacia giuridica, ad opera del medesimo art. 6 del Trattato sull'Unione europea?

Certamente il rischio d'interpretazioni divergenti da parte delle due Corti europee degli stessi diritti non poteva dirsi, in tal modo, per ciò solo sconfitto. Tuttavia sembra difficile contestare che, con la Carta, i margini di conflitto avrebbero dovuto ulteriormente ridursi, stante la c.d. «clausola di omogeneità» introdotta dal suo art. 52, par. 3¹⁴, che si propone di realizzare una convergenza ancor più profonda di quella che le due Corti avevano già spontaneamente prodotto¹⁵ (Lock 2009).

Pertanto, la vera ragione dell'adesione alla CEDU sembra piuttosto risiedere altrove, e precisamente proprio nella suesposta giurisprudenza della Corte dei diritti in materia di controllo sugli atti dell'Unione europea e nelle incongruenze che dall'integrazione sistemica in tal modo prodotta erano in concreto discese. Come già accennato, in assenza di un'adesione alla CEDU – e quindi di un raccordo formale fra Convenzione e Unione europea – il controllo di Strasburgo sugli atti di questa non aveva potuto che esercitarsi in via indiretta e mediata, per il tramite dell'imputabilità dei suoi Stati membri. Ma un siffatto controllo, anche a prescindere dall'artificiosità dell'*escamotage* introdotto¹⁶, ha presentato da subito due difetti evidenti. Il primo è semplicemente una questione di *grado* e d'*intensità*. È innegabile che la «presunzione *Bosphorus*», per cui la tutela dei diritti offerta dall'Unione è considerata in via di principio equivalente a quella della Convenzione, abbia avuto una giustificazione profonda, persino più forte del rispetto verso l'altra Corte europea: quella di non generare, per quanto possibile, uno scomodo «conflitto di lealtà» in capo agli Stati, che sono vincolati alla CEDU ma anche, al contempo, all'Unione europea. Ma è altrettanto innegabile che essa abbia, di fatto, introdotto un doppio standard di controllo degli atti statali – pieno e completo su quelli interni, attenuato e ridotto su quelli che siano di attuazione di obblighi imposti dall'Unione europea – e quindi un doppio standard di tutela dei diritti, che qualche perplessità comunque solleva. Il secondo – ancor più grave – riguarda, invece, l'*ambito* e l'*estensione* del controllo esperibile. È evidente, infatti, che se il sindacato sugli atti dell'Unione può essere esercitato solo per il tramite degli atti di attuazione statali, nessun controllo è concreta-

¹⁴ Cfr. anche l'art. 53 della Carta e le Spiegazioni relative alla Carta ed elaborate dal *Praesidium* che, in relazione all'art. 52, fanno espresso riferimento, anche, alla giurisprudenza della Corte dei diritti.

¹⁵ Per una delle prime applicazioni giurisprudenziali di questa clausola di omogeneità, cfr., ad es., sent. *J. McB. v. L. E.*, C-400/10 PPU, 5 ottobre 2010, p.to 53.

¹⁶ In effetti, convenire in giudizio a Strasburgo gli Stati al posto dell'Unione europea snatura il carattere sovranazionale degli atti in ultima analisi ritenuti colpevoli di lesioni alla Convenzione europea – attribuendogli un'essenza intergovernativa che viceversa non hanno – e impedisce che sia la vera base giuridica della violazione ad essere colpita.

mente possibile quando un intervento statale sia mancato del tutto. In questo modo, però, tutta una serie di possibili violazioni dei diritti resta esclusa dal raggio di azione della Corte europea: quella delle lesioni prodottesi in procedimenti completamente interni all'Unione che non diano titolo agli Stati di prendervi parte. Ed è una lacuna, questa, anche di una certa portata se si considera che – mancando oltretutto l'apporto di tutela giurisdizionale pur sempre derivante dal livello statale – i diritti potrebbero essere qui, forse, ancora più a rischio che altrove. La conseguenza è che una tale giurisprudenza della Corte europea non solo ha talvolta prodotto confusione e incertezza quanto alla linea di confine del controllo esperibile – dipendendo solo dalla partecipazione a qualsiasi titolo di uno Stato nel procedimento che ha dato avvio al ricorso a Strasburgo la decisione sulla ricevibilità di questo¹⁷ – ma neppure è riuscita a raggiungere appieno lo stesso obiettivo per cui la Corte l'aveva avviata: quello di realizzare una tutela *completa* dei diritti inviolabili, attraverso la sottoposizione a un controllo esterno di *tutti* gli atti potenzialmente lesivi.

Di qui la ragione di un'adesione alla CEDU prevista nel momento stesso in cui si forniva alla Carta efficacia giuridica. Sono le stesse parole della «Convenzione sul futuro dell'Europa» a sostegno della proposta di adesione a darne il senso preciso: «nel momento in cui l'Unione riafferma i propri valori attraverso la Carta, la sua adesione alla CEDU costituirebbe un segnale politico importante della coerenza fra l'Unione e la «grande Europa», rispecchiato nel Consiglio d'Europa e nel relativo sistema paneuropeo dei diritti umani; l'adesione alla CEDU garantirebbe ai cittadini a livello dell'Unione un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano già negli Stati membri. È questa una questione di credibilità, in quanto gli Stati membri hanno trasferito sostanziali competenze all'Unione...»¹⁸. È evidente, infatti, che in questa luce l'esistenza di una Carta dei diritti interna e l'adesione alla CEDU

¹⁷ L'incongruenza di questa impostazione e l'incertezza che ne discende risulta assolutamente evidente se si pongono a confronto le decc. *Connolly v. i 15 Stati membri dell'Unione europea* 73274/01, 9 dicembre 2008 e *Kokkelvisserij v. Paesi Bassi* 13645/05, 20 gennaio 2009: nel primo caso il ricorrente, funzionario della Commissione europea, lamentava una lesione dell'art. 6 CEDU, per il fatto che la Corte di giustizia gli aveva negato il diritto di replica alle Conclusioni dell'Avv. Gen. *in sede di ricorso diretto* contro la sua collocazione in sovrannumero nell'organico della Commissione; nel secondo la ricorrente – un'associazione olandese operante nel settore della pesca dei molluschi – lamentava anch'essa una lesione dell'art. 6 CEDU a causa del diniego del diritto di replica alle Conclusioni dell'Avv. Gen., avvenuto però in sede di *rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia da parte del giudice nazionale. Come si vede la presunta violazione è la medesima e medesima ne è la causa. Eppure il primo ricorso è stato giudicato irricevibile *ratione personae*, a causa dell'assoluta assenza di coinvolgimento statale in un procedimento – quello del ricorso diretto – che si svolgeva tutto interno agli organi dell'Unione, che non è parte della Convenzione; il secondo, invece, perfettamente ricevibile – pur se *ratione materiae* inammissibile, non avendo la ricorrente dimostrato la manifesta insufficienza della tutela dei diritti comunitaria nel caso di specie – unicamente perché, pur trattandosi comunque di una violazione interna all'Unione, era – se del caso – avvenuta a seguito di rinvio pregiudiziale *statale*.

¹⁸ Relazione finale del Gruppo II «Integrazione della Carta/adesione alla CEDU», 22 ottobre 2002, CONV354/02, pp. 11-12.

non sono più considerate strade *alternative* fra loro: la Carta è – al pari dei *Bill of Rights* nazionali – uno strumento di affermazione dei valori europei e di riconoscibilità dei diritti inviolabili; l'adesione alla CEDU è il mezzo per assicurare quel controllo *esterno* completo degli atti dell'Unione – cui gli atti statali si sottopongono già – che la Corte europea non è in grado di garantire da sola. Ma soltanto insieme – quali strumenti *complementari* fra loro – possono consentire di ottenere l'obiettivo cui tutti sembrano dirsi orientati: quello di produrre una tutela dei diritti nell'Unione europea davvero paragonabile a quella fornita dal livello statale.

Un'argomentazione, questa, difficilmente contestabile. E lo dimostra, infatti, non solo la facilità con cui una simile conclusione è stata recepita nel Trattato costituzionale e sostanzialmente trasposta – senza particolari dibattiti – nel Trattato di Lisbona, ma anche l'approvazione del Protocollo n. 14 della Convenzione europea, che ne ha integrato l'art. 59, introducendovi espressamente la base giuridica per la futura adesione¹⁹. Si è trattato, infatti, di una modifica non strettamente indispensabile, in quel momento, dal punto di vista giuridico²⁰, ma che è sintomatica del consenso di cui l'opzione sembrava godere in tutti e 47 gli Stati parti della Convenzione europea.

2. LE DIFFICOLTÀ DELL'ADESIONE. UN PROBLEMA DI FONDO: L'ADESIONE DEVE PRESERVARE LA SPECIFICITÀ DELL'UNIONE

Nonostante la presenza di un consenso iniziale tanto diffuso, però, era prevedibile che la procedura di adesione richiedesse molto tempo e fatica. Basta scorrere velocemente il pur breve Protocollo n. 8 allegato al Trattato di Lisbona che dell'adesione specificamente si occupa per rendersi conto da subito della portata delle questioni sul tavolo: esso, infatti, si apre richiedendo che l'accordo di adesione garantisca «che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione». Sebbene poi di tale requisito fornisca qualche esemplificazione ulteriore, è evidente che la peculiarità dell'Unione è di una tale entità che la sua garanzia non può non incidere su qualunque aspetto del meccanismo convenzionale così come ha funzionato sinora: l'Unione, si sa, non è uno Stato, bensì – ormai – la «somma» di 28 Stati diversi che, pur strettamente integrati fra loro e con l'Unione medesima, mantengono tuttavia una propria soggettività distinta, sia nei confronti della CEDU, di cui continuano ad essere parti «individuali», sia nei confronti dell'Unione europea, come ben si riflette nella precisa ripartizione di competenze interne fra livello europeo e livello statale. L'Unione, inoltre, si caratterizza anche per un ordinamento interno assai peculiare, del tutto imparago-

¹⁹ Esso, infatti, ora prevede: «l'Unione europea può aderire alla presente Convenzione».

²⁰ Cfr. Protocollo n. 14, *Explanatory Report*, p.to 101.

nabile a quello delle altre parti della Convenzione europea. Già il suo sistema delle fonti ne fornisce un segnale lampante: il suo diritto primario – cioè i trattati europei che ne governano appieno il campo di azione, le istituzioni, il funzionamento – è ancora sostanzialmente nelle mani degli Stati, tanto che la stessa Corte di giustizia, pur titolare del monopolio della sua interpretazione, non ha giurisdizione per decidere della validità delle sue disposizioni; d'altro canto, il suo diritto derivato – cioè gli atti approvati dalle istituzioni europee – è di regola attuato ed eseguito in concreto dal livello statale. E analoghe considerazioni valgono anche per il sistema giurisdizionale che contraddistingue l'Unione europea, visto che, come ampiamente noto, accanto alla ribattezzata Corte di giustizia dell'Unione europea – istituzione composita, formata dalla Corte di giustizia, dalla Corte generale e dai Tribunali specializzati, e dunque, in sostanza, il «vero» giudice dell'Unione europea – esso si avvale anche dei giudici dei suoi Stati membri che, quando agiscono nell'ambito del diritto dell'Unione, assumono, anche, la funzione di giudici europei.

Insomma, anche senza voler procedere oltre con l'elencazione dei tratti essenziali dell'Unione europea, tutti troppo noti per essere qui ricordati, è chiaro che il requisito della tutela delle sue specificità pone delicate questioni.

Innanzitutto, è evidente, si tratta di delicatissime questioni giuridiche, come i moltissimi studi in materia – fioriti ben prima che il processo di adesione potesse prendere concretamente l'avvio (fra i primi contributi, Capotorti 1980)²¹ – danno ampia conferma. Praticamente ogni aspetto del sistema convenzionale – dall'ambito della sua applicazione, alla composizione delle sue istituzioni, alla procedura dinnanzi alla Corte europea – richiede una rimediazione e adattamenti specifici, ed è prevedibile che anche alcune procedure interne all'Unione europea necessiteranno di coerenti ritocchi.

Purtroppo non è qui possibile esaminare in dettaglio tutti i problemi giuridici che l'adesione solleva, anche se nel prosieguo di questo contributo se ne approfondiranno maggiormente alcuni – quelli che riguardano la procedura dei ricorsi alla Corte europea – che, per la loro particolare complessità e per l'originalità delle soluzioni proposte, paiono più interessanti per gli sviluppi futuri. Del resto, bastano forse pochi esempi per comprendere subito cosa significhi davvero garantire «che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione» dal punto di vista giuridico, visto che tutti gli interrogativi cui nel processo di adesione in corso si sta cercando di dare risposta, se non riguardassero l'Unione europea, nemmeno avrebbero motivo di porsi.

Ad esempio: come disciplinare l'adesione dell'Unione ai Protocolli della Convenzione europea? È chiaro che la ragion d'essere della domanda risiede

²¹ Cfr., anche, lo *Study of technical and legal issues*, DG-II(2002)006 [CDDH (2002) 010 Addendum 2].

solo nel timore di alcuni Stati membri, che non hanno siglato tutti i Protocolli previsti, che si producano ulteriori riduzioni di sovranità nazionale per «interposta adesione»: poiché, infatti, «gli accordi conclusi dall'Unione²² vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri» (art. 216, par. 2 TFUE) divenendo, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, «parte integrante dell'ordinamento comunitario»²³, se l'accordo di adesione coprisse anche i Protocolli, questi diverrebbero cogenti – sia pur solo nell'ambito coperto dai Trattati europei – anche per gli Stati che non vi avessero espressamente aderito per il solo fatto che vi ha aderito l'Unione? Non è un caso, peraltro, che il Protocollo n. 8 allegato al Trattato di Lisbona richieda nello specifico che l'accordo di adesione non «incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della Convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi Protocolli...». D'altra parte, ha un senso escludere dall'ambito dell'adesione alcuni Protocolli che rientrano nella sfera di azione del diritto dell'Unione o che riguardano diritti comunque garantiti dalla Carta solo perché non tutti gli Stati membri dell'Unione europea li hanno ratificati prima che l'adesione si compia?²⁴ In questo caso quale potrà essere l'approccio della Corte di giustizia in questioni relative a diritti della Carta corrispondenti a diritti sanciti da Protocolli CEDU non sottoscritti dall'Unione europea? Eviterà qualunque richiamo al Protocollo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, o vi farà rinvio per il tramite dei principi generali del diritto dell'Unione (art. 6, par. 3 TUE)?²⁵

O ancora: a seguito dell'adesione, la giurisdizione della Corte europea deve estendersi a tutto il diritto dell'Unione europea o limitarsi soltanto ad alcuni tipi di atti? A prima vista questo quesito potrebbe sembrare persino curioso, stante l'art. 57 CEDU – che espressamente esclude riserve generali volte a sottrarre intere categorie di atti dal controllo della Corte europea – e, soprattutto, il principale obiettivo che l'adesione persegue: sottoporre *tutto* il diritto dell'Unione europea a un controllo esterno di conformità ai diritti. Eppure, in questo caso, ha una ragione precisa, visto che la Corte di giustizia non può pronunciarsi sulla validità dei Trattati europei né – sia pur con qual-

²² In questo caso, invero, l'accordo di adesione è di regola classificato come accordo «misto» (sebbene manchino taluni dei presupposti che normalmente ricorrono nei casi di *mixity*).

²³ Sent. *Haegeman v. Belgio*, 181/73, 30 aprile 1974, p.to 5. Ma cfr. anche la sent. *Åklagaren v. Hans Åkeberg Fransson*, C-617/10, 26 febbraio 2013, p.to 44.

²⁴ L'Accordo finale presentato ad aprile prevede, infatti, al riguardo che l'adesione copra i due soli protocolli già ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione europea prima dell'adesione medesima (il Protocollo Addizionale e il Protocollo n. 6).

²⁵ Sebbene ad adesione non ancora avvenuta, può essere interessante il richiamo alla – rilevantissima anche per molte altre ragioni – sent. *Åklagaren*, cit., dove la Corte di giustizia interpreta il principio del *ne bis in idem* (pur garantito anche dal Protocollo n. 7 CEDU, non però oggetto ad oggi del presente accordo di adesione) in un'accezione più ristretta di quella che emerge dalla giurisprudenza della Corte dei diritti, senza tuttavia farvi alcun espresso richiamo.

che eccezione²⁶ – ha giurisdizione in ambito PESC ed ammettere il sindacato di Strasburgo su tutto il diritto dell'Unione europea comporterebbe quindi un'«asimmetria» fra le due Corti europee che qualche problema certo solleva (Jacqué 2011; Lock 2012)²⁷.

O infine: secondo quali modalità – che lo stesso Protocollo n. 8 richiede siano «specifiche» – l'Unione può partecipare agli organi di controllo della Convenzione europea? Ha anch'essa diritto a un giudice permanente, considerato che plausibilmente la sua nazionalità sarà la stessa di un altro giudice della Corte europea?²⁸ E soprattutto, come congegnare la sua partecipazione alle funzioni del Comitato dei Ministri che siano connesse con la Convenzione europea (si pensi, fra tutte, al controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea)²⁹, considerato che l'Unione neppure dopo l'adesione diverrà membro del Consiglio d'Europa e, soprattutto, stante il suo peculiare rapporto con i suoi Stati membri, che il Trattato europeo configura chiaramente in termini di leale collaborazione reciproca?³⁰ Se tutti gli Stati membri, infatti, votassero nel Comitato dei ministri in modo coordinato – per lealtà all'Unione e ogni volta che sia in gioco la sua posizione – essi, disponendo sempre della maggioranza dei voti, potrebbero vanificare del tutto l'effettività del controllo; e tuttavia nemmeno si potrebbe escludere a priori l'Unione da tali importanti funzioni, senza compromettere, in definitiva, il suo ruolo nel sistema della Convenzione europea³¹.

²⁶ Cfr. art. 275, par. 2 TFUE.

²⁷ La proposta di accordo di aprile risolve tale questione, dopo un estenuante negoziato che vedeva taluni Stati membri – in particolare Francia e Regno Unito – fortemente contrari a un generalizzato sindacato della Corte europea, ammettendo il controllo su tutto il diritto dell'Unione europea, ma inserendo una specifica clausola di attribuzione degli atti – per cui gli atti, le misure o le omissioni degli Stati membri dell'Unione o degli organi che agiscono in loro nome devono essere attribuiti agli Stati, anche se adottati in sede di attuazione del diritto dell'Unione (incluse le decisioni assunte ai sensi del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), mentre gli atti, le misure o le omissioni delle istituzioni dell'Unione europea vanno attribuiti a quest'ultima, anche se si verificano nel settore della Politica Estera e di Sicurezza Comune, sempre ferma restando la possibile corresponsabilità di entrambi – che sembra peraltro introdurre una scissura fra attribuzione di un atto e responsabilità per le conseguenze che da esso discendono. Sulle peculiarità dell'Unione europea in tema di attribuzione e responsabilità degli atti, cfr. già *UN Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries* 2011, art. 64.

²⁸ Tale questione, invero, non è stata così dibattuta nel negoziato che ha redatto l'accordo. Qui, infatti, è stato applicato senza particolari obiezioni il principio di eguaglianza fra tutte le Parti contraenti, tale per cui anche l'Unione ha diritto a un giudice, eletto come gli altri e che esercita le sue funzioni in modo permanente.

²⁹ Art. 46 CEDU; ma altre competenze sono indicate dagli artt. 47, 39 e 26 CEDU.

³⁰ Art. 4, par. 3 TUE.

³¹ Un po' semplificando, si è deciso di assegnare all'Unione diritto di voto in tutte le funzioni che siano espressamente previste dalla Convenzione europea (fra cui è stata inserita anche quella – con norma *ad hoc* riservata all'Unione – di approvare i Protocolli futuri) e consultivo nelle altre; e, al contempo, sono state modificate le Regole del Comitato dei Ministri per il controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea e dei termini delle composizioni amichevoli, prevedendo maggioranze diverse da quelle attuali (quando non, addirittura, ipotesi di decisioni assunte a *hyper-minority*)

D'altro canto, è evidente che a tali problemi giuridici siano sottese altrettante questioni politiche. Anzi, si potrebbe forse dire che la ricerca di soluzioni giuridiche sia la diretta risposta a ben precise esigenze politiche. L'ingresso di un nuovo contraente della portata dell'Unione europea nel meccanismo che fa capo alla Convenzione europea, infatti, se non è maneggiato con cura, può avere l'effetto, dirompente, di scardinare gli equilibri del sistema Strasburgo fino a compromettere – come già si è potuto comprendere – lo stesso funzionamento della Convenzione europea. È chiaro, pertanto, che il vincolo di garantire «che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione» ponga anche delicati problemi politici, non ammettendosi che siffatta garanzia finisca per tradursi in uno strapotere dell'Unione a danno degli altri: l'accordo di adesione è, dunque, prima di tutto un accordo politico. Un accordo politico che, caso per caso, sceglie le soluzioni giuridiche che meglio si attagliano a bilanciare la garanzia della specificità dell'Unione con la garanzia dell'eguaglianza di tutti³².

Del resto, sono gli stessi negoziati a dar conto della natura profondamente politica del processo cui stiamo assistendo. Invero, non è solo la loro lunghezza a darne conferma, sebbene essa certo sia un sintomo dell'asprezza del dibattito che si è venuta a produrre. I negoziati, infatti, come è noto, si sono aperti nel giugno del 2010 – dopo che il 26 maggio il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa aveva conferito un mandato ad hoc al suo Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (CDDH) per elaborare l'accordo di adesione (con conseguente costituzione al suo interno di un gruppo di lavoro denominato CDDH-UE)³³ e i Ministri della giustizia dell'Unione europea avevano conferito analogo mandato alla Commissione il 4 giugno³⁴ – e dopo più di tre anni non si sono ancora ufficialmente conclusi, sebbene il recente Accordo finale costituisca senza dubbio un risultato importante. Piuttosto, è il modo in cui si sono articolati che dà bene l'idea della posta politica in gioco.

In primo luogo, a ben vedere, il negoziato per l'adesione è il risultato di ben tre negoziati diversi, fra loro distinti, eppure, al contempo, inesorabilmente intrecciati: il negoziato «ufficiale», in seno al Consiglio d'Europa con la partecipazione della Commissione, quale rappresentante dell'Unione europea; il negoziato interno all'Unione europea, fra le sue istituzioni e, anche, fra i suoi Stati membri; e una sorta di strano negoziato fra le due Corti europee

per evitare qualunque potenziale paralisi prodotta dal voto coordinato dell'Unione e dei suoi Stati membri. Cfr. *Rule 18 – Judgments and friendly settlements in cases to which the European Union is a party*, 47+1(2013)008, Annex III.

³² Cfr. ad es. 47+1 (2013) 007, p.to 7.

³³ CM/Del/Dec (2010) 1085.

³⁴ Doc. 10630/1/10 REV1. Le direttive di negoziato sono indicate in IP/10/291 (17 marzo 2010), ma in larga parte sono state mantenute segrete.

che, dialogando attraverso la loro giurisprudenza (passata e attuale) e, talvolta, attraverso delle prese di posizione specifiche, hanno finito per divenire anch'esse, in qualche modo, dei veri e propri «negoziatori». Negoziatori non ufficiali, certo, eppure fondamentali nel loro ruolo – per così dire – di fornire il substrato materiale delle negoziazioni medesime su alcune questioni specifiche. In questo particolare negoziato «multilivello», dunque, si ritrovano – e si scontrano – tanti interessi, politici, di provenienza diversa, siano quello dell'armonico ed equilibrato funzionamento del sistema convenzionale evitando lo straripamento di una parte contraente a danno degli altri, quello dell'elaborazione delle soluzioni più favorevoli per l'Unione europea e per i suoi Stati membri o quello della strutturazione del rapporto fra le due Corti europee. Cioè il negoziato ufficiale che necessariamente di essi deve produrre una sintesi, non può non essere un negoziato politico e nemmeno può non tener conto di quello che accade al di fuori di sé. Una circostanza ne fornisce testimonianza lampante: il 19 luglio 2011, il CDDH-UE aveva prodotto una «Bozza finale di Accordo»³⁵ che sembrava il preludio di un'imminente adesione. Invece, nel corso della riunione straordinaria del CDDH fissata il 14 ottobre 2011 proprio per licenziare definitivamente l'accordo, è emerso che, sebbene molte delle delegazioni statali giudicassero il lavoro fatto come «an acceptable and balanced compromise», fra gli Stati membri dell'Unione europea – stante l'assenza di una posizione comune – si rendeva necessario un ulteriore dibattito per poter esprimere una più fondata opinione sul punto. Conseguentemente, il CDDH ha concluso che «given the political implications of some of the pending problems», che ne impedivano la risoluzione sia ad opera del CDDH medesimo sia del CDDH-UE, «in the present circumstances it had done all it could, as a steering committee, and agreed to transmit the present report and the attached revised draft instruments to the Committee of Ministers for consideration and further guidance»³⁶. A quel punto, i negoziati ufficiali vengono addirittura temporaneamente sospesi, per proseguire soltanto nel livello interno all'Unione europea. E hanno potuto riprendere soltanto quando l'Unione europea – alla luce degli esiti del dibattito nel FREMP (lo *Working Party on Fundamental Rights, Citizens Rights and Free Movement of Persons*)³⁷ – ha ritenuto si potesse procedere³⁸.

In secondo luogo, è lo stesso sviluppo del negoziato ufficiale a fornire indizi importanti. Esso, infatti, può essere agevolmente diviso in due fasi distinte: la prima dal suo avvio e sino alla bozza del luglio 2011; la seconda dalla

³⁵ CDDH-UE (2011) 16, Final Version.

³⁶ CDDH (2011) 009, pp. 3- 4, p.ti 9, 11, 14-15.

³⁷ Nominato ex art. 218, par. 4 TFUE. Degli esiti del dibattito darebbe conto il Doc. n. 8915/12, FREMP 63, JAI 267, COSCE 11, COHOM 83, però non accessibile al pubblico.

³⁸ Press release 9179/12, PRESSE 172, PR CO 24, p. 16.

sua ripresa, nel giugno 2012, sino all'Accordo finale. Diversi sono i soggetti che lo guidano e diverso è il clima che vi si può respirare. Come già accennato, inizialmente il soggetto deputato a condurlo era il CDDH-UE, un gruppo di lavoro interno al Comitato direttivo dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa. Esso non era un organismo politico: composto di 14 membri (di cui 7 provenienti dagli Stati dell'Unione europea e 7 da Stati non UE), scelti sulla base della loro competenza giuridica e non in rappresentanza degli Stati di provenienza, poteva definirsi a tutti gli effetti un «comitato di esperti». Né, conseguentemente, politico era stato il dibattito che ne aveva caratterizzato i lavori. Si era trattato, invece, di discussioni prettamente giuridiche, che non avevano evidenziato spaccature o contrapposizioni di sorta, bensì improntate a una decisa collaborazione reciproca. Il risultato è stato quello che sappiamo: una bozza finale accolta con estrema freddezza e, temporaneamente, persino messa da parte (pur se in seguito utilizzata come la base di quello che è divenuto l'Accordo finale). Ben diversamente si caratterizza la fase seguente: il CDDH-UE cessa la sua attività e al suo posto subentra il già citato «Gruppo 47+1»³⁹. Come facilmente si intuisce dal nome, di tale nuovo organo fanno parte i delegati dei 47 Stati del Consiglio d'Europa e il rappresentante dell'Unione europea, la Commissione. Questo sì che è stato, a pieno titolo, un organo prettamente politico. E politico ne è stato il metodo e politica l'atmosfera: è evidente già dalla prima riunione la volontà degli Stati terzi di contare al pari dell'Unione e dei suoi Stati membri, visto che essi si rifiutano di limitare il negoziato ai soli emendamenti alla Bozza del luglio 2011 suggeriti dall'UE, rivendicando, invece, un autonomo potere di presentare proposte⁴⁰. Emblematica è, in particolare, la posizione della Federazione russa che, nella sua dichiarazione allegata al *Report* della seconda riunione, riafferma con forza il principio di parità tra le Parti contraenti: come a voler dire, insomma, che nelle contrattazioni «uno vale uno», per evitare che l'Unione finisse per valere, invece, 29⁴¹. Da allora l'intero negoziato è stato attraversato da contrasti continui – soprattutto fra il blocco dell'Unione e dei suoi Stati membri e il blocco degli Stati non UE – che ne hanno segnato, costanti, il percorso. Il risultato è, per ora, l'Accordo finale, sebbene certezze che sia davvero *finale* ancora non se ne possano avere. Tuttavia la scelta del Comitato dei Ministri di dar vita, con il «Gruppo 47+1», a un organo del tutto diverso da prima sembra, in effetti, rispondere a un'esigenza precisa: quella di dar spazio al confronto politico fra interessi diversi, quasi che si fosse percepito che solo un testo

³⁹ CM/Del/Dec (2011) 1126/4.1, CM (2011) 149.

⁴⁰ 47+1(2012)R01, p.to 3. Cfr. anche il *Common paper of Andorra, et. al.*, 21-23 gennaio 2013, 47+1 (2013) 003.

⁴¹ 47+1 (2012) 002, Appendix VI.

uscito da un dibattito veramente politico avrebbe avuto speranze, un domani, di sigillare l'adesione dell'Unione alla CEDU.

3. UN PROBLEMA SPECIFICO: L'ADESIONE DEVE PRESERVARE L'AUTONOMIA DELL'UNIONE EUROPEA. AUTONOMIA DELL'UNIONE O AUTONOMIA DELLA SUA CORTE?

La principale manifestazione di specificità, tuttavia, è senza dubbio quella che ricade sotto il nome di «autonomia esterna» dell'Unione europea: un concetto, questo, di vera e propria «qualità costituzionale» (Lock 2011), la cui salvaguardia per la Corte di giustizia costituisce condizione essenziale per la valida conclusione di qualunque accordo l'Unione voglia siglare. Naturale, quindi, stante il potere della Corte di impedire l'entrata in vigore degli accordi internazionali che siano giudicati incompatibili con i Trattati europei⁴², che la sua giurisprudenza in materia abbia costituito il punto di partenza dei negoziati per l'adesione – per certi versi si potrebbe addirittura dire che il Protocollo n. 8 ne abbia rappresentato la registrazione fedele – e il filo rosso che li ha attraversati, nonostante il suo rispetto abbia sollevato, come vedremo, questioni procedurali di adattamento del meccanismo di controllo a Strasburgo di un certo spessore.

Cosa significa, dunque, per la Corte di giustizia, autonomia esterna dell'Unione europea e quali sono le sue implicazioni per l'adesione dell'Unione alla CEDU?

Sebbene, talvolta, la Corte di giustizia sia parsa rivendicare l'autonomia dell'Unione in termini di mera autosufficienza e separazione, non è certo questa l'accezione in cui va intesa l'autonomia che l'accordo di adesione è chiamato a proteggere. Innanzi tutto perché è l'integrazione, non la separazione ad essere implicita nella stessa idea di adesione. La Corte medesima ne è consapevole se, nel già citato Parere n. 2/94, essa configura chiaramente l'effetto dell'adesione in termini di «*inserimento* della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto»⁴³. In secondo luogo, perché un simile uso «difensivo» dell'autonomia dell'Unione non si giustifica certo in rapporto all'adesione alla CEDU: non bisogna dimenticare, infatti, che, per quanto criticabile la sua impostazione sia potuta apparire, quando la Corte ha invocato l'autonomia come separazione, lo ha fatto al fine primario di preservare la costituzionalità dell'Unione e i suoi valori fondanti – fra cui, *in primis*, la tutela dei diritti inviolabili – da interventi esterni che li ponessero a rischio⁴⁴; non,

⁴² Cfr. art. 218 TFUE, par. 11.

⁴³ Parere n. 2/94, cit. nota 4, par. 34.

⁴⁴ Sent. *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Consiglio*, C-402/05 P e C-415/05 P, 3 settembre 2008.

viceversa – come dovrebbe avvenire con l'adesione alla CEDU – per impedire che il loro sviluppo raggiungesse un livello più alto.

Piuttosto, un altro è il senso dell'autonomia dell'Unione europea che emerge dalla sua ricca giurisprudenza in materia⁴⁵ e che appare rilevante per il negoziato in oggetto. Volendo riassumerne soltanto i tratti essenziali, autonomia significa in sostanza che l'Unione europea – in quanto sistema autosufficiente e completo – può essere governato soltanto dai Trattati europei, cui spetta definire il raggio di azione dell'organizzazione, i confini interni della ripartizione di competenze fra Stati e Unione e i poteri delle sue istituzioni. Ma poiché è al suo giudice che i Trattati assegnano il potere di interpretazione «autentica» di tutto il diritto dell'Unione europea (art. 19, par. 1 TUE), autonomia significa anche che solo la Corte di giustizia può chiarire il «senso» dei Trattati – spiegando in che termini, cioè, essi governano l'Unione, ripartiscono le competenze, definiscono i poteri – e il «senso» degli atti europei che a quei Trattati danno attuazione – verificando, cioè, se essi costituiscano davvero espressione della volontà dei Trattati e siano, quindi, validamente approvati. Conseguentemente, due sono le facce dell'autonomia dell'Unione che la Corte ritiene essenziali e che nessun accordo esterno può mettere a rischio: l'autonomia nella ripartizione delle competenze interne – fra le diverse istituzioni e fra i diversi livelli – che giace unicamente in capo ai Trattati; e l'autonomia nell'interpretazione di tali competenze e dell'intero diritto dell'Unione europea, che, infatti, solo una Corte interna al sistema è abilitata a fornire. In altre parole, la Corte non esclude affatto che l'Unione possa scegliere di assoggettarsi ad autorità giurisdizionali esterne che siano competenti sull'oggetto dell'accordo da chiudere. Non è, questo, un attributo essenziale dell'autonomia dell'Unione europea⁴⁶. Se lo fosse, l'adesione alla CEDU sarebbe stata esclusa *a priori*; al contrario, già si è visto che proprio il controllo esterno sugli atti dell'Unione europea ha rappresentato la principale ragione per cui la strada dell'adesione è stata infine imboccata. Quello che viceversa la Corte di giustizia pretende è che non sia assegnato ad autorità esterne il potere di decidere delle competenze interne e, in generale, il potere di attribuire al diritto dell'Unione europea un significato diverso da quello che la sua Corte gli dà, finendo per sostituirsi ad essa anche nel giudizio di validità degli atti europei.

Se, però, come emerge da questa lettura, la Corte di giustizia si considera l'unico interprete – e dunque il vero custode – dell'autonomia dell'Unione europea, la garanzia di quest'ultima sfuma inevitabilmente nella garanzia dell'autonomia della Corte medesima: in tal modo, preservare l'autonomia

⁴⁵ Cfr. in particolare Parere 14 dicembre 1991, n. 1/91, Parere 10 aprile 2002, n. 1/00 e Parere 8 marzo 2011, n. 1/09.

⁴⁶ Cfr. Parere n. 1/91, cit., p.to 40.

dell'Unione europea finisce in ultima analisi per equivalere a tutelare le competenze della Corte che ne rappresenta il garante. Non a caso essa ha espressamente affermato che le sue competenze costituiscono il perno sui cui si regge l'intero sistema dell'Unione europea⁴⁷. Naturale, dunque, che proprio verso la tutela delle sue attribuzioni la Corte di giustizia abbia manifestato una preoccupazione specifica, come ampiamente dimostra il suo «Documento di riflessione su taluni aspetti dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU»⁴⁸ – adottato il 5 maggio 2010, entrando a piè pari in un negoziato non ancora formalmente avviato, a mo' di conferma, se ce ne fosse bisogno, che esso non si sarebbe svolto solo fra i tradizionali attori politici – tutto incentrato su questi problemi; ma naturale, anche, che tale preoccupazione sia stata puntualmente registrata nel Protocollo n. 8, quale specifico vincolo per l'adesione alla CEDU. Esso, infatti, prevede che l'accordo «deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni». Ed è evidente che, stanti le caratteristiche del sistema incentrato sulla Convenzione europea, siano proprio le attribuzioni della Corte di giustizia a potersi trovare in pericolo: non tanto perché la Corte di Strasburgo possa ad essa sostituirsi nell'annullamento degli atti europei. È questo un potere che non le appartiene ai sensi della Convenzione europea. Tuttavia, in sede di decisione sulla ricevibilità o sul merito di un ricorso, ben potrebbe, indirettamente, statuire di ripartizione di competenze interne o interpretare il diritto dell'Unione europea⁴⁹; e, qualora effettivamente ravvisasse la lesione di un diritto inviolabile, finirebbe anche per dare un giudizio – per quanto indiretto – sulla stessa *validità* dell'atto lesivo: un atto dell'Unione europea che viola un diritto, infatti, è un atto illegittimo in base agli stessi Trattati europei che della tutela dei diritti impongono pieno rispetto e, dunque, invalido per lo stesso diritto dell'Unione europea...⁵⁰.

È chiaro, quindi, come il rispetto dell'autonomia esterna dell'Unione europea coinvolga, innanzi tutto, il rapporto fra le due Corti dei rispettivi sistemi: non è un caso che proprio sulle questioni che a tale rispetto sono connesse si sia dipanato quel negoziato fra Corti che, almeno per i profili procedurali, ha ampiamente condizionato lo stesso negoziato ufficiale, come del resto già la Dichiarazione n. 2 allegata al Trattato di Lisbona sembrava aver messo ampiamente nel conto. In effetti, sono due gli aspetti del sistema di controllo della Convenzione europea – entrambi attinenti al meccanismo del ricorso in-

⁴⁷ Cfr. ad es. sent. *Kadi*, cit., p.to 282.

⁴⁸ In particolare, cfr. p.to 8 del documento.

⁴⁹ Cfr. ad es. sent. *MSS v. Belgio e Grecia*, 21 gennaio 2011 30696/09, p.to 340.

⁵⁰ Cfr. l'audizione dell'attuale Presidente della Corte di giustizia Skouris resa in fase di elaborazione della bozza di Trattato costituzionale. European Convention, Working Group II, W. D. 19, 27 September 2002.

dividuale⁵¹ – che più potrebbero incidere sull'autonomia dell'Unione europea e di cui quindi l'accordo si occupa.

Innanzitutto, il problema della corretta identificazione del convenuto nei ricorsi a Strasburgo: stante il già rilevato intreccio fra le competenze dell'Unione e quelle dei suoi Stati membri – tale per cui gli Stati hanno ancora il monopolio sui Trattati europei, ma gli atti dell'Unione, che a quei Trattati danno attuazione, sono eseguiti a livello statale –, può non essere agevole, per il ricorrente, identificare esattamente la fonte della presunta lesione che intende far valere a Strasburgo. Ciò, però, potrebbe implicare che sia la Corte europea a statuire sulle competenze interne all'Unione, nel momento stesso in cui giudica della ricevibilità del ricorso, oppure in seguito, quando lo decide nel merito, attribuendo la responsabilità dell'eventuale lesione agli Stati o all'Unione europea. Non a caso il Protocollo n. 8 prevede al riguardo che l'accordo introduca 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».

In secondo luogo, un ancor più spinoso problema discende dallo stesso carattere del controllo della Corte europea che, come ben noto, è pensato per essere sussidiario rispetto a quello statale: requisito di ammissibilità del ricorso del singolo è, infatti, che tutti i rimedi interni siano già stati previamente esperiti (art. 35 CEDU). Il previo esaurimento dei rimedi interni assolve, in questo sistema, due funzioni essenziali: conferma che sono gli Stati a dover garantire in primo luogo i diritti – limitando il ruolo della Corte europea a un controllo successivo e suppletivo, quando i rimedi interni non siano andati a buon fine – e fornisce alla Corte europea il punto di vista statale sulla controversia in oggetto. Sono, infatti, le preve pronunce dei giudici interni che – attraverso l'interpretazione del diritto statale – le offrono un mezzo utilissimo per comprendere appieno il contesto dove è maturata la presunta lesione.

Tuttavia, nel caso dell'Unione europea, tale sussidiarietà del controllo si scontra con un tratto a sua volta essenziale del sistema giurisdizionale di questa: come già detto, esso si caratterizza per uno speciale legame fra le Corti dei due livelli – quello nazionale e quello dell'Unione europea – su cui esso si snoda. Tale rapporto di «speciale collaborazione» fra giudici nazionali e giudici dell'Unione europea – formalizzato nell'art. 19, par. 1 TUE, in base al quale «Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» – implica che solo eccezionalmente gli individui possano rivol-

⁵¹ Invero, anche i ricorsi interstatali pongono per l'Unione problemi specifici, stante il già ravvisato dovere di lealtà fra l'Unione e i suoi Stati membri e, soprattutto, l'art. 344 TFUE. In questo caso, però, l'accordo ha preferito non affrontare la questione, rimettendone la soluzione al negoziato interno all'Unione europea.

gersi direttamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea. L'art. 263, par. 4 TFUE limita, infatti, le ipotesi di ricorso diretto del singolo alle sole impugnazioni di «atti adottati nei suoi confronti o che lo riguardano *direttamente e individualmente*» e degli «*atti regolamentari* che lo riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura di esecuzione». Una limitazione, peraltro, piuttosto incisiva se, come è stato ormai accertato, gli «atti regolamentari» contro cui si ammette il ricorso diretto non sono tutti i regolamenti europei, ma solo quelli che non hanno natura legislativa⁵². In tutti gli altri casi, l'interlocutore diretto del singolo è il giudice dello Stato membro. Il meccanismo che consente alla «speciale collaborazione» fra i due livelli di compiersi è il rinvio pregiudiziale, tramite cui il giudice nazionale può – o deve, se si tratta di un giudice di ultima istanza (art. 267, par. 3 TFUE) – chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione di una norma del Trattato o sulla validità e sull'interpretazione di un atto delle istituzioni europee, per la giusta definizione del quadro normativo da applicare nel giudizio pendente. È precisamente attraverso il rinvio pregiudiziale che la Corte di giustizia viene coinvolta nel processo statale. Non ci sono altri mezzi. La conseguenza è che, se il giudice nazionale non solleva rinvio⁵³, il processo si esaurisce nel solo livello statale, senza che alla Corte di giustizia sia data occasione di pronunciarsi sul punto. Né il rinvio pregiudiziale – stante la sua disponibilità nelle mani del giudice e non delle parti private – può essere considerato un rimedio da esaurirsi pena l'inammissibilità del ricorso a Strasburgo.

Tale peculiarità, però, e le conseguenze che ne derivano sono ricche di implicazioni pesanti: all'Unione europea sarebbe sottratta la possibilità di porre rimedio all'eventuale lesione prima che intervenga la sua condanna a Strasburgo; alla Corte di giustizia sarebbe sottratto il potere di fornire l'interpretazione «autentica» del diritto dell'Unione europea; al sistema basato sulla Convenzione europea sarebbe sottratta la natura sussidiaria del controllo condotto; e, infine, alla Corte dei diritti europea sarebbe sottratta l'opportunità di avvalersi del punto di vista del giudice interno per la sua decisione in giudizio. Non sembra casuale che proprio adesso – nella sent. *Michaud v. Francia* già citata all'inizio di questo contributo – la Corte europea abbia sentito l'esigenza di porre l'accento sull'importanza del rinvio pregiudiziale e sul ruolo che esso detiene nel consentire che le potenzialità della tutela dei diritti nell'Unione europea si sviluppino appieno⁵⁴: quasi a voler dire che,

⁵² Cfr. sent. 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami et al. v. Parlamento e Consiglio*.

⁵³ Ad esempio non lo solleva perché non intende comunque mettere in dubbio la validità della norma europea (sent. 22 ottobre 1987, 314/85, *Firma Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost*) e ritiene che la sua interpretazione sia già stata sufficientemente chiarita (sent. 6 ottobre 1982, 283/81, *Srl CIL-FIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanità*).

⁵⁴ Sent. *Michaud v. Francia*, cit., p.to 115. Cfr. anche sent. *Povse v. Austria*, 3890/11, 18 giugno 2013, p.to 81.

sullo sfondo dei negoziati attualmente in corso, anch'essa è disposta a fare il possibile affinché il problema del mancato coinvolgimento preventivo della Corte di giustizia non abbia motivo di porsi.

Data la rilevanza degli interessi in gioco, peraltro, non è così strano che proprio su questa questione il «negoziato fra Corti» si sia fatto ancor più evidente e maggiore la sua volontà di condizionamento sul negoziato ufficiale. Lo dimostra il «*Comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris*» (su cui Chiti 2011; Gennusa e Ninatti 2011) adottato nel gennaio 2011 – che costituisce una vera e propria presa di posizione formale delle due Corti, in particolare, su questo problema – che si chiude dicendo: «The two Courts take the view that the results of their discussion can usefully be made known in the context of the negotiations on accession ongoing between the Council of Europe and the EU. They are determined to continue their dialogue on these questions which are of considerable importance for the quality and coherence of the case-law on the protection of fundamental rights in Europe».

3.1. *Come garantire l'autonomia dell'Unione europea? Le soluzioni approvate.* L'esigenza di preservare l'autonomia dell'Unione europea (o, meglio, della Corte che la custodisce) si è dunque tradotta nella richiesta di introduzione di due meccanismi specifici: l'uno – secondo quanto dispone lo stesso Protocollo n. 8 – che sia finalizzato a garantire che i ricorsi «siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione»; l'altro – come si legge nel «Comunicato congiunto» dei Presidenti delle due Corti europee – «che sia in grado di assicurare che la Corte di giustizia possa esercitare un controllo interno prima del controllo esterno condotto dalla Corte europea»⁵⁵.

Come è evidente, i problemi giuridici e politici che tali richieste sollevano sono di enorme portata: esse, infatti, andando direttamente al cuore del sistema di controllo della Convenzione europea, implicano modifiche procedurali che non possono non ripercuotersi sul funzionamento di questo e sulla configurazione del rapporto fra le due Corti europee, al contempo imponendo, anche, notevoli adattamenti interni all'Unione, che è compito di quest'ultima disciplinare in dettaglio. Naturale, quindi, che il negoziato al riguardo si sia dimostrato particolarmente complesso e che l'intreccio delle sue tre anime e dei suoi tre diversi livelli sia stato, qui, più evidente che altrove. Addirittura, e nonostante la scrittura dell'Accordo finale, nemmeno oggi può dirsi che tali problemi siano stati interamente risolti: il negoziato interno all'Unione europea, finalizzato a fare chiarezza sulle reali conseguenze delle modifiche che l'accordo ha approvato e a individuare gli adattamenti delle procedure interne all'Unione che siano consentiti dai Trattati vigenti, non si è ancora concluso e gli Stati membri

⁵⁵ «Comunicato congiunto», cit, p.to 2.

dell'Unione europea hanno già reso noto che, senza un'intesa fra loro, non sono disponibili a siglare definitivamente l'accordo, stanti, come vedremo, le profonde implicazioni, anche, sulla natura costituzionale dell'Unione europea che dal processo di adesione potrebbero darsi.

Per limitarci, comunque, per ora, al testo dell'Accordo finale e alle soluzioni che esso fornisce, due sono le novità su cui conviene porre lo sguardo: il c.d. *Co-respondent Mechanism* e il c.d. *Prior Involvement* della Corte di giustizia. Ed è bene anticipare da subito che – sebbene su questo si torni più ampiamente nel paragrafo dopo – si tratta, in entrambi i casi, di novità assai rilevanti, che paiono potenzialmente in grado, pur un po' complicando il procedimento che si svolge a Strasburgo (O'Meara 2011), di modificare sensibilmente la tutela dei diritti nel continente europeo e, anche, di produrre un impatto sulla stessa struttura interna dell'Unione europea, sul suo carattere e sul rapporto con i suoi Stati membri.

Proceduralmente parlando, il *Co-respondent Mechanism* consiste in una sorta di «chiamata in corresponsabilità» – o di «litisconsorzio passivo», come è stato anche chiamato (Fiengo 2011) – di Stati membri ed Unione europea, che consenta alla Corte di Strasburgo di non ingerirsi nella ripartizione di competenze interne all'Unione, dichiarando – di regola⁵⁶ – la responsabilità solidale dei due livelli qualora la lesione della Convenzione europea sia stata, alla fine, accertata. Esso può attivarsi sostanzialmente in tre casi: l'Unione può chiedere di divenire *co-respondent* in ricorsi sollevati contro uno o più Stati membri, quando sia chiamata in causa la compatibilità con la CEDU di una norma di qualunque atto delle istituzioni europee (compresi gli atti adottati in ambito PESC), in particolare quando risulti che la violazione sarebbe stata evitata solo non adempiendo gli obblighi derivanti dall'atto suddetto; gli Stati membri possono chiedere di divenire *co-respondents* quando il ricorso diretto contro l'Unione abbia ad oggetto norme dei Trattati europei (o di atti di pari valore giuridico) e la violazione della CEDU che viene fatta valere sia presumibilmente la conseguenza del rispetto di obblighi che da esse derivino; e, infine, gli Stati membri o l'Unione possono chiedere di trasformare il loro *status* da convenuto a *co-respondent* quando il ricorso sia rivolto ad entrambi, e abbia ad oggetto – rispettivamente – atti delle istituzioni europee o norme di diritto primario. Il meccanismo è volontario, poiché scatta solo su richiesta di parte o a seguito di accettazione dell'invito della Corte affinché se ne assuma lo *status*⁵⁷, ed è limitato alle sole questioni che coinvolgono il legame fra Stati

⁵⁶ È però ammesso che, eccezionalmente, la Corte decida – sentite le parti e tenendo conto in particolare degli interessi del ricorrente – di ritenere responsabile soltanto uno dei due.

⁵⁷ Si veda però la Dichiarazione – da sottoscrivere insieme all'accordo – in cui l'Unione europea si impegna a divenire *co-respondent* tutte le volte che i presupposti per il litisconsorzio ricorrono. Cfr. 47+1 (2013) 008, Annex II.

membri e Unione europea; quando viceversa in gioco fosse la compatibilità con la CEDU di un accordo internazionale fra l'Unione e uno Stato non UE, l'unico istituto applicabile continuerebbe ad essere il consueto intervento di terzo nel processo a Strasburgo, già previsto dall'art. 36 della Convenzione europea⁵⁸. A differenza del terzo che interviene in giudizio, il *co-respondent* diviene parte a tutti gli effetti; ma questa sua qualità di parte non incide sulla valutazione dell'ammissibilità del ricorso. In altre parole, il previo esaurimento dei rimedi interni all'ordinamento del *co-respondent* non costituisce, ovviamente, un requisito per la ricevibilità dello stesso.

Il c.d. *Prior Involvement* della Corte di giustizia, invece, comporta che quest'ultima, qualora non abbia già avuto occasione di pronunciarsi sul punto oggetto del ricorso a Strasburgo, sia messa in condizione di fornire la sua valutazione sulla presunta lesione della Convenzione europea prima che la Corte dei diritti decida definitivamente il ricorso. Il dibattito al riguardo è stato, nei negoziati, particolarmente serrato, così come particolarmente aspro è stato lo scontro fra il blocco dell'Unione e dei suoi Stati membri e il blocco degli Stati non UE, che consideravano un siffatto coinvolgimento preventivo della Corte di giustizia più che la necessaria conseguenza della specificità dell'Unione, un vero e proprio privilegio per l'Unione medesima. Non tanto perché ciò porrebbe il suo giudice in una posizione diversa rispetto alle Corti costituzionali degli Stati parti della Convenzione europea, che, in effetti, di regola non hanno occasione di pronunciarsi prima che la Corte europea definisca il ricorso: nell'Unione europea, infatti, *nessun* giudice – e non solo una sua corte specifica – sarebbe stato chiamato a pronunciarsi in materia. Piuttosto perché una siffatta lacuna dipende unicamente da una scelta dell'Unione medesima: sono gli stessi Trattati europei che, fortemente limitando il ricorso diretto contro gli atti dell'Unione europea⁵⁹, aprono le porte a che questa eventualità si verifichi. L'assenza di previe pronunce dei giudici dell'Unione europea sarebbe, insomma, la conseguenza di un «difetto» nel sistema dei rimedi giurisdizionali interni all'Unione voluto dagli stessi Trattati. L'assenza di rimedi giurisdizionali interni negli Stati che aderiscono alla CEDU, però, non è mai stata trattata con altrettanto riguardo, sospendendo il processo a Strasburgo per consentire che il giudice interno si pronunciasse sul punto. Anzi, di regola, ha prodotto condanne. Perché allora l'Unione dovrebbe richiedere un trattamento diverso?

Dopo un estenuante dibattito, tuttavia, l'istituto del «coinvolgimento previo» della Corte di giustizia è stato, alla fine, introdotto, sebbene ancora largamente incerti ne siano i confini. L'accordo, infatti, si limita a darne

⁵⁸ L'istituto, però, verrà potenziato (cfr. il Memorandum di intesa con cui l'Unione europea si impegna a richiedere sempre di intervenire in giudizio; 47+1 (2013) 008, Annex IV).

⁵⁹ Art. 19, par. 1 TUE; art. 263, par. 4 TFUE.

pochi tratti essenziali: l'indicazione dei presupposti perché possa venire attivato – quando l'Unione sia *co-respondent*⁶⁰ senza che i suoi giudici abbiano potuto già pronunciarsi sulla presunta lesione della Convenzione europea –, la qualificazione della sua natura incidentale – poiché il processo a Strasburgo resta sospeso fino a che la Corte di giustizia non abbia fornito la sua valutazione e le parti in giudizio non abbiano presentato le loro osservazioni – e la determinazione del suo carattere non vincolante sulla decisione della Corte europea⁶¹, che resta comunque libera di trarre, dalla pronuncia della Corte di giustizia sul punto, tutte le conseguenze applicabili al caso in giudizio. La definizione in dettaglio di ogni altro aspetto di questo importante istituto – tutti direttamente involgenti le procedure interne all'Unione europea – è stata, invece, rimessa al negoziato interno a quest'ultima. È il negoziato in corso a livello di Unione europea, dunque, a dover decidere chi e in che modo dovrà chiamare in causa la Corte⁶² (per maggiori dettagli, Lock 2010) e la procedura che dovrà seguire quest'ultima⁶³. E considerato che, come già detto, se non si vuole imboccare la difficile strada della revisione dei Trattati europei, esso è costretto a muoversi entro gli angusti confini tracciati da questi, forse non stupisce che un'intesa al riguardo non sia stata, a tutt'oggi, ancora raggiunta.

4. CONCLUSIONI IN PROSPETTIVA. LE CORTI AL CROCEVIA DEI DIRITTI IN UN NUOVO ORDINE COSTITUZIONALE EUROPEO

L'Accordo finale, deliberato in aprile, è stato ufficialmente presentato al CDDH nel corso della sua ultima riunione, svoltasi alla fine di giugno⁶⁴, ma i passaggi mancanti perché l'adesione si compia sono ancora molti e tortuosi: la Corte di giustizia sarà certamente investita della richiesta di parere sull'Accordo *ex art.* 218, par. 11 TFUE e analogo parere verrà espresso anche dalla

⁶⁰ La limitazione del «previo coinvolgimento» alle sole ipotesi in cui l'Unione abbia lo status di *co-respondent* ha una sua logica: quando essa è *respondent* i ricorsi interni dovrebbero già essere stati esperiti e quindi una valutazione della Corte di giustizia dovrebbe essere stata già previamente acquisita. Resta ovviamente il problema se, in assenza di rimedi interni, l'individuo decide di presentare direttamente ricorso a Strasburgo.

⁶¹ 47+1(2013)008, *Explanatory Report*, par. 68.

⁶² Cfr. sul punto ad es. le audizioni svoltesi presso il Parlamento europeo già il 18 marzo 2010 (AFCO_PV (2010) 0317_1), la Comunicazione presentata da Badinter alla riunione del Senato francese il 25 maggio 2010 (www.senat.fr/europe/r25052010.pdf), il CDDH-UE (2011) 002, lo European Commission Working Document del 10 gennaio 2011, DS 1930/10. Tra le diverse ipotesi previste, vi sono ad esempio la richiesta di parere da parte della Commissione, o un suo rinvio pregiudiziale anomalo o l'attivazione di una procedura di infrazione anch'essa un po' particolare, contro lo Stato il cui giudice ha omesso di sollevare rinvio; come anche proposte che fanno leva sul ruolo dello Stato convenuto nel sollecitare l'intervento della Corte.

⁶³ Molte sono le voci che propongono di estendere al coinvolgimento previo la procedura d'urgenza prevista per il procedimento pregiudiziale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁶⁴ 78th Meeting of the CDDH, Strasbourg, 25-28 June 2013.

Corte dei diritti e dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa⁶⁵. La decisione sulla conclusione dell'Accordo dovrà poi essere deliberata all'unanimità dal Consiglio dell'Unione europea – previa approvazione del Parlamento europeo – e approvata dagli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali (art. 218, parr. 6, lett. *a*) e 8 TFUE); infine l'Accordo dovrà essere adottato dal Comitato dei Ministri e ratificato dai 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. E considerate le strettoie in cui si sta muovendo ora il negoziato interno all'Unione europea, nemmeno si possono escludere del tutto improvvisi colpi di scena, che impongano ulteriori modifiche all'Accordo finale e, dunque, una ripresa dei negoziati ufficiali.

Tuttavia, pur nella grande incertezza che caratterizza la fase attuale, è difficile non percepire la portata rivoluzionaria del passo che l'Unione ha deciso di compiere e le implicazioni costituzionali che da questo discendono. Accettando di aderire alla CEDU, e dunque di sottomettersi agli organi di controllo della Convenzione europea, divenendo parte di un sistema dove per la prima volta il suo primato può essere posto in questione, l'Unione europea ha effettuato una scelta storica, di altissimo valore culturale e politico, traendo le conseguenze concrete dalle molte affermazioni di principio sull'importanza della tutela dei diritti che, ormai da anni, segnano il percorso del processo di integrazione europea. «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze», recita l'art. 2 TUE; e se il rispetto di tali valori vuole dimostrare di essere davvero il cuore dei Trattati europei, la condizione perché gli Stati terzi possano aderire all'Unione e il presupposto di validità di tutti gli atti dell'Unione europea⁶⁶, l'adesione dell'Unione alla CEDU non può che essere una scelta obbligata, l'unica che provi davvero la disponibilità dell'Unione di assicurare lo standard che pretende dagli altri. In fondo, è, anche, una questione di coerenza.

Al di là dell'elevato valore simbolico, è certamente possibile che l'adesione alla CEDU accresca, per certi aspetti, la complessità della tutela dei diritti nel continente europeo (Douglas-Scott 2011): sono già gli stessi nuovi meccanismi procedurali del *Co-respondent* e del *Prior Involvement*, per certi versi, a offrirne conferma. Difficilmente renderanno il processo a Strasburgo più agile di come si è svolto finora; ed è persino probabile che accrescano ancora quel carico di arretrato pendente cui la Corte europea sta cercando, con ogni mezzo, di porre rimedio. Eppure, proprio quegli stessi meccanismi, se ben osservati, gettano nuova luce sulla tutela dei diritti europea, potenzialmente

⁶⁵ Cfr. 47+1 (2013) 008, *Explanatory Report*, p.to 16.

⁶⁶ Cfr. ad es. sent. *Kadi*, cit., p.ti 283-285.

modificandone il volto e, forse, persino sulla natura dell'Unione europea e sul rapporto con i suoi Stati membri.

Sinora, il processo di adesione ha rappresentato una grande vittoria dell'Unione europea. Essa è stata ammessa ai negoziati, almeno, in condizione di *parità con gli altri Stati* parti della Convenzione europea, che alla fine le hanno assegnato, persino, un ruolo di *primus inter pares* fra gli attori del sistema Strasburgo, in virtù delle sue caratteristiche proprie. E questo non può che discendere dal suo riconoscimento quale «integration organisation» (Eckes 2013a) che sempre più potrebbe finire per assomigliare a uno Stato. Certamente la limitazione del *Co-respondent Mechanism* ai soli rapporti fra Unione europea e suoi Stati membri dipende in primo luogo dal fine di tutela dell'autonomia dell'Unione europea per il quale è stato previsto. E tuttavia viene spontaneo osservare che forse, nel lungo periodo, la sua attivazione potrebbe produrre l'effetto di far sempre più scolorire le loro soggettività distinte, finendo in qualche modo per fonderle insieme. E il fatto che l'Unione possa essere chiamata in giudizio anche per lesioni della CEDU imputabili ai Trattati europei non potrebbe in qualche modo minare il monopolio statale sul diritto primario, rafforzando il ruolo «costituente» delle istituzioni europee – e soprattutto della Corte dell'Unione europea – e rendendo il diritto primario davvero più simile a una Costituzione europea? La Corte di giustizia, come già più volte affermato, non ha competenza a dichiarare l'invalidità delle norme dei Trattati europei. Si pensi però, un attimo, all'ipotesi in cui l'Unione, convenuta insieme a uno Stato membro in un ricorso in cui sia in gioco la compatibilità del Trattato con la Convenzione europea, decida di trasformare il suo *status* in quello di *Co-respondent*. In questo caso, la Corte di giustizia, se non già intervenuta a pronunciarsi sul punto, dovrebbe essere coinvolta nel giudizio a Strasburgo per fornire la sua valutazione del problema in oggetto. Ma qualora ritenesse che effettivamente la lesione sussiste, ciò non equivarrebbe a dichiarare l'invalidità della norma di diritto primario, considerato che la stessa Corte ha più volte elevato i diritti inviolabili a fondamento essenziale dell'ordinamento dell'Unione europea, persino prevalente sul diritto primario «ordinario»?⁶⁷

Certamente, questi scenari sono, per ora, soltanto ipotetici: sarà proprio l'adesione a costituire uno dei banchi di prova della maturità dell'Unione come «integration organisation» e la sua capacità di resistere ai conflitti interni che senz'altro, con l'adesione, non sono destinati, nell'immediato, a ridursi. Come potranno reagire, infatti, gli Stati a una condanna dell'Unione europea, ritenuta colpevole di violare i diritti? E, ancor più, come potranno reagire a un ulteriore slittamento della tutela dei diritti al di fuori dei

⁶⁷ Cfr. ancora sent. *Kadi*, cit., p.to 304.

confini statali che il raccordo fra l'Unione e la CEDU sembra destinato a produrre?

D'altra parte, è innegabile che, partendo dalla tutela dei diritti, l'adesione dell'Unione alla CEDU potrebbe davvero avviare una nuova fase «costituente» nel sistema europeo. La stessa Corte di giustizia, già nel Parere n. 2/94, aveva presagito la rilevanza *costituzionale* ad essa sottesa⁶⁸. Ed è indubbio che in questo nuovo ordine costituzionale europeo, le Corti diverranno sempre più il perno della tutela dei diritti inviolabili: tramite il *Prior Involvement*, la Corte europea e la Corte di giustizia avranno rinnovate occasioni di dialogo diretto fra loro e quest'ultima, se l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea continuerà ad aumentare, potrà davvero assumere il ruolo di giudice *nazionale* nell'*international human rights discourse* (Eckes 2013b). Sebbene, in effetti, in questo ordine, sia possibile che i diritti vengano ad assumere davvero una posizione suprema, è ben difficile che il rapporto fra le due Corti europee finisca per strutturarsi secondo termini propriamente gerarchici (Tizzano 2011). Invero, è assai probabile che la «presunzione *Bosphorus*» sia destinata a sparire. Del resto proprio il suo utilizzo ha reso manifesta una delle principali storture dell'assenza di un raccordo formale fra Unione e Convenzione europea; e inoltre, dopo l'adesione, stante l'imputabilità diretta dell'Unione europea, la Corte dei diritti, chiamata a decidere sul singolo caso, difficilmente potrà ancora trincerarsi dietro una presunzione *generale* di equivalenza nella tutela dei diritti, sebbene sia certamente possibile che il margine di apprezzamento assegnato all'Unione sia persino più ampio, data la sua peculiarità, di quello di cui godono gli Stati. Tuttavia, l'eliminazione della «presunzione *Bosphorus*» non si traduce automaticamente in una supremazia di una Corte sull'altra.

Del resto, sono molti i segnali che non la gerarchia, ma il dialogo è la direzione verso cui ci si muove: al di là del già esaminato meccanismo del *Prior Involvement* della Corte di giustizia, basta pensare al Protocollo n. 16 della Convenzione europea, approvato il 10 luglio dal Consiglio d'Europa⁶⁹ e aperto alle firme lo scorso 2 ottobre: esso, non a caso battezzato dall'attuale Presidente della Corte europea D. Spielmann «the dialogue protocol»⁷⁰, prevede – sulla base delle Conclusioni della Conferenza di Brighton svoltasi nel 2012⁷¹ – la facoltà, per le Corti costituzionali o supreme delle parti della Convenzione europea, di chiedere pareri consultivi alla Corte dei diritti per chiarire l'interpretazione della Convenzione nel contesto di una causa specifica pendente a livello statale. Certamente esso ha anche il fine di fungere – per

⁶⁸ Parere n. 2/94, cit., p.to 35.

⁶⁹ CM/Del/Dec (2013) 1176/4.4/appendix23E / 10 July 2013

⁷⁰ Cfr. il discorso tenuto dal Presidente Spielmann dinanzi al CDDH il 27 giugno 2013.

⁷¹ Cfr. Dichiarazione di Brighton, 18-20 aprile 2012, in particolare parr. 12 c) e 12 d).

così dire – da mezzo di «risoluzione anticipata delle controversie» sui diritti fondamentali, prevenendo la presentazione di ricorsi a Strasburgo, attraverso una soluzione più rispettosa della Convenzione dei procedimenti giurisdizionali interni. Tuttavia, è evidente che, attraverso tutti questi strumenti, le Corti, nelle loro influenze reciproche, finiscono davvero per porsi al crocevia della tutela dei diritti: una tutela che, sempre più, diviene il risultato dell'interazione, anche, fra diversi livelli.

BIBLIOGRAFIA

Capotorti, F. (1980), *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, pp. 5-28.

Cartabia, M. (2007), *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Cartabia, M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, pp. 13-66.

Chiti, M. (2011), *CEDU e UE: un comunicato congiunto della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, pp. 899-906.

Douglas-Scott, S. (2006), *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, 3, pp. 629-665.

Douglas-Scott, S. (2011), *The European Union and Human Rights after the Lisbon Treaty*, in *Human Rights Law Review*, 4, pp. 645-682.

Eckes, C. (2013a), *EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation*, in *Modern Law Review*, 75, pp. 254-285.

Eckes, C. (2013b), *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*, in *Const. L. Blog*, <http://ukconstitutionallaw.org>.

Fabbrini, F. (2011), *Il giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo sugli atti di Comunità e Unione europea*, in Mezzetti, L. e Morrone, A. (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, pp. 519-542.

Fiengo, G. (2011), *Verso l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: prime riflessioni sugli aspetti problematici dell'attuale fase del negoziato*, in *Rivista di diritto comparato ed europeo*, 1, pp. 108-119.

Gennusa, M.E. (2007), *La CEDU e l'Unione europea*, in Cartabia, M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, pp. 91-144.

Gennusa, M.E. e Ninatti, S. (2011), *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 469-474.

Gianelli, A. (2009), *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 3, pp. 678-700.

Groussot, X., Lock, T. e Pech, L. (2011), *EU Accession to the European Convention on Human Rights: A Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011*, *Foundation Robert Schuman, European Issues* n. 218, pp. 1-17.

Jacqué, J.P. (2011), *The Accession of the European Union to the European Conven-*

tion on Human Rights and Fundamental Freedoms, in *Common Market Law Review*, 4, pp. 995-1023.

Lock, T. (2009), *The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, pp. 375-398.

Lock, T. (2010), *EU Accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg*, in *European Law Review*, 6, pp. 777-799.

Lock, T. (2011), *Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 4, pp. 1025-1054.

Lock, T. (2012), *End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, in *Yearbook of European Law*, 1, pp. 162-197.

O'Meara, N. (2011), «A More Secure Europe of Rights?». *The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR*, in *German Law Journal*, 10, pp. 1813-1832.

Tiberi, G. (1997), *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, pp. 437-469.

Tizzano, A. (2011), *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, pp. 29-57.

