



Prime considerazioni sul nuovo tentativo di adesione dell'Unione alla CEDU e sui suoi principali ostacoli

Nicola Bergamaschi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un lungo cammino. – 3. Le soluzioni approntate dal nuovo progetto di accordo. – 4. Una questione di fiducia. – 5. Il nodo PESC e la giurisprudenza della CGUE. – 6. *Segue*. L'approccio assunto dagli attori coinvolti nel tentativo di sciogliere il nodo. – 7. Conclusioni: quale sarà l'atteggiamento della CGUE?

1. *Introduzione*

A metà marzo 2023, un comunicato stampa del Consiglio d'Europa annunciava che il gruppo di negoziato *ad hoc* "46+1", incaricato di rinegoziare un nuovo progetto di accordo di adesione dell'UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), aveva risolto «all of the issues it was currently expected to address»¹. Contestualmente, veniva reso pubblico il nuovo pacchetto di strumenti di adesione predisposto dal gruppo di negoziato, comprensivo delle bozze definitive dell'accordo e del

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Parma.

¹ Gruppo "46+1", *18th meeting*, Strasbourg, 14-17 March 2023, disponibile al link www.coe.int (ultimo accesso 15/09/2023).

rapporto esplicativo che lo accompagna². Si va quindi verso la fase finale del processo di adesione alla Convenzione da parte dell'Unione? La risposta a questa domanda dipende innanzitutto dalla compatibilità del nuovo progetto di accordo con il diritto UE. Prima che l'Unione avvii la procedura di conclusione dell'accordo, infatti, ci si aspetta che il progetto sia sottoposto al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) *ex art.* 218, par. 11, TFUE, così come fu nel caso del parere 2/94³ e del parere 2/13⁴. Queste pronunce, come ben noto, bloccarono i due tentativi di adesione precedenti. In particolare, il mandato del gruppo "46+1" è stato quello di negoziare un testo che provasse a superare le censure mosse al progetto di accordo nel parere 2/13 (il progetto del 2013)⁵. In che misura ci sia riuscito, però, resta da verificare. Il compito affidato ai negoziatori era, in effetti, non semplice. Gli elementi critici del progetto del 2013 erano tanti, e toccavano profili particolarmente sensibili per il diritto dell'Unione. Tra questi, basti menzionarne ora due: il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri e la questione relativa al controllo giurisdizionale in materia di Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC). Come si vedrà, questi due profili rappresentano tuttora altrettanti punti deboli dell'attuale tentativo di adesione dell'Unione alla CEDU. Il secondo profilo, in particolare, resta uno dei problemi più spinosi, a cui il gruppo "46+1" non è riuscito a trovare una soluzione. Il testo negoziato nulla prevede a riguardo. Le parti, infatti, hanno convenuto di lasciare che l'Unione scioglia tale nodo internamente, prima di procedere all'adesione...

Questo contributo intende dare conto dei progressi fatti in sede negoziale da parte del gruppo "46+1" e, soprattutto, dei principali ostacoli ancora esistenti che potrebbero impedire il buon esito del

² Gruppo "46+1", *Final consolidated version of the draft accession instruments*, 17 March 2023, document 46+1(2023)36, disponibile al link [www./rm.coe.int](http://rm.coe.int) (ultimo accesso 15/09/2023). Per un commento, si veda T. LOCK, *Op-Ed: "Third time lucky? The revised agreement on the EU's accession to the ECHR"*, in *EU Law Live*, 19 April 2023, disponibile su www.eulawlive.com (ultimo accesso 15/09/2023).

³ Corte giust. parere 28 marzo 1996, 1/94.

⁴ Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13.

⁵ Gruppo "47+1", *Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights Final report to the CDDH*, Strasbourg, 10 June 2013, 47+1(2013)008rev2.

nuovo tentativo di adesione. Per iniziare, si ripercorrerà sinteticamente il percorso che ha portato fino al punto in cui ci si trova attualmente (paragrafo 2). Successivamente, si presenterà il progetto di accordo, passando in rassegna i contenuti innovativi rispetto alla versione del 2013 e valutandoli alla luce delle indicazioni fornite nel parere 2/13 (paragrafo 3). In particolare, si esaminerà nel dettaglio quella che si ritiene essere la criticità più significativa del nuovo testo, cioè quella riguardante la soluzione della questione della reciproca fiducia (paragrafo 4). Saranno poi delineati i contorni del problema attinente al controllo giurisdizionale in ambito di PESC, ossia il nodo ancora da sciogliere. A tal riguardo, dapprima si illustreranno sinteticamente i cambiamenti che la giurisprudenza della CGUE ha apportato rispetto al quadro del 2014 e poi si valuteranno gli ipotetici sviluppi futuri (paragrafo 5). Secondariamente, verrà preso in esame l'approccio finora mostrato dal gruppo "46+1", dall'Unione e dagli Stati membri nel tentativo di sciogliere il nodo in questione (paragrafo 6). In conclusione, dopo un breve riepilogo, si svolgeranno alcune considerazioni sul significato del nuovo progetto d'accordo, e ci si interrogherà circa l'atteggiamento che la Corte di giustizia potrebbe assumere in un eventuale prossimo parere su tale progetto (paragrafo 7).

2. *Un lungo cammino*

Come ricordato, il progetto di accordo si candida ad essere il terzo tentativo di perfezionamento dell'adesione alla CEDU da parte dell'UE. Il primo, risalente al periodo *pre*-Lisbona, naufragò in seguito al parere 2/94⁶, in cui la Corte di giustizia stabilì che la Comunità non disponesse delle competenze necessarie all'adesione. Per porre rimedio a tale lacuna, il Trattato di Lisbona ha espressamente previsto l'adesione alla Convenzione, attribuendo all'Unione uno specifico *treaty-making power* in virtù dell'art. 6, par. 2, TUE⁷. Tale disposizione

⁶ Per un commento, si veda G. GAJA, *Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, given on 28 March 1996, not yet reported*, in *CMLR*, vol. 33, n. 5, 1996, p. 975 ss.; L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *DUE*, n. 3, 1996, p. 839 ss.

⁷ In argomento, si veda A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *DUE*, n. 3, 2009, p. 678 ss.

è integrata dal Protocollo (8), il quale prevede che l'adesione avvenga nel rispetto delle «caratteristiche specifiche» dell'Unione e del diritto UE⁸, mentre la dichiarazione relativa alla norma di cui all'art. 6, par. 2, TUE precisa che l'adesione «debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione»⁹. Così facendo, i redattori del Trattato di Lisbona sancivano il dovere dell'Unione di aderire alla Convenzione, attribuendole al contempo l'opportuna competenza¹⁰. Inoltre, essi si mostravano consapevoli delle sfide che l'adesione avrebbe comportato per l'ordinamento dell'Unione, anche alla luce di quella giurisprudenza della CGUE che aveva stabilito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di accordi volti a riconoscere la giurisdizione a tribunali o meccanismi arbitrali di origine internazionale¹¹, poiché in contrasto con l'autonomia del diritto UE¹². In effetti, il riferimento alla salvaguardia delle caratteristiche

⁸ Protocollo (8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione Europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si veda, a riguardo, P. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in *DUE*, n. 2, 2010, p. 231 ss.

⁹ Dichiarazione relativa all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea.

¹⁰ Sul versante della CEDU, invece, l'adesione è resa possibile dall'art. 59, par. 2, della Convenzione, come emendato dall'art. 17 del Protocollo (14), entrato in vigore nel 2010 (*Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, Council of Europe Treaty Series No. 194, disponibile su www.coe.int, ultimo accesso 10/01/2024).

¹¹ Il riferimento è, in particolare, a Corte giust. parere 14 dicembre 1991, 1/91; Corte giust. 30 maggio 2006, C-459/03, *MOX Plant*; parere 8 marzo 2011, 1/09. Per un commento in chiave critica di questa giurisprudenza, si veda B. DE WITTE, *A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union*, in M. CREMONA, A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford, 2014, p. 33 ss.

¹² Sul tema dell'autonomia del diritto UE, si veda C. ECKES, *The autonomy of the EU legal order*, in *Europe and the World: A law review*, vol. 4, n. 1, 2020, p. 1 ss.; L. S. ROSSI, *Autonomie Constitutionnelle de l'Union Européenne, Droits Fondamentaux et Méthodes d'Intégrations des Valeurs "Externes"*, in *La Charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen ?*, Paris, 2020, p. 53 ss.; N. N. SHUIBHNE, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 88, n. 1, 2019, p. 9 ss.; K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *DUE*, n. 4, 2018, p. 617 ss.; J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, p. 291 ss.; M. KLAMERT, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, in *ELR*, vol. 42, n. 6, 2017, p. 815 ss.; S. VEZZANI, *L'autonomia*

specifiche contenuto nel Protocollo (8) è chiara e di quelle pronunce¹³. Egualmente consci di un simile contesto, i negoziatori del progetto del 2013 avevano previsto una serie di meccanismi giuridici appositamente predisposti al fine di tutelare al meglio le caratteristiche specifiche del diritto UE. Tuttavia, tali accortezze si rivelarono inadeguate a superare il vaglio della Corte di giustizia. Nel parere 2/13, infatti, in seduta plenaria, la Corte ha bocciato senza appello l'accordo di adesione (discostandosi così dall'Avv. gen. Kokott¹⁴), riscontrando plurimi motivi di contrasto con l'autonomia e con le caratteristiche specifiche del diritto UE, anche con riguardo a quegli stessi meccanismi che erano stati inseriti nel progetto di accordo al fine di scongiurare tale rischio.

Il parere è stato oggetto di innumerevoli commenti da parte della dottrina¹⁵, alcuni dei quali piuttosto severi nei confronti della

dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia, in *RDI*, n. 1, 2016, p. 68 ss.; B. DE WITTE, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 65, 2010, p. 141 ss.; R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, 2004. Per una visione critica, si veda in particolare V. MORENO-LAX, K. S. ZIEGLER, *Autonomy of the EU legal order a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 227 ss.

¹³ Cfr. C. CONTARTESE, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: From the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again*, in *CMLR*, vol. 54, n. 6, 2017, p. 1627 ss.

¹⁴ Presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott 13 giugno 2013, procedura di parere 2/13.

¹⁵ Oltre agli Autori menzionati nelle note successive, si segnala S. VEZZANI, *op. cit.*, pp. 97-114; L. BESSELINK, M. CLAES, J. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *ECLR*, vol. 11, n. 1, 2015, p. 2 ss.; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *Opinion 2/13 on accession to the ECHR: defending the EU legal order against a foreign human rights court*, in *ELR*, vol. 40, n. 5, 2015, p. 683 ss.; V. DI COMITE, *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*, in *CI*, vol. 70, n. 2, 2015, p. 223 ss.; E. DUBOUT, *Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *CDE*, n. 1, 2015, p. 73 ss.; C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'UE alla CEDU*, in *Questione Giustizia*, 3 febbraio 2015, disponibile su www.questionegiustizia.it (ultimo accesso 15/09/2023); J. P. JACQUÉ, *Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice*, in *CDE*, n. 1, 2015, p. 19 ss.; I. PERNICE, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*, in *CDE*, n. 1, 2015, p. 47 ss.

pronuncia¹⁶. In particolare, è stato contestato alla Corte di aver mostrato un atteggiamento di eccessivo formalismo¹⁷, e di aver portato l'ordinamento UE ad assumere una posizione di chiusura¹⁸, se non addirittura di autarchia¹⁹, a discapito della possibilità di una maggior tutela dei diritti fondamentali²⁰. Tale atteggiamento, si è sostenuto, potrebbe essere visto come il riflesso di un'immaturità dell'ordinamento dell'Unione²¹, che la Corte non avrebbe ritenuto pronto a sottoporsi ad un controllo esterno quanto al rispetto dei diritti umani²². Inoltre, secondo voci autorevoli²³, l'esito di questa pronuncia avrebbe fatto trasparire un certo grado di sfiducia, da parte della Corte di giustizia, nei confronti della Corte EDU. Non mancano, tuttavia,

¹⁶ In difesa del parere, invece, si veda D. HALBERSTAM, *It's the Autonomy, Stupid: A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 105 ss.; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 147 ss.

¹⁷ *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *CMLR*, vol. 52, n. 1, 2015, p. 1 ss., spec. pp. 11-12.

¹⁸ *Inter alia*, N. LAZZERINI, "Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2015, p. 1 ss., spec. p. 25.

¹⁹ P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue: Autonomy or Autarky*, in *FILJ*, vol. 38, n. 4, 2015, p. 955 ss. Similmente, Vezzani parla di «atteggiamento isolazionista» da parte della Corte di giustizia, in S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 108.

²⁰ Secondo Peers, «[t]he underlying problem with the Court's analysis is its stress on protecting its view of the basic components of EU law, rather than the effective protection of human rights», in S. PEERS, *The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 213 ss., spec. p. 221.

²¹ Secondo Rossi, «l'adesione alla CEDU segnerebbe una "maturazione costituzionale", un segno di forza», in L. S. ROSSI, *Il parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra corti?*, in *SIDIBlog*, 22 dicembre 2014, disponibile su www.sidiblog.org (ultimo accesso 15/09/2023).

²² Alcuni hanno sostenuto che l'esito del parere sarebbe stato dettato dalla paura da parte della Corte di giustizia. Così E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *MJECL*, vol. 22, n. 1, 2015, p. 35 ss.

²³ J. P. JACQUE, *L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, in *European Area of Freedom Security & Justice*, 26 December 2014, disponibile su www.free-group.eu (ultimo accesso 15/09/2023).

autori che hanno ben evidenziato i rischi che l'adesione avrebbe comportato per l'autonomia del diritto UE²⁴.

In seguito al parere 2/13²⁵, il cammino verso l'adesione ha subito un brusco arresto e nessuno, in quel momento, era in grado di prevedere se e quando sarebbe potuto riprendere, visto che il parere poneva una soglia di compatibilità con i Trattati piuttosto difficile da raggiungere, specie tramite un accordo da negoziarsi con un elevato numero di Paesi non-UE. Al riguardo, più di un commentatore ha espresso la preoccupazione che il parere potesse (e possa tuttora) rappresentare un ostacolo insormontabile²⁶. Ed in effetti, il “dossier adesione” pareva esser stato archiviato, non essendosene più parlato per almeno cinque anni. Tale silenzio non ha tuttavia fatto venire meno la portata dell'art. 6, par. 2, TUE, che sancisce la volontà degli Stati membri che l'UE aderisca alla Convenzione, con ciò stabilendo quello che può essere

²⁴ C. ECKES, *International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?*, in *CLEER Papers*, n. 2, 2016, pp. 17-22.

²⁵ Sul rapporto tra diritto dell'Unione e CEDU, nell'attuale scenario *pre-adesione*, si veda J. CALLAWAERT, *Convention Control Over the Application of Union Law by National Judges: The Case for a Wholistic Approach to Fundamental Rights*, in *EP*, vol. 8, n. 1, 2023, p. 331 ss.; R. TINIÈRE, *The Use of ECtHR Case Law by the CJEU: Instrumentalisation or Quest for Autonomy and Legitimacy?*, in *EP*, vol. 8, n. 1, 2023, p. 323 ss.; L. POTVIN-SOLIS, *L'équilibre fragile des rapports entre le droit de l'Union et le système de la CEDH*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux Liber amicorum Jiří Malenovský*, Bruxelles, 2020, p. 381 ss.; L. S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti*, in *I Post di AISDUE*, n. 6, 2020, p. 41 ss.; C. AMALFITANO, *General Principles of EU law and the Protection of Fundamental Rights*, Cheltenham, 2018, pp. 46-93; T. VON DANWITZ, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union sur le fondement de l'Avis 2/13*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 1020 ss.

²⁶ *Inter alia*, *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR*, cit., p. 14. Secondo Cannizzaro, in particolare, una visione che porti l'autonomia del diritto UE alle sue estreme conseguenze, come sembra avvenire nel parere 2/13, costituisce un serio impedimento ai fini dell'adesione, tanto da rischiare di comprometterne del tutto la riuscita; si veda E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 623 ss., spec. p. 633.

considerato quantomeno come un obbligo di mezzi²⁷, se non (addirittura) di risultato²⁸.

Ciò forse spiega perché, il 31 ottobre 2019, una lettera di Presidente e Vicepresidente della Commissione inviata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa ha rotto il silenzio che era calato sull'adesione. La lettera comunicava, in particolare, la volontà dell'UE di riprendere i negoziati. Poco dopo l'invio della missiva, veniva ri-costituito il gruppo "46+1" ("47+1", prima dell'uscita della Russia dal Consiglio d'Europa) in seno al *Comité directeur pour les droits de l'homme* (CDDH), già occupatosi del precedente negoziato di adesione.

Lato UE, i negoziati sono stati condotti dalla Commissione, sulla base del mandato del 2010²⁹. Nel giugno 2020, hanno preso il via i lavori che, in seguito al tredicesimo incontro del gruppo (il diciottesimo in totale, contando i cinque che avevano portato al testo del 2013), hanno consegnato al CDDH la nuova versione degli strumenti componenti il pacchetto di adesione. Nell'aprile 2023, in un incontro *ad hoc*, il CDDH ha adottato tali strumenti e li ha sottoposti al Comitato dei Ministri, per informazione³⁰. Questo, a sua volta, ha accolto i risultati del lavoro del gruppo "46+1", così come hanno fatto i capi di Stato o di Governo del Consiglio d'Europa al summit di Reykjavík³¹, svoltosi a maggio 2023.

²⁷ C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 48; A. LAZOWSKI, R. A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 179 ss., spec. p. 183.

²⁸ J. CALLEWAERT, *Do we still need Article 6(2) TEU? Considerations on the absence of EU accession to the ECHR and its consequences*, in *CMLR*, vol. 55, n. 6, 2018, p. 1685 ss., spec. p. 1716; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *op. cit.*, p. 693.

²⁹ Consiglio dell'Unione europea, *Decisione del Consiglio che autorizza la Commissione a negoziare l'accordo di adesione dell'Unione europea alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Bruxelles, 10 giugno 2015, ST 10817/10 DCL 1. Le nuove direttive del Consiglio sono attualmente classificate (Consiglio dell'Unione europea, *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR): supplementary negotiating directives – Adoption*, Brussels, 15 October 2019, ST 12585 2019 EXT 1).

³⁰ CDDH, *Interim Report to the Committee of Ministers, for information, on the negotiations on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 4 April 2023, CDDH(2023)R_EXTRA ADDENDUM.

³¹ Consiglio d'Europa, *4th Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe (Reykjavik, Iceland, 16-17 May 2023)*, 12 May 2023, CM(2023)57-final.

Nonostante la chiusura dei lavori da parte del gruppo, il nuovo progetto di accordo, come già anticipato, non copre tutti gli aspetti problematici emersi dal parere 2/13. Come si vedrà meglio nei paragrafi 5 e 6, rimane insoluta la questione attinente alla PESC, che l'UE dovrà affrontare in sede interna. Dunque, una proposta dell'Unione sul punto rappresenta la prossima tappa del processo di adesione. Da un lato, infatti, soltanto una volta chiarito definitivamente questo aspetto si procederà (verosimilmente) a richiedere un nuovo parere della CGUE. Dall'altro, tale proposta è attesa anche dagli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa, i quali si riservano di valutarla prima di esprimere il proprio consenso sull'accordo nella sua interezza³². Le tempistiche entro cui l'UE intende muoversi non sono chiare. Intervenuto al summit di Reykjavík, il Presidente del Consiglio europeo Michel si è detto ottimista quanto ad una rapida soluzione delle questioni rimanenti³³. D'altro canto, il tema della giurisdizione della CGUE in materia di PESC non è certo di immediata soluzione. Inoltre, mentre si scrive, è pendente davanti alla Corte di giustizia una causa che potrebbe modificare lo *status quo* in materia³⁴. Di essa si darà conto a seguire, nel paragrafo 5.

Solo una volta che si sarà sciolto il nodo PESC, si potrà procedere a sottoporre il progetto di accordo allo scrutinio della Corte di giustizia, *ex art. 218, par. 11, TFUE*. Qualora poi arrivasse il via libera dai giudici di Lussemburgo, potrebbe finalmente aprirsi la fase di perfezionamento dell'accordo. Quest'ultimo, lo si ricorda, dovrà essere ratificato da tutti i Paesi parte della CEDU, inclusi gli Stati membri dell'Unione, e dovrà essere concluso da quest'ultima secondo la procedura appositamente prevista dall'*art. 218 TFUE*³⁵.

³² CDDH, *Meeting Report / Rapport de réunion Extraordinary meeting / Réunion extraordinaire, Appendix II / Annexe II*, 04 April 2023, p. 10.

³³ Consiglio europeo, comunicato stampa del 17 maggio 2023, *Speech by President Charles Michel at the Council of Europe Summit in Reykjavik*, disponibile su www.consilium.europa.eu/ (ultimo accesso 15/09/2023).

³⁴ C-29/22 P, *KS e KD/Consiglio e a.*

³⁵ A tal fine, si renderà necessaria l'approvazione del Parlamento europeo, *ex art. 218, par. 6, lett. a), sub-lett. ii), TFUE*, e l'unanimità del Consiglio, *ex art. 218, par. 8, TFUE*. Cfr. A. GIANELLI, *op. cit.*, pp. 695-697.

3. Le soluzioni approntate dal nuovo progetto di accordo

Il nuovo progetto di accordo di adesione prende le mosse da quello del 2013³⁶, di cui sono stati mantenuti tutti gli elementi non interessati dalle censure della Corte di giustizia. Il gruppo “46+1” si è limitato ad intervenire in maniera chirurgica sugli aspetti problematici emersi dal parere 2/13 (questo era anche il mandato della Commissione come negoziatrice³⁷), cercando di sanare le criticità riscontrate dalla Corte di giustizia in quell’occasione. A tal fine, il lavoro è stato organizzato in quattro “basket”³⁸, in cui sono stati suddivisi i principali punti da affrontare durante i negoziati. Il “Basket 1”, in particolare, concerne i meccanismi *ad hoc* di cui l’Unione necessita, ai fini della salvaguardia delle caratteristiche specifiche del suo ordinamento, nell’ambito delle procedure davanti alla Corte EDU. Il “Basket 2” riguarda il tema delle controversie tra Stati membri e tra questi e l’UE, ed il tema del funzionamento del Protocollo (16) della CEDU per gli Stati membri dell’Unione. Il “Basket 3” ha per oggetto la tutela del funzionamento del principio di reciproca fiducia. Il “Basket 4”, infine, avrebbe dovuto essere dedicato alla già menzionata questione attinente alla PESC, lasciata in realtà in sospeso. Al di fuori dei quattro “basket”, si trova poi un altro punto affrontato dal nuovo progetto, rientrando anch’esso tra le questioni emerse nel parere 2/13. Si tratta del tema relativo al rapporto tra l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali (la Carta) e l’art. 53 CEDU, su cui si tornerà a breve³⁹.

In questo paragrafo, ci si sofferma sugli aspetti innovativi del progetto di accordo che – si ritiene – sono idonei a superare le criticità della versione del 2013, o che, quantomeno, permetterebbero di superarle a seguito di interventi minori. Ci si riferisce, in particolare, a quanto previsto in relazione al “Basket 1”, al “Basket 2”, ed al tema del

³⁶ *Supra*, nota 5.

³⁷ Commissione europea, *Position paper for the negotiations on the European Union’s accession to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Strasbourg, 5 March 2020, 47+1(2020)01.

³⁸ Gruppo “47+1”, *Paper by the Chair to structure the discussion at the sixth meeting of the CDDH ad hoc negotiation group (“47+1”) on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 31 August 2020, 47+1(2020)2.

³⁹ *Infra*, in questo paragrafo.

rapporto tra gli artt. 53 CEDU e 53 della Carta. Verranno analizzati separatamente, invece, i profili che costituiscono le principali lacune caratterizzanti l'attuale tentativo di adesione⁴⁰.

Venendo ora ad un esame più approfondito delle soluzioni efficacemente approntate dal progetto, il “Basket 1” tratta, specificamente, del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento. Questi consistono in quei meccanismi, sopra richiamati, che erano stati ideati in occasione del precedente tentativo di adesione⁴¹, al fine di evitare che la sottoposizione dell'Unione alla giurisdizione della Corte EDU potesse avere un impatto negativo sulle caratteristiche specifiche dell'ordinamento dell'Unione e, di conseguenza, sull'autonomia di quest'ultimo. Si tratta delle caratteristiche attinenti, rispettivamente, alla ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri ed al monopolio della CGUE sull'interpretazione definitiva del diritto UE⁴². Nel parere 2/13, la Corte di giustizia ritenne entrambi i meccanismi inadeguati rispetto al loro scopo, alla luce di alcune imperfezioni riscontrate nella loro progettazione. In breve, il primo meccanismo permette all'UE ed agli Stati membri di intervenire come convenuti nei procedimenti avverso l'una o gli altri, laddove la presunta violazione della CEDU derivi da un atto adottato dalla prima ed implementato dai secondi, oppure adottato e/o implementato dalla prima in ossequio ai Trattati (ed ai protocolli), di cui i secondi sono i “Signori”. Questa possibile situazione è dovuta alle specificità del sistema giuridico sovranazionale e, pertanto, richiede di prendere in considerazione il diritto UE, specialmente l'attribuzione delle competenze quanto all'atto

⁴⁰ Bisogna comunque osservare che il gruppo di lavoro si è detto complessivamente soddisfatto delle soluzioni trovate; si veda Gruppo “47+1”, *Report to the CDDH*, Strasbourg, 30 March 2023, 46+1(2023)35FINAL.

⁴¹ Art. 3 del progetto del 2013.

⁴² Sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia già richiamata (*supra*, nota 11), tali aspetti sono riconducibili all'autonomia del diritto UE. Più nello specifico, utilizzando la classificazione proposta da Vajda, la tutela del sistema delle competenze e del principio di attribuzione, nei confronti di influenze provenienti dall'esterno dell'ordinamento dell'Unione, attiene a quella che può essere definita come autonomia istituzionale. La salvaguardia del monopolio della CGUE quanto all'interpretazione definitiva del diritto UE, invece, rientra nell'autonomia giurisdizionale. In proposito, si veda C. VAJDA, *Achmea and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *LAWTTIP Working Papers*, n. 1, 2019, www.lawttip.eu (ultimo accesso 15/09/2023), pp. 10-11.

in esame. La versione del meccanismo prevista dal progetto del 2013, però, lasciava alla Corte EDU il potere di esprimersi sulla plausibilità della richiesta di intervenire da parte dell'UE o degli Stati membri. Secondo la Corte di giustizia, un simile margine di apprezzamento da parte della Corte EDU era incompatibile con l'autonomia del diritto UE⁴³. Inoltre, per lo stesso motivo, incompatibile era anche la clausola che permetteva alla Corte EDU di stabilire, in ultima battuta, che solo un soggetto tra UE e Stati membri rispondeva della violazione, in deroga al meccanismo del convenuto aggiunto⁴⁴. Muovendo da queste premesse, il nuovo progetto elimina il potere discrezionale in materia che residuava in capo alla Corte EDU e lo riserva interamente all'UE⁴⁵,

⁴³ Parere 2/13, sopra citato, punti 218-225.

⁴⁴ *Ibidem*, punti 229-234. Si tratta della clausola di cui all'art. 3, par. 7 del progetto del 2013.

⁴⁵ Art. 3, par. 5, del progetto di accordo, letto alla luce dei parr. 61-62 e 66 del rapporto esplicativo. In questo, come negli altri casi in cui il progetto di accordo permette all'Unione di valutare da sé il ricorrere delle circostanze tali da attivare i meccanismi appositamente previsti per non incidere sull'autonomia del diritto UE (si veda *infra*, in questo paragrafo), le clausole negoziate non precisano quali siano le istituzioni dell'Unione a cui spetti di esprimersi a riguardo, né tantomeno le procedure interne. Sta al diritto interno dell'Unione stabilire a chi affidare tali competenze. Pertanto, ci si può aspettare che, in seguito ad un eventuale parere positivo sul nuovo progetto da parte della Corte di giustizia, l'Unione predisporrà nuove procedure atte al funzionamento in concreto dei meccanismi contenuti dall'accordo di adesione. In tal senso, è possibile immaginare che la competenza sarà affidata alla Commissione, magari in consultazione con gli Stati membri ove necessario, sotto il controllo *ex post* da parte della CGUE, oppure direttamente alla CGUE, laddove sia richiesto un atto di interpretazione del diritto UE o un esame della giurisprudenza della CGUE stessa. *Mutatis mutandis*, ciò è quanto accade, per esempio, nell'ambito delle procedure di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato previste da alcuni accordi commerciali di recente conclusione, come l'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra. Quest'ultimo, infatti, rimanda la determinazione del convenuto tra UE e Stati membri all'Unione stessa (art. 8, par. 21, del CETA), la quale procederà – internamente – tramite il meccanismo di cui al regolamento (UE) n. 912/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la gestione della responsabilità finanziaria connessa ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l'Unione europea è parte. In argomento, si veda B. CAPIELLO, *Il Regolamento europeo n. 912/2014 e la ripartizione della responsabilità tra Unione Europea e Stati membri nel caso di violazione di accordi internazionali di investimento*, in *DUE*, n. 1, 2016, p. 71 ss. Per un approfondimento di questa prassi, definita di “proceduralisation” e di “internalisation”, si rimanda a C. CONTARTESE, L. PANTALEO, *Division of Competences, EU Autonomy and the Determination of the Respondent Party: Proceduralisation as a Possible Way-Out?*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.),

a cui sola spetta di decidere sul verificarsi delle condizioni per l'attivazione del meccanismo. Quanto alla deroga summenzionata, questa è stata espunta e non compare nel nuovo progetto.

Per ciò che concerne il meccanismo del previo coinvolgimento, questo dispone che la CGUE possa esprimersi preliminarmente sulla compatibilità del diritto UE con i diritti fondamentali, nei casi in cui l'Unione sia convenuta aggiunta, ed una simile questione arrivasse alla Corte EDU senza essere prima passata da Lussemburgo (nel corso della causa di specie o in precedenza). Nel parere 2/13, tale meccanismo era stato considerato incompatibile con i Trattati perché lasciava alla Corte EDU il potere di verificare se la CGUE si fosse già espressa o meno in materia⁴⁶. In aggiunta, quel progetto non conteneva alcuno strumento idoneo ad informare sistematicamente l'Unione delle cause potenzialmente rilevanti al fine dell'attivazione del meccanismo. Ciò pregiudicava l'effettività del meccanismo stesso⁴⁷. Come per il meccanismo del convenuto aggiunto, la versione attuale del progetto di accordo prevede che ad esprimersi sul punto sia l'Unione stessa⁴⁸. Inoltre, il progetto introduce quell'obbligo di informazione sistematico che mancava, al fine di permettere l'esercizio di questa prerogativa attribuita all'UE⁴⁹. In terzo luogo, il meccanismo del 2013 era imperfetto poiché non ne veniva prevista l'attivazione con riguardo alle questioni di interpretazione del diritto derivato⁵⁰. In risposta a ciò, la nuova versione del progetto estende la portata del meccanismo anche a questa ulteriore fattispecie, colmando la lacuna del precedente⁵¹. In definitiva, dunque, i due meccanismi in esame sono stati mantenuti, ed il nuovo testo sembra aver posto efficacemente rimedio ai difetti che li caratterizzavano.

Constitutional Issues of EU External Relations Law, Baden-Baden, 2018, p. 409 ss., spec. pp. 420-444; P. T. STEGMANN, *Responsibility of the EU and the Member States under EU International Investment Protection Agreements*, Cham, 2019, pp. 139-163.

⁴⁶ Parere 2/13, sopra citato, punti 238-240.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 241.

⁴⁸ Art. 3, par. 7, del progetto di accordo, letto alla luce del par. 76 del rapporto esplicativo.

⁴⁹ Art. 3, parr. 2 e 3 del progetto di accordo, letto alla luce del par. 68 del rapporto esplicativo.

⁵⁰ Parere 2/13, sopra citato, punti 242-247.

⁵¹ Art. 3 del progetto di accordo, letto alla luce del par. 77 del rapporto esplicativo.

Il “Basket 2” raggruppa due problemi distinti, sopra anticipati. Seguendo l’ordine con cui vengono affrontati nel progetto, il primo che si incontra è quello attinente al tema delle controversie c.d. “*intra-UE*”, ossia quelle controversie, aventi ad oggetto il rispetto della CEDU, che potrebbero sorgere in seguito all’adesione tra UE e Stati membri, oppure tra due (o più) Stati membri. Entrando più nel dettaglio, il parere 2/13 aveva constatato l’esistenza di un contrasto tra l’art. 33 CEDU e l’art. 344 TFUE⁵². La prima delle due disposizioni, lo si ricorda, permette e disciplina le controversie tra le Parti della Convenzione, sottoponibili alla Corte EDU. La seconda, che è informata dal principio di autonomia del diritto UE e da quello di leale cooperazione⁵³, vieta agli Stati membri dell’Unione di sottoporre alla giurisdizione di un giudice esterno questioni di diritto UE⁵⁴. Ciò, infatti, rientra nelle competenze esclusive della Corte di giustizia⁵⁵. In virtù di ciò, una volta avvenuta l’adesione, non sarebbe consentito agli Stati membri di portare una controversia riguardante la CEDU davanti alla Corte EDU. La Convenzione, infatti, entrerebbe a fare parte del diritto UE e, di conseguenza, tali controversie ricadrebbero nella sfera di applicazione dell’art. 344 TFUE. Da qui il contrasto tra quest’ultimo e l’art. 33 CEDU. Il progetto del 2013 era stato censurato sul punto dai giudici di Lussemburgo, visto che non disponeva di rimedi per evitare il rischio di una simile evenienza. La versione attuale⁵⁶, invece, preclude l’applicazione dell’art. 33 CEDU nei rapporti tra UE e Stati membri ed in quelli tra questi ultimi, prevenendo efficacemente il conflitto tra le norme previste nei due articoli. In aggiunta, il progetto prevede che sia l’Unione a stabilire quando la controversia abbia per oggetto una

⁵² Parere 2/13, sopra citato, punti 204-212.

⁵³ *Ibidem*, punti 201 e 202.

⁵⁴ Per un approfondimento sulla rilevanza attribuita a tale norma nella giurisprudenza della CGUE in tema di autonomia dell’ordinamento, si veda P. IANNUCELLI, *La Corte di giustizia e l’autonomia del sistema giurisdizionale dell’Unione europea: quousque tandem?*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 281 ss. In argomento, si veda anche S.Ø. JOHANSEN, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 169 ss.

⁵⁵ *MOX Plant*, sopra citata, punto 123; Corte giust. parere 16 giugno 2022, 1/20, punto 47.

⁵⁶ Art. 4, par. 3, del progetto di accordo, letto alla luce dei parr. 82 e 83 del rapporto esplicativo.

questione di diritto UE ai sensi dell'art. 344 TFUE⁵⁷. In tal modo, viene riservata all'Unione una prerogativa simile a quelle osservate con riguardo ai meccanismi del convenuto aggiunto e del previo coinvolgimento, volta ad evitare la circostanza che la Corte EDU si esprima su di un punto di diritto UE, compromettendone con ciò l'autonomia.

Il secondo tema riconducibile al "Basket 2" riguarda il funzionamento del Protocollo (16) della CEDU (attualmente ratificato da undici Stati membri⁵⁸), che permette alle «più alte giurisdizioni» dei Paesi membri della Convenzione di richiedere un parere consultivo alla Corte EDU sull'interpretazione o sull'applicazione della CEDU. Secondo il parere 2/13⁵⁹, il ricorso a tale strumento da parte degli Stati UE avrebbe potuto recare pregiudizio al funzionamento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, di fatto permettendo ai giudici nazionali di aggirarlo e di rivolgersi alla Corte EDU invece che alla Corte di giustizia. Per evitare tale evenienza, il nuovo progetto prevede che nessun giudice nazionale possa considerarsi come una delle «più alte giurisdizioni» legittimate a presentare un parere consultivo alla Corte EDU ai sensi del Protocollo (16), qualora la questione rientri nell'ambito di applicazione del diritto UE⁶⁰.

Si tratta di una soluzione semplice e, apparentemente, efficace. Tuttavia, ad un più attento sguardo, essa presenta un possibile punto critico. Contrariamente a quanto visto per le altre innovazioni presenti nel progetto finora esaminate, in questo caso manca una previsione che assegni in via esclusiva all'Unione il potere di stabilire se ricorrano o meno i requisiti per l'applicazione della clausola in esame. Una simile valutazione, invero, dipende da considerazioni di diritto UE e, quindi, non può essere appannaggio di soggetti estranei all'ordinamento dell'Unione, a pena di pregiudicare l'autonomia di quest'ultimo.

⁵⁷ Art. 4, par. 4, del progetto di accordo, letto alla luce del par. 84 del rapporto esplicativo.

⁵⁸ La lista dei Paesi che hanno ratificato il Protocollo (16) è disponibile su www.coe.int/ (ultimo accesso 15/09/2023).

⁵⁹ Parere 2/13, sopra citato, punti 196-199.

⁶⁰ Art. 5 del progetto di accordo, letto alla luce del par. 86 del rapporto esplicativo.

Emerge, dunque, una prima possibile lacuna del progetto di accordo⁶¹, rispetto alla quale la Corte di giustizia potrebbe riscontrare un motivo di incompatibilità con i Trattati. La giurisprudenza della CGUE, infatti, si è sempre mostrata particolarmente sensibile alla salvaguardia del meccanismo del rinvio pregiudiziale da eventuali minacce esterne⁶². Effettivamente, una simile preoccupazione sembra essere emersa durante i negoziati, come risulta dal report del tredicesimo incontro del gruppo⁶³, ma la questione non ha trovato ulteriore trattazione nel seguito dei lavori. D'altra parte, in quello stesso incontro, era stato proposto che, al posto di inserire un'apposita previsione nell'accordo, il problema venisse risolto per mezzo di una dichiarazione degli Stati membri che hanno ratificato il protocollo, i quali si impegnassero a farvi ricorso nel rispetto dei loro obblighi di diritto UE⁶⁴. Una simile soluzione potrebbe essere approntata anche a margine della conclusione

⁶¹ Così anche. T. LOCK, *Op-Ed*, cit.; M. SMOLEK, *How to conquer Troy? addressing the Court of justice's concerns on adverse effect in opinion 2/13*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 355 ss., pp. 361-362.

⁶² Esemplari, in questo senso, sono il già citato parere 1/09 (*supra*, nota 11) e Corte giust. 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*. Per un commento al parere 1/09, si rimanda a J. ALBERTI, *Il parere della Corte di giustizia sul Tribunale dei brevetti europeo e comunitario*, in *DUE*, n. 2, 2012, p. 367 ss.; R. BARATTA, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 23, n. 4, 2011, p. 297 ss.; T. LOCK, *Taking National Courts More Seriously? Comment on Opinion 1/09*, in *ELR*, vol. 36, n. 4, 2011, p. 576 ss. Quanto ad *Achmea*, si veda A. BIONDI, G. SANGIUOLO, *Three years after Achmea: What is said, what is unsaid, and what could follow*, in A. BIONDI, G. SANGIUOLO (eds.), *The EU and the Rule of Law in International Economic Relations. An Agenda for Enhanced Dialogue*, Cheltenham, 2021, p. 14 ss.; M. ANDENAS, C. CONTARTESE, *EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea*, in *CMLR*, vol. 56, n. 1, 2019, p. 157 ss.; C. CANDELMO, *La sentenza Achmea, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli intra-EU BITs*, in *SIE*, n. 2, 2019, p. 447 ss.; C. CELLERINO, *More on the constitutional dimension of the Achmea ruling and... "less" on its impact on the ICS*, in *The European Legal Forum*, n. 4, 2019, p. 1 ss.; S. HINDELANG, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *ELR*, vol. 44, n. 3, 2019, p. 383 ss.; L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *RDI*, n. 3, 2018, p. 896 ss.; L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *DCI*, n. 3, 2018, p. 337 ss.

⁶³ Gruppo "46+1", *13th meeting of the CDDH ad hoc negotiation group ("46+1") on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights Meeting Report*, Strasbourg, 13 May 2022, 46+1(2022)R13, par. 24.

⁶⁴ *Ibidem*.

dell'accordo. Tuttavia, bisogna notare che, nel parere 2/13, la Corte di giustizia aveva ignorato la possibilità di ricorrere a siffatte dichiarazioni come strumento idoneo a sanare talune incompatibilità allora rilevate, contrariamente a quanto suggeriva invece l'Avv. gen. (in particolare con riguardo al contrasto con l'art. 344 TFUE)⁶⁵. Si tratterà quindi di verificare se, in caso di nuovo parere, la Corte manterrà lo stesso atteggiamento tenuto in precedenza o se, invece, sarà più morbida. Nel caso in cui un futuro parere della Corte rilevasse l'esistenza di questa problematica, si ritiene che la soluzione migliore sarebbe quella di modificare l'accordo, inserendo un'apposita clausola che lasci all'UE la valutazione quanto ai requisiti dell'attivazione della disposizione in esame. Adottata una simile modifica, il punto non dovrebbe presentare ulteriori difficoltà ai fini dell'adesione.

Non presenta, invece, particolari questioni la soluzione individuata con riguardo al rapporto tra gli artt. 53 CEDU e 53 della Carta. Come noto, entrambe le disposizioni sono volte a permettere agli Stati di applicare uno standard nazionale di protezione dei diritti più elevato rispetto a quello dei due rispettivi strumenti. Nel parere 2/13 era stata rinvenuta l'esistenza di un potenziale conflitto tra i due articoli⁶⁶, poiché l'applicazione del primo avrebbe permesso agli Stati membri di mettere in discussione i limiti posti dalla giurisprudenza della CGUE all'applicazione del secondo. La preoccupazione della Corte era, in particolare, quella di preservare il funzionamento della c.d. dottrina *Melloni*⁶⁷. Questa, lo si ricorda, riguarda le situazioni "coperte" da una disciplina totalmente armonizzata al livello del diritto sovranazionale, la quale provveda anche a definire un dato standard di protezione dei diritti fondamentali nel proprio ambito di applicazione, senza margini di discrezionalità per gli Stati membri. In questi casi, in ossequio a *Melloni*, una deroga *in melius* a livello nazionale non è permessa,

⁶⁵ Presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott, cit., par. 120.

⁶⁶ Parere 2/13, sopra citato, punti 187-189.

⁶⁷ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*. Per un commento, si veda A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *ECLR*, vol. 10, n. 2, 2014, p. 308 ss.; N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *CMLR*, vol. 50, n. 4, 2013, p. 1083 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2013, p. 1 ss.

perché pregiudicherebbe «il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»⁶⁸. A tal riguardo, il nuovo progetto specifica che l'art. 53 CEDU non preclude alle Parti di applicare un livello comune di protezione dei diritti umani, purché questo non sia inferiore a quello stabilito dalla Convenzione⁶⁹. In questo modo, viene fugata la possibilità che uno Stato membro possa appellarsi all'art. 53 CEDU per contravvenire a *Melloni*. Anche su questo punto, quindi, il nuovo progetto dovrebbe essere pronto a superare il vaglio della Corte di giustizia.

4. Una questione di fiducia

Si è detto che il “Basket 3” viene dedicato interamente al problema inerente al principio di reciproca fiducia⁷⁰. Tra le questioni che vengono affrontate dal progetto di accordo, questa rappresenta probabilmente lo scoglio più rilevante ai fini dell'adesione⁷¹.

Nel parere 2/13, la Corte aveva constatato l'esistenza del rischio che la partecipazione dell'Unione alla Convenzione compromettesse la fiducia reciproca tra gli Stati membri, nella misura in cui gli obblighi derivanti dalla CEDU avrebbero imposto loro di verificare il rispetto

⁶⁸ *Melloni*, cit., punto 60.

⁶⁹ Art. 1, par. 9, del progetto di accordo.

⁷⁰ In dottrina, si veda C. RIZCALLAH, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, Bruxelles, 2022; C. SÁENZ PÉREZ, *Mutual trust as a driver of integration: which way forward?*, in K. S. ZIEGLER, P. J. NEUVONEN, V. MORENO-LAX (eds.), *op. cit.*, p. 530 ss.; E. DUBOUT, *L'équilibre fragile des rapports entre le droit de l'Union et le système de la CEDH*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 647 ss.; H. LABAYLE, *Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle?*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 472 ss.; P. MORI, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les États membres: un principe essentiel de l'Union européenne*, *ibidem*, p. 651 ss.; E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 231 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *FSJ*, n. 2, 2017, p. 26 ss.; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss.

⁷¹ Sul tema, si veda anche E. DI FRANCO, M. CORREIA DE CARVALHO, *Mutual Trust and EU Accession to the ECHR: Are We Over the Opinion 2/13 Hurdle?*, in *EP*, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1221 ss.

dei diritti fondamentali da parte di altri Stati membri⁷². La questione era (ed è) molto sensibile per l'ordinamento dell'Unione. Come spiega la Corte, infatti, la reciproca fiducia rappresenta un principio di rilievo costituzionale fondamentale per l'esistenza di uno spazio privo di frontiere interne⁷³. Su di esso si basa il principio di mutuo riconoscimento⁷⁴, sotteso al funzionamento degli strumenti di cooperazione operanti in settori importanti dell'ordinamento dell'Unione, quale quello dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷⁵. Ma c'è di più. Il principio di reciproca fiducia è riconducibile al cuore stesso del quadro costituzionale dell'Unione europea⁷⁶. Come più volte ribadito dalla Corte⁷⁷, infatti, quest'ultimo si basa sul presupposto della condivisione dei valori fondanti da parte di tutti gli Stati membri. Valori che, a loro volta, «definiscono l'identità [...] dell'Unione quale ordinamento giuridico comune»⁷⁸. Inoltre, come argomenta Lenaerts, il principio è da considerarsi strettamente legato al principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati, di cui all'art. 4, par. 2, TUE⁷⁹. In quest'ottica, la reciproca fiducia è strettamente legata al concetto di *membership* dell'UE, in quanto espressione di un

⁷² Parere 2/13, sopra citato, punto 194.

⁷³ *Ibidem*, punto 191.

⁷⁴ Questo principio non è concettualmente sovrapponibile a quello di reciproca fiducia. Per un'efficace definizione dei diversi significati dei due principi in questione, si veda E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 28-32.

⁷⁵ In argomento C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust and the protection of fundamental rights in the Area of Freedom, Security and Justice: A critical look at the Court of Justice's stone-by-stone approach*, in *MJECL*, vol. 30, n. 3, 2023, p. 255 ss.; A. MIGLIONICO, F. MAIANI, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, vol. 57, n. 1, 2020, p. 7 ss.; J. ÖBERG, *Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure*, in *ECLR*, vol. 16, n. 1, 2020, p. 33 ss.; K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 525 ss. Per una panoramica degli ambiti in cui trovano applicazione la reciproca fiducia ed il reciproco riconoscimento, si rimanda a E. REGAN, *op. cit.*, pp. 235-243.

⁷⁶ Secondo Rizcallah si tratterebbe di un principio avente carattere strutturale all'interno dell'ordinamento dell'Unione, in C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust*, cit., p. 259. Sul valore della reciproca fiducia come principio e come "caratteristica essenziale" dell'ordinamento, si veda anche E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁷⁷ Parere 2/13, sopra citato, punto 168; *Achmea*, sopra citata, punto 34.

⁷⁸ Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 127.

⁷⁹ K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit., pp. 807-809.

mutamento di tipo qualitativo che si verifica nelle relazioni tra gli Stati membri, proprio in virtù del loro *status* di membro dell'Unione⁸⁰. Sulla base di simili premesse, quindi, si capisce perché un'interferenza esterna con un siffatto principio sia suscettibile di «compromettere l'equilibrio sul quale l'Unione si fonda, nonché la sua autonomia»⁸¹.

Il progetto di accordo del 2013 non prevedeva alcun accorgimento al riguardo, e (anche) per questo è stato bocciato dalla Corte di giustizia. Il nuovo progetto tenta invece di rimediare. Esso, infatti, dispone che l'adesione non deve recare pregiudizio («shall not affect») all'applicazione del principio di reciproca fiducia e che, al contempo, la protezione dei diritti umani deve essere assicurata⁸². Sulla carta, la clausola suona come un compromesso tra le due esigenze. Inoltre, sembra rispecchiare la giurisprudenza delle due Corti, quella di Strasburgo e quella di Lussemburgo, successiva al parere 2/13. Nel rapporto esplicativo, infatti, si fa specifica menzione della rilevanza che il principio riveste per l'ordinamento dell'Unione e si dà una sintetica definizione del suo contenuto⁸³. In ciò, i negoziatori si rifanno sia alla Corte di giustizia, sia alle posizioni espresse dalla Corte EDU.

In *Avotiņš*, quest'ultima ha riconosciuto l'importanza della reciproca fiducia tra gli Stati membri, definendola «wholly legitimate in principle from the standpoint of the Convention»⁸⁴. D'altro canto, la Corte EDU ha anche affermato la necessità, ai sensi della CEDU, che

⁸⁰ S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 92. Il principio di reciproca fiducia si inserisce nel contesto più ampio dei rapporti tra Stati membri in quanto membri, e si lega al concetto di “*mutual membership*”. Per una definizione di quest'ultimo, si rimanda a F. CASOLARI, *Equality of States and Mutual Membership in European Union Law: Contemporary Reflections*, in D. AMOROSO ET AL. (eds.), *More equal than others?: perspectives on the principle of equality from International and EU Law*, The Hague, 2022, p. 39 ss., spec. p. 41. Per una lettura in chiave critica della relazione tra *membership* e reciproca fiducia, si veda *Editorial Comments: Union membership in times of crisis*, in *CMLR*, volume 51, n. 1, 2014, p. 1., spec. pp. 9-11.

⁸¹ Parere 2/13, sopra citato, punto 194.

⁸² Art. 6 del progetto di accordo.

⁸³ Rapporto esplicativo, parr. 87 e 88.

⁸⁴ Corte EDU 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotiņš c. Lettonia*, punto 113. Per un commento, si veda P. GRAGL, *An Olive Branch from Strasbourg? Interpreting the European Court of Human Rights' Resurrection of Bosphorus and Reaction to Opinion 2/13 in the Avotiņš Case ECtHR 23 May 2016, Case No. 17502/07, Avotiņš v Latvia*, in *ECLR*, vol. 13, n. 3, 2017, p. 551 ss.; G. BIAGIONI, *Avotiņš v Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, in *EP*, vol. 1, n. 2, 2016, p. 579 ss.

l'applicazione del principio non porti ad una violazione dei diritti fondamentali⁸⁵. In tal senso, essa non può operare in maniera meccanica o automatica. Secondo questa giurisprudenza, dunque, la Convenzione permette agli Stati membri dell'Unione di attenersi al principio di reciproca fiducia nei rapporti tra di loro, a meno che la protezione dei diritti umani risulti manifestamente deficitaria⁸⁶.

Da parte sua, la CGUE ha avuto modo di chiarire che la fiducia reciproca non debba intendersi come fiducia "cieca" ed assoluta, ma come regola che ammetta eccezioni al fine di tutelare i diritti fondamentali⁸⁷. Ciò era emerso già in *N.S. e a.*⁸⁸ ed è stato poi teorizzato sia nello stesso parere 2/13⁸⁹, sia nella giurisprudenza di settore, a partire dalla nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁹⁰, in materia di mandato di arresto europeo (MAE)⁹¹. La reciproca fiducia, dunque, non

⁸⁵ *Avotiņš*, cit., punto 114.

⁸⁶ *Ibidem*, punto 116.

⁸⁷ Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 20 dicembre 2017, C-571/17 PPU, *Openbaar Ministerie*, par. 74. Cfr. K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit.; G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldăraru*, in *CMLR*, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1675 ss.

⁸⁸ Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10. In argomento, si veda C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *RDI*, n. 3, 2015, p. 701 ss.; G. MORGESE, *Regolamento di Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri: la pronuncia della Corte nel caso «NS e altri»*, in *SIE*, n. 7, 2012, p. 147 ss.

⁸⁹ Parere 2/13, sopra citato, p. 191.

⁹⁰ Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, punto 78. In dottrina, si veda G. ANAGNOSTARAS, *op. cit.*; G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2016, p. 1 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza "Aranyosi e Caldăraru"*, in *DUDI*, n. 2, 2016, p. 445 ss.

⁹¹ Il MAE costituisce un ottimo ambito per indagare il rapporto tra reciproca fiducia e diritti fondamentali. Come scrive Rossi, infatti, «[i]l mandato d'arresto europeo costituisce, al momento, la forma forse più significativa della mutua fiducia fra gli Stati membri», in L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2021, p. 1 ss.. Come noto, la protezione dei diritti fondamentali come motivo di sospensione dell'esecuzione del MAE passa, in particolare, attraverso l'interpretazione data dalla Corte dell'art. 1, par. 3, della decisione quadro GAI 2002/584 del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Sull'applicazione del principio di reciproca fiducia nell'ambito del MAE e sul tema

esclude di *default* la protezione dei diritti fondamentali. Al contrario, le due istanze sono considerate compatibili, almeno in linea di principio. Inoltre, come riconosce la Corte EDU⁹², nonché il rapporto esplicativo stesso⁹³, si è assistito negli anni ad una progressiva convergenza tra la giurisprudenza delle due corti quanto ai limiti del principio in esame. Da un lato, infatti, la CGUE si è mostrata incline a trarre ispirazione dalla giurisprudenza della Corte EDU e, in una certa misura, ad allinearsi a questa. Così, per fare alcuni esempi⁹⁴, la citata *N.S. e a.* fa seguito a *M.S.S. c. Belgio e Grecia*⁹⁵, mentre *C.K. e a.*⁹⁶ fa seguito a *Tarakhel c. Svizzera*⁹⁷. Come riconosce Lenaerts, il diritto UE viene influenzato dagli ordinamenti che lo circondano, CEDU inclusa⁹⁸. Dall'altro lato, la Corte EDU ha contribuito a dare effettività al principio di fiducia reciproca e a consolidarne i limiti, arrivando a

della tutela dei diritti fondamentali in questo frangente, si veda, *inter alia* (ed in aggiunta alla dottrina di cui a questa nota ed alla precedente), F. CASOLARI, *Libertà personale e mutua fiducia tra Stati membri dell'UE nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la giurisprudenza della Corte di giustizia sul mandato di arresto europeo*, in L. MEZZETTI, S. ROMANO (a cura di), *Habeas corpus. La tutela multilivello della libertà personale*, Pisa, 2023, p. 365 ss.; E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust: Is the Court taking rights seriously?*, in *ELR*, vol. 28, nn. 4-6, 2022, p. 218 ss.; L. S. ROSSI, *Mandat d'arrêt européen et défaillances de l'État de droit: une analyse en deux étapes*, in *FSJ*, n. 2, 2022, p. 1 ss.; V. MITSILEGAS, *Mutual Recognition and Fundamental Rights in EU Criminal Law*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2021, p. 253 ss.; S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *DUE*, n. 4, 2018, p. 633 ss.; S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *EP*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 965 ss.

⁹² *Avotiņš*, sopra citata, punto 114.

⁹³ Rapporto esplicativo, par. 88.

⁹⁴ Così E. REGAN, *op. cit.*, pp. 244-245.

⁹⁵ Corte EDU 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09. L'elemento comune alle due pronunce a cui si fa riferimento consiste nel riconoscimento della non assolutezza del principio di reciproca fiducia. Come noto, infatti, in *N.S.*, la Corte di giustizia segue l'impostazione della Corte EDU nell'ammettere la possibilità di derogare al principio ai fini della tutela dei diritti fondamentali. Detto questo, si noti che gli approcci seguiti dai giudici nelle due rispettive sentenze presentano alcune differenze significative. Sul punto, si veda E. PISTOIA, *op. cit.*, pp. 34-39.

⁹⁶ Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU.

⁹⁷ Corte EDU 4 novembre 2014, ric. n. 29217/12. L'elemento di continuità di questa seconda coppia di pronunce, invece, sta nell'applicazione di un test individuale (più diffusamente, si veda *infra* in questo paragrafo).

⁹⁸ K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit., pp. 807, 839 e 840.

riscontrare una violazione dei diritti fondamentali da parte di uno Stato membro per quello che potrebbe intendersi come un eccesso nella deroga al principio⁹⁹. In questa occasione, quindi, la Corte EDU ha agito in uno spirito di cooperazione con la Corte di giustizia¹⁰⁰.

In tema di reciproca fiducia, dunque, notevoli passi avanti sono stati fatti dal 2014, ed il nuovo tentativo di adesione sembrerebbe poggiare per ciò stesso su premesse promettenti. Nonostante questo, però, la suddetta clausola dell'accordo potrebbe non bastare ad evitare del tutto la possibilità di un impatto pregiudizievole sul principio di reciproca fiducia in seguito all'adesione. Ciò per almeno due motivi. Innanzitutto, se è vero che vi è stato un progressivo avvicinamento tra le Corti, è vero anche che non si assiste ad una completa sovrapposizione delle reciproche posizioni¹⁰¹. Un allineamento potrebbe forse dirsi raggiunto ove si prenda in considerazione la tutela di un diritto assoluto come quello di cui agli artt. 4 della Carta e 3 CEDU, relativo al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. In questo caso, infatti, entrambe le Corti applicano un test simile per valutare se ricorrano le circostanze che permettono – o meglio, richiedono – la deroga al principio. In particolare, si tratta di un test in una sola fase, volto ad accertare la presenza di un rischio in relazione alla situazione *individuale* del soggetto. Questo vale nel contesto del sistema Dublino (*C.K. e a.*)¹⁰² ma non solo, come dimostra la recente sentenza nel caso *E.D.L.*¹⁰³, in tema di MAE. Tuttavia, se ci si sofferma proprio

⁹⁹ Corte EDU 9 luglio 2019, ric. n. 8351/17, *Romeo Castaño/Belgio*, punti 82-85.

¹⁰⁰ L. S. ROSSI, *Autonomie Constitutionnelle de l'Union Européenne*, cit., p. 62.

¹⁰¹ Cfr. J. KROMMENDIJK, G. DE VRIES, *Do Luxembourg and Strasbourg Trust Each Other? The Interaction Between the Court of Justice and the European Court of Human Rights in Cases Concerning Mutual Trust*, in *Journal européen des droits de l'homme*, nn. 4-5, 2021, p. 319 ss.; E. DI FRANCO, M. CORREIA DE CARVALHO, *op. cit.*

¹⁰² *C. K. e a.*, sopra citata.

¹⁰³ Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21. Per una lettura più circostanziata della sentenza, si veda L. VAN DER MEULEN, *Another exception to the rule: the E.D.L. case on EAW surrenders of seriously ill persons Case C-699/21, E.D.L. (Motifs de refus fondé sur la maladie)*, *Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 18 April 2023 EU:C:2023:295*, in *CMLR*, vol. 61, n. 1, 2024, p. 223 ss. Secondo l'Autrice, la pronuncia potrebbe – ipoteticamente – segnare un'evoluzione della giurisprudenza sulla scia di *C.K.* (*ivi*, pp. 234 e 237), che si basi sulla natura assoluta dei diritti di cui all'art. 4 della Carta. Tuttavia, l'Autrice conclude che la rilevanza del principio di reciproca fiducia nel caso in esame dovrebbe essere ridimensionata (*ivi*, p. 235), mentre la conclusione a cui arriva la Corte potrebbe essere vista come «just another

sull'ambito del MAE e si guarda, in particolare, alla tutela di quei diritti che non sono assoluti¹⁰⁴, è possibile osservare come la CGUE abbia finora utilizzato il test in due fasi di *Aranyosi e Căldăraru*¹⁰⁵. Di conseguenza, allo stato attuale, per poter derogare all'esecuzione del mandato per motivi di tutela dei diritti fondamentali non assoluti del soggetto interessato, l'autorità giudiziaria nazionale deve accertare la presenza *cumulativa* di due circostanze: *i*) l'esistenza di un rischio reale di violazione dei diritti fondamentali dell'interessato a causa di *carenze sistemiche o generalizzate* nello Stato membro che ha emesso il MAE¹⁰⁶; *ii*) l'esistenza di un simile rischio in relazione alla situazione

exception to the rule» (*ivi*, p. 238). In definitiva, non è detto che la sentenza segni il superamento del test in due fasi per quanto attiene alla tutela dei diritti assoluti nell'ambito del MAE. Per ulteriori commenti al caso, si veda M. ARANCI, *La tutela della salute può giustificare il rifiuto della consegna del ricercato. Corte giust., sentenza 18 aprile 2023, C-699/21, EDL*, in *RDI*, n. 1, 2023, p. 124 ss.; S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *La legislazione penale*, disponibile su www.la-legislazione-penale.eu (ultimo accesso 15/09/2023). In tema, anche E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust*, *cit.*, p. 224. Per una lettura in parte differente dell'impatto della pronuncia sul rapporto tra MAE e tutela dei diritti fondamentali, si veda L. GROSSIO, M. ROSI, *The Ultimate (but not the Only) Remedy for Securing Fundamental Rights in the EAW System? Some Reflections on Puig Gordi and E. D. L.*, in *EP*, vol. 8, n. 2, 2023, p. 547 ss.

¹⁰⁴ Il riferimento è in particolare al diritto ad un equo processo di cui all'art. 47 della Carta, ma il discorso può estendersi anche ad altri diritti, come per esempio quelli di cui agli artt. 7 e 24 della Carta (relativi alla tutela della vita familiare e dell'interesse superiore del minore): Corte giust. 21 dicembre 2023, C-261/22, *GN*. Finora, gli unici diritti fondamentali che hanno portato alla sospensione dell'esecuzione del mandato sono quelli previsti, rispettivamente, agli artt. 4 e 47 della Carta. Cfr. V. SALESE, *op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁵ La Corte ha applicato questo test anche in altri frangenti della cooperazione giudiziaria in materia penale, come nel caso del regime previsto dalla decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea. A tal riguardo, si veda la recente Corte giust. 9 novembre 2023, C-819/21, *Staatsanwaltschaft Aachen*; cfr. A. ZEMSKOVA, *Op-Ed: "C-819/21 Staatsanwaltschaft Aachen: Mutual Trust Is Not Blind...Nor Is It Redundant"*, in *EU Law Live*, 21 November 2023, disponibile al link www.eulawlive.com (ultimo accesso 15/12/2023).

¹⁰⁶ Come la Corte spiega in *Puig Gordi*: «la constatazione, da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in merito all'esistenza di elementi che attestano carenze sistemiche o generalizzate del funzionamento del sistema giurisdizionale dello Stato membro emittente non può giustificare che tale autorità giudiziaria rifiuti l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo senza aver ultimato la seconda fase dell'esame»; si

individuale del soggetto¹⁰⁷. La Corte di giustizia ha confermato ancora una volta questa impostazione nella recente sentenza *GN*¹⁰⁸, così come suggeriva nelle sue conclusioni l'Avv. gen. Čapeta¹⁰⁹.

Ebbene, non può dirsi scontato che un simile approccio sia del tutto in linea con la protezione dei diritti della Convenzione, in particolare laddove esso richieda necessariamente l'espletamento anche della prima fase del test, assieme alla seconda¹¹⁰. In questo scenario, infatti, potrebbero mancare i requisiti per la deroga all'obbligo di consegna dell'interessato, a prescindere dall'esito della seconda fase del test e, cioè, a prescindere dalla riscontrata sussistenza di un rischio individuale. Un siffatto bilanciamento, tra effettività del MAE e diritti dell'individuo, è suscettibile di sacrificare i secondi, almeno nel singolo caso, sull'altare della reciproca fiducia¹¹¹. Nello scenario dell'adesione, dunque, qualora dovesse emergere un contrasto tra CEDU e reciproca fiducia sul punto, la Corte EDU potrebbe arrivare a contestare la

veda Corte giust. 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi e a*, punto 110. Per un confronto tra *Puig Gordi e E.D.L.*, si veda L. GROSSIO, M. ROSI, *op. cit.*

¹⁰⁷ L'esigenza dell'espletamento della seconda fase del test è ribadita in Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *LM*. Per un commento, si veda T. KOSTADINIDES, *Judicial Independence and the Rule of Law in the context of NON-Execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *CMLR*, vol. 56, n. 3, 2019, p. 743 ss.

¹⁰⁸ *Supra*, nota 104. In argomento, S. MONTALDO, S. GIUDICI, *op. cit.*

¹⁰⁹ Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 13 luglio 2023, C-261/22, *GN*.

¹¹⁰ Quello del MAE non è necessariamente l'unico ambito in cui l'approccio delle due Corti potrebbe divergere con riguardo al rapporto tra reciproca fiducia e diritti fondamentali. Un altro esempio, infatti, potrebbe essere quello del meccanismo per il ritorno del minore in caso di sottrazione di minori verso l'estero, di cui all'art. 11 del regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (É). Cfr. E. DUBOUT, *L'équilibre fragile*, cit., p. 649; L. S. ROSSI, *I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU*, cit., p. 48. Per un approfondimento in materia, si rimanda a S. BARTOLINI, *In the Name of the Best Interests of the child: The Principle of Mutual Trust in Child Abduction Cases*, in *CMLR*, vol. 56, n. 1, 2019, p. 91 ss.

¹¹¹ Si veda, in merito, la spiegazione fornita in conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *GN*, sopra citate, parr. 29-32. Per ovviare a ciò, Rizcallah suggerisce l'adozione di un nuovo approccio da parte della Corte di giustizia, che superi il test in due fasi che concentri l'analisi sulla presenza di un rischio individuale. L'esame della situazione generale non sarebbe escluso, ma rappresenterebbe solo un aspetto della valutazione complessiva. Secondo l'Autrice, tale soluzione sarebbe maggiormente in linea con la posizione della Corte EDU; in C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust and the protection of fundamental rights*, cit., pp. 14-15.

violazione della prima sia allo Stato membro coinvolto¹¹², come ha fatto in *Bivolaru e Moldovan/Francia*¹¹³, sia all'UE stessa, in virtù del meccanismo del convenuto aggiunto.

In secondo luogo, anche se la Corte EDU dovesse ritenere che il suddetto approccio della CGUE sia compatibile con la Convenzione, l'adesione potrebbe comunque causare un attrito tra la giurisdizione della Corte EDU ed il diritto dell'Unione in relazione al principio di reciproca fiducia. Infatti, tale principio non ha un contenuto predefinito e cristallizzato, ma “vive” nelle pronunce della CGUE, evolvendosi di caso in caso¹¹⁴. Pertanto, l'adesione potrebbe comportare un'interferenza con il principio in questione e, più in generale, con l'autonomia del diritto dell'Unione, ogni qual volta la Corte EDU dovesse arrivare a dare una propria interpretazione o definizione del principio¹¹⁵. Ciò, infatti, dovrebbe pur sempre costituire una prerogativa della CGUE, quale interprete ultima del diritto dell'Unione¹¹⁶. Vero è che, nel tempo, come si è accennato, la CGUE ha tendenzialmente seguito la giurisprudenza della Corte EDU quanto al bilanciamento del principio con la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, questo percorso è stato volontario, e compiuto “autonomamente” dalla Corte di giustizia¹¹⁷. Dal punto di vista dell'autonomia del diritto UE, invece, tutt'altra cosa sarebbe se la CGUE venisse “forzata”, a seguito dell'adesione, ad adeguarsi alla visione della Corte EDU in materia.

Alla luce di quanto osservato, si può concludere che la clausola del progetto volta a salvaguardare la reciproca fiducia non sia idonea ad evitare ogni possibile rischio. D'altra parte, difficilmente si sarebbe potuto negoziare una clausola migliore. Un'opzione avrebbe potuto

¹¹² Cfr. E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust*, cit., p. 226.

¹¹³ Corte EDU 25 marzo 2021, ricc. nn. 40324/16 e 12623/17. Per un commento, si veda J. CALLEWAERT, *The European arrest warrant under the European Convention on Human Rights: A matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility*, in *ZEuS*, Sonderband, 2021, p. 105 ss.

¹¹⁴ Cfr. E. XANTHOPOULOU, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *CMLR*, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489 ss.

¹¹⁵ Così anche T. LOCK, *Op-Ed*, cit.

¹¹⁶ Parere 2/13, sopra citato, punti 174-176.

¹¹⁷ Cfr. K. LENAERTS, *La vie après l'avis*, cit., p. 807.

essere quella di eliminare il problema alla radice, inserendo una disposizione che escludesse la responsabilità di uno Stato membro per non aver valutato il livello del rispetto dei diritti della CEDU di un altro Stato membro, come suggeriva Lock¹¹⁸. Evidentemente, però, un'esenzione di responsabilità avente simile portata sarebbe stata troppo sbilanciata, anche alla luce della posizione espressa dalla Corte EDU in *Avotiņš*, sopra richiamata¹¹⁹.

Tuttavia, se valutato nel suo complesso, il progetto di accordo potrebbe comunque essere giudicato compatibile con i Trattati in sede di parere, con riguardo a questo aspetto. In particolare, la risposta al problema potrebbe risiedere nel combinato disposto della clausola in esame con il meccanismo di previo coinvolgimento¹²⁰. Questo meccanismo, infatti, permetterebbe alla CGUE di pronunciarsi su una specifica questione riguardante la reciproca fiducia (qualora non lo abbia già fatto) prima che la stessa venga decisa dalla Corte EDU. Pertanto, quest'ultima si troverebbe nella condizione di dirimere la questione sottoposta conscia della posizione già espressa dalla prima. In questo modo, essa potrebbe evitare di dare una propria versione quanto a contenuto, portata e limiti della reciproca fiducia, così da non ledere l'autonomia del diritto UE.

Detto ciò, bisogna però notare che il meccanismo di previo coinvolgimento non attribuisce alle pronunce della CGUE un'efficacia vincolante per la Corte EDU. Quest'ultima, quindi, non sarebbe obbligata a seguire la linea dettata dalla prima. Pertanto, perché l'adesione avvenga senza pregiudizio per la reciproca fiducia, è richiesto un certo spirito di collaborazione tra le due Corti¹²¹. In questo

¹¹⁸ T. LOCK, *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*, in *ECLR*, vol. 11, n. 2, p. 239 ss., spec. p. 261.

¹¹⁹ *Supra*, in questo paragrafo.

¹²⁰ Cfr. T. LOCK, *Op-Ed*, cit.; J. P. JACQUÉ, *What next after Opinion 2/13 of the Court of Justice on the accession of the EU to the ECHR?*, IPOL_STU(2016)556975, 2016, disponibile su www.europarl.europa.eu (ultimo accesso 15/09/2023), p. 35.

¹²¹ Secondo Tizzano, invero, «l'adhésion de l'Union à la CEDH doit permettre d'inscrire la Cour de justice et la Cour EDH dans une dynamique de coordination et de complémentarité»; in A. TIZZANO, *La coopération entre la Cour de justice et la Cour EDH en tant que moyen d'assurer une protection cohérente des droits de l'homme*, in D. PETRLÍK ET AL. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 117 ss., spec. p. 125. In quest'ottica, la relazione tra le due Corti *post-adesione* dovrebbe articolarsi in un

senso, la Corte EDU dovrebbe astenersi da uno scrutinio suscettibile di svuotare di contenuto il principio di reciproca fiducia. Al contrario, essa dovrebbe cercare di rifarsi il più possibile alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia e, almeno in una certa misura, fare affidamento al livello di tutela dei diritti fondamentali garantito da quest'ultima¹²². La Corte di giustizia, dal canto suo, dovrebbe dare

senso che sia orizzontale e di interazione, non verticale e gerarchico (*ivi*, p. 120 ss.). L'alternativa sarebbe quella di rendere vincolanti per la Corte EDU le pronunce della Corte di giustizia in materia di reciproca fiducia rese tramite il previo coinvolgimento. Il rapporto esplicativo, però, è molto netto nell'escludere questa possibilità (par. 78). Evidentemente, ciò è indice di una chiara volontà dei negoziatori di preservare l'autorità della Corte EDU ed evitare un'eccessiva invadenza da parte della Corte di giustizia. In effetti, se lo scopo dell'adesione è quello di garantire un controllo esterno all'attività dell'Unione nell'ambito dei diritti umani, un simile limite allo scrutinio della Corte EDU risulterebbe sproporzionato e non giustificabile.

¹²² Si potrebbe immaginare il mantenimento *post*-adesione della presunzione di protezione equivalente, ossia della dottrina *Bosphorus* (Corte EDU 30 giugno 2005, ric. n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm/Irlanda*; in dottrina, si veda C. COSTELLO, *The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe*, in *Human Rights Law Review*, vol. 6, n. 1, 2006, p. 87 ss.), con riguardo all'ambito specifico della reciproca fiducia. Sull'opportunità di una soluzione simile, si veda M. SMOLEK, *op. cit.*, pp. 371 e 372. Anche se il progetto ed il rapporto esplicativo non fanno espressa menzione della dottrina *Bosphorus*, uno sviluppo in questa direzione non può dirsi escluso. In *Avotiņš*, in effetti, la Corte EDU afferma che tale dottrina copre i casi di applicazione dei meccanismi di mutuo riconoscimento, fondati sul principio di reciproca fiducia, a meno che ciò non comporti una manifesta violazione dei diritti della Convenzione (*supra*, nota 84). Cfr. P. GRAGL, *op. cit.*, pp. 561-566. Sul rapporto tra la dottrina *Bosphorus* ed il principio di reciproca fiducia, si veda anche L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, pp. 389-391. In seguito all'adesione, quindi, la Corte EDU potrebbe continuare a presumere il rispetto dei diritti della CEDU laddove lo Stato membro agisca in ossequio al principio di reciproca fiducia. In questo modo, si eviterebbe uno scrutinio che richieda una valutazione caso per caso della compatibilità tra reciproca fiducia e Convenzione. Ovviamente, però, si tratterebbe pur sempre di una presunzione relativa, che opera fintanto che non si verifichi una violazione manifesta dei diritti della CEDU. Di conseguenza, l'occorrere di un eventuale conflitto tra reciproca fiducia e Convenzione dipende da come verrà intesa dalla Corte EDU la soglia della violazione manifesta, e da quanto strette saranno le sue maglie. Per evitare lo scontro, nell'ottica di quello spirito di cooperazione tra Corti sopra richiamato, sarebbe necessario limitare quanto più possibile i casi in cui venga rilevata siffatta violazione manifesta. Magari, ciò potrà avvenire in virtù di una più generale fiducia sul livello di tutela dei diritti all'interno dell'ordinamento dell'Unione, tale da giustificare una simile presunzione. Per una posizione scettica sulla sopravvivenza della dottrina *Bosphorus* in generale, successivamente all'adesione, si veda C. ECKES, *EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation*, in *The Modern Law Review*, vol. 76, n. 2, 2013, p. 254 ss., p. 280; per una posizione più possibilista a riguardo, si veda C. TIMMERMANS, *Will the Accession of the EU to the European Convention on Human*

prova di mantenere un approccio rigoroso quanto alla protezione dei diritti fondamentali nel contesto dell'applicazione del principio di reciproca fiducia. Altrimenti, la Corte EDU potrebbe essere costretta a rilevare un contrasto tra il principio e i diritti sanciti dalla Convenzione, per quanto collaborativo possa essere il suo atteggiamento. In aggiunta a ciò, già prima dell'adesione, in sede di valutazione del progetto di accordo, la Corte di giustizia sarà chiamata a fare affidamento sulla predisposizione della Corte EDU di recepire (il più possibile) quanto stabilito a Lussemburgo con riguardo alla portata ed ai limiti della reciproca fiducia. Entrambe le cose, ovviamente, non possono darsi per scontate. In definitiva, quindi, potrebbe dirsi che la soluzione della questione della reciproca fiducia passi proprio... dalla fiducia tra le due Corti.

5. Il nodo PESC e la giurisprudenza della CGUE

Come anticipato, il progetto di accordo non contiene alcuna disposizione sul controllo giurisdizionale in ambito PESC. Nel parere 2/13, si ricorderà, è stato constatato che, a fronte della mancanza di giurisdizione della CGUE su «taluni atti» PESC, l'adesione avrebbe comportato l'affidamento del controllo giurisdizionale su tali atti in via esclusiva alla Corte EDU. La conclusione a cui è giunta la Corte è che ciò avrebbe leso le caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione¹²³. Come si evince dalla pronuncia, infatti, il controllo giurisdizionale su atti, azioni od omissioni dell'UE non può essere attribuito in via esclusiva ad un organo giurisdizionale internazionale esterno al sistema giurisdizionale dell'Unione stessa, neppure se limitato al solo rispetto dei diritti fondamentali¹²⁴. Alla radice del problema, dunque, si trova la

Rights fundamentally change the relationship between the Luxemburg and the Strasbourg Courts?, in *EUI Law Centre for Judicial Cooperatio DL*, n. 1, 2014, disponibile su www.cadmus.eui.eu (ultimo accesso 15/09/2023).

¹²³ Parere 2/13, sopra citato, punti 252-257.

¹²⁴ *Ibidem*, punto 256. A riguardo, molti commentatori hanno espresso posizioni critiche nei confronti del parere, chiedendosi come possa configurarsi un pregiudizio delle prerogative della Corte, proprio in un ambito in cui la Corte non ha giurisdizione; così, *ex multis*, S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 103. Vi è, però, chi sottolinea come sia proprio l'assenza di una propria competenza in materia alla base delle preoccupazioni della Corte di giustizia, la quale potrebbe essere stata animata dal timore descritto da Halberstam, secondo cui: «accession on Draft Agreement terms would have meant

c.d. clausola di “*carve-out*” di cui all’art. 24 TUE, che esclude la giurisdizione della CGUE sugli atti PESC, con l’eccezione del controllo del rispetto dell’art. 40 TUE e della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive, come ribadito e precisato dall’art. 275, par. 2, TFUE (c.d. clausola di “*claw-back*”)¹²⁵. Dal parere 2/13 si potrebbe quindi desumere l’esistenza di una tensione tra le disposizioni dei Trattati, in particolare tra la norma che prevede l’adesione alla CEDU e la clausola di “*carve-out*”¹²⁶. Tensione che, evidentemente, la previsione della clausola di “*claw-back*” non era idonea ad evitare. Secondo la Corte, infatti, l’estensione della propria giurisdizione deve arrivare a coprire tutti i casi potenzialmente suscettibili di essere

that in CFSP matters beyond Luxembourg’s jurisdiction, Strasbourg would effectively have become the European Union’s constitutional court»; in D. HALBERSTAM, *op. cit.*, p. 142.

¹²⁵ L’assenza di una competenza generale della CGUE in materia ha portato l’Avv. gen. Wahl a qualificare la PESC come *lex imperfecta*, in conclusioni dell’Avv. gen. Wahl, del 7 aprile 2016, C-455/14 P, *H/Consiglio*, par. 38-40. Cfr. R. A. WESSEL, *Lex Imperfecta: Law and Integration in European Foreign and Security Policy*, in *EP*, vol. 1, n. 2, 2016, p. 439 ss.; C. HILLION, *A Powerless Court? The European Court of Justice and the EU Common Foreign and Security Policy*, in M. CREMONA, A. THIES (eds.), *op. cit.*, p. 47 ss.; P. J. CARDWELL, *On ‘Ring-Fencing’ the Common Foreign and Security Policy in the Legal Order of the European Union*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 64, n. 4, 2013, p. 443 ss. Sulla protezione dei diritti umani in ambito di PESC e PSDC e sui suoi limiti, si veda J. DE CONINCK, *Effective Remedies for Human Rights Violations in EU CSDP Military Missions: Smoke and Mirrors in Human Rights Adjudication?*, in *GLJ*, vol. 24, 2023, p. 342 ss.; S. Ø. JOHANSEN, *Accountability Mechanisms for Human Rights Violations by CSDP Missions: Available and Sufficient?*, in *ICLQ*, vol. 66, n. 1, 2017, p. 181 ss.; C. TIMMERMANS, *EU Common Foreign and Security Policy and Protection of Fundamental Rights*, in J. CZUCZAI, F. NAERT (eds.), *The EU As a Global Actor - Bridging Legal Theory and Practice: Liber Amicorum in Honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Leiden, 2017, p. 295 ss.; C. HILLION, *Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy*, in *EP*, vol. 1, n. 1, 2016, p. 55 ss. Più in generale, in argomento, si veda C. CELLERINO, *EU external action and the Rule of Law: ensuring the Judicial Protection of Human Rights beyond the Right of Access to Judicial Protection*, in *DUE*, n. 4, 2017, p. 669 ss. Per un quadro sulle caratteristiche della PESC *post-Lisbona*, si rimanda a A. RIZZO, *Profili giuridico-istituzionali della politica di sicurezza e difesa comune dell’Unione Europea*, in *DUE*, n. 2, 2016, p. 285 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *EU External Action after the Collapse of the Pillar Structure: In search of a New Balance between Delimitation and Consistency*, in *CMLR*, vol. 47, n. 4, 2010, p. 987 ss.

¹²⁶ Secondo l’Avv. gen. Kokott, ciò sarebbe comunque frutto di una scelta consapevole da parte dei redattori dei Trattati; si veda presa di posizione dell’Avv. gen. Kokott, sopra citata, par. 194.

sottoposti alla Corte EDU una volta avvenuta l'adesione, ossia quelli aventi ad oggetto una potenziale lesione dei diritti fondamentali.

A tal riguardo, bisogna anzitutto osservare che, anche in questo ambito, il quadro è (significativamente) mutato rispetto al 2014. Negli anni successivi al parere 2/13, infatti, la competenza della CGUE in materia ha visto un progressivo ampliamento, tramite la giurisprudenza della Corte stessa¹²⁷. Questa si è spinta ben oltre i limiti testuali posti dai Trattati, secondo un approccio definito “integrazioneista”¹²⁸, basato cioè sull'assunto che l'esclusione della giurisdizione della CGUE in materia di PESC non sia la regola, bensì una deroga al regime di giurisdizione generale della Corte. Di conseguenza, in quanto eccezione, l'ampiezza di tale esclusione deve essere interpretata restrittivamente¹²⁹. Muovendo da una simile premessa, la giurisprudenza è andata evolvendosi su due fronti differenti, ma sostanzialmente complementari. Per un verso, è stata data interpretazione restrittiva alla clausola di “*carve-out*”. Ciò è avvenuto,

¹²⁷ Questa giurisprudenza è efficacemente riassunta nelle conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 19 marzo 2020, C-14/19 P, *SATCEN/KF*, par. 52-62. In dottrina, si veda S. POLI, *The right to effective judicial protection with respect to acts imposing restrictive measures and its transformative force for the Common Foreign and Security Policy*, in *CMLR*, vol. 59, n. 4, 2022, p. 1045 ss.; P. VAN ELSUWEGE, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice*, in *CMLR*, vol. 58, n. 6, 2021, p. 1731 ss.; J. HELISKOSKI, *Made in Luxembourg: The fabrication of the law on jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the field of the Common Foreign and Security Policy*, in *Europe and the World: A law review*, vol. 2, n. 1, 2018, p. 3 ss.; P. KOUTRAKOS, *Judicial Review In The E's Common Foreign and Security Policy*, in *ICLQ*, vol. 67, n. 1, 2018, p. 1 ss.; G. BUTLER, *The Coming of Age of the Court's Jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy*, in *ECLR*, vol. 13, n. 4, 2017, p. 673 ss.; M. CREMONA, *Effective Judicial Review Is of the Essence of the Rule of Law: Challenging Common Foreign and Security Policy Measures Before the Court of Justice*, in *EP*, vol. 2, n. 2, 2017, p. 671 ss.; C. ECKES, *Common Foreign and Security Policy: The Consequences of the Court's Extended Jurisdiction*, in *ELJ*, vol. 22, n. 4, 2016, p. 492 ss.

¹²⁸ Così è stata definito, *inter alia*, da P. KOUTRAKOS, *Judicial Review*, cit., p. 2.

¹²⁹ Questa posizione, espressa per la prima volta in Corte giust. 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento/Consiglio*, punto 70, viene spesso ribadita nelle pronunce della CGUE in materia, come in Corte giust. 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran/Consiglio*, punto 32. Per una visione diversa, si veda la presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott, sopra citata, par. 89.

ad esempio, in *UE-Mauritius*¹³⁰, *Elitaliana*¹³¹ e *H c. Consiglio e a.*¹³². Per altro verso, è stata interpretata estensivamente la clausola di “*claw-back*”, facendo leva su argomenti attinenti all’effettività della tutela giurisdizionale ed allo Stato di diritto. È questo il caso di *Rosneft*¹³³, in cui è stata confermata la ricevibilità di una domanda di validità su rinvio pregiudiziale, e di *Bank Refah Kargararn*¹³⁴, in cui la giurisdizione della CGUE è stata estesa ai ricorsi per il risarcimento del danno *ex artt.* 268 e 340 TFUE¹³⁵.

L’estensione della portata della clausola di “*claw-back*”, però, è avvenuta solo in relazione alle decisioni che dispongono misure restrittive. Rispetto a tali atti, in effetti, la competenza della Corte di giustizia può dirsi attualmente estesa sufficientemente da coprire tutti i casi in cui in ballo vi sia il rispetto dei diritti fondamentali. Allo stato dell’arte, infatti, mancano nel novero dei rimedi giurisdizionali esperibili dinanzi ad essa soltanto il rinvio pregiudiziale interpretativo e il ricorso in carenza, rispetto ai quali la Corte non si è ancora espressa. Quanto al primo, essa avrà presto modo di farlo, nel caso *Neves 77 Solutions*¹³⁶. Posto che è stato considerato ricevibile il rinvio di

¹³⁰ *Parlamento/Consiglio*, sopra citata.

¹³¹ Corte giust. 12 novembre 2015, C-439/13 P, *Elitaliana/Eulex Kosovo*.

¹³² Corte giust. 19 luglio 2016, C-455/14 P, *H/Consiglio e a.*

¹³³ Corte giust. 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft*. Per un commento, si veda M. GATTI, *Jurisdiction de la Cour de Justice sur les Renvois Pré-judiciels en Matière de PESC. À Propos de L’arrêt Rosneft de la CJUE*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2018, p. 34 ss.; L. LONARDO, *Law and Foreign Policy Before the Court: Some Hidden Perils of Rosneft*, in *EP*, vol. 3, n. 2, 2018, p. 547 ss.; S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft: Still imperfect but gradually subject to the rule of law*, in *CMLR*, vol. 54, n. 6, 2017, p. 1799 ss.

¹³⁴ *Bank Refah Kargararn/Consiglio*, sopra citata. Per un commento, si veda S. POLI, *The right to effective judicial protection*, cit., pp. 1050-1057; M. BARTOLONI, *‘Restrictive Measures’ Under Art. 215 TFEU: Towards a Unitary Legal Regime? Brief Reflections on the Bank Refah Judgment*, in *EP*, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1359; F. BESTAGNO, *Danni derivanti da misure restrittive in ambito PESC e azioni di responsabilità contro l’UE*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 280 ss.

¹³⁵ Ciò, nonostante il fatto che l’art. 275 TFUE menzioni espressamente soltanto i ricorsi diretti di annullamento, di cui all’art. 263 TFUE.

¹³⁶ C-351/22, *Neves 77 Solutions*. Cfr. C. CONTARTESE, *Conclusioni dell’AG Čapeta nelle cause KS/KD (C-29/22 P e C-44/22 P) e Neves (C-351/22) del 23 novembre 2023, ovvero come la CGUE dovrebbe assicurarsi che “qualsiasi treno che possa arrivare a Strasburgo deve prima fermarsi a Lussemburgo”?*, in *BlogDUE*, 1° febbraio 2024, disponibile su www.aisdue.eu (ultimo accesso 3/02/2024); C. BREITLER, *Jurisdiction in CFSP Matters – Conquering the Gallic Village One Case*

validità¹³⁷, è possibile aspettarsi che la pronuncia andrà nel senso della ricevibilità anche in questo caso¹³⁸. Il secondo rimedio, invece, potrebbe dirsi in fin dei conti poco rilevante dal punto di vista della protezione dei diritti fondamentali¹³⁹.

Diversamente, la competenza della CGUE continua a rimanere esclusa per quanto riguarda atti, azioni ed omissioni dell'Unione in settori della PESC diversi da quello delle misure restrittive, anche se suscettibili di causare una violazione dei diritti fondamentali¹⁴⁰. Si pensi, ad esempio, alle missioni condotte nel contesto della Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PSDC)¹⁴¹. Così, in *KS e KD c. Consiglio e a.*¹⁴², il Tribunale ha rigettato un ricorso esperito ex art. 268 TFUE, a motivo della propria incompetenza. In questo caso, i ricorrenti avevano agito per ottenere il risarcimento dei danni di cui all'art. 340 TFUE, dovuti alla violazione dei propri diritti fondamentali da parte delle istituzioni dell'UE (Commissione, Consiglio e Servizio europeo per l'Azione esterna) nell'ambito della missione EULEX Kosovo. Secondo il Tribunale, però, il “*carve-out*” impedisce alla CGUE di esprimersi sulle azioni ed omissioni in oggetto. Queste, secondo il giudice di prima

at a Time?, in *European Law Blog*, 13 October 2022, disponibile al link www.europeanlawblog.eu (ultimo accesso 15/09/2023).

¹³⁷ *Rosneft*, sopra citata.

¹³⁸ Cfr. S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft*, cit., p. 1829. Nelle proprie conclusioni al caso, l'Avv. gen. Čapeta sostiene che la Corte dovrebbe declinare la propria giurisdizione a conoscere di un simile rinvio interpretativo, il quale dovrebbe ritenersi coperto dalla clausola di “*carve-out*”; conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 23 novembre 2023, C-351/22, *Neves 77 Solutions*. Tuttavia, come si dirà meglio di seguito, nella concezione dell'Avv. gen. questo non rappresenterebbe un problema per l'adesione (si veda *infra*, in questo paragrafo).

¹³⁹ Nell'ambito delle misure restrittive, è difficile immaginare uno scenario in cui, dalla mancata adozione di un atto da parte delle istituzioni, in violazione dei Trattati (ai sensi dell'art. 265 TFUE), possa derivare una violazione dei diritti fondamentali di un individuo.

¹⁴⁰ Così nelle conclusioni dell'Avv. gen. Wathelet, del 31 maggio 2016, C-72/15, *Rosneft*, parr. 73-75. Cfr. S. POLI, *The Common Foreign Security Policy after Rosneft*, cit., p. 1816.

¹⁴¹ Per un approfondimento sul punto, si rimanda a S. Ø. JOHANSEN, *Accountability Mechanisms for Human Rights Violations*, cit.

¹⁴² Tribunale ord. 10 novembre 2021, T-771/20, *KS e KD/Consiglio e a.*

istanza, attengono alla definizione ed implementazione della PSDC e, in quanto tali, esulano dalla copertura della clausola di “*claw-back*”¹⁴³.

L’evoluzione giurisprudenziale “integrazionista” vista fino ad ora, quindi, non è da sola sufficiente a superare l’ostacolo che si frappone all’adesione rispetto al controllo sugli atti PESC. In effetti, per quanto estensivamente possano essere interpretati, i termini degli artt. 24 TUE e 275 TFUE difficilmente si presterebbero ad un ulteriore allargamento delle competenze della CGUE per via pretoria¹⁴⁴. Certo, questa possibilità non può dirsi del tutto esclusa. Nel parere 2/13, la Commissione aveva proposto un’interpretazione sistematica di quelle disposizioni tale da ricomprendere sotto la giurisdizione della CGUE «tutte le situazioni che possono costituire l’oggetto di un ricorso dinanzi alla Corte EDU»¹⁴⁵. Sul punto, la Corte aveva assunto una posizione possibilista: non aveva respinto nel merito il suggerimento della Commissione, ma si era limitata ad osservare di non aver ancora avuto l’opportunità di precisare «la portata delle limitazioni della propria competenza [nel settore della PESC]»¹⁴⁶. Ad oggi, l’interpretazione della Commissione non è ancora stata accolta, né esplicitamente rigettata. La Corte avrà, però, presto occasione di esprimersi sul punto, proprio con riguardo al già citato caso *KS e KD c. Consiglio e a.*, nell’ambito del ricorso avverso l’ordinanza del Tribunale (d’ora in poi *KS*)¹⁴⁷. Infatti, l’impugnazione verte precisamente sull’interpretazione troppo estensiva (secondo i ricorrenti) che il Tribunale avrebbe dato della portata della clausola di “*carve-out*”. Fare un prognostico sull’esito del ricorso non è cosa semplice. In linea generale, la giurisdizione della CGUE in materia di ricorsi *ex art. 268 TFUE* viene considerata esclusa in materia di PESC¹⁴⁸. D’altra parte, si è osservato

¹⁴³ Il Tribunale spiega puntualmente perché quello in esame non potrebbe essere paragonato ai casi, sopra menzionati, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto sussistente la propria competenza in ambito di PESC; *ibidem*, punti 34-39.

¹⁴⁴ Cfr. S. POLI, *The right to effective judicial protection*, cit., p. 1057; P. VAN ESLUWEGE, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy: Limits to the gap-filling role of the Court of Justice*, in *CMLR*, vol. 58, n. 6, 2021, p. 1731 ss., p. 1757.

¹⁴⁵ Parere 2/13, sopra citato, punto 251.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Supra*, nota 34. Cfr. C. BREITLER, *op. cit.*

¹⁴⁸ Cfr. D. HANF, *EU Liability Actions*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order: Volume I*,

come, recentemente, in *Bank Refah Kargaran*, la Corte abbia affermato la propria competenza in procedimenti di questo tipo, per quanto concerne le decisioni che dispongono misure restrittive di cui all'art. 275 TFUE. Dovrebbe invece ritenersi che tale competenza rimanga esclusa con riguardo a tutti gli altri atti dell'UE in ambito di PESC? Come riassume efficacemente Bobek¹⁴⁹, dalla lettera della clausola di “*carve-out*” e dalla giurisprudenza della Corte si ricava che un atto sia sottratto alla giurisdizione della CGUE, ex art. 24 TUE, se ricorrono cumulativamente due condizioni: *i*) l'atto è formalmente basato su disposizioni relative alla PESC; *ii*) l'atto deve corrispondere ad una misura PESC anche in concreto o quanto al suo contenuto. Nel caso in esame, sono presenti entrambe le condizioni. Se si applica questo test, quindi, la domanda sopra posta dovrebbe avere necessariamente una risposta affermativa: la giurisdizione della CGUE è da ritenersi esclusa¹⁵⁰.

È però anche possibile immaginare un ulteriore passo giurisprudenziale nel senso dell'allargamento delle competenze della CGUE in materia, da realizzarsi tramite una lettura innovativa della clausola “*carve-out*”. Il caso *KS* si potrebbe prestare a tal scopo.

Nel 2019, in una diramazione della vicenda giudiziaria *KS*, i ricorrenti avevano sottoposto la questione del risarcimento del danno alla giurisdizione di uno Stato (all'epoca) membro, il Regno Unito¹⁵¹. Il giudice nazionale aveva concluso ritenendo di non avere giurisdizione in materia e, in un *obiter dictum*, aveva ipotizzato che la CGUE potesse invece essere il foro competente¹⁵². L'idea sottesa a tale

Oxford, 2018, p. 910 ss., spec. p. 932. A favore dell'estensione della giurisdizione della CGUE in questo frangente, C. ECKES, *Common Foreign and Security Policy*, cit., pp. 508-511.

¹⁴⁹ Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, *SATCEN/KF*, sopra citate, par. 61.

¹⁵⁰ Evidentemente, questo sarebbe contrario alla lettera dei Trattati, la quale, ricorda l'Avv. gen. Wahl, è frutto di una «scelta consapevole» da parte degli Stati membri; conclusioni dell'Avv. gen. Wahl, *H/Consiglio*, sopra citate, par. 49.

¹⁵¹ High Court of Justice, Queen's Bench Division, sentenza del 13 febbraio 2019, *Tomanović et al. v. the European Union et al.* [2019] EWHC 263 (QB). Il ricorso è stato intentato avverso l'UE, il Consiglio dell'Unione, il Servizio europeo per l'azione esterna ed EULEX Kosovo. Per un commento, si veda S. Ø. JOHANSEN, *Suing the European Union in the UK: Tomanović e a./The European Union e a.*, in *EP*, vol. 4, n. 1, 2019, p. 345 ss.

¹⁵² Posto che, come notato il giudice del Regno Unito, la questione rimane piuttosto incerta. Secondo il giudice britannico, infatti, «a claim based on a violation by an EU

posizione sarebbe quella di riconsiderare il contenuto e la portata di quella scelta dei redattori dei Trattati che sta alla base del “*carve-out*”. In quest’ottica, il confine della giurisdizione della CGUE non sarebbe tracciato dal tipo di misura in esame o dal tipo di rimedio giurisdizionale. Piuttosto, ciò che verrebbe interdetto alla Corte di giustizia sarebbe il sindacato sulle scelte sovrane di natura politica in base alle quali vengono adottate le misure contestate, secondo la c.d. “*political question doctrine*”¹⁵³. Diversamente, essa potrebbe avere competenza ove si tratti di tutelare i diritti fondamentali, senza con ciò intaccare la discrezionalità politica dell’azione dell’Unione in ambito di PESC. Una lettura simile, che pare ispirata a quella suggerita dalla Commissione in occasione del parere 2/13, sembra affiorare anche nelle conclusioni degli Avv. gen. in *CSUE c. KF* ed in *Bank Refah Kargaran*¹⁵⁴. Tuttavia, non ha mai trovato riscontro all’interno di quella giurisprudenza integrazionista della Corte sopra richiamata, almeno fino a questo momento.

Nelle sue recenti conclusioni nel caso *KS*, l’Avv. gen. Čapeta propone di estendere la giurisdizione della CGUE in modo tale da consentire il controllo di conformità con i diritti fondamentali di tutte le misure PESC¹⁵⁵. In questo modo, spiega l’Avv. gen.¹⁵⁶, sarebbe possibile l’adesione dell’Unione alla CEDU senza rischi per

institution, body, office or agency of human rights guaranteed by EU law falls outside the scope of the reference to CFSP provisions in Articles 24, par. 1, TEU and 275 TFEU, provided that the claim, while arising in a CFSP context does not seek to annul or declare invalid the sovereign policy choice that gives rise to that context»; *Tomanović e a./The European Union e a.*, cit., punto 80.

¹⁵³ Sull’applicabilità (o auspicabile applicazione) di tale dottrina alla PESC, L. LONARDO, *The Political Question Doctrine as Applied to Common Foreign and Security Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, vol. 22, n. 4, 2017, p. 571 ss.

¹⁵⁴ Conclusioni dell’Avv. gen. Bobek, *SATCEN/KF*, sopra citate, par. 78, e conclusioni dell’Avv. gen. Hogan, del 28 maggio 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran/Consiglio*, par. 47 e 48. A favore di questa lettura, si veda P. VAN ELSUWEGE, J. DE CONINCK, *Action for damages in relation to CFSP decisions pertaining to restrictive measures: A revolutionary move by the Court of Justice in Bank Refah Kargaran?*, in *EU Law Analysis*, 9 October 2020, disponibile su www.eulawanalysis.blogspot.com (ultimo accesso 15/09/2023). *Contra*, si vedano le conclusioni dell’Avv. gen. Wahl, *H/Consiglio*, sopra citate, par. 49, e la presa di posizione dell’Avv. gen. Kokott, sopra citata, par. 89-95.

¹⁵⁵ Conclusioni dell’Avv. gen. Čapeta, del 23 novembre 2023, C-29/22 P, *KS*, par. 116.

¹⁵⁶ *Ibidem*, par. 148-150.

l'autonomia del suo ordinamento con riguardo alla PESC. Per giungere a questo risultato, il ragionamento dell'Avv. gen. riesce a divincolarsi dal dato testuale delle clausole di “*carve-out*” e di “*claw-back*”, grazie ad una duplice mossa. Innanzitutto, l'Avv. gen. interpreta restrittivamente la prima delle due clausole. Facendo propria la citata “*political question doctrine*”, infatti, l'Avv. gen. individua la *ratio* dell'esclusione della giurisdizione della CGUE in materia di PESC nella separazione dei poteri tra giudiziario e politico, in virtù dell'equilibrio istituzionale definito dai Trattati¹⁵⁷. Tale *ratio*, però, – e qui sta il punto – non potrebbe comunque ritenersi idonea a giustificare l'assenza di scrutinio da parte della CGUE quanto al rispetto dei diritti fondamentali, poiché, in linea con il valore dello Stato di diritto, la violazione dei diritti fondamentali non può essere oggetto di una scelta politica legittima da parte delle Istituzioni competenti¹⁵⁸. A supporto di questa tesi, l'Avv. gen. nota che una simile esclusione della giurisdizione della CGUE non può rinvenirsi in nessun'altra politica: la Corte è sempre competente a riguardo. Eppure, sostiene, tale potere della CGUE non inficia di certo il rispetto dell'equilibrio istituzionale e della separazione dei poteri esistente negli altri settori del diritto UE¹⁵⁹. In secondo luogo, poi, l'Avv. gen. riesce ad eludere l'ostacolo rappresentato dai termini della clausola di “*claw-back*”, escludendone la rilevanza nella fattispecie in esame. Questa clausola, a suo dire, troverebbe applicazione solo qualora si rientrasse anche nell'ambito di quella di “*carve-out*”, *quod non*¹⁶⁰. Così facendo, quindi, l'Avv. gen. può evitare di avventurarsi in un'ulteriore esegesi espansiva della portata di tale disposizione¹⁶¹.

Stando alle conclusioni dell'Avv. gen. Čápetá, quindi, la sentenza *KS* potrebbe sciogliere definitivamente il nodo PESC. Da un lato, la Corte potrebbe essere tentata di seguire le conclusioni. In effetti, ciò le permetterebbe di allargare considerevolmente la propria giurisdizione in materia di PESC, mentre consentirebbe all'Unione di aderire alla

¹⁵⁷ *Ibidem*, parr. 113 e 114.

¹⁵⁸ *Ibidem*, par. 115.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, par. 126.

¹⁶¹ In effetti, questa operazione sarebbe risultata piuttosto ardua, visto che, *ratione materiae*, la clausola fa esplicito riferimento alle sole decisioni che prevedono misure restrittive.

CEDU senza necessità di riformare i Trattati. La lettura presentata dall'Avv. gen. potrebbe anche trovare un fondamento giurisprudenziale, in particolare nella sentenza *Kadi I*, in cui la protezione dei diritti fondamentali (ed il controllo giurisdizionale della stessa) è annoverata tra i «fondamenti stessi dell'ordinamento»¹⁶². Inoltre, una più ampia estensione della giurisdizione della CGUE in materia, volta ad una maggior tutela dei diritti fondamentali, risulta essere maggiormente in linea con l'idea di un'Unione di diritto¹⁶³.

Dall'altro lato, però, per quanto gradita possa suonare la versione dell'Avv. gen. Čapeta, i limiti testuali posti dai Trattati non possono essere totalmente ignorati¹⁶⁴. A riguardo, l'Avv. gen. sostiene che non si tratterebbe di modificare i Trattati per via pretoria, ma di interpretarli (nel senso sopra riassunto)¹⁶⁵. Tuttavia, l'argomento su cui siffatta interpretazione si basa risulta piuttosto fragile. Infatti, anche supponendo che la Corte intenda accogliere la “*political question*

¹⁶² Corte giust. 3 settembre 2008, C-402/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, punto 304. Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 85.

¹⁶³ Il ruolo svolto dallo Stato diritto nella giurisprudenza in cui la Corte di giustizia ha ampliato le proprie competenze nell'ambito della PESC è tanto centrale quanto complesso da definire. Ai fini del presente discorso, ci si limita ad osservare che, in *Bank Refah Kargaran*, il ragionamento che porta la Corte a concludere per l'allargamento della portata della propria giurisdizione fa leva soprattutto sull'argomento dello Stato di diritto. In quell'occasione, infatti, il valore in questione viene utilizzato dalla Corte per compiere un salto interpretativo di notevole portata (per una trattazione più approfondita in merito, si permetta di rimandare a N. BERGAMASCHI, *La sentenza Bank Refah Kargaran: l'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla PESC*, in *EP*, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1371 ss.). È corretto chiedersi, quindi, se tale argomento non possa condurre la Corte ad estendere ulteriormente le proprie competenze in materia. Secondo Butler, anche laddove la Corte partisse dall'approccio sotteso a *Bank Refah Kargaran*, incentrato sul valore dello Stato di diritto, la sentenza *KS* non potrebbe comunque arrivare ad estendere la competenza della CGUE così tanto da permettere l'adesione alla CEDU senza modifica dei Trattati; si veda G. BUTLER, *Op-Ed: “Jurisdiction of the EU Courts in the Common Foreign and Security Policy: Reflections on the Opinions of AG Čapeta in KS and KD, and Neves 77 Solutions”*, in *EU Law Live*, 29 November 2023, disponibile su www.eulawlive.com (ultimo accesso 15/12/2023).

¹⁶⁴ In effetti, è la giurisprudenza stessa della Corte a stabilire che non è possibile rimuovere i vincoli espressamente previsti dai Trattati in materia di rimedi giurisdizionali, neppure alla luce del principio di una tutela giurisdizionale effettiva, in Corte giust. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, punto 44; 1° aprile 2004, C-263/02 P, *Commissione/Jégo-Quéré*, punto 36.

¹⁶⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 100.

doctrine”¹⁶⁶, il punto cruciale delle conclusioni è quello secondo cui lo Stato di diritto e la tutela dei diritti fondamentali porrebbero un limite al margine di discrezionalità politica lasciato all’Unione nel settore della PESC, il rispetto del quale dovrebbe essere sottoposto ad accertamento da parte della CGUE, esattamente come accade in tutti gli altri settori in cui l’Unione ha competenza ad agire. A questo argomento, però, si può obiettare che l’analogia con i poteri attribuiti alla CGUE nelle altre politiche non regge fino in fondo. Infatti, l’esclusione della competenza della CGUE è proprio uno degli aspetti che contraddistingue la PESC dalle altre politiche dell’Unione dal punto di vista dell’assetto istituzionale. Si potrebbe dunque ritenere che l’equilibrio istituzionale nel settore della PESC, così come prefigurato a Lisbona, possa essere messo in discussione qualora si voglia riconoscere una implicita competenza della CGUE quanto al controllo del rispetto dei diritti fondamentali. Il riconoscimento di una simile competenza esporrebbe la Corte al rischio di forti critiche da parte delle cancellerie degli Stati membri (almeno di alcune) e potrebbe essere tacciata di essere *ultra vires*¹⁶⁷. In fin dei conti, quindi, i margini per l’accoglimento del ricorso in *KS* appaiono piuttosto risicati¹⁶⁸.

6. Segue. *L’approccio assunto dagli attori coinvolti nel tentativo di sciogliere il nodo*

Nell’attesa di eventuali ulteriori evoluzioni giurisprudenziali, è bene guardare anche alle soluzioni ed approcci discussi dagli altri attori. Successivamente al parere 2/13 erano state prospettate varie possibili soluzioni. Tra queste, ve ne sono due che potrebbero considerarsi come le più radicali, di segno reciprocamente opposto tra loro. In particolare,

¹⁶⁶ In senso sfavorevole, si veda T. VERELLEN, *AG Čapeta’s Opinion in Neves 77 Solutions: A Political Question Doctrine in EU Law?*, in *Thomas Verellen*, 30 November 2023, disponibile su www.thomasverellen.com (ultimo accesso 10/01/2024).

¹⁶⁷ Il rischio di eccedere nell’esercizio delle proprie competenze è paventato dalla Corte stessa, in *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, sopra citata, punto 44; *Commissione/Jégo-Quéré*, sopra citata, punto 36. Cfr. T. VERELLEN, *AG Čapeta’s Opinion in KS and KD: Reading Away the Treaty Text?*, in *Thomas Verellen*, 30 November 2023, disponibile su www.thomasverellen.com (ultimo accesso 15/12/2023).

¹⁶⁸ Cfr. G. BUTLER, *Op-Ed*, cit.

da un lato, vi sarebbe la possibilità di riformare i Trattati ed eliminare la clausola di “*carve-out*”¹⁶⁹, almeno per quanto riguarda il controllo sul rispetto dei diritti fondamentali¹⁷⁰. Ai fini dell’adesione, questa opzione sarebbe la più diretta, nonché la più efficace¹⁷¹. Come si può immaginare, però, essa è particolarmente complessa da realizzare, vista la necessità di una volontà unanime degli Stati membri, i quali dovrebbero acconsentire alla riduzione di quel grado di “*otherness*” che ancora contraddistingue la PESC dalle altre politiche dell’Unione¹⁷², ridimensionando almeno parzialmente (ma comunque considerevolmente) la natura intergovernativa che da sempre caratterizza tale politica. Inoltre, così facendo, gli Stati membri accetterebbero il rischio di un possibile attivismo giudiziario da parte della CGUE, che potrebbe in futuro intervenire a normalizzare ulteriormente la materia. Non sorprende, quindi, che al momento non risultino iniziative in tal senso da parte di Unione e Stati membri. All’estremo opposto, invece, ci sarebbe l’idea di “forzare” l’adesione *nonostante* il parere 2/13. Questa soluzione, immaginata da alcuni commentatori¹⁷³, comporterebbe, però, la seria possibilità di uno scontro tra i Signori dei Trattati e la Corte di giustizia, su di un tema

¹⁶⁹ Si veda, ad esempio, C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 147 ss., spec. p. 166. Di recente, il Parlamento europeo ha adottato una proposta di emendamento dei Trattati *ex art.* 48 TUE; si veda risoluzione del Parlamento europeo, del 22 novembre 2023, sui progetti del Parlamento europeo intesi a modificare i trattati, P9_TA(2023)0427. In particolare, l’emendamento 45 all’art. 24, par. 1, comma 2, prevede di attribuire alla CGUE piena competenza in materia di PESC, eliminando del tutto la clausola di “*carve-out*”. Come da procedura, la prossima mossa spetta ora al Consiglio europeo ed agli Stati membri. Come si dirà di seguito, al momento non sembrerebbe esserci unanimità in seno agli Stati membri sul punto (*infra*, nota 185).

¹⁷⁰ *Inter alia*, J. P. JACQUÉ, *What next after Opinion 2/13*, cit., p. 37; D. HALBERSTAM, *op. cit.*, p. 144.

¹⁷¹ Cfr. P. VAN ESLUWEGE, *Judicial review*, cit., pp. 1757 e 1758; M. SMOLEK, *op. cit.*, p. 375; C. TIMMERMANS, *EU Common Foreign and Security Policy and Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 305.

¹⁷² P. J. CARDWELL, *op. cit.*, p. 445.

¹⁷³ Qualcuno ha proposto di modificare il Protocollo (8), come A. LAZOWSKI, R. A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, in *GLJ*, vol. 16, n. 1, 2015, p. 179 ss., spec. p. 206. Altri hanno ipotizzato di aggiungere un protocollo *ad hoc* (c.d. “*notwithstanding protocol*”), come L. BESSELINK, M. CLAES, J. REESTMAN, *op. cit.*, pp. 7-11.

così sensibile qual è quello dell'autonomia del diritto UE¹⁷⁴. Anche questa opzione, per ora, pare scartata. D'altronde, gli Stati membri intervenuti in *KS* sembrerebbero concordare con la Corte di giustizia che «qualsiasi treno che possa arrivare a Strasburgo deve prima fermarsi a Lussemburgo»¹⁷⁵.

Una terza via, meno radicale rispetto alle precedenti, potrebbe essere quella di apporre una riserva che escluda il settore della PESC dall'adesione. Tuttavia, non è certo se il divieto di riserve generali *ex art. 57, par. 2, CEDU* permetta una riserva del genere¹⁷⁶. Di sicuro, questa sarebbe stata piuttosto difficile da negoziare con gli altri Paesi¹⁷⁷. In ogni caso, nel testo del progetto di accordo non ve ne è traccia (e neppure nei negoziati).

Prima di rinunciare e lasciare la ricerca di una soluzione all'Unione stessa, il gruppo "46+1" ha tentato un'altra pista, differente da quelle sopra menzionate. La versione del progetto di accordo emersa dal penultimo incontro del gruppo¹⁷⁸, infatti, conteneva un meccanismo di riattribuzione della responsabilità dall'UE agli Stati membri¹⁷⁹. In

¹⁷⁴ Nel parere 1/91, la Corte sembra intendere che non sarebbe possibile una modifica del diritto primario che sia volta a permettere all'Unione di aderire ad un accordo internazionale che minaccia il monopolio della CGUE nel garantire l'uniformità di interpretazione ed applicazione dell'UE; in parere 1/91, cit., punti 71 e 72. Cfr. J. L. DA CRUZ VILAÇA, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la «sanctuarisation» du renvoi préjudiciel Étude d'une limite matérielle à la révision des Traités*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 247 ss. In argomento, più in generale, si veda anche F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, pp. 184-185. In ogni caso, come evidenzia anche Butler, una simile forzatura da parte degli Stati membri risulterebbe quantomeno inopportuna; in G. BUTLER, *The Ultimate Stumbling Block: The Common Foreign and Security Policy, and Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in *Dublin University Law Journal*, vol. 39, n. 1, 2016, p. 229 ss., p. 239.

¹⁷⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 150.

¹⁷⁶ In senso affermativo, M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Judicial review of Common Foreign and Security Policy by the ECtHR and the (re)negotiation on the accession of the EU to the ECHR*, in *MJECL*, 2021, p. 1 ss., spec. pp. 12-14; G. BUTLER, *The Ultimate Stumbling Block*, cit., p. 239. In senso negativo, si veda presa di posizione dell'Avv. gen. Kokott, sopra citata, par. 83; M. SMOLEK, *op. cit.*, p. 375; B. DE WITTE, S. IMAMOVIĆ, *op. cit.*, p. 704; S. PEERS, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁷ Cfr. G. BUTLER, *The Ultimate Stumbling Block*, cit., p. 239.

¹⁷⁸ Gruppo "46+1", *Consolidated version of the draft Accession Instruments (as of 2 February 2023)*, Strasbourg, 16 February 2023, 46+1(2023)31.

¹⁷⁹ *Ibidem*, art. 1, par. 4, lett. a), a cui si aggiungevano i parr. 26c-26e del relativo rapporto esplicativo.

sostanza, si prevedeva di attribuire ad uno o più Stati membri la paternità di atti, misure od omissioni in ambito PESC originariamente attribuibili all'Unione stessa, nel caso in cui queste formassero oggetto di ricorso davanti alla Corte EDU e, contestualmente, la Corte di giustizia valutasse di non avere giurisdizione in merito. In questo modo, secondo gli ideatori del meccanismo, si sarebbe ottenuto un duplice obiettivo: consentire un controllo giurisdizionale completo da parte della Corte EDU in ambito PESC, ed evitare pronunce della Corte EDU vincolanti per l'UE in quei casi non coperti dalla giurisdizione della CGUE¹⁸⁰. Che un simile meccanismo fosse idoneo a superare il vaglio di compatibilità con i Trattati non è scontato, visto che il parere 2/13 non aveva definito del tutto quali fossero i contorni e la portata della questione. Di sicuro, però, esso avrebbe avuto il pregio di semplificare l'attribuzione di atti, azioni od omissioni in un ambito, quello della PESC, in cui l'allocatione delle competenze tra UE e Stati membri rappresenta un tema tanto complesso quanto delicato. Sia come sia, i negoziatori hanno infine scartato questa opzione, espungendo il meccanismo di riattribuzione dalla versione finale del progetto di accordo. In effetti, si sarebbe trattato di uno strumento piuttosto farraginoso, non del tutto immune dal rischio di compromettere l'efficacia della tutela del ricorrente. Inoltre, il gruppo di lavoro "Diritti fondamentali, diritti dei cittadini e libera circolazione delle persone" (FREMP) del Consiglio, che segue il dossier dell'adesione, ha convenuto che un simile meccanismo avrebbe comportato «legal difficulties of principle in terms of the judicial architecture of the Union»¹⁸¹.

Allo stato attuale, dunque, spetta all'Unione ed agli Stati membri trovare il modo di risolvere la questione. Sulle possibili alternative prese in considerazione, al momento, non si sa granché. Ad un certo punto, il gruppo FREMP ha vagliato la possibilità di una dichiarazione

¹⁸⁰ In argomento P. VAN ELSUWEGE, *Judicial review and the Common Foreign and Security Policy*, cit., pp. 1756 e 1757.

¹⁸¹ Consiglio dell'Unione europea, parere del servizio giuridico sul tema: *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) - Interpretative declaration concerning the last sentence of the second subparagraph of Article 24(1) TEU and the first paragraph of Article 275 TFEU (competence of the Court of Justice in CFSP matters) - Compatibility with the Treaties*, Brussels, 16 June 2022, 10360/22, par. 11.

intergovernativa volta a «reconcile the tension between, on the one hand, the obligation to accede to the ECHR set out in Article 6, par. 2, TEU, and, on the other hand, the specific rules and procedures of the CFSP»¹⁸². Attualmente non si conoscono ulteriori dettagli al riguardo. Tuttavia, questa strada sembrerebbe essere stata anch'essa abbandonata, visto che in seno al CDDH è stata fatta menzione di un'ulteriore opzione (oltre al meccanismo di riattribuzione ed alla dichiarazione) proposta in un non-paper della Commissione¹⁸³. Il contenuto non è stato diffuso, ma sarebbe oggetto di valutazione in seno al FREMP.

La sensazione è che vi sia ora attesa per la pronuncia della Corte di giustizia in *KS*¹⁸⁴. L'aspettativa, forse, è che tale pronuncia possa irrompere sulla scena come una sorta di *deus ex machina*, modificando in via pretoria lo *status quo* in tema di competenze della CGUE rispetto alla protezione dei diritti fondamentali in ambito di PESC ed aprendo una nuova breccia nelle mura del “*carve-out*”¹⁸⁵. Senza dubbio, ai fini dell'adesione, una soluzione di diritto pretorio sarebbe la più semplice ed immediata in termini di praticabilità. Resta, come si è detto, che essa non rappresenterebbe certo l'opzione migliore dal punto di vista della fedeltà alla lettera dei Trattati.

7. Conclusioni: quale sarà l'atteggiamento della CGUE?

Il nuovo progetto di accordo sembra riflettere la serietà dell'intenzione di portare a termine l'adesione dell'Unione alla CEDU da parte dell'Unione, dei suoi Stati membri ed anche degli altri Paesi parti della Convenzione. Riavviando i negoziati, gli attori coinvolti hanno mostrato di saper tornare in sella dopo la battuta d'arresto rappresentata dal parere 2/13.

¹⁸² *Ibidem*, par. 12.

¹⁸³ CDDH, *Report 98th meeting*, Strasbourg, 20 July 2023, CDDH(2023)R98, par. 10.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ È interessante notare a questo proposito come alcuni (sette) Stati membri siano intervenuti in *KS* per sostenere la posizione della Commissione, nel senso della presenza di giurisdizione in capo alla Corte; cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, *KS*, sopra citate, par. 48. Tuttavia, altri Stati membri (Francia e Repubblica Ceca) sono intervenuti nel senso opposto, a sostegno del Consiglio. Al momento, quindi, ancora non vi sarebbe l'unanimità necessaria alla modifica dei Trattati.

In effetti, il testo negoziato affronta efficacemente molti dei problemi che impedirono l'adesione nel 2014. Rimangono, tuttavia, alcuni elementi di perplessità. Tra questi, il più problematico è sicuramente quello inerente alla salvaguardia della reciproca fiducia tra gli Stati membri. Come visto, la clausola inserita nel progetto di accordo potrebbe non essere sufficiente. Certo, la situazione si è evoluta positivamente rispetto al 2014. Il dialogo (seppur indiretto) tra Lussemburgo e Strasburgo ed il progressivo avvicinamento tra le rispettive giurisprudenze in materia fanno, da questo punto di vista, ben sperare. Tuttavia, per superare definitivamente questo scoglio, la Corte di giustizia sarà tenuta ad adottare un atteggiamento di maggior fiducia nei confronti della Corte EDU, nel momento in cui le verrà chiesto di esprimersi sul nuovo progetto di accordo.

Prima ancora di arrivare ad un nuovo parere sulla compatibilità del progetto con il diritto UE, occorrerà comunque attendere che si scioglia (definitivamente!) il nodo PESC. In attesa che la Corte si pronunci sul caso *KS*, ciò che può dirsi con certezza è che la conclusione dei negoziati del progetto di accordo mette l'Unione e – soprattutto – gli Stati membri davanti all'esigenza di affrontare la questione della giurisdizione della CGUE in materia di PESC. In questo senso, il nuovo tentativo di adesione si candida ad essere un possibile catalizzatore ai fini di un ripensamento della materia, magari di portata sistemica¹⁸⁶. Ove la Corte ritenesse di non estendere ulteriormente la propria competenza in materia e gli Stati non decidessero di assumere le proprie responsabilità a riguardo¹⁸⁷, magari lavorando sulla proposta di modifica dei Trattati del Parlamento¹⁸⁸, si determinerebbe un ulteriore stallo, in grado di posticipare (ancora una volta) l'adesione a data da destinarsi.

¹⁸⁶ Se si arrivasse a normalizzare la giurisdizione della CGUE in ambito di PESC, estendendone al massimo la portata, si potrebbe superare quella che è stata definita come una situazione “*catch-22*”, posta tra l'integrazione di tale politica nell'ordinamento UE ed il particolarismo della stessa mantenuto *post-Lisbona* (P. VAN ESLUWEGE, *Judicial review*, cit., p. 1758). A tal proposito, vari autori hanno parlato del paradosso rappresentato dalla PESC; *inter alia*, P. J. CARDWELL, *op. cit.*, p. 445.

¹⁸⁷ Si tratta di un banco di prova della serietà delle intenzioni degli Stati membri di arrivare al perfezionamento dell'adesione dell'Unione alla CEDU.

¹⁸⁸ *Supra*, nota 169.

Se, invece, si riuscisse effettivamente a risolvere una volta per tutte il nodo PESC, il coinvolgimento della Corte di giustizia ai fini dell'emissione di un parere *ex art. 218, par. 11, TFUE* potrebbe divenire una prospettiva concreta. Decisivo risulterà, a quel punto, l'atteggiamento che la Corte vorrà assumere dinanzi al nuovo tentativo di adesione. Si è ricordato come alcuni commentatori abbiano rimproverato all'istituzione di aver voluto dare un segnale di chiusura e di eccessivo formalismo in occasione del parere 2/13. Non vi è dubbio che, qualora la Corte volesse riproporre criteri di valutazione particolarmente stringenti, come quelli individuati nel 2014, la possibilità di una valutazione pienamente positiva rimarrebbe un'evenienza remota. È vero che nel parere 1/17¹⁸⁹ la Corte ha mostrato un atteggiamento più morbido nel valutare la compatibilità con l'autonomia del diritto UE di un organo giurisdizionale di diritto internazionale¹⁹⁰. Questo precedente potrebbe considerarsi come espressione di un cambio di rotta della giurisprudenza sovranazionale. Tuttavia, le circostanze all'origine del parere 1/17 non sono del tutto paragonabili con quelle di cui si è sino ad ora discusso. Come noto, il parere 1/17 riguardava un meccanismo arbitrale (l'Investment Court System) da istituirsi nell'ambito di un accordo commerciale (il CETA) con un Paese terzo (il Canada). Dunque, il parere 1/17 aveva ad oggetto un caso attinente alla dimensione prettamente esterna dell'autonomia. Ciò significa che, in quell'occasione, non era in gioco il rapporto tra UE e Stati membri, né quello tra Stati membri, aspetti entrambi attinenti alla dimensione interna dell'autonomia. Non è un caso, del resto, che nel parere non fosse in discussione il principio della reciproca fiducia. Al contrario, tali profili rivestirebbero un ruolo centrale in un nuovo

¹⁸⁹ Corte giust. parere 30 aprile 2019, 1/17. Per un commento, si veda C. RAPOPORT, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, in *CMLR*, vol. 57, n. 6, 2020, p. 1725 ss.; E. GAILLARD, *CJUE. Règlement des différends relatifs aux investissements*, in *Journal du Droit International*, n. 3, 2019, p. 833 ss.; C. CELLERINO, *Il Parere della Corte di giustizia sull'accordo commerciale con il Canada*, in *QC*, n. 3, 2019, p. 702 ss.; P. KOUTRAKOS, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, in *ELR*, vol. 44, n. 3, 2019, p. 293 ss.; L. PANTALEO, *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, in *SIE*, n. 3, 2019, p. 775 ss.

¹⁹⁰ Cfr. C. RAPOPORT, *op. cit.*, pp. 1744 e 1755; P. KOUTRAKOS, *More on autonomy*, *cit.*, p. 294.

parere sull'adesione alla CEDU, così come fu già nel parere 2/13¹⁹¹. Da questo punto di vista, lo scenario di fronte alla Corte sarebbe semmai paragonabile a quello rilevante in *Achmea*¹⁹². Tenuto conto degli esiti di quest'ultimo procedimento, si tratta di un paragone assai poco promettente...

Ciò detto, resta il fatto che l'adesione dell'Unione alla Convenzione continua ad essere richiesta dall'art. 6, par. 2, TUE. Inoltre, nel parere 2/13, la Corte stessa ha riconosciuto che l'adesione non è di per sé incompatibile con il diritto dell'Unione e con la sua autonomia, almeno in linea di principio¹⁹³. Prima o poi, quindi, si dovrà arrivare ad un punto di caduta tra le varie istanze¹⁹⁴. Allora, la Corte di giustizia dovrà verosimilmente cedere su qualcosa. Magari, in occasione di questo terzo tentativo, essa potrebbe essere disposta ad assumere una postura meno intransigente rispetto a quella del 2014¹⁹⁵, soprattutto nel caso in cui la soluzione che verrà (auspicabilmente) trovata quanto al nodo PESC risultasse particolarmente soddisfacente¹⁹⁶.

¹⁹¹ Sull'impatto che l'adesione avrebbe potuto avere, all'epoca del parere 2/13, proprio sul versante dei rapporti tra ordinamento sovranazionale e ordinamenti degli Stati membri, si veda C. ECKES, *International Rulings and the EU Legal Order*, cit., p. 20.

¹⁹² In *Achmea*, la Corte ha stabilito l'incompatibilità dell'arbitrato previsto da un accordo bilaterale di investimento concluso tra Stati membri (quindi un accordo *intra-UE*), nella misura in cui questo affidi ad un tribunale arbitrale internazionale la soluzione delle controversie tra investitore e Stato sorte nell'ambito di tale accordo. In particolare, l'arbitrato è stato ritenuto essere in contrasto con il principio di autonomia (sostanziato negli artt. 344 e 267 TFUE), con il principio di leale cooperazione e con il principio di reciproca fiducia (cfr. *supra*, nota 62). Successivamente al parere 1/17, l'applicazione della giurisprudenza *Achmea* ai casi di arbitrato investitore-Stato *intra-UE* è stata ribadita anche in Corte giust. 2 settembre 2021, C-741/19, *République de Moldavie*, e nel parere 1/20, sopra citato. Per un commento, si veda A. DASHWOOD, *Komstroy and Opinion 1/20 – curious and curiouser*, in *CMLR*, vol. 59, 2022, p. 51 ss.

¹⁹³ Parere 2/13, sopra citato, punti 181 e 182.

¹⁹⁴ Cfr. T. LOCK, *Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order*, in *CMLR*, vol. 48, n. 4, 2011, p. 1015 ss., spec. p. 1033.

¹⁹⁵ Pirker e Reitemeyer hanno parlato, a riguardo, dell'opportunità di passare da una concezione di "*exclusive autonomy*", ad una di "*discursive autonomy*", in B. H. PIRKER, S. REITEMEYER, *Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental*, in *CYELS*, vol. 17, 2015, p. 168 ss.

¹⁹⁶ Provocatoriamente, qualcuno aveva prospettato l'idea secondo cui: «[o]pinion 2/13 could be seen as a strategic move of the ECJ to provoke such a modification of those unloved provisions of the Treaties that limit its judicial powers», in *Editorial Comments: The EU's Accession to the ECHR*, cit., p. 14.

ABSTRACT (ITA)

Il presente contributo intende fornire un apprezzamento circa lo stato attuale del processo di adesione dell'Unione alla CEDU, riavviato nel 2019 dopo la fase di stallo susseguitasi al parere 2/13 della CGUE. A tal fine, lo studio si concentra sulla versione definitiva del progetto di accordo di adesione recentemente negoziato in seno al Consiglio d'Europa. In particolare, ne valuta le innovazioni rispetto al progetto precedentemente cassato dalla CGUE e si sofferma sui principali ostacoli che potrebbero impedire il buon esito del tentativo corrente di adesione dell'Unione.

ABSTRACT (ENG)

The present contribution gives an account of the current stage of the accession process of the EU to the ECHR, which resumed in 2019 after the deadlock following the ECJ's opinion 2/13. In this sense, the study focuses on the final draft of the accession agreement recently negotiated within the context of the Council of Europe. Specifically, it assesses the innovative aspects of the new text in comparison with the previous version, quashed by the ECJ, and it dwells on the main obstacles that could jeopardise the Union's current attempt to accede.