

Alessandra Mignolli\*

# Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione

SOMMARIO: 1. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU nel Trattato di Lisbona: competenza e procedura. – 2. L'avvio dei negoziati. – 3. La portata dell'adesione dell'Unione alla CEDU. – 4. L'esigenza di preservare l'autonomia del diritto dell'Unione. – 5. Il meccanismo di *co-respondency*: presupposti di applicazione e modalità di funzionamento. – 6. Aspetti problematici del meccanismo di *co-respondency*. – 7. L'estensione del controllo della Corte EDU e della Corte di giustizia sul rispetto dei diritti umani nel sistema dell'Unione europea: una possibile asimmetria? – 8. Osservazioni conclusive.

1. Il Trattato di Lisbona, come è noto, ha inserito nel Trattato sull'Unione europea una disposizione volta a rendere possibile – anzi obbligatoria – l'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'art. 6, par. 2, TUE, nella riforma di Lisbona infatti recita: “L'Unione aderisce [“l'Union adhère” nel testo francese, “the Union shall accede” in quello inglese] 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”. Come si vede, il testo della nuova disposizione si preoccupa certamente di dotare l'Unione di una base giuridica specifica *ad hoc* per permettere l'adesione alla CEDU – dopo che la Corte di giustizia si era espressa in senso negativo rispetto all'adesione proprio per assenza di competenza in quanto l'adesione alla CEDU riveste per l'Unione una portata costituzionale<sup>1</sup> – ma è formulato in modo tale da rendere tale ade-

\* Ricamatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

<sup>1</sup> V. parere del 28 marzo 1996, 2/94, *Raccolta*, p. I-1759 ss. Sul tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea, e su come si è fatta strada la decisione di prevedere l'adesione dell'Unione alla CEDU v. per tutti 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.

sione non solo possibile in termini di competenza, ma obbligatoria per le istituzioni dell'Unione e per gli Stati membri<sup>2</sup>. Questi dunque sono tenuti a porre in essere tutti i passi necessari per avviare e condurre a buon fine i negoziati con le altre Parti contraenti della CEDU e con gli organi del Consiglio d'Europa per la conclusione di un accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU<sup>3</sup>. Si tratta, dunque, di una base giuridica dalle caratteristiche molto particolari che la differenziano dalle altre, anche attributive di competenze esterne, presenti nei Trattati. La disposizione in parola, infatti, da un lato attribuisce alle istituzioni non una competenza generale a concludere accordi internazionali in materia di diritti umani, bensì la competenza specifica diretta all'adesione alla sola CEDU, e, dall'altro, essa comprime in misura considerevole la discrezionalità delle istituzioni, limitata alla definizione, attraverso la negoziazione con il Consiglio d'Europa, delle modalità dell'adesione. Tali particolarità derivano dal fatto che la scelta politica in ordine all'adesione dell'UE alla CEDU è stata operata in sede costituente.

Le disposizioni del diritto UE relative all'adesione sono completate dal Protocollo n. 8, allegato ai Trattati, che fissa alcuni criteri che l'accordo di adesione dovrà rispettare, e sui quali si tornerà tra breve, e dall'art. 218 TFUE, che fornisce indicazioni in tema di procedura. Da tale ultima disposizione si ricava che la conclusione dell'accordo di adesione alla CEDU dovrà essere deliberata dal Consiglio all'unanimità (art. 218, par. 8, co. 2, TFUE) previa approvazione del Parlamento europeo (art. 218, par. 6, co. 2, lett. a, ii), e che tale accordo potrà entrare in vigore dopo aver ottenuto l'approvazione di tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali<sup>4</sup>. Si tratta di un'approvazione

<sup>2</sup> È stato sostenuto in dottrina che il fatto che l'art. 6, par. 2, TUE, espressamente richieda l'adesione dell'Unione alla CEDU potrebbe limitare in qualche misura l'autonomia del diritto dell'Unione. Tale interpretazione presupporrebbe che l'art. 6, par. 2, abbia un qualche contenuto sostanziale, e non costituisca una mera attribuzione di competenza esterna. In particolare, le istituzioni incontrerebbero un vincolo nel negoziato, vincolo che consisterebbe precisamente nell'obbligo di aderire, e nella necessità quindi di addivenire a soluzioni che potrebbero comportare delle restrizioni all'autonomia del diritto UE (T. LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1025 ss., a p. 1032 ss.).

<sup>3</sup> Non è il caso di entrare qui nel merito del dibattito circa l'opportunità della scelta di moltiplicare i livelli di tutela dei diritti umani nel sistema dell'Unione, dopo la decisione di attribuire alla Carta di Nizza valore di diritto primario. Mi limito pertanto a rinviare alle osservazioni – e alle perplessità – di A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 29 ss. Altra autorevole dottrina suggerisce che l'adesione alla CEDU risulta più che altro preordinata all'istituzione di un meccanismo di raccordo istituzionale tra la Corte di giustizia e la Corte EDU, al fine di offrire ai cittadini maggiori garanzie giurisdizionali (L. DANIELE, *La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, 2009, p. 645 ss., a p. 650; v. anche le osservazioni di P. IVALDI, C. E. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato nell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 7 ss., a p. 21 s.).

<sup>4</sup> È stato sostenuto che tale procedura sarebbe ancor più rigida e complessa rispetto a quella prevista dall'art. 48 TUE per la revisione dei Trattati (A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 683 ss.).

*sui generis*, che non corrisponde a un atto di ratifica – la CEDU infatti non è un accordo misto, e l'Unione vi parteciperà in proprio nome<sup>5</sup>; tra l'altro, gli Stati membri saranno chiamati ad esprimere la vera e propria ratifica dell'accordo di adesione dell'UE nella loro qualità di Alte parti contraenti della CEDU. Non è chiaro quale forma debba assumere l'"approvazione" richiesta dall'art. 218 TFUE, che presenta più i contorni di un atto interno al sistema UE, alla stessa stregua dell'approvazione del Parlamento europeo, che di un atto di carattere internazionale. È certo che le esigenze costituzionali degli Stati membri comunque richiederanno una qualche forma di coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Infine, ancora in tema di procedura occorre segnalare che con tutta probabilità l'accordo di adesione sarà sottoposto al vaglio preventivo della Corte di giustizia con una richiesta di parere ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, ed è superfluo ricordare che in caso di parere negativo sulla compatibilità dell'accordo con i Trattati, sarà necessario concordare, con le altre Parti contraenti, una modifica dell'accordo conformemente alle indicazioni della Corte, e si sa che la Corte è assai attenta nella valutazione della conformità con i Trattati di accordi internazionali che prevedono forme di controllo giurisdizionale, soprattutto sotto il profilo della preservazione dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione<sup>6</sup>.

2. Il mandato di negoziazione alla Commissione è stato approvato dal Consiglio il 4 giugno 2010<sup>7</sup>; dal lato del Consiglio d'Europa, il Comitato dei Ministri ha attribuito un mandato *ad hoc* allo *Steering Committee for human rights* (26 maggio 2010). I negoziati sono stati avviati nel luglio dello stesso anno, e si sono conclusi il 24 giugno 2011 con l'approvazione, da parte del gruppo di lavoro informale CDDH-UE (gruppo di negoziato composto da 14 membri dello *Steering Committee* del Consiglio d'Europa, di cui 7 appartenenti a Stati membri dell'UE e 7 a Paesi contraenti della CEDU ma non membri dell'UE, e dalla Commissione) di un progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla

---

<sup>5</sup> Secondo A. POTTEAU, *Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 77 ss., si tratta di un consenso strettamente "intracomunitaire". Il medesimo A. aggiunge che gli Stati membri sono obbligati, in virtù del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, a permettere all'Unione di rispettare l'obbligo di aderire alla CEDU, obbligo che come si è visto nel testo deriva dall'art. 6, par. 2, TUE.

<sup>6</sup> V, da ultimo, parere della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, 1/09, relativo all'accordo istitutivo del Tribunale per i brevetti, un organismo che avrebbe dovuto acquisire competenza esclusiva per le controversie tra privati in materia di brevetti, e che avrebbe anche dovuto interpretare e applicare il relativo diritto dell'Unione, in particolare il regolamento sul brevetto comunitario, ma non solo. La Corte si è espressa per l'incompatibilità con i Trattati di questo accordo, in quanto esso, prevedendo anche una competenza pregiudiziale di detto Tribunale, avrebbe privato i giudici nazionali della possibilità di rivolgersi alla Corte attraverso il rinvio pregiudiziale, così compromettendo l'autonomia del diritto dell'Unione e la struttura stessa del sistema di tutela giurisdizionale, centrato proprio sul rapporto tra i giudici nazionali, giudici comuni del diritto dell'Unione, e i giudici dell'Unione.

<sup>7</sup> Il mandato del Consiglio non è stato reso pubblico, ma il testo è comunque informalmente circolato.

CEDU, che ha fatto seguito a una serie di altri *drafts* circolati nei mesi precedenti. Al momento in cui si scrive, tuttavia, e ormai a più di un anno dall'approvazione del progetto, il processo negoziale per l'adesione sembra aver raggiunto un momento di stallo. Infatti, nel corso di una sessione straordinaria dello *Steering Committee* del Consiglio d'Europa tenuta il 12-14 ottobre 2011, pare siano emerse difficoltà all'interno del gruppo degli Stati membri dell'Unione europea, tanto che in sede di *Steering Committee* si è dovuto giungere alla conclusione dell'impossibilità di una soluzione positiva, e si è deciso di trasmettere il rapporto del Gruppo di lavoro, il verbale della riunione, e il *draft* dell'accordo di adesione al Comitato dei ministri per ulteriore considerazione. Dal canto suo, l'Unione europea ha avviato una fase di riflessione interna sull'argomento, al fine di superare le riserve e perplessità manifestate dalle delegazioni di alcuni Stati membri, nonché definire le procedure interne che saranno necessarie per dare attuazione all'accordo di adesione. Nonostante il desiderio di procedere con rapidità sulla via dell'adesione, pertanto, la strada da percorrere sembra ancora lunga e alcune questioni appaiono di non immediata soluzione. Tuttavia, il fatto che nella primavera del 2012 le discussioni sull'elaborazione degli strumenti giuridici necessari per definire le modalità di adesione dell'Unione alla CEDU siano riprese, e che il 15 giugno 2012 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa abbia incaricato un gruppo *ad hoc* 47 + 1<sup>8</sup> di concludere con urgenza il processo di elaborazione dei testi lascia sperare che i negoziati possano giungere a conclusione in tempi relativamente brevi<sup>9</sup>.

Nelle pagine che seguono saranno prese in esame alcune delle questioni problematiche sollevate dal negoziato in corso e dal progetto di accordo, in par-

<sup>8</sup> Si tratta di un gruppo di negoziato composto da tutti i 47 Membri del Consiglio d'Europa e parti contraenti della CEDU (i 27 Stati membri dell'Unione, più 20 Stati membri del Consiglio d'Europa non membri dell'UE), più la Commissione, in rappresentanza dell'Unione europea. La composizione di questo gruppo è dunque molto più ampia rispetto al gruppo di lavoro CDDH-UE che aveva negoziato nei mesi precedenti. È evidente che si cerca di far convergere sul futuro accordo il maggior consenso possibile. La ripresa dei negoziati è stata resa possibile anche dal risultato positivo delle discussioni in seno al Consiglio dell'Unione, che emerge dalle conclusioni del 27 aprile 2012 (comunicato stampa della 3162<sup>a</sup> riunione del Consiglio, disponibile sul sito web [www.consilium.eu](http://www.consilium.eu)); dal documento che è stato reso pubblico si ricava che gli Stati membri avrebbero raggiunto una posizione comune sulle questioni più delicate del negoziato – oltre a quelle di cui si discute nel presente contributo, le modalità di partecipazione dell'Unione agli organi del Consiglio d'Europa e alla Corte europea dei diritti dell'Uomo – il che avrebbe sbloccato la situazione e reso possibile la ripresa del dialogo al livello internazionale.

<sup>9</sup> Si vedano in particolare le decisioni del Comitato dei Ministri CM/Del/Dec(2012)1138/4.2E/30 marzo 2012 e CM/Del/Dec(2012)1145/4.5E/15 giugno 2012, disponibili sul sito web del Consiglio d'Europa ([www.coe.int](http://www.coe.int)). La prima riunione del Gruppo si è tenuta il 21 giugno 2012, e i lavori proseguiranno nel corso dell'autunno. La Commissione ha annunciato la presentazione di emendamenti al *draft* del luglio 2011, e altre delegazioni hanno pure annunciato la presentazione di emendamenti. Il testo analizzato nel contributo in esame è pertanto ancora ben lungi dall'essere definitivo (v. *First negotiation meeting between the CDDH and the European Commission on the accession of the EU to the ECHR*, doc. 47+1(2012)R01 del 21 giugno 2012, disponibile sul sito web del Consiglio d'Europa, [www.coe.int](http://www.coe.int)).

ticolare il problema della portata dell'adesione alla CEDU (par. 3), il funzionamento del meccanismo di *co-respondency* e la sua idoneità a preservare al tempo stesso l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, ma anche l'effettività della tutela dei diritti garantiti dalla CEDU (par. 4), e, infine, la questione dell'estensione del controllo della Corte EDU rispetto a quello della Corte di giustizia: in sostanza si tratta di verificare l'incidenza dell'art. 275 TFUE sulla ripartizione di giurisdizione delle due Corti<sup>10</sup> (par. 5). Il problema che si pone a quest'ultimo riguardo è sostanzialmente che, in rapporto alla materia PESC, in assenza di giurisdizione da parte della Corte di giustizia, il controllo sul rispetto dei diritti umani potrebbe essere solo nelle mani della Corte di Strasburgo. Tenteremo di capire in seguito se questa situazione possa compromettere l'unità e l'autonomia del diritto dell'Unione, che comunque l'accordo di adesione si propone di tutelare, e la coerenza complessiva del rispetto del diritto nell'ordinamento europeo.

**3.** La scelta relativa alla portata dell'adesione dell'Unione al sistema CEDU non è stata, a quanto è dato evincere dai documenti a disposizione, una delle questioni più problematiche nel corso dei negoziati, o meglio, lo è stata in sede di definizione del mandato negoziale della Commissione, e ha dunque costituito l'oggetto di una discussione puramente interna all'Unione. Essa è a mio avviso indicativa di un atteggiamento di diffidenza da parte degli Stati membri nei confronti della possibilità di un'eccessiva autonomia dell'Unione da una parte, mentre per altro verso essa testimonia del timore di alcuni Stati membri di assumere obblighi ulteriori e non espressamente accettati attraverso l'adesione dell'Unione<sup>11</sup>. Il problema era il seguente: l'art. 6, par. 2, TUE, prescrive l'adesione dell'Unione alla CEDU, ma nulla dice riguardo ai protocolli allegati alla CEDU stessa. Ora, mentre *tutti* gli Stati membri dell'Unione sono parti contraenti della Convenzione, per quanto riguarda i protocolli la situazione delle ratifiche da parte degli Stati membri dell'Unione è invece assai diversificata, solo alcuni dei protocolli essendo stati ratificati da tutti gli Stati membri.

L'adesione dell'Unione potrebbe essere estesa ai protocolli sulla base di una valutazione caso per caso (era quello che chiedeva la Commissione), il cui criterio guida avrebbe potuto essere quello della presenza del relativo diritto nella Carta di Nizza<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Quello indicato è l'unico aspetto che vorrei toccare della questione dei rapporti fra le Corti. Per un'ampia e acuta analisi della materia rinvio senz'altro ad autorevole dottrina: A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 37 ss.

<sup>11</sup> Questione degli obblighi che entrano dalla porta di servizio, temuti dal Regno Unito e causa principale dell'ostilità del governo di questo Paese all'adesione dell'UE alla CEDU. Su questi aspetti v. J. P. JACQUÉ *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 995 ss., a p. 1003).

<sup>12</sup> Come suggerito da J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1003 ss., il quale opportunamente sottolinea come in questo caso il criterio della competenza non sia applicabile, dato il carattere trasversale della tutela dei diritti umani, per cui per esempio anche il divieto della pena di morte avrebbe rilievo nel sistema dell'Unione, perché pur non essendo questa competente a legiferare in materia,

Il Consiglio, tuttavia, per evitare il rischio che gli Stati membri potessero essere chiamati a rispondere per violazioni di protocolli che essi non avevano ratificato (ipotesi peraltro poco probabile, tranne che nel caso in cui lo Stato abbia agito in esecuzione del diritto dell'Unione, ma in questo caso il meccanismo di *co-respondency* verrebbe a tutelare la posizione dello Stato membro, come si vedrà), ha optato invece per un'applicazione rigorosa del principio della neutralità dell'adesione rispetto agli Stati membri, principio già introdotto nel Protocollo n. 8 allegato al Trattato di Lisbona<sup>13</sup>: in altre parole, l'idea è che l'adesione non deve in alcun modo produrre effetti sugli obblighi degli Stati membri derivanti dalla Convenzione. Di conseguenza è stata accolta la poco soddisfacente soluzione di limitare il negoziato di adesione ai soli protocolli che sono stati ratificati da tutti gli Stati membri (e che si riducono al Protocollo addizionale, sulla tutela della proprietà, il diritto all'istruzione e il diritto a libere elezioni, e al Protocollo n. 6, sull'abolizione della pena di morte). Questa soluzione, certamente efficace come compromesso, lascia però insolte diverse questioni, e pone la Corte di giustizia UE nella difficile posizione di dover attribuire un peso diverso ai protocolli cui l'Unione avrà aderito rispetto a quelli ai quali non avrà aderito, e che saranno utilizzabili dal giudice dell'Unione solo attraverso il richiamo ai principi generali di cui all'art. 6, par. 3, TUE e, nel caso abbiano ad oggetto diritti contenuti anche nella Carta di Nizza, attraverso le disposizioni degli articoli 52, par. 3, e 53 di questa, che sanciscono una generale esigenza di compatibilità tra i diritti garantiti contemporaneamente dalla Carta e dalla CEDU, e che sono comunque applicabili, quale che sia la portata dell'adesione dell'Unione<sup>14</sup>.

D'altra parte, se pure è comprensibile il timore degli Stati membri di assumere attraverso l'Unione obblighi non voluti, è tuttavia importante sottolineare che l'adesione dell'Unione alla CEDU avviene effettivamente a proprio nome, e con modalità che dovrebbero risultare del tutto svincolate dalla partecipazione degli Stati membri. Concettualmente questa situazione non è di immediata per-

---

il tema potrebbe assumere rilievo nel settore della cooperazione giudiziaria penale, come nella negoziazione di accordi di estradizione con Paesi terzi (come è stato il caso per quanto riguarda l'accordo sull'extradizione tra l'Unione e gli Stati Uniti d'America del 2003, la cui disposizione sull'extradizione in materia di reati punibili negli USA con la pena di morte era incompatibile con un divieto assoluto quale quello contenuto nel Protocollo n. 6 alla CEDU. Sul punto mi permetto di rinviare, per considerazioni analoghe, a A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 160 ss.

<sup>13</sup> L'art. 2, seconda frase, del Protocollo n. 8 stabilisce che l'accordo di adesione deve "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". Anche la questione delle riserve a rigore potrebbe dar luogo a problemi: si dovrebbe ipotizzare che l'Unione presenti le stesse riserve (ammesso che ve ne siano) che sono state presentate da tutti gli Stati membri? E come si configura la situazione in riferimento a disposizioni della Convenzione relativamente alle quali uno Stato membro abbia apposto una riserva se la disposizione dovesse venire invocata con riferimento al diritto dell'Unione così come attuato da quello Stato membro?

<sup>14</sup> In questo senso v. ancora J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1004.

cezione per chi si è abituato, nel corso dei decenni, a considerare la partecipazione della Comunità prima e dell'Unione poi ad accordi ed organizzazioni internazionali solo o principalmente in termini di ripartizione di competenza tra la Comunità/Unione e gli Stati membri, per cui la prima interviene solo nei limiti della propria competenza, trasferita ad essa dai Trattati, e gli Stati membri, attraverso la prassi degli accordi misti, suppliscono la eventuale carenza di competenza dell'Unione. Qui la situazione si presenta in modo del tutto diverso. Non si pone un problema di ripartizione di competenza, né di condivisione di competenza (*shared competence*) relativamente all'adesione, ma è l'Unione in quanto soggetto autonomo e portatore di una propria volontà e di un proprio ordinamento giuridico ad aderire, ad impegnarsi a rispettare la Convenzione nell'esercizio delle proprie attività statutarie, e a sottoporre azioni ed atti dei suoi organi ed agenti al controllo della Corte EDU. Se quanto appena detto è vero, si vede bene come l'adesione da parte dell'Unione dovrebbe essere del tutto svincolata da quella degli Stati membri – altro e successivo essendo il problema del rapporto tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati membri relativamente all'applicazione della Convenzione e soprattutto al sindacato della Corte EDU – e la scelta di aderire o meno a un Protocollo guidata solo da considerazioni giuridico-politiche indipendenti dal numero di Stati membri che hanno ratificato il Protocollo di cui si tratta.

4. Quanto detto sopra è un corollario del principio secondo il quale l'Unione, nell'aderire alla CEDU, si presenta (o dovrebbe presentarsi) alla stessa stregua di ogni altra Parte contraente, titolare dei medesimi diritti e soggetta ai medesimi obblighi derivanti dalla Convenzione<sup>15</sup>. Tuttavia, l'Unione ha una struttura assai diversa da quella di uno Stato, pertanto è difficile configurare la sua posizione rispetto al controllo della Corte EDU in modo identico alla posizione di uno Stato. In particolare, per quanto riguarda la posizione dell'Unione e dei suoi Stati membri rispetto alla CEDU, si verifica l'inedita situazione che un atto giuridico può essere emanato da una Parte contraente, mentre una diversa Parte contraente vi dà esecuzione<sup>16</sup>. Questo avviene, come subito vedremo, per gli atti nazionali adottati in esecuzione di obblighi europei, e per gli atti delle istituzioni adottati in esecuzione di obblighi previsti nei Trattati istitutivi, anche se quest'ultima ipotesi solleva numerosi dubbi, derivanti dalla riflessione sulla natura giuridica dei Trattati medesimi, ormai difficili da considerare come mere “creature” degli Stati membri, ma su ciò torneremo tra breve.

Lo stesso Protocollo n. 8 al Trattato di Lisbona chiede che, nel negoziare l'accordo di adesione alla CEDU, si tengano in conto e “siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione”. I due profili maggiormente rilevanti a questo riguardo, secondo quanto indicato dal Protocollo

---

<sup>15</sup> Al riguardo, v. le considerazioni della vicepresidente della Corte EDU, F. TULKENS, *Pour et vers une organisation harmonieuse*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 27 ss., a p. 28.

<sup>16</sup> Si veda il commento al *draft* di giugno 2011, CDDH-UE (2011)16 fin, disponibile sul sito web del Consiglio d'Europa ([www.coe.int](http://www.coe.int)), a p. 16.

medesimo, sono le modalità di partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea<sup>17</sup> (art. 1, lett. a, del Protocollo n. 8), e la predisposizione di meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri<sup>18</sup> e le domande individuali siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri o all'Unione (art. 1, lett. b, del Protocollo n. 8). Quest'ultima previsione, in particolare, risponde all'esigenza, specificata nell'art. 2 del Protocollo, che l'adesione alla CEDU non incida in alcun modo sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni delle istituzioni. La determinazione del corretto convenuto in un procedimento dinanzi alla Corte EDU potrebbe in effetti implicare l'interpretazione da parte di questa del diritto UE, primario e derivato<sup>19</sup>, e soprattutto della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri e del rapporto tra diritto dell'Unione e diritto interno degli Stati membri, tutti temi, questi, che ineriscono alla struttura stessa dell'Unione e che rivestono un carattere esclusivamente interno all'Unione<sup>20</sup>. Il problema è di rilievo, benché per prassi consolidata la Corte EDU consideri l'interpretazione del diritto interno come un compito spettante in via esclusiva ai giudici nazionali.

Come sopra accennato, un'altra delicata questione richiede la predisposizione di meccanismi particolari per l'Unione, quella della sottoposizione del diritto primario al controllo della Corte di Strasburgo. In effetti, non si può escludere che una controversia di fronte a quest'ultima giurisdizione investa profili di interpretazione ed applicazione degli stessi Trattati istitutivi dell'UE e degli strumenti giuridici aventi pari valore giuridico, tra cui la stessa Carta dei diritti fondamentali. Ci si chiede se il diritto primario dell'Unione debba essere incluso nella portata del controllo della Corte EDU, o, al contrario, escluso sulla base della considerazione che esso sarebbe fuori dal controllo delle istituzioni:

<sup>17</sup> In particolare la partecipazione al Comitato dei ministri e alla stessa Corte EDU, con la presenza di un giudice dell'Unione, nonché all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Su questi aspetti si vedano gli articoli 6, 7, 8, del *draft* del luglio 2011, nonché le osservazioni di A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 35, e di J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1009 s.

<sup>18</sup> I procedimenti avviati da Stati membri sono esclusi per effetto dell'art. 344 TFUE, richiamato e fatto salvo anche dall'art. 3 del Protocollo n. 8, ai sensi del quale "gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dai trattati stessi".

<sup>19</sup> Secondo T. LOCK, *op. cit.*, p. 1034 ss., in realtà questo rischio sarebbe molto limitato, in quanto la Corte EDU in linea di massima non sarebbe chiamata a fornire un'interpretazione vincolante del contenuto del diritto UE, né avrebbe mai la possibilità di dichiarare l'invalidità di un atto UE, in quanto le decisioni della Corte EDU hanno meramente valore vincolante sul piano internazionale, e non producono quindi effetti diretti negli ordinamenti delle parti contraenti della Convenzione. Tuttavia, se questo è vero, è anche vero che un'interpretazione proveniente dalla Corte EDU, benché rivolta esclusivamente a verificare la compatibilità dell'atto UE con la Convenzione (P. IVALDI, C. E. TUO, *op. cit.*, p. 23), non sarebbe priva di effetti, ed avrebbe un'influenza sul carattere esclusivo della competenza della Corte di giustizia in questa materia.

<sup>20</sup> Significativa su questo problema è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 gennaio 2011, n. 30696/09, *MSS c. Belgio e Grecia*.

come è stato osservato, infatti, non è l'Unione l'autore dei Trattati, ma gli Stati membri, che sono a tutti gli effetti "signori dei Trattati": le istituzioni non hanno il potere di modificare i Trattati, e la stessa Corte di giustizia non ha il potere di pronunciarsi sulla legalità di questi, ma solamente di interpretarli (art. 263 TFUE)<sup>21</sup>. Peraltro, tale potere interpretativo della Corte sarebbe probabilmente sufficiente a mettere l'Unione al riparo da qualsiasi contestazione relativa all'incompatibilità del diritto primario con la CEDU, in quanto la Corte di giustizia è chiamata ad interpretare le disposizioni del diritto primario UE in modo conforme alla CEDU, risultando la posizione di quest'ultima nel sistema delle fonti dell'Unione comunque rafforzata per effetto della Carta di Nizza, a sua volta dotata di valore primario attraverso l'art. 6 TUE<sup>22</sup>; nonostante ciò, Stati membri ed istituzioni hanno preferito cercare soluzioni che permettessero o di escludere il diritto primario dalla portata del controllo della Corte EDU, o di affiancare in qualche modo gli Stati membri all'Unione nel caso una situazione del genere dovesse avere a presentarsi.

5. Il negoziato si è orientato dunque verso la predisposizione di un meccanismo particolare che permetterà all'Unione e agli Stati membri di presentarsi affiancati nei procedimenti di fronte alla Corte EDU. Tale meccanismo, cosiddetto di *co-respondency*, o del secondo convenuto, assolve alla funzione di superare le difficoltà che potrebbero porsi in caso di estensione del controllo CEDU al diritto primario dell'Unione (art. 3, par. 3, del *draft*, su cui si tornerà nel dettaglio tra poco). D'altra parte, questo meccanismo serve anche a preservare il carattere interno della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, impedendo al potere di controllo della Corte EDU di spingersi fino al cuore della struttura dell'Unione.

Inoltre, nella visione dei negoziatori, questo sistema dovrebbe anche servire ad alleggerire il compito dei ricorrenti, siano questi Stati non membri dell'UE o singoli, nell'individuare il corretto destinatario della domanda, in particolare ogni volta in cui la presunta violazione coinvolga norme nazionali o comportamenti adottati in attuazione di atti dell'Unione, o norme dei Trattati<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Si veda ancora J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1005 s.

<sup>22</sup> V. le considerazioni di A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 93, il quale aggiunge che il diritto internazionale non giustifica tale preoccupazione; infatti, l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1986 prevede che un'organizzazione internazionale non possa invocare le sue regole interne per giustificare la mancata esecuzione di un trattato da essa sottoscritto, e l'art. 2, lett. f) della stessa Convenzione include gli atti istitutivi tra le regole interne dell'organizzazione. Peraltro, anche l'art. 31 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali del 2011 stabilisce che un'organizzazione non può invocare le sue regole per giustificare la mancata esecuzione degli obblighi incombenti su di essa. Da tali osservazioni si ricava che in effetti non sarebbe necessario prevedere delle regole specifiche per impedire all'Unione di rispondere delle violazioni della CEDU derivanti dal proprio diritto primario.

<sup>23</sup> La situazione più frequente è quella del ricorrente che abbia subito la violazione da parte di un comportamento dello Stato (il caso *Bosphorus*, per intenderci, dalla sentenza della Corte euro-

Diamo ora uno sguardo a come funziona, tecnicamente, questo meccanismo di *co-respondency*, prima di effettuare qualche commento<sup>24</sup>.

L'art. 3 del progetto di accordo prevede innanzitutto che l'art. 36 CEDU, che come è noto disciplina l'intervento del terzo nel procedimento di fronte alla Corte EDU, sia modificato nel senso di prevedere, accanto all'intervento del terzo, anche il secondo convenuto. Si predispone anche l'aggiunta di un par. 4 alla fine dell'art. 36, in cui si stabilisce che l'Unione europea o uno Stato membro dell'Unione europea possono chiedere di diventare secondi convenuti nei procedimenti di fronte alla Corte EDU, per decisione della Corte stessa e nei casi previsti dall'accordo di adesione. Occorre precisare che comunque tale posizione nel procedimento non può essere attribuita contro la volontà del soggetto interessato. Il secondo convenuto, in altre parole, differisce dal convenuto anche sotto questo profilo: infatti, mentre per il convenuto tale posizione processuale è una conseguenza obbligatoria del ricorso, nel caso del secondo convenuto essa deriva esclusivamente dalla sua richiesta. Tuttavia, una volta assunto lo *status* di secondo convenuto, precisa la disposizione, questo è "parte della causa".

Un'ulteriore precisazione riguarda il ruolo della Corte EDU nell'attribuzione dello *status* di *co-respondent*. Tale attribuzione avviene infatti per decisione della Corte stessa, la quale delibera dopo aver sentito le parti e dopo aver verificato che "è plausibile" che le condizioni richieste siano presenti. Si tratta dunque di un apprezzamento *prima facie* della situazione, che non permette alla Corte di effettuare un'interpretazione del merito della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri, ma che non la priva neanche di ogni margine di discrezionalità. La Corte, insomma, non è tenuta ad accogliere la richiesta, qualora la ritenga fondata su presupposti non "plausibili".

I paragrafi successivi dell'art. 3 specificano quali sono le circostanze in cui questo meccanismo è applicabile.

Sono previste tre ipotesi: ricorso diretto contro uno o più Stati membri dell'Unione, ricorso diretto contro l'Unione, ricorso diretto congiuntamente contro l'Unione e uno o più dei suoi Stati membri. Il primo caso (art. 3, par. 2, del *draft*) è quello in cui il ricorso abbia a oggetto un comportamento o un atto di uno Stato membro dell'Unione, comportamento o atto posto in essere in esecuzione di una disposizione del diritto dell'Unione. In una situazione di questo genere, se la violazione di una norma CEDU contestata allo Stato membro appare in realtà dipendere dall'incompatibilità con la Convenzione di una dispo-

---

pea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 30 giugno 2005, n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*) posto in essere per ottemperare a un obbligo dell'Unione, in quanto di regola il diritto dell'Unione è attuato dagli Stati membri. Ma non può escludersi il caso di ricorrenti che siano direttamente danneggiati da un comportamento dell'Unione (per esempio un'omissione), senza bisogno di un intervento dello Stato. Ancora, una situazione che si è già posta in concreto è quella dei funzionari dell'UE (v. la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Connolly*, *Raccolta*, I-1611).

<sup>24</sup> Per un'analisi delle differenze tra i testi dei vari *drafts* che si sono susseguiti, differenze che sul funzionamento del meccanismo del *co-respondent* sono sensibili, v. T. LOCK, *op. cit.*, p. 1039 ss.

sizione vincolante (“*obligation*”) del diritto dell’Unione che lo Stato avrebbe dovuto disattendere al fine di evitare la violazione, l’Unione può chiedere e ottenere dalla Corte EDU di figurare come secondo convenuto nel procedimento. Questa situazione riflette la preoccupazione di salvaguardare l’autonomia della struttura dell’Unione, nel senso di evitare che spetti alla Corte o ai ricorrenti il delicato compito di decidere sulla ripartizione delle competenze, e di conseguenza dell’attribuzione di un potere decisionale, tra l’Unione e gli Stati membri. Quando infatti un provvedimento nazionale è adottato sulla base di un atto europeo, per stabilire in quale passaggio abbia avuto luogo una eventuale violazione di una norma della CEDU occorre prendere in esame l’esistenza e la portata della relativa competenza dell’Unione, il suo carattere esclusivo o concorrente, la portata dell’atto adottato, il margine di discrezionalità lasciato allo Stato membro nell’esecuzione dell’obbligo europeo. Il meccanismo del secondo convenuto intende evitare che tutte queste operazioni interpretative siano effettuate dalla Corte EDU.

Il secondo caso, di cui al par. 3 dell’art. 3 del *draft*, è quello in cui il ricorso, presentato questa volta contro l’Unione, abbia a oggetto la violazione di una norma CEDU a causa dell’incompatibilità con la medesima di una disposizione del TUE, del TFUE, e di altri strumenti giuridici aventi pari valore. Come sopra accennato, l’obiettivo di questa disposizione è quello di permettere il controllo CEDU sul diritto primario UE, diritto sul quale le istituzioni non hanno potere, né di modificarlo né di dichiararne l’illegittimità; la Corte di giustizia, infatti, può esclusivamente essere chiamata ad interpretare il diritto primario dell’Unione, ma non ha alcuna competenza riguardo alla sua legittimità rispetto a parametri “esterni”, come la stessa CEDU o il diritto internazionale generale, tranne l’obbligo di interpretazione conforme dei Trattati. La posizione degli Stati membri come “signori del Trattati”, dunque, fa sì che le fonti primarie del diritto dell’Unione siano sottratte al potere di intervento delle istituzioni, e impedisce pertanto che l’Unione sia da sola chiamata a rispondere nel caso in cui la denunciata violazione della CEDU origini in una disposizione dei Trattati. Due considerazioni si impongono relativamente a questo punto. La posizione della Carta di Nizza da una parte, e, dall’altra, l’applicazione delle regole introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di revisione dei Trattati istitutivi, che prevedono, in taluni, limitati casi, che tale revisione sfugga, almeno in parte, al potere esclusivo degli Stati membri.

La Carta di Nizza, come è noto, trova la sua origine nell’opera di elaborazione svolta da una Convenzione convocata dal Consiglio europeo appunto allo scopo di circondare l’elaborazione del catalogo dei diritti fondamentali dell’Unione di un dibattito, una partecipazione e un consenso più ampi. Fu poi solennemente proclamata dai presidenti delle tre istituzioni politiche dell’Unione (Consiglio, Parlamento, Commissione), in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 2000 e soggetta a qualche modifica nel 2007, in occasione della CIG che ha condotto al Trattato di Lisbona. La Carta, però, ha acquisito valore giuridico di diritto primario solo a seguito della previsione in tal senso inserita nell’art. 6 TUE, previsione ratificata da tutti gli Stati membri. Nel caso della Carta di

Nizza, dunque, istituzioni e Stati membri condividono, in qualche maniera, la titolarità dell'atto, se non sotto il profilo formale – la Carta ha assunto solo attraverso l'art. 6 TUE la natura di norma convenzionale – certamente sotto il profilo sostanziale.

Un discorso sostanzialmente simile può essere svolto con riferimento al nuovo art. 48 TUE, il quale prevede, accanto alla tradizionale procedura di revisione dei Trattati di stampo internazionalistico, alcune procedure di revisione semplificate, che coinvolgono le istituzioni congiuntamente agli Stati membri, o che addirittura escludono la partecipazione degli Stati membri. Benché quest'ultimo caso riguardi esclusivamente modifiche di carattere procedurale (passaggio dal voto all'unanimità alla maggioranza qualificata, o da una procedura legislativa speciale alla procedura legislativa ordinaria), è interessante la linea di tendenza di introdurre la possibilità per le istituzioni di intervenire in modo pressoché autonomo sul diritto primario. Anche nei casi in cui l'art. 48 prevede il concorso degli Stati membri, come avviene nella prima procedura di revisione semplificata, applicabile alla parte del TFUE relativa alle politiche interne dell'Unione, tuttavia, si può ragionare in modo analogo alle considerazioni svolte sulla Carta di Nizza: Stati membri e istituzioni condividono in qualche maniera il potere, e dunque la responsabilità, in ordine alle modifiche al diritto primario. Ma non basta: la prassi di convocare una convenzione dalla partecipazione più ampia rispetto alle tradizionali conferenze intergovernative, inaugurata con la Carta di Nizza, è stata seguita anche in occasione della redazione del progetto di Trattato costituzionale, i cui contenuti, come è noto, sono stati in larga misura trasfusi nel Trattato di Lisbona. E tale medesima procedura è stata a sua volta codificata nella procedura di revisione ordinaria dei Trattati (art. 48, par. 3, TUE), che prevede la convocazione di una convenzione aperta a rappresentanti dei parlamenti e dei governi nazionali e delle istituzioni europee, per tutte le revisioni più importanti da apportare ai Trattati. Tutti questi elementi della prassi degli ultimi anni si combinano poi con le più ampie riflessioni che si possono fare – e che sono effettivamente state fatte – relativamente alla natura giuridica dei Trattati europei, mero strumento di cooperazione giuridica internazionale o “carta costituzionale di una comunità di diritto”<sup>25</sup>?

Sotto il profilo della posizione processuale di fronte alla Corte EDU, appare in tutta evidenza come la delimitazione dei poteri in questi casi sia sfumata, e quanto grande sia l'interesse che istituzioni e Stati membri hanno a mantenere il carattere interno delle relative procedure decisionali. Tuttavia, è opportuno ribadire che il potere interpretativo della Corte di giustizia avrebbe potuto porre l'Unione al riparo da eventuali ricorsi diretti contro il diritto primario, e certamente evitato la necessità di ricorrere al meccanismo del doppio convenuto.

<sup>25</sup> Non è evidentemente questa la sede per approfondire questo tema. Mi limito a rinviare alle considerazioni di J. H. H. WEILER, U. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 411 ss., trad. it. *L'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario: Alice nel paese degli specchi*, in J. H. H. WEILER (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 391 ss.

Peraltro, mi pare che la scelta effettuata confermi la diffidenza degli Stati membri verso qualsiasi forma di “costituzionalizzazione” dei Trattati.

Tornando al funzionamento del meccanismo di *co-respondency*, il terzo ed ultimo caso in cui esso è applicabile è quello descritto al par. 4 dell'art. 3, che costituisce una composizione di entrambi i casi precedentemente descritti. La situazione è quella di un ricorso indirizzato ad entrambi, Unione europea e uno o più Stati membri. Se ricorrono i presupposti di uno dei due casi precedenti (la presunta violazione da parte dello Stato membro è stata provocata dall'aver esso ottemperato a un obbligo derivante dal diritto dell'Unione, o la presunta violazione da parte dell'Unione è stata causata dall'impossibilità di violare una norma del diritto primario dell'Unione stessa), l'uno o l'altro dei convenuti può chiedere di cambiare la propria posizione processuale in quella di secondo convenuto. Di conseguenza, in quest'ultimo caso, la posizione di secondo convenuto spetta al soggetto – Unione o Stato membro – che non è direttamente autore della presunta violazione, ma il cui atto ha costituito la base giuridica della violazione stessa.

Da quanto appena detto si evince che la posizione del secondo convenuto differisce sia da quella del terzo interveniente, che può presentare commenti scritti e partecipare alle udienze, ma non è a tutti gli effetti una parte del procedimento, sia da quella del convenuto. Infatti, secondo il nuovo par. 4 che sarà aggiunto all'art. 36 della CEDU, un *co-respondent* è una parte del procedimento. Meno chiara è, almeno a prima vista, la differenza tra il convenuto e il *co-respondent*, a parte il carattere volontario della partecipazione di quest'ultimo al procedimento.

6. Fondamentalmente qui si apre il problema essenziale, sopra accennato, che è quello della struttura molecolare stessa dell'Unione. Il commento all'art. 3 sostiene che il meccanismo di cui si è finora discusso serve essenzialmente a impedire che un ricorso sia dichiarato inammissibile nei confronti di una delle parti (qualora entrambi i soggetti comparissero come convenuti) perché inammissibile *ratione personae* (in altre parole, perché quella parte non sarebbe direttamente autore della violazione). In realtà la situazione è assai più complessa. Si vuole evitare che la Corte EDU sia chiamata a introdursi nelle pieghe, non sempre ben delineate, delle competenze rispettive di Unione e Stati membri, della portata degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, dell'estensione del potere discrezionale degli Stati membri nel dare attuazione agli atti dell'Unione. Tanto per fare un esempio, in un caso che investa misure nazionali di attuazione di una direttiva, la Corte di Strasburgo potrebbe trovarsi a dover valutare se la direttiva è stata attuata correttamente, il che comporterebbe un'interpretazione del diritto UE e una valutazione del margine di discrezionalità degli Stati membri. Per altro verso, nello stesso esempio, si vuole anche impedire che lo Stato membro invochi la propria mancanza di discrezionalità per sottrarsi alla responsabilità. Tutto ciò si vuole evitare attraverso il meccanismo di *co-respondency*. Se *prima facie* la violazione statale deriva dall'attuazione di un obbligo di diritto UE, l'Unione chiederà lo *status* di *co-respondent*, affiancherà cioè lo Stato

membro o gli Stati membri coinvolti nel procedimento, e sarà vincolata, alla stessa stregua di questi, alla sentenza che ne seguirà. Lo stesso si verificherà per lo Stato membro o gli Stati membri, nel caso in cui la violazione discenda da una disposizione del diritto primario. In sostanza, il meccanismo di *co-respondency* intende trasferire sul piano interno all'Unione il momento dell'attribuzione della titolarità e della responsabilità per la condotta illecita, evitando che tale operazione sia effettuata dalla Corte EDU. D'altra parte, la struttura dell'Unione, e il carattere integrato degli ordinamenti – europeo e degli Stati membri – che concorrono a dare forma a tale struttura, fanno sì che la produzione giuridica che ne deriva sia il frutto di un unico procedimento complesso e strutturato in modo unitario, al cui interno si possono individuare diverse fasi, al livello di istituzioni europee e nazionali, facenti capo ad attori decisionali diversi, ma in cui al tempo stesso è arduo tracciare in modo definito confini e limiti delle rispettive competenze e responsabilità.

Applicando il meccanismo previsto dal progetto di accordo, dunque, il problema necessariamente si sposta alla fase successiva di accertamento del soggetto tenuto alla riparazione. Dal commento al *draft* quanto appena detto emerge con molta chiarezza, proprio nell'ambiguità del testo. In un primo momento, nel commento della disposizione relativa ai ricorsi diretti contro l'Unione e gli Stati membri, si legge che la parte che diventa *co-respondent* dovrebbe essere la parte che non è responsabile per l'atto o l'omissione che ha causato la presunta violazione, ma solo per la base giuridica di tale atto o omissione<sup>26</sup>. Più avanti però, nello spiegare gli effetti del meccanismo, il commento precisa che il convenuto e il secondo convenuto possono essere congiuntamente responsabili (*jointly responsible*) per la presunta violazione rispetto alla quale una parte contraente è diventata *co-respondent*. E prosegue precisando che, se la Corte dovesse accertare la violazione, ci si attende che lo faccia appunto congiuntamente contro il *respondent* e il *co-respondent*; in caso contrario ci sarebbe il rischio che la Corte debba statuire circa la distribuzione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri<sup>27</sup>. Tuttavia, non sembra potersi ricavare né dal testo né dal commento, che la Corte EDU, una volta accettato l'intervento del *co-respondent*, sia tenuta a pronunciarsi per una responsabilità congiunta. Sembra rimanere, infatti, impregiudicata la possibilità per la Corte di stabilire l'esclusiva responsabilità dell'uno o dell'altro dei soggetti coinvolti, ma in tal caso tutta la costruzione perderebbe gran parte della sua utilità, in quanto la Corte potrebbe raggiungere tale determinazione solo attraverso una valutazione della divisione dei poteri all'interno dell'Unione<sup>28</sup>.

Dalla ricostruzione appena effettuata mi sembra di poter ricavare che nei casi in cui si applica il descritto meccanismo di *co-respondency*, si vada a verificare

<sup>26</sup> V. p. 18 del citato progetto.

<sup>27</sup> V. il citato progetto, a p. 19.

<sup>28</sup> Al riguardo v. J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1016, il quale teme proprio che, nonostante il commento indichi la scelta della *joint responsibility* come regola, la Corte disponga comunque dell'opzione di indicare essa stessa l'unico responsabile, così vanificando lo sforzo di tenerla fuori dalla determinazione delle divisione dei poteri all'interno dell'Unione.

una distinzione tra il soggetto *autore* della violazione e il soggetto *responsabile* della violazione stessa. In altre parole, sia nel caso del comportamento statale posto in essere in attuazione di un obbligo UE, sia nel caso del comportamento delle istituzioni UE posto in essere in attuazione di un obbligo derivante dai Trattati, il soggetto cui la violazione è attribuibile è un soggetto – nel primo caso uno o più Stati membri, nel secondo l'Unione – mentre il responsabile è un altro soggetto, l'Unione che ha adottato misure contrarie alla CEDU e obbligatorie per gli Stati membri nel primo caso, questi ultimi, “autori” dei Trattati, nel secondo. Tale scollamento tra imputabilità del comportamento e responsabilità può trovare un fondamento nel diritto internazionale, come si ricava dagli articoli 14-18 e 58-62 del Progetto della CDI sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali, nonché dall'art. 48, dai quali emerge la possibilità di una responsabilità congiunta dell'organizzazione internazionale e dei suoi Stati membri (*joint and several*)<sup>29</sup>. Infatti, la regola generale in materia di responsabilità è che lo Stato è comunque responsabile della propria condotta, anche se questa è frutto di un obbligo vincolante per lo Stato stesso, tranne nel caso in cui esso ponga i suoi organi a disposizione e sotto l'esclusivo controllo dell'organizzazione (in questo caso gli organi statali diventerebbero organi *de facto* dell'organizzazione). I casi presi in considerazione dagli articoli del progetto sulla responsabilità delle organizzazioni, sopra citati, sono quelli dell'utilizzo fraudolento del vincolo tra organizzazione e Stati membri, per cui l'una o gli altri approfittano di tale vincolo per impunemente commettere violazioni di obblighi internazionali<sup>30</sup>. Resta comunque aperta la possibilità, prevista anche dal citato Progetto CDI, di dare vita mediante accordo a regimi speciali di responsabilità (art. 64), e quello istituito dall'accordo di adesione dell'UE alla CEDU potrebbe rientrare in questa categoria.

Nella prassi finora sviluppata in materia di rapporti fra Unione e Stati membri, in assenza di adesione dell'Unione alla CEDU, la Corte di Strasburgo ha

---

<sup>29</sup> L'art. 48 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali prevede infatti la possibilità che sia l'organizzazione sia uno o più Stati membri siano responsabili per il medesimo atto illecito. Questo si verifica nei casi descritti agli articoli 14-18 (responsabilità di un'organizzazione in connessione con un atto di uno Stato) e 58-62 (responsabilità di uno Stato in connessione con un atto dell'organizzazione) del medesimo progetto. Durante i lavori della CDI, la Commissione ha sostenuto l'attribuzione all'UE della responsabilità degli Stati membri quando danno esecuzione ad atti UE vincolanti, affermando che ciò avverrebbe in virtù di una *special rule* in base alla quale gli Stati membri agirebbero quali organi *de facto* dell'Unione. Nel corso di questo negoziato, invece, sembra che la Commissione tenda a preferire una soluzione di tipo *Bosphorus*: uno Stato non si può liberare dei suoi obblighi CEDU trasferendo funzioni a un'organizzazione internazionale (ma, come vedremo, questo approccio è strettamente legato al fatto che l'organizzazione internazionale in questione non sia parte contraente della CEDU). A me sembra che, al di là dell'approccio teorico, quello che veramente sta a cuore alla Commissione è preservare l'autonomia della struttura dell'Unione, ed evitare che spetti alla Corte EDU statuire sulle rispettive competenze e responsabilità dell'Unione e degli Stati membri.

<sup>30</sup> V. il commento della CDI agli articoli citati, in particolare, per quanto ci interessa, agli articoli 17 e 61 del Progetto.

elaborato dei criteri di carattere generale, che troviamo enunciati nella articolata argomentazione della sentenza nel caso *Bosphorus*, in cui la Corte di Strasburgo ha esaminato il caso di una presunta violazione dei diritti CEDU da parte di uno Stato membro per un comportamento posto in essere in esecuzione di un regolamento comunitario. Vale la pena di riprendere in mano l'argomentazione svolta dalla Corte in quell'occasione, benché nota, in quanto mi pare che potrebbe avere implicazioni in caso di futura adesione dell'UE alla CEDU. In sostanza, disse la Corte nel caso *Bosphorus*, gli Stati, pur liberi di trasferire a un'organizzazione sovranazionale parte dei loro poteri sovrani, non possono tuttavia farsi scudo delle competenze di tale organizzazione per sfuggire ai propri obblighi derivanti dalla CEDU (è il caso preso in considerazione dall'art. 61 del progetto CDI 2011). Il presupposto di questo ragionamento era il seguente: "Even as the holder of such transferred sovereign power, that organisation is not itself responsible under the Convention for proceedings before, or decisions of, its organs as long as it is not a Contracting Party" (par. 152). Evidentemente, con l'adesione, l'Unione diventerà *Contracting Party*, e i presupposti dell'approccio *Bosphorus* sono destinati a mutare. Diventando l'Unione una Parte contraente, essa dovrà essere "itself responsible" per l'esercizio delle proprie competenze in modo incompatibile con la Convenzione. Per altro verso, l'adesione dell'Unione dovrebbe far venire meno anche la presunzione di conformità con i diritti CEDU che la Corte aveva enunciato nella medesima pronuncia: "in the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides (...). By 'equivalent' the Court means 'comparable'; any requirement that the organisation's protection be 'identical' could run counter to the interest of international cooperation pursued (...). However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection (...) the Court finds that the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, 'equivalent' (...) to that of the Convention system"<sup>31</sup>. La Corte di Strasburgo raggiunse tale conclusione, come è noto, sulla base di considerazioni come l'esistenza della Carta di Nizza, largamente ispirata alla CEDU, e sull'impegno della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali. Tale presunzione di conformità, che ad autorevole dottrina ricorda da vicino la giurisprudenza *Solange* della Corte costituzionale tedesca, sarà mantenuta anche in presenza dell'adesione dell'Unione alla CEDU? A me pare che una simile presunzione discenda, nel ragionamento della Corte, dal presupposto dell'impossibilità di assoggettare l'Unione in quanto tale, e i suoi atti, al sindacato CEDU. Che essa sia conservata in presenza di un accordo di adesione avrebbe la conseguenza di diversificare

<sup>31</sup> Paragraph 155 e 165.

il trattamento riservato all'Unione da quello di tutte le altre parti contraenti, in modo del tutto arbitrario<sup>32</sup>.

Come si vede, i problemi, sia teorici che pratici<sup>33</sup>, sono di non scarsa rilevanza, e dalle soluzioni approntate non sembra emergere con chiarezza come essi verranno risolti. Il meccanismo, così come congegnato, se prevarrà la soluzione della *joint responsibility* come inevitabile conseguenza della partecipazione congiunta al procedimento, lascia imprecisata l'identificazione del soggetto obbligato a dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU, con grave pregiudizio per i diritti dei ricorrenti. Tale determinazione dovrà probabilmente avvenire sul piano interno all'Unione, e ciò richiederà la predisposizione di un apposito meccanismo (giurisdizionale? Politico? A sua volta soggetto al controllo sul rispetto dei diritti umani?). Alla luce di quanto precede, appare in tutta evidenza quanto poco soddisfacente sia un tale sistema ai fini della certezza del diritto e della realizzazione dell'obiettivo stesso dell'adesione dell'Unione alla CEDU, che è quello di rendere più efficace ed effettiva la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

7. Il progetto di accordo di adesione prevede, in applicazione di un criterio di sussidiarietà, che in linea di principio l'intervento della Corte EDU sia successivo alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito alla presunta violazione dei diritti umani da parte o per effetto di una disposizione di diritto UE. Infatti, l'art. 3, par. 6, del *draft* prevede che nei casi in cui l'Unione è *co-respondent*<sup>34</sup>, alla Corte di giustizia sia offerto tempo sufficiente per pronunciarsi sulla compatibilità delle disposizioni UE controverse con i diritti tute-

---

<sup>32</sup> Al riguardo v. G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: "Solange" Yet Again?*, in *Volkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law, Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 517 ss.

<sup>33</sup> Altro problema pratico e politico da non sottovalutare è costituito dal possibile presentarsi di una situazione di disaccordo tra Unione e Stati membri relativamente a un ricorso, per cui l'una o l'altra non richiedono di assumere lo *status* di secondo convenuto (sul punto si veda P. IVALDI, C. E. TUO, *op. cit.*, p. 21).

<sup>34</sup> Nei casi in cui l'Unione figura come convenuto principale, infatti, si applica ad essa, come a tutte le altre parti contraenti della CEDU, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, pertanto il ricorso può essere dichiarato inammissibile dalla Corte EDU se presentato prima che la Corte di giustizia abbia avuto modo di pronunciarsi. Quando l'Unione è *co-respondent*, viceversa, convenuto principale è uno o più Stati membri, agenti sulla base di una norma di diritto UE, ma può avvenire che la Corte di giustizia non sia stata investita della questione. Il progetto di accordo non considera il caso opposto, che può anche presentare un qualche interesse, quello cioè dello Stato membro che assuma la posizione di *co-respondent*, e i cui giudici nazionali non abbiano avuto l'opportunità di pronunciarsi. Dal momento che come si è detto *supra* nel testo ciò dovrebbe avvenire nell'ipotesi di violazione dei diritti umani che investano il diritto primario dell'Unione, ci si muoverebbe in questo caso probabilmente al livello di Corti costituzionali nazionali, le sole in grado di statuire relativamente all'incompatibilità (delle leggi di esecuzione) dei Trattati istitutivi dell'Unione con i diritti fondamentali. Si apre, a questo punto, uno scenario in cui la CEDU si affiancherebbe ai valori fondamentali delle costituzioni nazionali nella ricostruzione di quello zoccolo duro di "controlimiti" alle limitazioni di sovranità di cui

lati dalla CEDU prima che la Corte EDU si pronunci. A questo fine, si dovrà studiare un apposito meccanismo che permetta alla Corte di giustizia di pronunciarsi nei casi in cui essa non sia stata chiamata in causa in precedenza. Quest'ultima situazione, peraltro, è destinata a presentarsi solo qualora nel corso dei procedimenti di fronte ai giudici nazionali non sia stato proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il che, come è noto, è in linea di massima obbligatorio per i giudici di ultima istanza. Dunque da una parte il mancato ricorso al rinvio pregiudiziale costituisce una violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro interessato<sup>35</sup>, dall'altro, però, appare comunque difficile considerare l'avvenuto coinvolgimento della Corte di giustizia come un elemento del previo esaurimento dei ricorsi interni, mentre la sua mancanza potrebbe essere considerata anche una violazione, da parte dello Stato interessato, non solo di un obbligo UE, ma anche del diritto essenziale alla tutela giurisdizionale garantito dalla CEDU all'art. 6<sup>36</sup>. Sono state suggerite possibili soluzioni a diritto costante<sup>37</sup>, ma con ogni probabilità sarà necessario procedere a un intervento normativo, non necessariamente attraverso una revisione dei Trattati. Non sarebbe la prima volta che con un atto diverso dalla revisione dei Trattati si attribuisce una nuova competenza alla Corte di giustizia, basti pensare ai Protocolli sull'interpretazione delle Convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Roma del 1990, e d'altra parte la stessa Corte non ha mai escluso la possibilità che un accordo esterno preveda nuove competenze per le giurisdizioni dell'Unione, purché siano compatibili con l'architettura giurisdizionale dei Trattati<sup>38</sup>. Non è mia intenzione entrare nel merito di questo dibattito, ma solo svolgere

---

ha parlato la Corte costituzionale italiana (sentenza n. 183/73, *Frontini*, disponibile sul sito web [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)).

<sup>35</sup> Al riguardo v. R. BARATTA, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 297 ss., in particolare p. 310 ss., dove sono analizzate le possibili implicazioni della ricostruzione dell'architettura giurisdizionale dell'Unione effettuata dalla Corte nel parere 1/09 per il negoziato relativo all'adesione alla CEDU.

<sup>36</sup> A questo proposito è stato addirittura osservato che la violazione dell'art. 6 CEDU dovuta al mancato previo esaurimento dei ricorsi interni per il mancato coinvolgimento della Corte di Lussemburgo attraverso il rinvio pregiudiziale assorbirebbe il sindacato della Corte EDU, così precludendo a quest'ultima l'esame della questione sostanziale che aveva dato origine al ricorso (v. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 311 ss.). L'a. citato conclude che tutti questi argomenti militano a favore della necessità di prevedere nell'accordo di adesione un meccanismo per il coinvolgimento preventivo della Corte di giustizia ogni volta che la questione sottoposta alla Corte EDU abbia alla base un atto UE e non sia stato effettuato un rinvio pregiudiziale nel corso dei procedimenti nazionali, e questo non solo perché un tale sistema meglio si adatterebbe al carattere sussidiario della giurisdizione della Corte di Strasburgo, ma anche perché sarebbe meglio in grado di preservare l'assetto della tutela giurisdizionale dei diritti individuali nel sistema dell'Unione.

<sup>37</sup> In tema v. T. LOCK, *op. cit.*, p. 1041 ss., che suggerisce di abilitare la Commissione a presentare un ricorso *ex art. 263 TFUE* in casi del genere, con l'unica particolarità che non si tenga conto dei termini di due mesi che, nel caso di ricorso pendente davanti alla Corte EDU, saranno inevitabilmente scaduti.

<sup>38</sup> Così come da ultimo delineata, sulla base dell'art. 19 TUE, dalla Corte nel già citato parere 1/09.

qualche considerazione riguardo a un aspetto particolare del problema, ma di grande importanza per la struttura del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, quello dell'estensione delle rispettive competenze giurisdizionali della Corte di giustizia e della Corte EDU relativamente al diritto dell'Unione, per verificare l'esistenza di asimmetrie e valutare possibili soluzioni.

Si deve partire dal considerare la portata del controllo dell'una e dell'altra Corte rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha il compito di "assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli" (art. 19 CEDU). Gli impegni in parola sono quelli di cui all'art. 1 della Convenzione stessa: "le Alte parti contraenti riconoscono a tutte le persone sotto la propria giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo I della presente Convenzione". Da tale formulazione si ricava innanzitutto che i diritti CEDU devono essere garantiti a prescindere da considerazioni legate alla nazionalità della persona interessata. In secondo luogo, per ricostruire la nozione di giurisdizione ai fini della Convenzione, si può far riferimento alla sentenza nel caso *Bosphorus*, dove la Corte affermò: "On the other hand, it has also been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure, concerned and does not exclude any part of a Contracting Party's 'jurisdiction' from scrutiny under the Convention"<sup>39</sup>. In una competenza così definita rientrano tutti i comportamenti posti in essere dalle autorità delle Parti contraenti, sotto forma di azioni, omissioni, atti legislativi, decisioni amministrative, decisioni giudiziarie, misure di polizia, che la Corte è chiamata a valutare rispetto al parametro di legittimità costituito dai diritti tutelati dalla Convenzione. Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, alla giurisdizione della Corte EDU sono soggetti, analogamente a quanto accade per tutte le altre parti contraenti, tutti gli atti ed omissioni delle istituzioni, ivi compresi quelli rientranti nell'ambito della PESC, incluse le azioni poste in essere in occasione di missioni od operazioni effettuate al di fuori del territorio degli Stati membri<sup>40</sup>.

Sul versante dell'Unione, invece, come è noto la giurisdizione della Corte di giustizia è limitata da quanto stabilito dall'art. 275 TFUE: in particolare essa è esclusa dall'intero titolo del TUE dedicato alla PESC; inoltre, essa non si può pronunciare su questioni relative agli atti adottati dalle istituzioni nel quadro

---

<sup>39</sup> Sentenza *Bosphorus*, cit., par. 153. Sul punto v. anche A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 88 ss.

<sup>40</sup> Al riguardo v. le considerazioni di A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 90 ss., secondo il quale da una parte una riserva posta dall'Unione alla Convenzione e volta ad escludere l'intero settore della PESC dalla giurisdizione della Corte di Strasburgo sarebbe probabilmente inammissibile, dall'altro la giurisdizione sulle missioni fuori area non sarebbe esclusa dal principio della territorialità della giurisdizione, in quanto la Corte si è a più riprese pronunciata per una applicazione extraterritoriale della CEDU (v. *ivi*, nota 48 e la giurisprudenza *ivi* citata).

della PESC. Ai sensi dell'art. 275 TFUE, infatti, la Corte può essere chiamata a pronunciarsi esclusivamente sul rispetto dell'art. 40 TUE, e sui ricorsi di annullamento proposti da individui e 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 TUE. L'art. 40 TUE nel testo di Lisbona costituisce lo spartiacque tra la PESC, ancora prevalentemente intergovernativa, e gli altri settori di azione dell'Unione, ormai pressoché completamente confluiti nel metodo comunitario. Rispetto alla previgente disposizione, che era l'art. 47 TUE, l'art. 40 è diventato una vera e propria linea di confine tra i due ambiti dell'azione dell'Unione<sup>41</sup>, sul cui rispetto la Corte è chiamata a vigilare<sup>42</sup>. Sulla base della giurisprudenza precedente, e anche in assenza di pronunce basate sul nuovo testo, possiamo affermare che la disposizione di cui ci occupiamo permette alla Corte di prendere in esame gli atti PESC, ma esclusivamente sotto il profilo della base giuridica su cui sono fondati. Tale controllo, tuttavia, non è del tutto privo di influenza sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali, dal momento che l'adozione di un atto PESC è priva di tutte quelle garanzie procedurali e giurisdizionali che circondano invece gli atti adottati negli altri settori UE. Tuttavia, la Corte nel suo esame di un atto PESC non può spingersi oltre ed entrare nel merito della sua conformità con la CEDU, cosa che invece la Corte EDU è abilitata senz'altro a fare.

È vero peraltro che le situazioni in cui un problema di tutela dei diritti fondamentali si potrebbe porre più di frequente sono quelle collegate all'adozione di misure restrittive di carattere individuale, misure sulle quali la Corte di giustizia gode di giurisdizione, con un'eccezione all'assenza di giurisdizione in ambito PESC che è stata introdotta proprio nell'intento di assicurare agli individui destinatari di misure restrittive il diritto a una revisione giurisdizionale delle misure stesse<sup>43</sup>.

Una situazione ancora diversa si ha nel caso di un accordo internazionale concluso sulla base giuridica dell'art. 37 TUE, rientrante dunque nel settore della PESC, secondo le procedure di cui all'art. 218 TFUE. In questo caso, nulla

<sup>41</sup> Finora la Corte non ha avuto occasione di intervenire sull'interpretazione dell'art. 40. Sono però pendenti alcuni ricorsi individuali diretti contro decisioni che introducono misure restrittive contro l'Iran e contro individui che invocano, tra gli argomenti, la violazione dell'art. 40 TUE, in quanto gli atti impugnati sono stati adottati sulla base giuridica dell'art. 29 TUE mentre la corretta base giuridica ad avviso dei ricorrenti avrebbe dovuto essere l'art. 75 TFUE, che tra l'altro prevede la procedura di codecisione per l'adozione degli atti (ricorso proposto il 7 gennaio 2011, causa T-7/11, *Bank Melli Iran c. Consiglio*, GUUE C 63, 26 febbraio 2011, p. 30; v. anche gli analoghi ricorsi presentati in pari data: causa T-12/2011, *Iran Insurance c. Consiglio*, e causa T-13/2011, *Post Bank Iran c. Consiglio*, *ivi*, rispettivamente pp. 31 e 32)

<sup>42</sup> Sulla giurisprudenza relativa alla precedente versione della disposizione in esame, si veda A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 327 ss.

<sup>43</sup> Al riguardo, si veda A. MIGNOLLI, *Art. 275 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2012, p. 1994 ss.

sembra escludere che un tale accordo (esclusivamente PESC o anche caratterizzato da *cross-pillar mixity*, cioè avente carattere trasversale e fondamento giuridico in più norme dei Trattati, sia relative alla PESC, sia alle cosiddette politiche materiali), sia soggetto al sindacato preventivo della Corte attraverso la richiesta di parere di cui all'art. 218, par. 11. Tale sindacato preventivo ha per oggetto, come è noto, la compatibilità dell'accordo previsto con i Trattati e, dunque, anche con i diritti fondamentali. Il profilo problematico è però il fatto che tale controllo non è obbligatorio, ma solo eventuale e dipende dalla circostanza che uno dei soggetti legittimati (Stati membri, Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) lo richieda.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che nella più gran parte dei casi la Corte di giustizia avrà giurisdizione relativamente alla misura in questione, anche se si tratta di un atto PESC. Rimane tuttavia un numero significativo di situazioni in cui la giurisdizione sulla tutela dei diritti fondamentali può rivelarsi asimmetrica, ed è essenzialmente il caso degli atti PESC che istituiscono missioni civili o militari di gestione delle crisi, i quali effettivamente possono avere delle ripercussioni sulla sfera giuridica di individui, e possono pertanto costituire l'oggetto di ricorsi davanti alla Corte EDU. L'ipotesi tipica è quella di un comportamento lesivo di un diritto individuale posto in essere da un organo statale in esecuzione di un atto PESC; in un caso del genere, l'UE potrebbe figurare come *co-respondent*, ma difficilmente la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata a pronunciarsi prima della Corte di Strasburgo<sup>44</sup>, a meno di modificare radicalmente l'attuale assetto del sistema giurisdizionale UE. La previsione di una via di ricorso *ad hoc* nel caso appena descritto, costituendo una deroga a una espressa previsione del Trattato (l'art. 275 TFUE), dovrebbe infatti essere introdotta attraverso la procedura di revisione.

Esiste dunque la concreta possibilità di un'eventuale asimmetria nel controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali. Ma si potrebbe dire di più: ancora facendo riferimento alla sentenza *Bosphorus*, è noto che in quell'occasione la Corte di Strasburgo respinse il ricorso anche sulla base della considerazione che la Comunità/Unione rispondesse ai requisiti da essa stabiliti per una presunzione di conformità ai diritti garantiti dalla Convenzione, sulla base del principio che "State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides". Per quanto riguarda i settori che rimangono del tutto al di fuori della giurisdizione della Corte, gli indicati requisiti non sarebbero rispettati, e di conseguenza *a fortiori* la Corte EDU sarebbe indotta ad esercitare il suo sindacato.

L'auspicio è che questa situazione di ambiguità e di possibile frammentazione del sindacato giurisdizionale possa costituire l'occasione e la spinta per

---

<sup>44</sup> Su questi problemi v. diffusamente J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1023 ss.

decidere di completare la copertura giurisdizionale del diritto dell'Unione, almeno sotto l'essenziale profilo del controllo del rispetto dei diritti fondamentali.

**8.** A conclusione di queste riflessioni sullo stato dei negoziati tra Unione europea e organi del Consiglio d'Europa per l'adesione dell'Unione alla CEDU, si può osservare come non tutti i problemi siano stati risolti. Molte questioni rimangono infatti da definire, alcune di esse rilevanti sul piano negoziale, altre sul piano interno dell'Unione, ma non per questo di minore importanza.

Sul piano negoziale, permangono dubbi sulla posizione processuale del *co-respondent*, soprattutto per quanto riguarda l'individuazione del soggetto responsabile della violazione. L'esigenza di preservare l'autonomia del diritto dell'Unione e il carattere interno della ripartizione delle competenze rischia di comportare per i singoli una difficoltà aggiuntiva di individuazione del soggetto obbligato a dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU, qualora questa, come appare probabile, dovesse pronunciarsi per la responsabilità congiunta dei due soggetti (Stati membri e Unione).

Le disposizioni del progetto di accordo di adesione sul meccanismo di *co-respondency* e quelle sulla possibilità per la Corte di giustizia di pronunciarsi prima della Corte EDU nei casi in cui l'Unione figuri come *co-respondent* (casi in cui, pertanto, non si applica il principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, in quanto l'Unione non è il soggetto contro il quale il ricorrente ha agito<sup>45</sup>) lanciano la palla all'Unione, la quale dovrà predisporre al suo interno meccanismi idonei a risolvere i problemi posti da quelle disposizioni. Per dare esecuzione al testo dell'accordo di adesione, se dovesse restare come quello concordato a giugno 2011, l'Unione dovrebbe dotarsi di una procedura decisionale per stabilire, dopo ogni sentenza della Corte EDU di condanna congiunta di Unione e uno o più Stati membri, chi è il soggetto tenuto a dare esecuzione alla sentenza ed eventualmente a versare la riparazione al ricorrente, sulla base delle regole interne sulla ripartizione delle competenze, da applicare anche alla ripartizione della responsabilità. Ora, dato l'assetto del sistema UE di ripartizione delle competenze, una tale procedura dovrebbe essere giurisdizionale, dal momento che è la Corte di giustizia l'organo competente ad assicurare il rispetto del diritto nel sistema UE e, in particolare, spetta alla Corte statuire sui conflitti di competenze tra Unione e Stati. Attribuire tale potere alle istituzioni politiche dell'UE o, peggio, farne oggetto di una procedura negoziale tra le istituzioni dell'Unione e i governi degli Stati membri interessati costituirebbe a mio avviso una grave crepa nel sistema giuridico su cui si fonda l'Unione. Una soluzione, basata sul carattere integrato del sistema giuridico europeo cui si accennava nelle pagine precedenti, potrebbe essere quella di mantenere, anche in fase di

<sup>45</sup> A questo proposito sorge il dubbio di come debba essere trattata la situazione inversa: se è lo Stato membro a comparire come *co-respondent*, perché il caso riguarda una disposizione dei Trattati, si dovrà trovare un modo per permettere alle Corti nazionali di pronunciarsi sulla questione?

esecuzione della sentenza e di riparazione, una posizione e un ruolo congiunti di istituzione e Stati.

In secondo luogo, come si è detto, l'Unione dovrebbe dotarsi di una procedura, questa certamente giurisdizionale, per permettere alla Corte di giustizia di pronunciarsi prima della Corte EDU nei casi in cui l'Unione sia *co-respondent* nel procedimento. Anche questo dunque da problema negoziale diventa un problema interno, e istituzioni e Stati membri si dovranno interrogare sulle diverse opzioni a loro disposizione. Utilizzare i mezzi di ricorso esistenti, o introdurre un nuovo procedimento speciale *ad hoc*? E in quest'ultimo caso, si può fare con un atto di diritto derivato, o occorre ricorrere alla procedura di revisione? E soprattutto, avranno gli Stati membri il coraggio di estendere tale controllo a tutti gli atti PESC? Come si vede, gli interrogativi che si pongono e le questioni aperte sono ancora molte; è una sfida per il comitato *ad hoc*, che ha ora il compito di concludere rapidamente i negoziati per la definizione degli strumenti giuridici per l'adesione dell'Unione alla CEDU. Tuttavia, come si è visto, tale conclusione costituirà solo il primo passo, in quanto toccherà poi all'Unione definire gli ulteriori strumenti e procedure che dovranno permettere al nuovo sistema di funzionare.

## Abstract

### The Draft Accession Agreement of the European Union to the European Convention on Human Rights: Some Critical Remarks

The article analyses the 2011 draft agreement between the European Union and the Council of Europe on the Union's accession to the European Convention on Human Rights. The study highlights some of the most controversial issues in the negotiations for accession, namely the co-respondency mechanism envisaged by the draft agreement in order to preserve the autonomy of the EU legal and institutional structure, and the asymmetries that may arise in the jurisdiction of the ECJ and the ECtHR respectively relating to human rights in the EU legal system. The article concludes that many problems still remain unsolved, and it is up to the EU institutions to put in place adequate mechanisms to ensure compliance with the ECHR and execution of ECtHR judgements, taking into account not only the preservation of the internal balance between EU and Member States, but also, and foremost, the citizens' interest in an efficient and effective system of human rights protection at the European level.