

grotius | 5/2008

grotius

rivista di storia, istituzioni e politica internazionale

rivista annuale
anno V - 2008
registrazione n. 804
del 27 aprile 2004
presso il tribunale di Messina

—

direttore responsabile
Marcello Saija

—

Comitato scientifico
Antonio Donno
Luigi Vittorio Ferraris
Francesca Longo
Salvatore Lupo
Liborio Mattina
Federico Martino
Domenica Mazzù
Carla Meneguzzi Rostagni
Lina Panella
Daniele Pompejano
Ettore Rotelli
Fabio Rugge
Laura Saija
Gaetano Silvestri
Luciano Tosi
Claudio Zanghì

Comitato di redazione

Mariangela Attanasio
Francesco Battaglia
Domenico Forgione
Daniela Irrera
Giuseppe Lucchese
Michele Messina
Francesca Perrini
Anna Pitrone
Mario Puglisi
Azzurra Ridolfo
Giorgio Scichilone
Sonia Siracusa
Angela Villani

—

Rubbettino Editore
Viale Rosario Rubbettino, 10
88049 Soveria Mannelli
tel. 0968-6664275
fax 0968-602055
www.rubbettino.it
email:periodici@rubbettino.it

—

una copia € 12,00
c.c.p. n. 15062888
Intestato a
Rubbettino Editore
Soveria Mannelli

—

stampa
Rubbettino print

L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali
Atti del Convegno del 19 e 20 giugno 2010

	Premessa	4	<i>Claudio Zanghi</i>
	La <i>vetero-nova quaestio</i> dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee	7	<i>Angela Di Stasi</i>
	L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione Roma del 1950 sui diritti e le libertà fondamentali dell'individuo	19	<i>Augusto Sinagra</i>
	Considerazioni di carattere critico sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Roma del 1950	27	<i>Anna Lucia Valvo</i>
La nozione di giurisdizione nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e la sua applicazione all'UE		33	<i>Lina Panella</i>
Adesione dell'Unione europea alla convenzione europea dei diritti umani e previo esaurimento dei ricorsi interni		54	<i>Guido Napoletano</i>
Nuove competenze giurisdizionali della Corte europea dei diritti dell'uomo a seguito dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione		58	<i>Claudio Zanghi</i>
Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU		69	<i>Giancarlo Guarino</i>
L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali		121	<i>Umberto Leanza</i>
Il rapporto tra la Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali		127	<i>Francesca Perrini</i>
Gli effetti dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU sulla disciplina dell'intervento di terzo		134	<i>Nicola Colacino</i>
Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo all'interpretazione delle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE"		143	<i>Salvo Nicolosi</i>
Le variazioni della composizione degli organi della Convenzione europea sui diritti dell'uomo a seguito dell'adesione dell'Unione europea		151	<i>Elena Santiemma</i>
La competenza consultiva delle Corti europee dei diritti dell'uomo nell'ambito dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU		159	<i>Anna Pitrone</i>
Le funzioni del Segretario generale del Consiglio d'Europa in seguito all'adesione dell'Unione europea alla CEDU		167	<i>Luca Cardullo</i>
L'adesione nell'attività del gruppo di lavoro congiunto CDDH-UE		173	<i>Mariangela Attanasio</i>
Alcune precisazioni in merito alla portata nell'ordinamento italiano dei diritti menzionati dal nuovo art. 6 TUE, in seguito alle recenti pronunce del giudice amministrativo		182	<i>Marco Calisto</i>
L'Agenzia europea per i diritti fondamentali e i suoi rapporti con il Consiglio d'Europa in vista dell'adesione dell'UE alla CEDU		188	<i>Francesco Battaglia</i>

Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU

di Giancarlo Guarino

1. Introduzione e questioni generali: la struttura dell'adesione.

La prevista adesione della UE alla *Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*¹ pone già d'acchito alcune questioni fondamentali e preliminari, che saranno il sottofondo logico del discorso che mi accingo a svolgere.

Innanzitutto, lo stesso fatto "adesione" della UE alla *Convenzione*, che implica la (relativa, ma significativa) novità della adesione di una Organizzazione internazionale ad un trattato internazionale e, per certi versi, ad altra Organizzazione internazionale (o più genericamente "ente" internazionale)². Cosa magari non infrequente, ma di certo non priva di rilevanza dal punto di vista sistematico³, in termini generali, ma anche specifici, come vedremo poco più avanti.

L'UE, peraltro, aderendo alla *Convenzione* e quindi non limitandosi a recepirne, anzi ad applicarne, le norme come in precedenza – per ora basti questa osservazione su cui tornerò più avanti⁴ – è obbligata in quanto tale e *esattamente come gli stati membri* alla realizzazione dei diritti e al rispetto delle procedure derivanti dalla *Convenzione*.

Questo obbligo, è bene dirlo subito, a mio parere *non è mediato né mediabile* attraverso gli stati membri della UE e comunque non si svolge *solo attraverso* di essi, *ma è un obbligo direttamente gravante sulla UE stessa*: che aderisce in quanto tale alla *Convenzione*; diventandone parte "globale", risponde, insomma come ogni altra parte, per tutto ciò che *al suo interno* accade in violazione dei diritti dell'uomo⁵.

Per cui, è difficile, almeno in prima approssimazione, ricostruire in maniera logicamente, ma, quel che più importa, *sistematicamente* attendibile l'ipotesi che continuino ad essere gli stati (e non l'UE direttamente) a rispondere dinanzi alla CEDU delle eventuali violazioni delle norme della *Convenzione* conseguenti ad atti, almeno quelli di effetto diretto, dell'UE. Se, infatti, una possibile responsabilità dello stato (in quanto violatore "indiretto" della *Convenzione*) verso gli individui è certamente ipotizzabile quando siano gli stati stessi a dover emettere i provvedimenti necessari a rendere operativo l'atto comunitario di effetto indiretto (in ipotesi generatore di una violazione dei diritti dell'uomo della *Convenzione*) – con la conseguenza di permettere allo stato di attendere che siano i privati a muoversi per il giudizio sulla sua corrispondenza alle norme della *Convenzione* – non così potrebbe accadere per quelli di effetto diretto (sia pure quando richiedano interventi integrativi), per i quali, però, l'art. 344 del TFUE, come vedremo più avanti, sembrerebbe fare espresso divieto di proporre direttamente alla CEDU un ricorso del genere da parte di uno stato membro della UE⁶.

Ma, infine, potrebbe porsi anche il caso per cui sia l'interpretazione interna di un atto comunitario, formalmente coerente sia al diritto europeo della UE che a quello della *Convenzione*, a determinare una violazione di una norma della *Convenzione*⁷. Inoltre non è possibile sottrarsi alla domanda su: come interpretare la differenza di terminologia (ma in questo caso la terminologia copre una sostanza non certo marginale) nella

Convenzione, dove ci si riferisce talvolta (e, come vedremo, per lo più non è un caso) alle "Parti contraenti" e talaltra agli "stati". È pacifico e ovvio che una Organizzazione internazionale non è uno stato, ma la semplice ipotesi avanzata dal Gruppo di Lavoro (incaricato di presentare un progetto di trattato di adesione della UE alla *Convenzione*) di interpretare, attraverso la proposta modifica dell'art. 59 della *Convenzione*, la dizione "stato" come riferito alla UE *in quanto* "Parte contraente" (al di là della farraginosità della proposta⁸), non mi pare che risolva il problema di sostanza: che attiene al contenuto di volta in volta attribuito al termine. Il Gruppo di Lavoro, infatti, si limita, almeno finora, ad una proposta un po' superficiale, nella quale, in pratica, si afferma che la parola "stato", nella *Convenzione* e nei Protocolli, si intende riferita *anche* ad una "Parte contraente" come appunto l'UE («*sont compris comme s'appliquant à l'Union Européenne en tant que Haute Partie Contractante...*»⁹ o anche in inglese: «*they shall be understood as referring also to the European Union as a High Contracting Party...*»¹⁰). E dunque: quando nella *Convenzione* si parla di "stato" (ma non sempre, come vedremo, e ciò certamente non contribuisce alla chiarezza del risultato) ci si riferisce anche all'UE *in quanto* parte contraente¹¹. Restando tale la proposta in questa formulazione, il fatto che non si sostituisca *tout court* la parola "stato" con quella "Alta parte contraente", ma si adotti quella formula contorta, non mancherà di suscitare problemi interpretativi non di secondaria importanza. Ma la "atipicità" comunque interpretata della adesione così realizzata, pone almeno i seguenti altri problemi:

a.- quale sia l'ambito di "giurisdizione" della UE e se e in quale misura esso sia esclusivo. Non risulta, infatti, che venga modificato l'art. 1 della *Convenzione*¹²,

b.- ma anche quello di quale sia la posizione dello stato in riferimento a questa struttura, poiché si pone il problema, già accennato sopra, di sapere chi sia responsabile verso la Corte europea dei diritti dell'uomo per una applicazione interna di un atto comunitario, che in quanto tale o *per relationem* determini una violazione di una norma della *Convenzione*.

Con riferimento a questo secondo punto, sembrerebbe infatti ovvio, allo stato degli atti e alla luce dei principi generali sulla responsabilità internazionale degli stati, che se uno stato applichi esattamente una norma comunitaria, ma applicandola violi una norma della *Convenzione*, determina anche una responsabilità della UE; o addirittura solo della UE, se si applicasse a quest'ultima il principio comune in materia di responsabilità internazionale dello stato che vuole quest'ultimo responsabile degli atti dei suoi organi, o parti, nel caso di stati federali, anche se autonome¹³; sarà in altre parole più che lecito domandarsi se, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di adesione, lo stato non assuma la natura di un organo di un sistema più vasto, con tutti i problemi collegati alla applicazione dell'art. 344 TFUE, che ne conseguiranno¹⁴. Non è un caso, ad esempio, che la nostra Costituzione preveda appunto una serie di meccanismi destinati a permettere allo stato centrale di "correggere" d'autorità gli atti delle Regioni che possano determinare violazioni di diritto internazionale, e comunque, quando non possa o non voglia farlo, a rispondere di detta violazione, non diversamente che da quella provocata da qualunque suo organo, come ad esempio un giudice, non condizionabile nella sua decisione finale: lo stato, insomma e come noto, risponde anche oggettivamente in quanto un atto sia a lui imputabile¹⁵. Ma, così come nei confronti delle Regioni lo stato può agire anche sostituendosi ad esse o correggendone, attraverso la Corte Costituzionale, gli atti, in ipotesi, illeciti, si potrebbe ipotizzare che l'UE, pur a prescindere dalla possibilità che uno stato membro agisca direttamente contro di essa presso la CEDU, possa, però, intervenire sugli stati membri per indurli a correggere (o correggere direttamente!) quei comportamenti che fossero lesivi delle norme della *Convenzione*, ma conseguenti ad atti della UE. Insomma: mentre in astratto è possibile (anzi ermeneuticamente doveroso) porsi il problema circa la possibilità, da parte di uno stato membro di ottenere la condanna della UE per violazione della *Convenzione*, è altrettanto necessario porsi il problema se per caso anche

la UE, per parte sua, non possa agire (ma questa volta in maniera obbligatoria e diretta) perché uno stato membro non violi norme della *Convenzione*, nell'eseguire o applicare, magari correttamente, un atto dell'UE.

Tanto per fare un esempio recente e significativo e per rendere più chiaro il tema che sto ponendo: il giudice (italiano) che emetteva una sentenza in contumacia non commetteva alcun atto illecito (verso il diritto italiano) in quanto applicava correttamente la legge italiana, ma lo stato rispondeva e ha risposto sul piano internazionale dinanzi alla Corte europea sui diritti dell'uomo, come noto, per i problemi e le insufficienze conseguenti alla formulazione della legislazione italiana in materia. Alla fine, responsabilità risarcitoria a parte e anche questo sarà un ulteriore profilo di riflessione, è stata proprio l'Italia a *dover modificare la propria normativa*, per renderla conforme alle disposizioni della *Convenzione*. Tema, come noto, delicatissimo ma fondamentale, che investe la questione dell'esistenza o meno di un vero e proprio obbligo dello stato: una "obligation to fulfil"¹⁶. Sarà dunque da accertare, in particolare attraverso la giurisprudenza che non mancherà di derivare da queste nuove situazioni, se, *mutatis mutandis*, questa logica e i conseguenti principi non si applicheranno anche alla UE, e come¹⁷.

Ma, a dire il vero, non è nemmeno necessario più porsi il problema in astratto, come poco sopra a proposito della contumacia. È recentissima e fondamentale la sentenza della Corte Costituzionale, con la quale si afferma esattamente (o quasi) questo. A proposito dell'art. 630 c.p. p., infatti, la Corte, sulla base di alcune sentenze della CEDU¹⁸ che imponevano di garantire una revisione del processo per motivi non previsti dal menzionato articolo, con una classica sentenza additiva afferma che la norma, pur non prevista dalla legislazione italiana, deve essere applicata al caso di specie, in ossequio alla giurisprudenza CEDU, ma specialmente alla precedente giurisprudenza della Corte, a proposito dell'obbligo assoluto di adeguarsi alla normativa e alla giurisprudenza CEDU, fino al limite massimo della forzatura delle legislazione vigente, salvo intervento della

Corte Costituzionale, quando ciò non sia possibile, in applicazione dell'art. 117.1 Cost.¹⁹.

Sarà anzi perfino lecito chiedersi se, alla luce di certa giurisprudenza²⁰, il giudice già oggi possa semplicemente non applicare la norma in questione e quindi evitare la caduta dello stato nella responsabilità internazionale²¹.

L'ipotesi, infatti, è tutt'altro che peregrina, se si leggesse in trasparenza la recente giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana²², che, pur escludendo la facoltà del giudice di non applicare il diritto interno difforme dalla *Convenzione*, impone però a quel giudice di interpretare la norma interna in maniera conforme a quella. Se il giudice interno dovrà "forzare" l'interpretazione della norma italiana per renderla conforme a quella internazionale, dovrà a rigor di logica farlo anche con riferimento a quella di provenienza comunitaria (tanto più se di applicazione non diretta) fino al punto di non applicarla *tout court*, senza incorrere e fare incorrere lo stato in responsabilità alcuna verso la UE.

E cioè, al di là delle più specifiche valutazioni di diritto costituzionale che esulano da questo scritto, la domanda che ci si deve porre è: in una simile ipotesi, posto che il comportamento corretto dello stato possa determinare la responsabilità della UE (e non dello stesso stato, nell'ipotesi in cui lo stato fosse obbligato ad applicare o si trovasse attuata la norma al suo interno, in quanto norma di applicazione diretta) verso la *Convenzione*, se possa lo stato semplicemente (ma legittimamente) non applicare la norma che crei il problema, senza incorrere nella responsabilità comunitaria. Si tratta come ovvio di una ipotesi, quest'ultima, estremizzata al massimo e per ora semplicemente scolastica, ma in astratto tutt'altro, a mio parere, che impossibile²³, dato che si potrebbe arrivare fino a sostenere la legittimità del rifiuto di uno stato membro della UE di applicare una norma comunitaria di effetto indiretto: una direttiva insomma.

1.1 La relazione tra le norme dei vari ordinamenti interessati

Altra questione da discutere, sia pure solo sommariamente in questa sede, è quella della

necessità di coordinare le disposizioni dei due ordinamenti laddove esse vertano sulle stesse materie o su materie analoghe. Questione cui è collegata strettamente quella della relazione gerarchica (per usare il termine in maniera atecnica) tra i due sistemi di norme, laddove le divergenze dovessero essere insanabili per via di interpretazione, sia pure evolutiva. L'ipotesi è abbastanza improbabile, ma certo qualora due norme di diversa provenienza si riferissero alla medesima questione, si tratterà di verificare se l'ipotesi per cui la norma più garantista comunque debba prevalere valga anche in questo caso²⁴.

E dunque in altre parole l'importantissimo tema, relativo alla identificazione della norma effettivamente applicabile²⁵ e la ricostruzione del contenuto effettivo di essa²⁶ e della sua collocazione "gerarchica", tanto più che, come giustamente sottolinea la Corte Costituzionale italiana, la norma internazionale *formalmente convenzionale* potrebbe essere il risultato operativo di una norma generale di diritto internazionale, alla quale, dunque, andrebbe applicato, nel caso dell'ordinamento italiano, l'art. 10.1 Cost.²⁷. Con riferimento, in particolare alla ricostruzione del contenuto effettivo di quelle norme, giova riferirsi, anche qui, alle norme generali e ben note (in gran parte specificate nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) in tema di interpretazione delle norme convenzionali nei loro rapporti reciproci e di esse nei rapporti con le norme generali di diritto internazionale, così correttamente definite nella recente Sentenza 311/09 della Corte Costituzionale. Dove, non a caso, mentre si afferma (a mio parere molto correttamente) che (punto 6 della sentenza): «solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità... con riferimento al parametro dell'art. 117,

primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta» e nella quale, come noto, si conclude con una frase estremamente importante, ma tutta da interpretare, come vedremo più appresso: «Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento».

La nostra Corte, dunque, ragiona similmente, non occorre dirlo alla Sentenza del BVerfGE 37/271 del 29.5.1974 e BVerfGE 73/339 del 22.10.1986, cdd. Solange I e Solange II. Su questo, appunto, occorrerà meglio riflettere per valutare se sia possibile (in termini teorici) che una norma convenzionale internazionale regolarmente sottoscritta e ratificata nonché introdotta nell'ordinamento interno (italiano o di altro stato membro di UE e parte della Convenzione) possa, sia pure nella sua interpretazione ad opera di una Corte esterna allo stato (nel caso la Corte europea sui diritti dell'uomo), determinare addirittura la incostituzionalità della norma di adattamento, per l'impossibilità, sia pure data per implicito dalla Corte italiana (ma resa del tutto esplicita da quella tedesca nella Solange I) di interferire sul contenuto di una norma costituzionale italiana: quale non si specifica a dire il vero nella sentenza (ma sorge spontaneo il riferimento alla notissima Sentenza 1146/88 della nostra Corte Costituzionale, dove, come ben

noto, si afferma «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Come cercherò di spiegare più avanti, se ciò non sia altro che una sorta di "riflesso sovrano", un rigurgito di affermazione della intoccabile sovranità dello stato di fronte ad enti purchessiano internazionali, potrebbe fare saltare completamente il sistema di relazioni e interrelazioni costruito dal complesso normativo descritto. Non è infatti difficile immaginare che, sostanziosamente una ipotesi del genere in un rifiuto di applicare la norma internazionale, la stessa partecipazione dell'Italia al sistema internazionale stesso sarebbe pregiudicata in maniera irreparabile. Ma, come cercherò di articolare meglio in questa sede di quanto abbia accennato in passato, ciò nonché improbabile è, a mio parere illegittimo, se non addirittura costituzionalmente impossibile. Da ciò la domanda di fondo che sottende queste considerazioni: se sia da annoverare - da annoverare obbligatoriamente tra quegli in termini teorici, perfettamente sullo stesso piano di quella che si è posta agli ordinamenti di taluni stati membri quando si sono dovuti occupare dei rapporti tra gli ordinamenti (costituzionali e non) degli stati con quelli delle Organizzazioni internazionali in questione e delle diverse relazioni che tra detti ordinamenti si pongono.

In termini sommari, il riferimento è evidente, alla cd. giurisprudenza *Solange* e alla giurisprudenza *Lissabon* della Corte costituzionale tedesca²⁸, da un parte, e, dall'altra, alla recente e meno recente, ma dottissima²⁹, giurisprudenza costituzionale italiana in materia di applicazione e validità

del primo comma dell'art. 117 Cost. (dalla sentenza 348 del 2007 alla recentissima 113 del 2011) e alla sua differenziazione e integrazione con la giurisprudenza *Granital* e i suoi seguiti³⁰. Una giurisprudenza, quest'ultima ancora in via di evoluzione, ma suscettibile di consolidare in futuro dei risultati già oggi di enorme rilevanza e di una consapevole "modernità" e lungimiranza mai sufficientemente rilevata³¹.

Da un punto di vista di teoria generale, se mi è consentito avventurarmi, sia pure con molta cautela, su questo terreno, il problema è quello della compatibilità e coerenza degli ordinamenti che, in quanto collegati l'uno all'altro, vanno a mio giudizio necessariamente letti in termini di sistema, per non correre il rischio per cui ciascuno di essi sia preso in sé, ignorando quanto derivante dagli altri.

L'adesione, infatti, lo si voglia o no, determina una integrazione formale e sostanziale, tra i due sistemi di norme e con le norme che ai due sistemi sono collegate e che dai due sistemi derivano: "leggere" le norme dell'uno a prescindere o ignorando le norme dell'altro, *a partire dal momento della effettiva adesione* non è più, ammesso e non concesso che lo sia stato in passato, giuridicamente possibile. Del resto, lo stesso fatto per cui il Governo ha l'obbligo³² di comunicare al Parlamento i provvedimenti legislativi derivanti da norme della Convenzione o da atti da essa derivanti è evidente indice di quanto detto.

Lo scopo di queste pagine è solo quello di mostrare come l'obiettivo di detto coordinamento (ma in realtà, sia detto chiaramente, si tratta di *integrazione*) sia già in parte realizzato e come detto risultato vada collocato in una ottica complessiva, che vorrei definire anche sistemica.

2. Sulla complessità dei problemi formali dell'adesione

Per entrare nel merito della questione che ci occupa, oltre ai problemi enunciati sopra, non è possibile sottrarsi, e sia pure in poche righe, all'analisi dei problemi di carattere, apparentemente solo teorico, che

nascono dalla adesione della UE, in quanto organizzazione internazionale certamente dotata di soggettività internazionale³³ e di autonomia, alla *Convenzione*. È, in altre parole, la *vexata quaestio* della autonoma capacità della UE di imporre, in quanto ente "sovranazionale", norme agli stati in assenza di un loro esplicito consenso. Senza entrare nel merito della questione, non è possibile, peraltro, non sottolineare come la attuale distribuzione delle competenze tra gli stati membri e l'UE³⁴, se è vero che permette agli stati membri stessi di "recuperare" talune delle proprie competenze concorrenti ed esercitate dalla UE³⁵, *da un lato*, in tanto lo consente in quanto sia la UE di propria volontà e iniziativa a deciderlo, *dall'altro*, prevede delle competenze esclusive della UE nei confronti degli stati membri. Competenze, a loro volta, *in parte* predeterminate e predefinite (e quindi "perse" in maniera definitiva e *preliminare* all'atto stesso della stipula dei trattati³⁶) e in parte acquisibili *sua sponte* dalla UE "pescando" tra le competenze concorrenti (in sostanziale libertà) o creando poteri di azione nuovi (art. 352 TFUE) o infine esercitando i poteri derivanti dall'istituto della sussidiarietà³⁷, salvo a renderne nota l'adozione ai Parlamenti nazionali, che, per lo più, al massimo, possono protestare o comunque esprimere il proprio dissenso³⁸. E ciò per non parlare delle competenze esclusive acquisite dall'UE nell'ambito delle sue attività di rapporti esterni. Che, poi, la "perdita" di poteri da parte degli stati, sia "recuperabile" in ogni momento uscendo dalla Organizzazione, è cosa diversa e non influente sul discorso che stiamo conducendo. Indubbiamente, ogni cessione o concessione di poteri accade per lo più, grazie al voto (magari unanime) dei governi degli stati membri, con la conseguenza (tutta di diritto interno) di poter determinare una sorta di lesione del principio della divisione dei poteri³⁹, che però fino ad oggi ha trovato piena acquiescenza da parte degli stati membri⁴⁰ e in particolare dei rispettivi Parlamenti. Tutto ciò mette in luce in modo netto la grande complessità teorica della adesione della UE alla *Convenzione*⁴¹, in quanto essa

determina la necessità di coordinamento e di convivenza tra enti forti (gli stati, la UE e la CEDU) tutti dotati di poteri loro propri, tutti tendenzialmente prevalenti sugli altri: gli stati, infatti, pretendono il potere "ultimo", che è preteso (nell'ambito della sua competenza, spesso sovrapposta a quella degli stati membri) anche dalla UE, e nel suo campo proprio (a sua volta coincidente spesso con gli altri) dalla CEDU. Da ciò, ancora una volta, la necessità anche e principalmente teorica, di mettere ordine e rendere coordinabili sistemi normativi diversi, ma parte di una medesima struttura di per sé (per definizione) unitaria. I problemi anche tecnici dell'adesione, invece – e che, come noto, sono molteplici – probabilmente in parte verranno risolti con il trattato di adesione della UE alla *Convenzione*. Ma potrà, nel prosieguo del presente lavoro, ma può essere utile sottolineare quelli – e discutere sia pure in maniera necessariamente sommaria – che a me appaiono di particolare rilevanza, specie in quanto capaci di creare qualche problema di interpretazione e di ricostruzione degli istituendi rapporti tra l'UE e la *Convenzione*: e non solo, come vediamo subito, con la *Convenzione*.

2.1 La capacità delle organizzazioni internazionali di stipulare accordi e la sua applicazione al caso concreto

La prassi internazionale non è avara di casi in cui una Organizzazione internazionale partecipa o aderisce a trattati, o anche ad Organizzazioni internazionali: in particolare, come noto, proprio la UE non è nuova a fatti del genere. Non a caso la questione, in termini generali, è oggetto di una possibile *Convenzione* internazionale, già predisposta dalla *International Law Commission* e attualmente alla attenzione degli stati. La proposta di *Convenzione*, nel regolare i rapporti tra le Organizzazioni internazionali e gli (altri) soggetti di diritto internazionale, parte senz'altro da un presupposto, che qui si può dare per accettato, anche se non sono pienamente convinto che si applichi a tutte le Organizzazioni internazionali: la soggettività giuridica delle Organizzazioni stesse⁴².

Come noto la proposta di Convenzione, mentre dà per acquisita la natura di soggetto di diritto internazionale delle Organizzazioni internazionali⁴³, ne interpreta la potestà di concludere trattati alla luce del concetto di capacità in luogo di quello di sovranità, da interpretare alla luce e nell'ambito dei rispettivi Statuti⁴⁴. La distinzione tra la soggettività *tout court* e la capacità di concludere alla luce dello Statuto, torna utile ai fini del discorso che mi accingo a fare⁴⁵.

2.1.1 I precedenti

Il problema, che appunto non è di secondaria importanza, si è già posto in termini assai seri e ponderati in relazione in particolare alla natura giuridica, ma anche, e principalmente, in relazione alla sua capacità di agire in via autonoma e quindi di esistere in quanto ente autonomo, nel caso, prima, della CPGI e poi della CIG. Bastano, al proposito solo pochissimi riferimenti.

Per la CPGI la discussione fu ampia e articolata, dato che ciò che colpiva e colpisce al suo proposito è il suo collegamento non strettissimo e univoco con la SdN e non solo a seguito della possibilità, prevista nel suo statuto, che stati non membri della SdN potessero parteciparvi, ma anche (e a mio giudizio principalmente) a seguito del fatto che non tutti gli stati membri della SdN fossero da considerare *ipso facto* parti della CPGI⁴⁶. Questa è in effetti la principale differenza tra la vecchia corte e la nuova CIG, che invece viene definita esplicitamente organo delle NU nella Carta, pur permanendo inalterata la possibilità che uno stato non membro delle NU possa aderire alla Corte. Inoltre, come parte della dottrina ha ben messo in luce, sebbene la natura di "organo" delle NU per la Corte derivi *per tabulas* dallo Statuto è anche vero che quest'ultima, da un lato non è soggetta alla "direzione" o coordinamento o imperio, come si preferisce, da parte delle NU, e dall'altro, dispone di poteri molto più vicini a quelli del CdS che a quelli della AG: emette insomma atti obbligatori per i soggetti destinatari delle sue sentenze.

Altro elemento di indubbio interesse è la collocazione, strutturale, della CIG nel "sistema"

delle NU. Il fatto che essa, in altre parole, a norma in particolare dell'art. 92⁴⁷ è indicata come parte integrante e organo giudiziario principale della Organizzazione delle NU⁴⁸, e che «... shall act in accordance with the annexed Statute...». È, del quale però, come è ben noto, non è un annesso in senso tecnico. Infatti, lo Statuto della Corte non è indicato come annesso, ma segue semplicemente la Carta, ne è parte integrante⁴⁹, pur rivestendo una sua autonomia e individualità, nella misura in cui (e solo nella misura in cui) stati non membri delle NU aderiscano allo Statuto della CIG. E dunque, ogni stato membro è membro della CIG, ma non ogni membro della CIG è necessariamente membro delle NU, e la Corte segue ed applica i principi delle NU, nel cui quadro intende agire. Senza voler entrare in una discussione che qui non troverebbe posto, è però indubbio che la posizione della CIG (assai meno, ma non molto diversamente dalla CPGI⁵⁰, che peraltro opera alla luce dell'art. 14 del *Covenant*⁵¹) è più quella di un organismo autonomo (e dunque di una organizzazione internazionale) che quella di un semplice organo delle NU⁵². Solo per amore di completezza va aggiunto che, essendo la CIG parte integrante della Carta (pur essendone definita "annessa a...", senza esserne formalmente un annesso, come accennato) ne segue le sorti sotto ogni aspetto, ivi compresa una eventuale revisione o emendamento da realizzare con le procedure della Carta e cioè quella di cui agli artt. 108 e 109⁵³. E infatti, quest'ultima breve notazione non può qui essere trascurata, ciò dico perché, come noto, la particolare collocazione della CPGI nei confronti della SdN appare evidente e significativa se si guarda alla procedura utilizzata per procedere alla revisione del suo Statuto, che, appunto, fu modificato mediante un nuovo accordo dei soli stati membri della CPGI, nella forma della ratifica del nuovo testo o *della non opposizione* ad esso. Il contrario di ciò che accadrebbe per la CIG⁵⁴.

2.2 La situazione specifica dell'adesione della UE alla Convenzione

La questione, in quanto tale, non è di importanza determinante per l'indagine che ci interessa, salvo per chiarire quali

siano i rapporti che intercorrono tra la UE, parte della *Convenzione*, e il CdE, che di quella *Convenzione* è in qualche misura un referente. Diversamente dallo statuto delle NU, ma non per quanto attiene alla SdN, la partecipazione alla *Convenzione* (e dunque alla Corte che ne è una struttura derivata) non è di per sé indispensabile per chi aderisca al CdE, anche se, ed ecco una prima non irrilevante particolarità formale ma non del tutto marginale, il preambolo della *Convenzione* si apre con la frase: «The governments signatory hereto, being members of the Council of Europe...». L'espressione, così scritta, sembra limitarsi alla constatazione di fatto per la quale i firmatari sono membri del CdE. Ma, in effetti, solo alcuni dei firmatari dello statuto del CdE sono stati anche sottoscrittori della *Convenzione*, mentre tutti gli stati parte del CdE, sottoscrittori della *Convenzione* ma non del CdE, vi hanno acceduto⁵⁵.

Va anzi precisato che, a norma del n. 1 dell'art. 59, solo i membri del CdE⁵⁶ possono entrare a far parte, sottoscrivendola e poi ratificandola, della *Convenzione*⁵⁷, anche se alla cosa si oppose senza successo l'Assemblea Parlamentare, che nel 1962 propose appunto di modificare questa norma, ovviamente, per via di emendamento⁵⁸. La modifica, poi, è stata apportata appunto attraverso l'adozione del protocollo 14, che si limita, però, a permettere alla *sola UE* di accedere, ma non di firmare, la *Convenzione*. Tanto è vero, che il Gruppo di Lavoro incaricato di predisporre il testo dell'accordo di adesione, propone, tra l'altro, una modifica profonda del n. 2 del predetto art. 59, intesa a precisare gli effetti dell'impegno che la UE va ad assumere aderendo alla *Convenzione*⁵⁹.

La suggerita nuova disposizione si propone evidentemente di ovviare al rischio (particolarmente temuto dagli stati firmatari del trattato di Lisbona) che attraverso l'adesione alla *Convenzione* possano aumentare le competenze della UE. Ciò, come noto, è quanto affermato al n. 2 dell'art. 6 UE, e ribadito nella Dichiarazione n. 2 annessa al trattato⁶⁰ e all'art. 2 del Protocollo 8⁶¹, il cui art. 1, mentre afferma che l'adesione avverrà

mediante accordo, pone, *unilateralmente*, anche delle precise condizioni alla redazione dell'accordo medesimo⁶². A prescindere dal fatto che attraverso quella disposizione venga realizzato il (per vero alquanto fumoso) risultato voluto in termini generali dalla seconda frase del n. 2 dell'art 6 TUE, sembra evidente che uno degli effetti voglia essere, e sia effettivamente, quello di sottolineare con chiarezza la differenza tra le due Istituzioni e la volontà di garantire che non solo restino invariate le competenze dell'UE, ma che non vengano influenzate le posizioni dei singoli stati in relazione alla loro partecipazione alla *Convenzione* e ai relativi Protocolli, rispetto ai quali ultimi, infatti, si prevede una esplicita adesione da parte dell'UE, attraverso una serie di conseguenti modificazioni dei testi dei vari Protocolli⁶³. Il collegamento, dunque, tra la *Convenzione* e il CdE è lungi dall'essere un collegamento organico, ma (e qui soccorrono le considerazioni fatte prima con riferimento alle modalità di costituzione della CPGI) impone di considerare lo statuto del CdE come uno (non il solo, come vedremo fra un istante) degli strumenti ordinatori del sistema dei diritti dell'uomo. Rispetto ad esso, infatti, la *Convenzione* ha un rapporto di "subordinazione" sia pure *sui generis*, dato che non solo la *Convenzione* è stipulata nell'ambito del CdE, ma il Comitato dei Ministri dello stesso svolge delle funzioni di controllo non solo e non tanto sul funzionamento della *Convenzione*, quanto *sull'adeguatezza del comportamento della Alte parti contraenti* in relazione al trattato. E inoltre, la nomina dei giudici, non solo non è frutto di un accordo diretto tra i soggetti parte della *Convenzione*, ma è sottoposta alla decisione dell'Assemblea Parlamentare, che decide scegliendo da una rosa di nomi. Ma quel rapporto di subordinazione, non è in alcun modo un rapporto di tipo organico, né, mi sembra, di specializzazione del tipo degli accordi di cui agli artt. 57 e 63 della Carta delle NU: l'AG delle NU, rispetto alle agenzie specializzate (e agli organi subordinati come l'ECOSOC o il CAF), svolge una vera e propria azione di coordinamento e dunque di direzione, mentre nulla del

genere sembrerebbe affidato in relazione alla *Convenzione* al CdE, che agisce in maniera per dir così "parallela" attraverso gli eventuali interventi del Comitato dei Ministri e della stessa Assemblea Consultiva.

Della *Convenzione*, infine, possono fare parte solo membri del CdE, fino all'accessione della UE, che sarà l'unico membro della *Convenzione* a non far parte del CdE, con i problemi che ne derivano, in termini specialmente di coerenza del sistema, dato che esso permette l'"eccezione" della partecipazione alla *Convenzione* di un soggetto non membro del CdE. Ciò implica una *modifica esplicita* della *Convenzione*, ma è almeno doveroso domandarsi se ciò non possa avere ulteriori conseguenze, qualora un altro soggetto non (o non più) membro del CdE chiedesse di aderire (o di mantenere la propria partecipazione).

È inoltre un dato di fatto che l'adesione, di cui ci occupiamo, non è solo alla *Convenzione* per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come potrebbe apparire a prima vista, dato che l'adesione alla *Convenzione* comporta implicitamente ed esplicitamente anche la partecipazione della UE, in quanto Alta Parte contraente, alla Corte europea dei diritti dell'uomo e quindi la UE oltre a diventare parte di una convenzione (stipulata nell'ambito di una Organizzazione internazionale dagli stati che ne fanno parte e *solo tra di essi*), è anche parte di un ente, che non esiterei ad avvicinare assai, nella sua natura e funzione, ad una Organizzazione internazionale⁶⁴.

Si pone dunque il problema (non solo di rilevanza teorica) di sapere se la Corte è organo o meno del CdE, dato che, se potesse essere definita tale, si sarebbe di fronte ad una situazione in cui una Organizzazione internazionale (la UE) diventa parte di un organo (la Corte di Giustizia della *Convenzione*) a sua volta parte di una organizzazione diversa, della quale la UE non fa parte. Qualora, invece, non si volesse qualificare la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come organo del CdE, la situazione non sarebbe meno atipica, dato che l'UE si troverebbe ad essere parte di una organizzazione, a sua volta collegata

ad un'altra, dalla quale, pur non essendone organo, riceve il finanziamento, la nomina dei giudici e una serie di atti di controllo. In entrambi i casi, inoltre, una serie di atti e attività degli organi del CdE potrebbero essere *svolti anche nei confronti della UE*, in quanto e da quando parte della *Convenzione*, pur non essendo l'UE membro del CdE. Una situazione, a dire il vero, alquanto ingarbugliata.

E ciò per non parlare del problema delle relazioni tra la Corte e il Comitato dei Ministri del CdE, o meglio, tra quest'ultimo e il complesso della *Convenzione*. L'UE, infatti e per fare un esempio, non membro del CdE sarebbe assoggettata al "controllo" sulla corretta esecuzione delle sentenze della Corte (Art. 46 della *Convenzione*)⁶⁵ e sulla effettiva esecuzione delle soluzioni amichevoli di cui all'art. 39, da parte del Comitato dei Ministri del CdE. Quel controllo, inoltre, andrebbe effettuato (ed avrebbe rilevanza e valore) per quanto attiene alla esecuzione delle sentenze della CEDU nell'ambito UE e quindi, strettamente parlando, *non nell'ambito degli stati membri*. E dunque: la UE ha un ambito di competenza suo proprio, *diverso e distinto, ma specialmente da distinguere* da quello degli stati membri⁶⁶. D'altra parte, è il Comitato dei Ministri del CdE quello che decide in autonomia, ad esempio, del numero dei giudici dei vari collegi ex art. 26, così come è quello che può deferire alla Corte la richiesta di pareri consultivi.

È indubbio che alcune di queste difficoltà risulteranno attenuate dalla partecipazione della UE al Comitato dei Ministri (e all'Assemblea Parlamentare) quando si occupino di cose che la coinvolgano, così come è indubbio che il trattato di adesione darà probabilmente una risposta a questi problemi, ma è un fatto che la situazione che ne risulterà sarà assai atipica, ma specialmente fonte di possibili contrasti e difficoltà interpretative. In termini più propriamente teorici, sarà lecito domandarsi a qual titolo la UE parteciperà a decisioni di organi di una Organizzazione internazionale della quale non è tecnicamente parte⁶⁷. E nemmeno va trascurata la eventualità che, il Comitato dei Ministri assuma, in assenza

della UE, decisioni e orientamenti, che *indirettamente* possano influire (anche) su situazioni giuridiche proprie della UE: in realtà, a ben vedere, qualunque decisione adottata dal Comitato dei Ministri o dalla Assemblea Parlamentare in materia di diritti dell'uomo può influire in maniera anche determinante sulla UE, se non altro indirettamente. Ma altri problemi potrebbero nascere leggendo la situazione al contrario: potrebbe, in altre parole, accadere che atti del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea Parlamentare, adottati con la partecipazione della UE, abbiano effetti (magari solo indiretti) su parti della *Convenzione* non membri della UE⁶⁸.

2.3 La posizione particolare della Corte

Bisognerà dunque porsi innanzitutto la domanda circa la natura della Corte, che, in quanto organo operativo di una *Convenzione* ha sicuramente natura "organica", ma molto particolare, in quanto quell'organo, e il suo Statuto⁶⁹, sono creati da una *Convenzione* (anzi, ne sono parte integrante) alla quale possono solo partecipare gli stati membri del CdE, diversamente dalle non poche altre cui è ammessa la partecipazione di stati non membri del CdE⁷⁰, per non parlare degli accordi parziali e misti, cui è ammessa la partecipazione solo di alcuni stati membri e di altri non membri⁷¹. Infatti, come noto, la "rete" di convenzioni più o meno integrative del CdE è rilevante sia per numero che per variabilità dei contenuti.

E dunque, se la Corte è organo della *Convenzione*, non è, però, organo del CdE. Anzi, a voler essere precisi o minuziosi, la Corte è un organismo internazionale il cui Statuto è parte integrante di una (o meglio: creato da una) *convenzione*, che, a sua volta, non istituisce altro organo che non sia la Corte, e la istituisce come organismo esterno e diverso dal CdE, cui, però, lo legano la coincidenza (ormai solo parziale) nella membership, e *da un lato* forme di coordinamento e impulso non particolarmente strette e, *dall'altro*, di organizzazione, strettissime.

Il che, come rilevato sopra, non è cosa di assoluta novità, dato che è esattamente

quanto accadde a suo tempo con riferimento alla CPGI⁷², rispetto alla quale la partecipazione degli stati parte della SdN non era automaticamente estesa alla CPGI⁷³, diversamente da quanto accade oggi per la CIG⁷⁴, ma specialmente da quanto previsto dallo Statuto del CdE, che non fa riferimento alcuno alla *Convenzione* e meno che mai alla Corte, anche se, come già osservato, a quest'ultima partecipano *solo* membri del CdE e finché restino tali⁷⁵, ma *non necessariamente tutti* o tutti insieme⁷⁶. Oggi però e qui si sottolinea di nuovo la differenza, anche un ente non parte del CdE, può entrare a far parte della *Convenzione* e quindi della Corte, il che, mi pare, riduce maggiormente ancora il rapporto organico tra CdE e Corte. D'altra parte i giudici della Corte sono nominati da un organo del CdE, l'Assemblea Parlamentare⁷⁷, e il Comitato dei Ministri, tra l'altro, verifica che non solo siano rispettati i diritti dell'uomo nell'ambito della competenza delle Parti contraenti, ma anche che siano rispettate le sentenze della Corte e, nel caso di mancato rispetto, il Comitato stesso può agire a norma dell'art. 46, integrato da rappresentanti della UE che partecipano alle riunioni del Comitato quando esso *agisce come organo della Convenzione*⁷⁸, ma non quando agisce come organo del CdE. Anche per le spese della Corte, la UE viene immessa in un meccanismo estremamente complicato, che, in linea di principio, richiede una partecipazione da parte della UE alle spese collegate alla sua partecipazione alla *Convenzione*, ma poi risolve il problema con una suddivisione percentuale attribuendo alla UE la quota degli stati di maggiori dimensioni.

2.4 Di alcuni ulteriori problemi interpretativi

È però un fatto che la prima frase del Preambolo della *Convenzione*, limita ai soli stati membri del CdE la partecipazione alla *Convenzione* e l'UE evidentemente uno stato non è e comunque membro del CdE nemmeno. Curiosamente, però, finora non vi sono proposte di modifica di quella disposizione e nemmeno di quelle in cui, sempre nel preambolo alla *Convenzione*, si parla di interesse dei partecipanti, in quanto

membri del CdE a perseguire i diritti dell'uomo (co. 3) e in quanto governi fondati su principi analoghi in materia (co. 5) a realizzarli. Viceversa, nel preambolo della proposta di accordo di adesione, si sottolinea appunto la natura non statale della UE, peraltro dotata di uno specifico ordinamento e se ne deriva l'opportunità della adesione, evidentemente non in condizioni di parità con gli stati membri, pur se, attraverso l'affermazione del possesso da parte dell'UE di un proprio sistema giuridico, se ne conferma la natura di soggetto di diritto internazionale. In quanto tale titolare di diritti e di obblighi suoi propri, e non solo, perciò, con la qualità di gestore di interessi degli stati membri. Come già accennato, una normativa complicata e farraginoso⁷⁹.

Orbene, premesso che la natura del nuovo soggetto è diversa da quella degli stati fin qui aderenti, questa situazione richiede alcune modifiche della *Convenzione* di carattere apparentemente formale, ma anche sostanziale, se si pensi alla complessa elaborazione della procedura di co-difesa (litisconsorzio, insomma).

Perché, nella sostanza, con la aggiunta delle lettere *c* e *d* al n. 2 dell'art. 59⁸⁰, si identificano perfettamente le situazioni giuridiche dei partecipanti, stati e UE, la natura di Alta Parte contraente di quest'ultima è assimilata a quella degli stati, così come (cosa ancora più importante) le espressioni "nazionale" e "nazione", "paese", "amministrazione" e "integrità territoriale" e infine "interna", vanno intese da applicare *mutatis mutandis* (sic!) anche all'UE. È lecito quanto meno domandarsi cosa si intenda dire parlando di uso di certi concetti (si pensi in particolare a quello della integrità territoriale, mentre nulla si dice per quello di sicurezza pubblica)⁸¹ da interpretare... *mutatis mutandis*.

A questo punto, infatti, la domanda che sorge spontanea e immediata è appunto quale sia l'ambito territoriale proprio dell'UE da difendere nella sua integrità: potrebbe l'UE, dunque, opporsi, che so, alla cessione di una parte del territorio di uno stato o (e questo mi sembra un caso molto più interessante e significativo) alla mancata perdurante

estensione della validità della *Convenzione* a territori diversi da quello metropolitano di uno stato membro⁸²? Ci sarebbe, per vero, anche da chiedersi come si pensi che possa fare l'UE per difenderla quella integrità territoriale, così come sarebbe interessante approfondire perché invece la sicurezza pubblica sembra esclusa da tale considerazione. Certo è però, e ciò occorre sottolinearlo fin da ora, che affermare che la UE ha una integrità territoriale da difendere, pone le basi per riferirsi alla UE come ad un soggetto dotato di poteri e interessi simili a quelli *territoriali* di uno stato, *ma non coincidenti con essi*, per la mancanza da parte Ue di una sovranità territoriale⁸³.

Sta in fatto, infine, che, a differenza di quanto accade per gli stati, l'adesione della UE alla *Convenzione* avviene solo grazie ad un accordo *ad hoc* e non con la semplice sottoscrizione e ratifica. E che la partecipazione della UE alla *Convenzione* è e sarà atipica, se non altro perché specificamente negoziata, rispetto a quella degli stati parti, che invece possono solo aderire alla *Convenzione*, mediante la firma, senza alcun potere di negoziato sulle modalità e il contenuto dell'adesione, salva la possibilità di apporre riserve.

3 Le particolarità della progettata adesione dell'UE alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alcune contraddittorietà del sistema ipotizzato finora

Come abbiamo visto fin qui, l'UE, si trova ad accedere ad un sistema particolare e in modo, a sua volta, alquanto particolare⁸⁴.

L'UE, infatti, allo stato degli atti, dovrebbe accedere alla *Convenzione* (nella formulazione letterale dell'art. 59.2 così come derivante dall'entrata in vigore del Protocollo 14⁸⁵), con la semplice procedura della adesione se non della semplice sottoscrizione⁸⁶ della *Convenzione* stessa, come è stato per le altre parti contraenti. Ma, come accennato sopra, invece l'UE aderirà alla *Convenzione* mediante un

accordo *ad hoc*, come è specificato all'art. 11.1.a della proposta di accordo di adesione⁸⁷.

Due sono le brevissime osservazioni da fare al proposito.

La prima attiene al fatto che, almeno finora senza opposizione alcuna delle parti interessate, l'UE ottiene di fatto quanto previsto, implicitamente, dall'art. 1 del Protocollo 8 UE⁸⁸, e cioè di accedere mediante accordo *ad hoc*, piuttosto che, come previsto all'art. 59.2 (emendato) *Convenzione*, mediante semplice accessione o sottoscrizione, come fanno e hanno fatto le altre parti contraenti. Da ciò due conseguenze.

«Implicitamente», perché l'art. 1 del predetto Protocollo parla dell'«accordo relativo all'adesione», dando per scontato che l'altra parte (anzi le altre parti) accetti l'idea di stipulare detto accordo, peraltro, a sua volta, implicitamente previsto dallo *Steering Committee for Human Rights (Comité directeur pour les droits de l'homme)*.

La UE, comunque, ottiene una considerazione particolare da parte degli stati membri della *Convenzione*, che accettano di innovare rispetto alla prassi (e alla normativa finora vigente) relativa alla adesione di nuovi soggetti alla *Convenzione*. In questo senso, la qualità di soggetto parte, della UE, rispetto a quella dei soggetti parte, stati, ne risulta differenziata: sarà la prassi a decidere se ciò avrà delle conseguenze con riferimento ai diritti ed agli obblighi gravanti sulla UE. Ma è certo, sia detto solo in termini di suggerimento, che un aspetto di ciò sarà proprio il modo in cui la stessa UE si pone nei confronti della *Convenzione* con riferimento a quanto accennato prima ma sui cui tornerò più avanti, e cioè alla capacità degli stati membri della UE di ricorrere direttamente (come gli individui facenti capo agli stati membri della *Convenzione*) contro la UE per eventuali violazioni dei diritti dell'uomo. Inoltre, pur trattandosi di un aspetto marginale e che verosimilmente sarà risolto dalla prassi e dalla giurisprudenza, non si può non sottolineare come, attraverso l'accordo di adesione, possa di fatto risultare modificato il contenuto della norma dell'art. 6.2 TUE, che allude ad una semplice adesione alla

Convenzione e, quindi implicitamente, al relativo *acquis*. Certamente, infatti, una qualche modifica di fatto al trattato di Lisbona deriva, attraverso il trattato di adesione, quanto meno con riferimento alla procedura di vero e proprio litisconsorzio necessario, proposto dal progetto di accordo di adesione⁸⁹.

Anzi, a voler essere precisi, esiste una differenza non marginale tra gli obblighi assunti dalla UE e quelli assunti dalla *Convenzione*. L'UE, infatti, in base all'art. 5.2 *aderisce*, e quindi *deve aderire*, sia pure con le particolarità indicate nel Protocollo 8, ma l'adesione è un obbligo della UE in quanto tale, tanto più consistente in quanto, intanto, la *Convenzione* è introdotta nell'ordinamento comunitario per il tramite della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁹⁰ di cui all'art. 6.1, e mediante la loro partecipazione alla formazione dei principi generali di cui all'art. 6.3. Viceversa, l'art. 59.2 *Convenzione* (modificato grazie al Protocollo 14) afferma che l'UE *può accedere*⁹¹ e quindi non assume obbligo alcuno, neanche di negoziare e men che mai di contrarre, in materia. Per non parlare del fatto (su cui torno fra poco) per cui l'accordo di adesione (voluta dalla UE, ma non dalla *Convenzione*) deve necessariamente prevedere un meccanismo per rendere effettiva l'adesione diverso da quello comune, dato che la UE non *firma* la *Convenzione*, ma vi *aderisce all'atto stesso dell'entrata in vigore del trattato di adesione*. E, appunto, una particolarità ulteriore attiene al fatto, anch'esso di rilevanza forse molto modesta ma significativa nell'ottica della singolarità già segnalata della adesione di una Organizzazione internazionale ad altra organizzazione internazionale, per cui, diversamente dai soggetti che finora hanno aderito alla *Convenzione*, la UE non sottoscrive la *Convenzione*, ma vi *aderisce*, come disposto dal progetto di emendamento dell'art. 59.2⁹², nella forma, come appena detto, della redazione di una convenzione di adesione, la cui entrata in vigore, in quanto sottoscritta dagli stati membri della *Convenzione* e dall'UE e, se del caso, ratificata dagli stati membri (ma non dalla UE)⁹³ è, al tempo stesso, la data di adesione

della UE alla *Convenzione*, mentre, solo all'atto dell'entrata in vigore dell'accordo di adesione, saranno aggiunti al medesimo art. 59 anche il n. 5, relativo alla notifica da parte del Segretario Generale del CdE a tutte le Parti contraenti, che è cosa ovviamente marginale, ma anche il nuovo paragrafo 2 dello stesso articolo e tutte le altre norme di integrazione e modifica della *Convenzione* previste nell'accordo di adesione, che è invece, come vedremo fra poco, cosa tutt'altro che marginale.

Non sembra, invece, che il Gruppo di Lavoro abbia in animo di proporre modifiche all'art. 58.3 della *Convenzione*, dove si prevede la possibilità per cui uno stato che non faccia più parte del CdE, sia automaticamente non più parte nemmeno della *Convenzione*. È ovvio che, pur essendo il risultato non poco atipico, la disposizione non trova applicazione per quanto riguarda la UE, che, appunto, non è membro del CdE, ma è parte della *Convenzione*.

La disposizione, che anch'essa potrebbe apparire irrilevante ai fini del discorso in atto, a ben vedere, potrebbe porre invece un problema di non poca importanza: una volta realizzata l'adesione della UE. Uno stato membro della UE, infatti, potrebbe decidere di uscire dal CdE (magari per evitare di esserne allontanato come nel caso della Grecia nel 1970) o esserne espulso, ma se è vero che non uscire dalla UE. In questo caso se lo stato membro, in quanto tale, cessasse di essere tenuto al rispetto della *Convenzione* (e quindi a rispondere dinanzi alla Corte) potrebbe essere egualmente, sia pure indirettamente, investito da ciò che decida la Corte, nell'ipotesi in cui sia la UE ad essere parte di un giudizio dinanzi ad essa su questioni che abbiano rilevanza anche per quello stato: una singolare ipotesi, ci si permetta l'ironia, di "recesso impossibile"!

Da un lato, dunque, potrebbe darsi il caso per cui un cittadino di uno stato non più membro del CdE, ma ancor di più lo stesso stato, venga egualmente ad essere interessato a sentenze della Corte, per effetto di una controversia nella quale parte sia la UE, e per di più, sia detto incidentalmente, potrebbe in tal caso divenire destinatario di iniziative da

parte del Comitato dei Ministri del CdE, del quale non fa più parte!

Ma, *da un altro lato*, qualora il cittadino di uno stato non più membro della *Convenzione*, agisse in quanto "cittadino dell'unione"⁹⁴, ne potrebbe conseguire una condanna dello stato attraverso la UE. In altre parole, sarà utile domandarsi se un individuo possa, in quanto cittadino europeo, agire contro il proprio stato (oltre che contro l'UE) in quanto esso stato, pur non più membro del CdE, sia membro della UE e in quanto tale tenuto al rispetto delle norme della *Convenzione* ad esso imposte dalla UE, che le deve, a sua volta, rispettare, avendole sottoscritte.

Ma potrebbe anche verificarsi un caso ancora più complesso. Potrebbe cioè accadere che uno stato non più membro del CdE e quindi della *Convenzione*, ma membro della UE, nell'applicare un atto della UE, violi una norma della *Convenzione*. Nell'ipotesi, infatti, l'individuo non avrebbe mezzo alcuno di ricorso verso la CEDU, ma ne avrebbero, a parità di condizioni, i cittadini di altri stati membri sia della UE che del CdE. Ciò potrebbe determinare una disparità di trattamento e di situazioni giuridiche soggettive in stati diversi dell'UE, con le conseguenze facilmente immaginabili. In questa ipotesi, probabilmente, l'individuo potrebbe trovarsi ad agire contro il proprio stato (e quindi, eventualmente, in via pregiudiziale dinanzi alla CGUE) per una violazione di una norma comunitaria, che deve necessariamente essere conforme alla *Convenzione*, dato che l'UE ne è parte (e dunque obbligata) e lo stato dell'individuo non della *Convenzione*, ma solo della UE. La gran parte di questi problemi, a mio parere potrebbero essere, e verosimilmente saranno risolti attraverso una corretta e omnicomprensiva interpretazione ricostruttiva delle norme che ci interessano, anche in assenza di adeguate statuizioni nell'accordo di adesione, pur se ciò richiederà un lungo periodo di adeguamento della giurisprudenza alla nuova situazione, a tutto danno della certezza del diritto.

Ma prima di passare oltre, vanno aggiunte alcune ulteriori precisazioni.

4. I soggetti e la loro competenza. Il problema della *jurisdiction*

La somma, per dir così, della UE con la *Convenzione*, impone, ora, di spiegare adeguatamente, rileggendolo, il concetto di "jurisdiction", già ampiamente ed esaustivamente esaminato da altri di recente⁹⁵, per valutare in che maniera il fatto nuovo dell'adesione ne abbia modificato (a mio parere, lo dico subito, in maniera sostanziale) il contenuto. E infatti, l'art. 1 della *Convenzione*, del quale non pare che si progettino modifiche, continua ad affermare che la convenzione stessa si applica nell'ambito della *jurisdiction* delle Alte parti contraenti, anzi, che queste ultime garantiranno il rispetto della *Convenzione*, nell'ambito della loro *jurisdiction*, a "tutti": e cioè, a tutti gli individui⁹⁶ che ricadano nell'ambito della *jurisdiction* stessa. Tra le Alte parti contraenti, d'ora in avanti (o meglio: a far data dall'entrata in vigore del trattato di adesione) è compresa anche l'UE e quindi, lo dico solo incidentalmente senza ulteriori approfondimenti in questa sede, anche la UE stessa che direttamente deve "assicurare" il rispetto delle norme della *Convenzione* e, anche secondo l'interpretazione prevalente, operare per la realizzazione di quei diritti⁹⁷. Ciò premesso, al di là del significato complesso⁹⁸ riconosciuto al termine *jurisdiction* di cui alla disposizione in oggetto sembra necessario che esso oggi vada riletto e reinterpretato, alla luce della novità derivante dall'adesione. La partecipazione della UE alla *Convenzione*, infatti, modifica in larga misura (come cerco di mostrare fra un momento) i termini in cui richiede di essere "letto" quel riferimento.

Fino ad oggi, sia la giurisprudenza che la dottrina, hanno identificato l'espressione come riferita all'ambito della sovranità territoriale dello stato (comunque, ma strettamente in senso territoriale, intesa) anche se la stessa dottrina, anche quella più risalente, non manca di ampliare il concetto rispetto al semplice ambito spaziale dei confini dello stato⁹⁹ allargandolo al territorio "controllato", e dunque non solo al territorio sotto la sovranità in senso stretto e tecnico, dallo stato,

parte della *Convenzione*. In altre parole: lo stato, secondo quanto ripetutamente ribadisce la giurisprudenza della Corte, ha l'obbligo di garantire quei diritti a chiunque rientri nella sua *jurisdiction così come definita dal diritto internazionale pubblico vigente*¹⁰⁰. Il riferimento, dunque, è al concetto (e al contenuto) dell'ambito di sovranità dello stato, così come definito dal diritto internazionale vigente¹⁰¹.

L'interpretazione di quella espressione, in realtà, ha poi portato ad un relativo ampliamento del suo contenuto, con particolare riguardo al concetto, elaborato dalla Corte, del controllo effettivo, con riferimento a situazioni anche di occupazione militare¹⁰² come parametro di valutazione dell'obbligo di cui sopra, sia pure con qualche particolarità interpretativa, che, da un lato non ha consentito, ad esempio, di considerare il territorio serbo sotto controllo degli "alleati" perché... solo sotto bombardamento¹⁰³, mentre, dall'altro lato, ha condotto a ritenere estesa la competenza della Corte al territorio di Cipro¹⁰⁴ (illegittimamente occupato dalla Turchia, che vi installava una sorta di governo fantoccio¹⁰⁵) in quanto quel territorio era considerato effettivamente controllato dalla Turchia, ma al tempo stesso a non tener conto del "trucco" grazie al quale Öcalan veniva arrestato in quanto portato con l'inganno sotto il controllo effettivo turco, in una legazione diplomatica¹⁰⁶. Mentre dunque sembra abbastanza flessibile il contenuto del concetto, appare invece molto formalistica, un po' ambigua e perfino cavillosa, la posizione della Corte, in quanto, come ricordato, ha considerato non rientrante nella *jurisdiction* degli stati membri, il territorio serbo sulla base del fatto che esso non è occupato *fisicamente* dalle truppe di quei paesi, che però lo bombardavano¹⁰⁷ e ne avevano il pieno controllo aereo¹⁰⁸, mentre considera sotto controllo turco un territorio solo di fatto, in quanto militarmente occupato, sotto il controllo della Turchia¹⁰⁹. Peraltro, come noto, non sempre la terminologia della Corte e le sue decisioni sono univoche, perché in taluni casi la Corte parla di controllo "complessivo"¹¹⁰, quando addirittura non si parla semplicemente di asserzione dell'autorità dello stato¹¹¹ nei

confronti delle situazioni giuridiche soggettive interessate.

Senza addentrarci in una valutazione approfondita della giurisprudenza in merito, mi pare che si possa affermare che, benché il riferimento territoriale non manchi di certo nella giurisprudenza della Corte, esso sembra e, a mio parere, e giustamente, attenuarsi, e per certi versi "elasticizzarsi", nel tempo, indirizzandosi sempre di più verso una considerazione più vicina al concetto di competenza dello stato piuttosto che al tradizionale aspetto dell'ambito di sovranità territoriale, più o meno, effettiva¹¹².

Ciò, come si vedrà tra poco, diventa essenziale e spiega la digressione, dato che, comunque la si voglia interpretare, la norma dell'art. 1 della *Convenzione* va oggi (o meglio, dal momento dell'adesione effettuata) applicata necessariamente (e obbligatoriamente) tenendo conto della nuova Parte contraente: la UE, che certamente non è un soggetto territoriale e che però risponde dei propri comportamenti nell'ambito della sua *jurisdiction*. Già questo solo fatto deve obbligare ad interpretare il concetto di *jurisdiction* diversamente dal solo riferimento territoriale.

Infatti, quanto detto sopra impone di valutare in una nuova luce la norma sulla autonomia dello stato nell'indicazione dei territori a cui applicare la *Convenzione* di cui all'art. 56, visto che, rispetto a questa norma non si propone di modificare il termine "stato" in "Alta parte contraente"¹¹³. E dunque, appunto, mentre all'art. 56 si definisce l'ambito territoriale su cui ciascuno *stato* può, liberamente estendere la *Convenzione*, all'art. 1 il riferimento non può più logicamente essere solo territoriale in senso stretto per essere comunque riferito ad una Alta parte contraente, come la UE, che non è un soggetto territoriale, ma anche agli stati, visto che la giurisprudenza non limita la loro competenza al solo territorio dello stato. Sembra, dunque, chiaro che *jurisdiction* voglia (o, se si preferisce, vorrà, ad adesione avvenuta) riferirsi ad un concetto più ampio della pura sovranità territoriale dello stato, e precisamente all'intero *ambito di competenza* di ogni singola Parte

contraente. Mentre, infatti, lo stato, decide in autonomia se e quali territori assoggettare alla *Convenzione*, mentre, inoltre, la Corte estende quella competenza oltre il territorio proprio dello stato in talune circostanze, non necessariamente la *jurisdiction* della UE (Parte contraente) è limitata al territorio, per dir così, "affidatole" dagli stati membri¹¹⁴. Tanto più che non vi è, o potrebbe non esservi, coincidenza tra i territori assoggettati alla *Convenzione* ex art. 56 e quelli assoggettati alla UE.

E perciò, mentre lo stato, che è titolare della *sovranità* su un territorio suo proprio, deve consentire su di esso la applicazione della *Convenzione* e può estenderla (o vedersela estesa) anche ad altri territori da esso in qualunque modo "controllati effettivamente", la UE ha solo *competenze*, in gran parte di attribuzione, sui territori degli stati, non solo e necessariamente affidati alla UE dagli stessi. Non a caso, dunque, il Gruppo di Lavoro non ha proposto, diversamente che per le altre occorrenze del termine (sia pure con qualche "dimenticanza"¹¹⁵), una modifica dell'art. 56 della *Convenzione*, che resta infatti riferito agli "stati" in senso stretto. E dunque, ricostruendo la disposizione complessiva risultante: gli stati definiscono l'ambito di applicazione della *Convenzione* sulla base di quella porzione del territorio, che decidono di sottoporvi, "ampliato" con le situazioni extraterritoriali dove si determini un controllo effettivo ex art. 1, definito, se necessario, *ex post* per via giurisprudenziale. L'UE, invece, applica la *Convenzione* là dove abbia *jurisdiction* ex art. 1 e, a sua volta, controllo effettivo: ma, dunque, diversamente dallo stato, non "sceglie" quale territorio sottoporre alla *Convenzione*, ma l'ambito di *jurisdiction* in cui esercitare le proprie competenze risulta definito dal solo dato della capacità di esprimere, sia pure sempre *per relationem*, una forma di controllo effettivo, forse, anche solo relativamente a talune funzioni o attività¹¹⁶.

La UE, dunque, soggetto di diritto internazionale autonomo e indipendente¹¹⁷ (cheché ne pensi il largamente sopravvalutato BVerfGH) non dispone di sovranità territoriale, ma di *ambito* (non solo, si badi, spaziale) di *competenza* sì. Starà, probabilmente, alla

prassi stabilirne l'estensione, che comunque non coinciderà, mi pare di poter fin da ora affermare, con l'ambito elettivo di sovranità territoriale degli stati membri, singolarmente e nel loro complesso, se addirittura non potrà essere esteso anche al territorio di stati non membri della UE.

E dunque, anche alla luce della nuova proposta formulazione del n. 2 dell'art. 59 della *Convenzione*, e alla luce della proposta (finora) di convenzione di adesione si determina, *per tabulas*, la seguente relazione: *stato* equivale (a tutti gli effetti) ad *Alta parte contraente*¹¹⁸ (e non il contrario!) e *Alta parte contraente* è (anche) la UE, che certo territorio (in senso stretto) non ha e che aderisce, come è del resto ovvio, nei limiti delle proprie competenze e dei propri poteri¹¹⁹. Anche qui, forse, la smania di sottolineare che l'adesione non debba comportare nuovi oneri o poteri per la UE, fa dire cose sostanzialmente superflue, che non nascondono il dato per cui, dal punto di vista della *Convenzione*, l'UE è *Alta parte contraente* esattamente come le altre.

Al punto che, altro elemento derivante di nuovo dalla proposta di trattato di adesione alla *Convenzione* già discussa, la UE, *Alta parte Contraente* non *stato* ma assimilabile allo *stato*, viene accreditata di "nazionali", ecc.¹²⁰ e, quindi tra l'altro, del diritto alla "integrità territoriale"¹²¹, sia pure, nella strana dizione della proposta di accordo di adesione (art. 2.2.d.), "*mutatis mutandis*".

5. Di talune novità nel controllo del rispetto dei diritti dell'uomo da parte della CEDU a seguito dell'adesione

Detto ciò, bisogna ora definirne le conseguenze per quanto attiene alla effettiva possibilità e ai mezzi mediante i quali si realizza l'obbligo di rispetto della *Convenzione* conseguente alla partecipazione della UE, sotto i tre profili di cui di seguito.

5.1 a. Gli effetti dell'adesione sull'art. 33 Convenzione.

Se le modalità di funzionamento e gli effetti dell'adesione, fin qui descritti, sono

corretti, appare, a mio parere, chiaro che si determinerà (già nel contenuto materiale delle norme) una integrazione dei sistemi normativi in discussione (che sono almeno due¹²²), con la conseguenza per cui la UE *in quanto* tale, globalmente, si troverà assoggettata al controllo di conformità ai diritti dell'uomo dei suoi atti da parte della CEDU¹²³. Ciò per il semplice ma fondamentale motivo che è necessariamente la UE quella che, con l'adesione, deve, come ogni altra parte, conformarsi alla *Convenzione*¹²⁴, a. - sia perché, *sul piano formale* è la UE *in quanto* tale¹²⁵ che *aderisce* alla *Convenzione* e ne diventa direttamente *Alta parte contraente*, b. - sia perché la *Convenzione* stessa fissa, come è sua funzione e ragion d'essere precipua, dei parametri generali di comportamento di carattere universale, per non dire costituzionale¹²⁶: delle garanzie, insomma, direttamente esigibili¹²⁷ attraverso la CEDU. Quei parametri, peraltro, sono riconosciuti chiaramente come tali (e cioè come *informatori del sistema*) dallo stesso più volte citato art. 6.3 TUE, quando, posto che, anche sul piano strettamente letterale, mentre è la UE ad aderire formalmente alla *Convenzione* e non il contrario, esso afferma che i diritti fondamentali garantiti dalla *Convenzione* - arricchiti e integrati dalle tradizioni costituzionali¹²⁸ degli stati parte della UE (e non di quelli degli stati parte della *Convenzione* ma non della UE¹²⁹) - fanno parte del diritto dell'Unione *in quanto principi generali* di diritto dell'Unione, il quale, a sua volta, prevale sul diritto interno degli stati membri¹³⁰.

Insomma, in pochissime parole: *altro* è accettare, riconoscere, condividere, ecc. determinate norme come è stato e sarà fino ad adesione avvenuta nella formulazione del trattato di Lisbona¹³¹, *altro* è, *aderire* concretamente alla struttura formale in cui esse sono poste e interpretate in maniera autoritativa¹³².

Se ciò è vero, la posizione dell'UE nei confronti della *Convenzione*, non si differenzia logicamente e strutturalmente¹³³ da quella degli stati parti di essa E quindi, dato che gli atti dell'UE si impongono allo stato membro, ne sono per così dire legge, lo stato, da un

punto di vista, se si vuole, astratto, si trova, nei confronti della UE, in una posizione analoga a quella di un individuo nei confronti di uno stato parte della *Convenzione*. E pertanto logica vuole che possa ricorrere contro gli atti dell'UE che violino la *Convenzione*. La natura, comunque, di ente per dir così "interposto" della UE, tra la *Convenzione* e gli stati membri, è difficilmente negabile, e pertanto merita di essere studiato il rapporto (di "gerarchia funzionale"¹³⁴) che lega tra di loro gli individui, gli stati, la UE e la *Convenzione*. Resterebbe dunque solo da accertare se, nonché logicamente, anche giuridicamente sia possibile assimilare la posizione dello stato verso la UE a quella di un individuo verso uno stato, con il che, posto che lo stato membro può agire contro la UE per l'emissione di atti in contrasto con il trattato (ex art. 263 co. 2 TFUE), e posto altresì che il mancato rispetto delle norme della *Convenzione* implichi una violazione delle norme del trattato (per l'obbligo della UE di conformarsi, ad adesione effettuata), una volta esaurito il giudizio dinanzi alla CGUE ("come se" si applicasse la previsione dell'art. 35 *Convenzione*), lo stato membro dovrebbe avere la stessa possibilità offerta all'individuo di ricorso ulteriore alla stessa CEDU contro la UE¹³⁵, anche se una soluzione in tal senso sembra che non sia voluta¹³⁶.

Se ciò, però, per effetto come vedremo subito di una presunta preclusione dell'art. 344 TFUE, non si accettasse, conviene sottolinearlo subito, si determinerebbe una diversità di posizione tra un individuo, che può agire prima presso la CGUE e successivamente presso la CEDU – magari con l'imposizione di un litisconsorzio necessario della UE, come si prevede nella proposta di trattato di adesione – e uno stato che invece dovrebbe fermarsi alla CGUE: l'individuo avrebbe più possibilità e garanzie di uno stato!

Per non parlare del fatto, sul quale sorvolo in questa sede, per cui *da un lato* verrebbe a mancare l'uniformità di trattamento e di gestione dei diritti dell'uomo tra *tutti* gli stati parte della *Convenzione*, e, *dall'altro*, una disparità si creerebbe tra uno stato membro della UE, che potrebbe ricorrere solo contro quest'ultima (per atti della UE) e quella di uno

stato non membro della UE, che potrebbe ricorrere alla CEDU.

Ma, prima di tirare le conclusioni, bisogna rilevare che, a differenza di un individuo, lo stato parte della *Convenzione* dispone, e continuerà a disporre, di un mezzo di azione immediato e forte per opporsi alla violazione della *Convenzione* da parte di un'altra Alta parte contraente, e farla correggere: la procedura dell'art. 33 *Convenzione*. Che è uno strumento in più, parallelo, a disposizione dei *soli stati* (oggi: Alte parti contraenti), che si affianca a quello di cui sopra, a disposizione degli individui (art. 34 *Convenzione*), e per il quale nemmeno il previo esaurimento dei ricorsi interni è necessario¹³⁷. E dunque, se si riconosce alla UE, come è *per tabulas*, la qualità di *Alta parte contraente*, "uguale" alle altre, non si vede perché non possa uno stato membro della UE ricorrere ex art. 33, contro quest'ultima, quando essa emetta un atto contrario alla *Convenzione*, indipendentemente dal fatto che lo stato abbia o meno partecipato alla formazione di esso¹³⁸, tanto più che nulla osterebbe, né ora né in futuro, alla possibilità per lo stato membro di ricorrere contro un altro stato membro, oltre che a norma dell'art. 33 *Convenzione*, ex art. 259 TFUE, magari invocando una violazione del trattato di Lisbona, attraverso una violazione della *Convenzione*¹³⁹: se, infatti, l'UE aderisce alla *Convenzione* e vi si deve conformare, ne deve rispettare, *globalmente*, le norme e quindi un suo atto ad esse contrario sarà impugnabile per quel motivo esattamente come, già oggi, quello di uno stato parte.

Sembrerebbe inoltre illogico supporre che uno stato, membro della UE, debba accettare (e quindi applicare), senza poterne contestare *ab initio* l'entrata in vigore e l'applicazione, un atto UE in contrasto con i diritti dell'uomo della *Convenzione*, mentre invece potrebbe "attaccare" uno stato (parte della *Convenzione*, ma non della UE) per il medesimo motivo, per di più non essendone direttamente coinvolto, tanto più che uno stato non membro UE, potrebbe chiamare in causa sia lo stato membro che la UE stessa.

Ragion per cui, a rigor di logica, *innanzitutto*, così come oggi uno stato può liberamente

ricorrere, ex art. 33 *Convenzione*, contro un altro non vi è motivo logico per ritenere che, domani ad adesione effettiva, una parte contraente non possa ricorrere, se si tratti di uno stato: a.- contro un altro stato (e questo sembra pacifico) e, b.- contro la UE, in caso di emissione da parte di quest'ultima di norme in contrasto con i diritti dell'uomo garantiti dalla *Convenzione*. Ed inoltre, se si tratti della UE, non si vede perché, sempre a stretto rigore di logica, quest'ultima non possa, essa, ricorrere, sempre ex art. 33, contro uno stato, che è parte contraente esattamente come la UE. A tutto ciò, e si viene così al punto cruciale del discorso, sembra opporsi l'art. 344 TFUE, e il corrispondente art. 55 *Convenzione*¹⁴⁰, alla luce dell'art. 6 del progetto di accordo¹⁴¹, che dispone la piena sopravvivenza di entrambi. È appena il caso di ricordare che quest'ultima disposizione, palesemente e notoriamente, è proposta in ossequio all'art. 3 del Prot. 8 UE, che vieta che una qualsiasi norma del trattato di adesione, ex art. 1 del medesimo, possa avere «effetti» sul menzionato art. 344 TFUE. In altre parole e sorvolando sulla poca chiarezza e univocità della disposizione proposta, il risultato normativo perseguito vorrebbe essere tale per cui, da un lato, dovrebbe risultare impedito il ricorso dello stato alla CEDU dopo la procedura ex art. 263 TFUE, e, dall'altro, dovrebbe restare sterilizzato di fatto l'art. 33 *Convenzione* nell'ipotesi di un ricorso diretto di uno stato contro la UE, ma non, sembrerebbe, dell'UE contro uno stato membro. L'art. 344 TFUE, infatti, parla esplicitamente, e solo, di ricorsi (*rectius*: modi di composizione) degli stati¹⁴² membri, e quindi dovrebbe restare impregiudicata, per la UE, sia la procedura dell'art. 33 *Convenzione*, che quella dell'art. 258 TFUE: l'UE, del resto, non avrebbe ragione di usare altro mezzo per obbligare uno stato al rispetto delle norme della *Convenzione*, posto che si accetti che le norme della *Convenzione* sono, ad adesione avvenuta, parte del trattato. Anche qui, si porrebbe però il problema di comprendere se, una volta risolta in qualche modo la questione, la UE non possa ricorrere ulteriormente alla CEDU, ma qui, a leggere letteralmente la norma, l'art. 344 TFUE non troverebbe applicazione¹⁴³.

Se, però, l'interpretazione della norma in parola fosse quella di impedire comunque un ricorso di uno stato alla CEDU, si creerebbero delle notevoli, e giuridicamente poco sostenibili, disparità di trattamento.

Dato che, da un lato la UE continuerebbe a poter adoperare contro gli stati membri la procedura dell'art. 33, data la dizione della disposizione dell'art. 344 TFUE, dall'altro la disparità si creerebbe con gli altri stati, non membri della UE, che potrebbero invece ricorrere (o essere "attaccati") all'art. 33 sia contro gli stati membri della UE, che contro l'UE, mentre l'UE e gli stati membri, potrebbero ricorrere contro di essi ex art. 33, ma non nei loro reciproci rapporti¹⁴⁴.

Il che appare in contraddizione con quanto proposto dal gruppo di lavoro, che sostituisce, nell'art. 33 *Convenzione*, la dizione "Alta parte contraente" a quella di "stato": evidentemente per conti nuare a permettere il ricorso diretto di una parte contraente contro un'altra (ivi compresa l'UE), con quella particolare procedura. E dunque, l'unico modo per superare la contraddizione evidenziata, può solo essere quello di ammettere che, forse a dispetto del menzionato art. 344, ogni Alta parte contraente, ad adesione avvenuta, potrà ricorrere, a norma dell'art. 33 *Convenzione* o a seguito di una decisione non condivisa della CGUE invocata ex art. 263, contro una qualunque altra, ivi compresa l'UE, in quanto, ad adesione avvenuta, lo stato membro della UE, si trova in una posizione analoga a quella di un individuo verso lo stato.

Se non altro per ovviare alla disparità di opportunità che si creerebbero tra uno stato membro dell'UE e uno stato solo parte della *Convenzione*.

Il punto da affermare, per concludere, è che l'adesione della UE alla *Convenzione*, lo si voglia o no, istituisce *in fatto* un meccanismo di controllo della CEDU sugli atti UE. In altre parole, perciò, appare lecito affermare che la giurisdizione CEDU non potrà più essere considerata una struttura giurisdizionale "esterna" (ex art. 344 TFUE) rispetto al sistema UE, ma una di quelle «previste dal trattato stesso».

5.2 b. Gli effetti dell'adesione sull'obbligo di eseguire della UE

Un altro non irrilevante problema è dato dalla, più o meno condivisa, *obligation to fulfil*¹⁴⁵ da parte della UE, in quanto tale, rispetto alla quale la prassi verosimilmente si incaricherà di mostrare se sarà possibile all'individuo o anche allo stato agire contro la UE per vederla condannata non tanto al risarcimento quanto, di fatto, alla modifica della norma in discussione, non diversamente da quanto avvenuto quando uno stato (si pensi all'Italia nell'occasione della normativa sulla contumacia o anche, più recentemente, con la norma dell'art. 630 c.p. p., di cui alla sentenza della Corte Costituzionale 113 del 2011) disponesse di una normativa, in sé in contraddizione con una norma della *Convenzione*. Il tema non è, a ben vedere, di marginale importanza, dato che, almeno sul piano teorico, nel momento in cui si afferma che l'UE è una Alta parte contraente del trattato, non si vedrebbe bene perché ad essa non potesse in qualche modo essere imposto di adeguarsi alle norme della *Convenzione*. Su ciò, immagino, potrà rivelarsi decisiva la posizione (e il coraggio istituzionale, per dir così) della CGUE, che potrebbe trovarsi di fronte a situazioni paragonabili a quelle brillantemente risolte dalla nostra Corte Costituzionale con la citata sentenza 113/11, e magari in presenza di "pressioni" da parte del Comitato dei Ministri e della stessa Assemblea Parlamentare. Si determinerebbe, però, una situazione inversa rispetto a quella evidenziata in precedenza, in quanto ci si troverebbe di fronte alle "pressioni" di un ente come il CdE vero un ente, la UE, che del primo non è parte. Anche sulle eventuali misure provvisorie bisognerà attendere la giurisprudenza in materia, ma certo, nella logica fin qui proposta non si vede perché all'UE non possano esserne imposte (o "proposte") come agli stati parte della *Convenzione*.

5.3 c. Le conseguenze dell'adesione sui ricorsi individuali

Venendo, invece brevemente, ai ricorsi individuali, le ipotesi da prendere in considerazione, come noto, sono

sostanzialmente due, elencate dai due Presidenti della Corti nel documento già citato¹⁴⁶: a.- quella di un ricorso contro un atto ad effetto *indiretto* negli stati membri e, b.- quello del ricorso contro un atto ad effetto *diretto*¹⁴⁷.

Nel primo caso, sembrerebbe ovvio che l'individuo possa ricorrere contro lo stato (quando già questo non abbia agito autonomamente se si accettasse la tesi esposta più sopra) e quindi alla CEDU, indipendentemente da un passaggio attraverso la CGUE in via pregiudiziale. Il ricorso pregiudiziale, essendo non nel potere esclusivo della parte ricorrente, non potrebbe in questo caso essere considerato un "legal remedy" alla luce dell'art. 35 *Convenzione*¹⁴⁸. Ma in realtà, a mio avviso, non vi sarebbe in nessun caso un'esigenza, formale, di ricorso pregiudiziale, dato che, potendo ricorrere l'individuo alle giurisdizioni interne, l'esaurimento dei ricorsi interni sarebbe pienamente soddisfatto anche solo da esse. Non si vede proprio per quale motivo imponesse, come sembra di poter evincere dalle disposizioni dell'art. 4 della proposta di accordo di adesione, quel litisconsorzio necessario di cui si è discusso in quella sede¹⁴⁹. Beninteso, è ben chiaro come l'idea di fondo sia quella di non far pronunciare la CEDU su questioni che non siano state già almeno esaminate dalla CGUE o comunque dalle istanze comunitarie¹⁵⁰. Sarà sicuramente la prassi a valutare se e fino a che punto l'ipotesi del litisconsorzio potrà essere validamente mantenuta. Non ci si può, però, sottrarre alla perplessità scaturente dal fatto che l'attivazione di quella procedura avrebbe per effetto di aggravare notevolmente (in termini di tempi e anche di costi)¹⁵¹ la soddisfazione dell'interesse individuale a vedere riconosciuto il proprio buon diritto e quindi non mi sorprenderebbe certo se ci si trovasse di fronte a ricorsi contro detta procedura in applicazione dell'art. 6 *Convenzione*¹⁵².

Nel secondo caso, la situazione è solo apparentemente più semplice dato che, è ovvio che l'individuo soddisferebbe l'esigenza dell'art. 35 *Convenzione* e la presunta aspirazione dell'UE di essere sempre e

comunque in grado di esprimersi, agendo direttamente presso la CGUE, ma resterebbe non coperta da garanzia alcuna l'ipotesi in cui il privato sia privo della possibilità di ricorso alla CGUE ex art. 263 TFUE¹⁵³. È lecito domandarsi se, in quest'ultimo caso, non si possa pensare ad una sorta di richiesta di azione allo stato perché sia questo (secondo una logica simile a quella della protezione diplomatica) ad attivare la giurisdizione CEDU contro l'atto UE viziato alla luce della *Convenzione*. A parte questa ipotesi, per ora avventurosa, sembra, allo stato degli atti, che la questione rischi di restare senza risposta e dunque senza garanzia sui diritti dell'uomo. Ma è certo che una situazione del genere sarebbe in vistosa contraddizione con la logica stessa del sistema dei diritti dell'uomo e dell'integrazione tra le due strutture. La cosa in realtà e a ben vedere, potrebbe essere in pratica meno rilevante di quanto non possa apparire, se si pensa che anche nel diritto interno, quando sia emessa una norma dannosa o illegittima, essa (e i suoi effetti) è impugnabile solo quando, nell'eseguirla, si determini la lesione di un interesse individuale. La situazione, in ultima analisi, non sarebbe tanto diversa nel caso di un Regolamento, anche se non può non suscitare qualche perplessità il fatto che una violazione dei diritti dell'uomo resti attiva, solo perché nessuno ne abbia un danno immediato e diretto.

L'intera questione, peraltro, è tuttora allo studio del gruppo di lavoro e tutt'altro che conclusa, per cui basta per ora quanto osservato fin qui¹⁵⁴.

6. Gli effetti dell'adesione sul contenuto delle norme e sulle loro reciproche relazioni

Benché non ancora effettiva, la semplice decisione di aderire, determina fin da ora la necessità di analizzare nel loro complesso le norme che già da oggi vanno prese in considerazione ai fini della definizione dei diritti ed obblighi di privati, istituzioni, stati e organi della UE. Sembrerebbe, infatti, chiaro che se, limitatamente alla UE, la sola

disposizione dell'art. 6, è di per sé sufficiente a determinare una rilevante modifica del contenuto normativo delle disposizioni in tema di diritti dell'uomo (certamente per quanto attiene agli stati parte della UE e per la stessa UE), non così accade per la *Convenzione*. Se, infatti, per quanto attiene a quest'ultima, l'adesione della UE (con ciò che ne consegue, sia con riferimento alla composizione della Corte che con riferimento al contenuto normativo della *Convenzione*), tecnicamente non è ancora avvenuta, dato che l'art. 59 della *Convenzione*, frutto del Protocollo 14, si limita a stabilire che l'UE può aderire alla *Convenzione* (e dunque, fino ad adesione effettiva, dal punto di vista normativo per quella *Convenzione* nulla formalmente cambia), non così, però, accade per la UE, dove le norme adottate e già in vigore, con il trattato di Lisbona, incidono fortemente sul contenuto dei diritti e degli obblighi degli stati membri, degli individui che ad essi fanno capo e, infine, della stessa UE e, verosimilmente, anche dei suoi organi. L'art. 6 del TUE¹⁵⁵, in questo senso, è decisivo, dato che in esso non ci si limita a "prevedere" l'adesione, ma, mentre vi si afferma che l'UE aderisce (n. 2 dell'art. 6)¹⁵⁶, a.- *da un lato*, con il n. 1 dell'art. 6, si introducono formalmente e *immediatamente* nel trattato le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea conferendo ad esse pari valore rispetto al trattato stesso, con la conseguenza per cui, per effetto della disposizione di cui all'art. 52.3 della Carta, che *obbliga* ad interpretare la Carta stessa in modo coerente alla *Convenzione*¹⁵⁷, dette norme sono già parte del sistema giuridico dell'UE, mentre, b.- *dall'altro lato*, si aggiunge anche (art. 6.3) che i principi della *Convenzione*, in quanto tali¹⁵⁸ e del tutto a prescindere dall'adesione alla *Convenzione*, unitamente a quelli costituzionali degli stati parte della UE, determinano la formazione di principi generali di diritto dell'Unione. Ciò vuol dire, a mio parere e sia pure con tutta la cautela del caso, che la *Convenzione* e le norme costituzionali degli stati membri della UE, costituiscono il parametro per la costruzione di quel sistema di principi generali di diritto dell'UE, di cui alla

disposizione in esame: il paradigma, insomma dell'intero sistema. "Il", non "i" parametri o paradigmi, dato che i due complessi di norme (costituzionali e della Convenzione), sommati, costituiscono i detti principi generali della UE, in aggiunta o, a loro volta, sommati ai principi già consolidati della UE stessa.

Anche a costo di proporre una interpretazione un po' pedante della norma, è possibile rilevare, piuttosto che un rapporto gerarchico, una *differenza di rilevanza funzionale* tra le norme della *Convenzione*, quelle della Carta e quelle dello stesso TUE e TFUE: queste ultime, in sostanza, vengono a costituire in qualche modo la parte operativa del sistema, le norme materiali, insomma, da interpretare quindi sempre alla luce di quelle. Mi sia consentito qui di rammentare quanto già ebbi occasione di segnalare altrove¹⁵⁹, a proposito del fatto che la apparentemente minima differenza letterale tra l'art. 6 della precedente stesura e quello risultante dalla stesura di Lisbona, non è priva di conseguenze. Mentre, infatti, nella versione di Nizza l'art. 6.2 stabiliva che l'UE «rispetta i diritti fondamentali» garantiti dalla *Convenzione*, nella versione di Lisbona il testo dell'art. 6.3 afferma che i «diritti fondamentali garantiti..., fanno parte» del diritto dell'UE. E dunque, per farla breve, quei diritti sono ormai, fin dal momento dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, già parte integrante del diritto dell'Unione, che non si limita dunque a rispettarli, insomma ad applicarli così come sono nel loro sistema proprio, ma li *inserisce nel proprio sistema giuridico come parte integrante di esso*.

La differenza, a mio parere, non è di poco conto: mi sia consentito, al proposito, il parallelo forse azzardato, ma forse non tanto, tra il menzionato n. 3 dell'art. 6 TUE e il nostro art. 10.1 Cost., che svolge una funzione anche terminologicamente del tutto analoga, nella misura in cui la prima norma indica le norme (formalmente esterne al sistema) da cui si ricava il contenuto dei principi, esattamente come la nostra norma costituzionale indica le norme del diverso ordinamento giuridico dal quale ricavare le norme da applicare nel diritto interno italiano. Insomma, l'art. 6.3 è, a tutti gli effetti, da leggere come un norma di rinvio mobile (o

non ricettizio o in bianco, come si preferisce) ma comunque una norma di rinvio del sistema dell'UE alle norme indicate e alle ulteriori norme alle quali esse stesse fanno a loro volta riferimento.

Le norme frutto di questo particolare processo di formazione, insomma e mi si passi l'espressione volutamente azzardata, sono in qualche modo (o meglio vanno a costituire) le norme costituzionali (o almeno fondamentali) dell'intero sistema, specie quando esso sarà stato completato con la realizzazione concreta dell'adesione. E dunque, per completare nell'azzardare la ricostruzione, il sistema che risulta da ciò, sarà un sistema complesso, composto dalla UE (e dalla sua normativa e prassi) e dalla *Convenzione* (e sua normativa e prassi): un sistema articolato in un vero e proprio sistema di natura "costituzionale" (composto dai principi generali di diritto dell'UE, i principi della *Convenzione* coordinati con quelli della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁶⁰) e di natura "ordinaria" (composto dalle norme materiali dell'UE).

Di nuovo, mi sia consentito, la terminologia non deve trarre in inganno nel senso di fare pensare ad un rapporto gerarchico tra detti complessi di norme. Esse infatti, a mio parere, sono il frutto di un processo di formazione su base consensuale (pattizia) da cui possono anche derivare norme di natura "costituzionale", ma solo nella misura in cui per tale via si vengano a formare principi generali di diritto internazionale o, se si preferisce, nella terminologia corrente, norme di *ius cogens*.

6.1 Il funzionamento del meccanismo del rinvio, e il contenuto della norma

A bene vedere, dunque, l'esistenza del descritto meccanismo di rinvio, allo stato degli atti, appare sufficientemente esplicito, e quindi le norme richiamate entrano a far parte dell'ordinamento richiamante, il quale deve conformarsi ad esse (anzi, a stretto rigore, da esse è anche automaticamente modificato). Dal momento in cui la UE aderirà alla *Convenzione*, sarà la stessa UE ad entrare a far parte di un sistema, specialmente in

termini di partecipazione soggettiva, più ampio, che è quello della *Convenzione*: il che, se non implica affatto che le norme di quest'ultima debbano prevalere in qualunque modo, in termini gerarchici, su quelle della UE, non impedisce nemmeno di sottolineare come le norme della *Convenzione* siano per lo più norme di carattere ordinatorio e di garanzia. Utilizzando il medesimo schema di ragionamento affermato dalla nostra Corte Costituzionale (ma anche in altri ordinamenti europei) in riferimento alle relazioni tra il diritto interno italiano e quello della UE e della *Convenzione*, la norma "esterna", in quanto introdotta per rinvio (non ricettizio), ha il potere di modificare la norma richiamante, almeno e *prima facie* fin tanto che non confligga con punti inderogabili del sistema ricevente. Quelle norme, peraltro, sono a loro volta (almeno nella parte che qui ci interessa) il frutto proprio del condensato (per così dire) delle norme fondamentali espresse nelle e ricavati dalle «tradizioni» costituzionali degli stati membri della UE. E dunque, il rischio (paventato, a mio parere a torto, anche dalla nostra Corte Costituzionale con riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento, rispetto alle norme di provenienza internazionale) di una violazione, per tale via, dei principi costituzionali degli stati membri della UE è escluso *per tabulas*¹⁶¹.

In altre parole: se le norme in questione sono (anche) il frutto delle norme costituzionali di uno stato, esse per definizione non possono essere in conflitto con gli stessi principi, con le stesse norme, che le hanno generate!

E dunque, una prima sintetica immediata conseguenza: le norme della *Convenzione* per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sono, a partire dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, parte integrante del diritto UE grazie ad un rinvio, e, per di più, trattandosi di un rinvio in bianco, lo sono così come *effettivamente* vigenti e dunque così come interpretate e applicate, *nei confronti di tutti gli stati parte della Convenzione stessa*, e come determinate nel loro contenuto dalla loro applicazione e interpretazione da parte, di nuovo, *di tutti gli stati parte della Convenzione*¹⁶². Tutto ciò, fin da ora, immediatamente, ma a maggior

ragione a trattato di adesione entrato in vigore¹⁶³.

Ne consegue che in materia di diritti dell'uomo il complesso normativo al quale è vincolato ogni stato membro della UE e la stessa UE, è un complesso molto più articolato di quanto non fosse prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

Ed innanzitutto, ciò implica che il modo in cui le norme della *Convenzione* risultino interpretate grazie al contributo di stati *non membri* della UE, vale anche per gli stati membri della UE, mentre lo stesso non vale per quanto attiene alle influenze che l'applicazione del diritto dell'UE potrebbe avere sul contenuto delle norme della *Convenzione*, fin tanto che l'accordo di adesione non sia in vigore.

7. Il complesso normativo risultante dalla adesione: la struttura del sistema

Il complesso normativo di fronte al quale ci si trova già ora e ci troveremo ad adesione avvenuta, è dunque davvero imponente, differenziato e proveniente da fonti diverse. Detto complesso normativo, non può non essere in qualche maniera condotto a sistema, nel senso che, trattandosi di applicare più norme di fonte diversa e di contenuto differente, e il cui contenuto "vivente", inoltre, è determinato da diverse "centrali" di applicazione e di interpretazione, le inevitabili antinomie o determinano l'esclusione della validità di una determinata norma, o la necessità di interpretarle e applicarle in maniera coordinata, come parte, insomma, di un sistema organico. Se pure si volesse affermare che ogni norma si applichi solo rispetto al proprio specifico ambito soggettivo, resta il fatto che una gran parte di esse si rivolge al medesimo gruppo di soggetti e pertanto le conseguenti antinomie sono, a maggior ragione, inammissibili e vanno risolte. Da un altro punto di vista, del resto e in termini anche più generali, i criteri, di carattere sicuramente di diritto internazionale generale, indicati all'art. 30 della *Convenzione* di Vienna sul diritto dei

trattati, obbligano a leggere quelle norme in maniera coordinata e dunque, sistematica. In parole povere, come non è pensabile che in futuro le norme in tema di diritti dell'uomo dell'UE possano prescindere da quelle della *Convenzione*¹⁶⁴, nemmeno sarà ipotizzabile che le norme della *Convenzione* vivano in un loro ambito diverso e indipendente. Tanto più che gli artt. 17 e 53 *Convenzione* e l'art. 52.3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea richiedono obbligatoriamente detto coordinamento¹⁶⁵.

Le norme di cui si parla sono dunque, sinteticamente, le seguenti: 1.- le norme del diritto, primario e non, UE¹⁶⁶; 2.- le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ormai parte integrante del trattato UE (Art. 6.1); 3.- le norme della *Convenzione*; 4.- le altre norme di diritto internazionale dei diritti dell'uomo, richiamate in varie disposizioni del trattato di Lisbona e della Carta oltre che dalla *Convenzione*; 5.- il sistema delle NU, richiamato esplicitamente in varie disposizioni del trattato UE, a partire dall'art. 21 TUE, dove, tra l'altro, si afferma la "indivisibilità e universalità" dei diritti dell'uomo: se sono indivisibili devono ovunque valere nella loro interezza, se sono universali non possono essere "regionalizzati"; 6.- le tradizioni costituzionali degli stati membri della UE. Dal complesso normativo che deriva dalla convivenza della UE e della *Convenzione* (ma anche di altre convenzioni in materia di diritti dell'uomo come si evince, solo per fare un esempio a caso dai *considerando* delle due direttive 43 e 78/2000 in materia di discriminazione, *che non fanno riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*)¹⁶⁷ il quadro normativo di riferimento appare molto articolato e quindi da ricostruire nella sua complessità, perché, adesione a parte, le norme interessate da questo processo vanno necessariamente collegate e portate ad unità, altrimenti si rischia di avere in funzione sistemi diversi per situazioni uguali o strettamente analoghe. Del resto, il *Preambolo* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, al co. 5, esplicitamente si riferisce agli obblighi internazionali pattizi degli stati¹⁶⁸, sia in ambito europeo che universale. Né si può sottacere il fatto che gli stessi trattati

UE, non nascondono l'intenzione esplicita di considerare i trattati stessi inseriti nella logica e nella struttura giuridica delle Nazioni Unite¹⁶⁹, nel quadro del ricordato principio della «universalità e indivisibilità» dei diritti dell'uomo, di cui all'art. 21 TUE.

Se dunque, le norme in materia di diritti dell'uomo di cui stiamo discutendo sono viste nell'ambito della Carta delle Nazioni Unite, e vanno intese in termini universali e indivisibili, ne deve necessariamente conseguire che la loro lettura e applicazione non può essere condotta norma per norma nel proprio ambito, ma ciascuna di esse va invece collocata nel quadro generale, nell'ambito del quale e solo nell'ambito del quale la singola norma potrà essere interpretata e quindi applicata.

Mi sia consentito di osservare incidentalmente a tal proposito che la stessa CGUE esprime la convinzione che le norme della UE vadano lette anche nell'ambito della logica e del sistema delle NU, e che ciò posto, sia poi compito del giudice comunitario stabilire come dare applicazione a quelle disposizioni, garantendo nel caso di specie il rispetto di determinate regole, *che non sono escluse in linea di principio dalle disposizioni delle NU*, che si limitano, per dir così, a disporre l'effetto, senza incidere sulle modalità per la sua realizzazione¹⁷⁰.

E dunque, la singola fattispecie da esaminare, pur rientrando formalmente, ad esempio, nell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non potrà certo essere risolta solo ed esclusivamente alla luce delle norme della stessa Carta. Nel caso di specie, come osservato sopra, è la stessa Carta che lo dice all'art. 52.3, dove, appunto, si afferma *da un lato* che nessuna norma della Carta può impedire di applicare una norma della *Convenzione* sul medesimo oggetto (quando, ovviamente sia più "favorevole"), ma nemmeno, *dall'altro lato*, può impedire di applicare norme della UE, qualora siano esse ad essere più favorevoli¹⁷¹. Ma la Carta, in realtà è ora parte integrante del diritto della UE¹⁷².

L'apparente circolo vizioso (ermeneuticamente inammissibile) si può risolvere solo in un

modo, e vale a dire leggendo *tutte* le norme in un unico sistema unitario e, per definizione, privo di antinomie. Per cui, a parità di partecipanti all'accordo, è sempre la norma più garantista quella che si applica, mentre per l'impossibilità tecnica di applicare norme diverse nel medesimo ambito di *jurisdiction*, è di nuovo la norma più garantista che si applica, indipendentemente dal numero dei partecipanti all'accordo.

Ma quel riferimento non esaurisce il tema, perché il n. 4 della medesima disposizione fa anch'esso un esplicito riferimento alle «tradizioni costituzionali» dei vari stati membri della UE, che devono determinare l'interpretazione di tali diritti¹⁷³.

La norma in discorso, dunque¹⁷⁴, va necessariamente tenuta in stretta relazione sia con il ripetutamente citato art. 6.2 UE, sia con il n. 3 dello stesso articolo, che, infine, con l'art. 53 della *Convenzione* dove si afferma che: «Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party», norma, a sua volta, da leggere come detto alla luce dell'art. 17 della medesima *Convenzione* sull'abuso di diritto, che garantisce, in qualche modo, il diritto migliore al livello più periferico possibile, come richiesto dai Presidenti delle due Corti¹⁷⁵, in funzione di una sostanziale applicazione del principio di sussidiarietà anche in questo campo.

Come cercherò di mostrare tra poche righe, i due sistemi sono e devono essere interpretati come, perfettamente integrati. E dunque, in questa ottica, assume una rilevanza notevole l'affermazione contenuta nella *spiegazione* all'art. 52 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che al co 7 afferma esplicitamente che l'interpretazione del n. 4 del menzionato art. 52¹⁷⁶, va fatta alla luce dell'art. 6.3 TUE, a sua volta da interpretare nel senso che: «piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul "minimo comun denominatore", i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto

dell'Unione e *in armonia con le tradizioni costituzionali comuni*». In altre parole, le tradizioni costituzionali comuni, sono atte a costituire degli strumenti interpretativi delle norme UE ad un livello "elevato" e "consono" al diritto UE: come dire che, se quelle tradizioni determinano l'esigenza di un più "alto" livello di garanzia, quel livello di garanzia è, di per sé, il livello di garanzia offerto dalla UE a tutti gli stati membri, ivi compresi quelli che *quel* livello di garanzia non lo contemplano nelle proprie norme costituzionali *attuali*. Ciò, del resto, sembra perfettamente inteso anche dal Comunicato dei due Presidenti, di cui ho riferito.

8. Primi spunti conclusivi su talune conseguenze della interconnessione tra i sistemi nel nostro sistema costituzionale

Da quanto fin qui detto, risulta a mio parere chiaro come più sistemi normativi di diversa provenienza e di diverso contenuto partecipativo devono necessariamente venire in considerazione quando si dovranno applicare le norme di questo sistema: a.- a livello internazionale, dove, se è ovvio che norme UE non possono contravvenire a norme della *Convenzione*, è doveroso chiedersi come si possa realizzare, di fatto, questo risultato; b.- a livello nazionale, e, per quanto ci riguarda, come ordinamento giuridico italiano, dato che in quest'ultimo trovano applicazione norme di diritto europeo direttamente applicabili, norme di diritto europeo da applicare a seguito di adeguata trasformazione, nel pieno rispetto delle norme e dei principi in materia di diritti dell'uomo così come elaborati a livello nazionale ed europeo¹⁷⁷.

Come noto, la Corte Costituzionale, nella più recente giurisprudenza, ha ritenuto di differenziare nel nostro ordinamento gli effetti delle norme, a seconda che esse siano di provenienza comunitaria (e dunque, direttamente applicabili o non, destinate a prevalere sulle norme interne contrarie, che, nel caso, potrebbero addirittura non essere applicate *tout court*¹⁷⁸) o di provenienza della

Convenzione. In quest'ultimo caso, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, esse – pur non potendo determinare la automatica non applicazione delle norme interne in contrasto con esse – ne determinano, però, l'obbligo di interpretazione conforme¹⁷⁹, fino al limite massimo possibile di "forzatura" del sistema¹⁸⁰, salvo il ricorso alla stessa Corte per l'annullamento della norma interna in contrasto (ma quindi anche con la possibilità di un mancato annullamento¹⁸¹) e l'obbligo di "bilanciamento" tra le esigenze del rispetto dei diritti dell'uomo e quelle del rispetto del diritto costituzionale interno con riferimento, almeno, ai suoi principi fondamentali.

Per cui, mentre allo stato degli atti, la Corte Costituzionale afferma che detto bilanciamento costituzionalmente garantito, deve tenere conto dei principi fondamentali e inderogabili della nostra Costituzione, la Corte stessa non esita a concludere che, qualora il contrasto, tra la norma convenzionale (e la sua interpretazione) e un principio fondamentale del nostro ordinamento, fosse insanabile, la Corte potrebbe essere indotta a dichiarare la incostituzionalità della norma di provenienza internazionale, attraverso l'annullamento, per quanto di competenza, dell'ordine di esecuzione¹⁸².

D'altra parte, la stessa Corte ribadisce con forza che l'interpretazione delle norme della *Convenzione* è compito esclusivo della Corte CEDU cui i giudici "comuni", come pure la stessa Corte Costituzionale, devono conformarsi tanto più che la norma di provenienza internazionale nella sua interpretazione, viene introdotta in forza del primo comma dell'art. 117 Cost. dal quale "ripete il suo rango"¹⁸³. Non dice, in questo caso, la Corte se anche in questa ipotesi la stessa potrebbe spingersi fino a pronunciare l'annullamento della norma di trasformazione della norma convenzionale per la parte interessata, ma sembrerebbe logica conseguenza di quanto affermato in precedenza.

È appena il caso di rilevare come con il complesso della sua giurisprudenza, la Corte Costituzionale ponga un delicatissimo problema di equilibri al giudice comune, che, da un lato dovrà valutare fino a che

punto forzare la norma interna per renderla compatibile con quella internazionale e, dall'altro, valutare anche entro quali limiti e fino a che punto spingere la sua attività interpretativa per non invadere la sfera propria della Corte, cui compete, se ben capisco, di valutare se e come quel bilanciamento tra principi possa essere effettuato fino al punto da escluderne la possibilità con le conseguenze del caso. Ma, di recente, la Corte Costituzionale è andata ancora un gran passo più avanti, quando ha stabilito addirittura l'obbligo dello stato di conformarsi alle norme e alla giurisprudenza della *Convenzione* al punto da sostituirsi al Parlamento nel, letteralmente, legiferare con sentenza additiva di una norma assente e "tecnicamente" non voluta dal legislatore¹⁸⁴. Siamo di fronte, mi permetto di osservare, ad un "combinato disposto" esplosivo, benché, a mio parere perfettamente da condividere, se sommiamo gli effetti della sentenza della CGUE, che in pratica impone di non applicare norme penali italiane¹⁸⁵ e la sentenza in parola, che le integra. È difficile non ammettere che il risultato è esattamente il riconoscimento di quella sistematicità del complesso normativo analizzato, con le conseguenze che ne derivano. Ma anche il fatto per cui la stessa legislazione italiana deve *obbligatoriamente* essere integrata e modificata con quella di provenienza internazionale, al punto che, qualora il Parlamento non lo faccia, provvedono direttamente, la CGUE (rinviando implicitamente alla sentenza *Granital*) o la Corte Costituzionale, come appena evidenziato.

8.1 *Gli effetti dell'adesione sulla giurisprudenza delle Corte Costituzionale italiana*

Rispetto a quanto detto al paragrafo precedente, va a questo punto rilevato come, con la decisione dell'adesione, di cui al trattato di Lisbona, la situazione sia ora ulteriormente e notevolmente mutata, anche a prescindere dalla effettiva realizzazione e entrata in vigore del trattato di adesione. Come, infatti, abbiamo visto poco più sopra, le norme della *Convenzione* fanno già parte

(e a maggior ragione faranno parte in futuro) del sistema normativo della UE: è stata, secondo quanto affermato prima, la stessa UE ad "incorporare" mediante rinvio, le norme della *Convenzione* nel proprio ordinamento. E dunque, così come la nostra Corte Costituzionale e i giudici "comuni" non possono non tener conto della norme della *Convenzione* (così come di molte altre norme internazionali) e della loro interpretazione, secondo le regole proprie della *Convenzione* stessa, anche la CGUE e più in generale il diritto UE, per lo più interpretato dagli stessi giudici interni, che sono quelli che lo applicano più di frequente, devono applicare, per così dire per proprietà transitiva, quelle norme nel proprio sistema giuridico interno. La norma comunitaria da applicare di volta in volta, in altre parole, è già di per sé arricchita del contenuto di quella della *Convenzione*, con la conseguenza per cui, qualora essa non fosse conforme a queste ultime norme, sarebbe, a rigor di logica, direttamente impugnabile in quanto emessa in violazione di una norma della *Convenzione*, non diversamente da quanto accade nel diritto interno quando si decida di impugnare una legge in contrasto con una norma costituzionale.

In altre parole, lo dico solo come suggerimento magari un po' provocatorio, la stessa logica che impone nel diritto interno italiano di considerare non applicabili *tout court* talune norme di diritto interno in quanto in contrasto con norme (pattizie) di diritto internazionale ex art. 117.1 (sia pure nel caso di specie delle sole norme comunitarie) potrebbe ragionevolmente rendere non applicabili *direttamente* norme di diritto comunitario in contrasto *ab origine* con norme della *Convenzione*¹⁸⁶. E ciò, sempre ragionando ai limiti di una possibile forzatura, sia da parte degli stati direttamente (ad esempio nei riguardi di una direttiva) che dei cittadini (o meglio dei giudici ordinari) a tutela degli interessi e dei diritti degli individui. Resterebbe, peraltro, fuor di dubbio che legittimo motivo di impugnazione di un atto comunitario sarebbe una violazione di una norma comunque risalente alla *Convenzione*. E ciò anche indipendentemente dal fatto

che lo stato sia "corresponsabile" dell'atto comunitario¹⁸⁷.

Il sistema a questo punto, risulterebbe anche piuttosto ben garantito dato che lo stato membro, in qualche nodo assimilabile ad esempio ad una nostra Regione, potrebbe agire contro la UE per la violazione della *Convenzione*, prima ancora che l'atto produca i suoi effetti, sempre che si superi nel modo ipotizzato sopra l'ostacolo dell'art. 344 UE.

9. Note conclusive sulla struttura generale del sistema: di nuovo l'art. 117.1 Cost

In un importante *obiter dictum* la Corte Costituzionale, nella citata sentenza 311/89, afferma che la necessità di offrire particolari garanzie alla applicazione delle norme internazionali (con particolare riferimento a quelle della *Convenzione*) richiede di giungere fino ad una vera e propria "forzatura" del diritto interno italiano allo scopo di assicurare la migliore corrispondenza possibile della applicazione di esse alle norme stesse. Ciò in virtù dell'art. 117.1 Cost., che, pur se non vale a consentire la semplice non applicazione delle norme interne contrarie, non nasconde il fatto che quelle norme internazionali contrattuali siano in qualche caso la concretizzazione di una norma generale di diritto internazionale, da introdurre e da applicare nel nostro ordinamento sulla base dell'art. 10.1 Cost.

Due osservazioni vanno fatte *in limine*: a.- l'eventualità che una norma pattizia sia in realtà di formazione "consuetudinaria"¹⁸⁸ è tutt'altro che remota, ma non va dimenticato che, così come ben può darsi che una norma pattizia "derivi" in realtà da una norma generale (sia non altro, insomma, che una norma generale, scritta in un patto tra alcuni soggetti) è anche perfettamente possibile che una norma generale sia il frutto di una o di una serie di norme pattizie (o di natura pattizia) e della loro interpretazione da parte delle giurisdizioni interne¹⁸⁹; b.- se quanto detto è vero per le norme della *Convenzione*, non si vede proprio perché non debba esserlo anche per (le) altre norme pattizie¹⁹⁰.

Qualunque sia la struttura del nostro sistema costituzionale¹⁹¹, esso è sicuramente di impianto dualista non in senso triepeliano¹⁹², bensì kelseniano¹⁹³. Nel senso cioè che se è indubbio, che una norma internazionale in tanto vale e si applica nell'ordinamento interno, in quanto e purché venga in qualche modo recepita (sia pure solo mediante rinvio) dall'ordinamento interno, è anche vero che lo stato, in quanto parte della Comunità internazionale¹⁹⁴, è obbligato a rispettarne le norme sul piano del diritto internazionale¹⁹⁵. Siano esse non scritte o pattizie (queste ultime solo purché ratificate) esse vanno applicate, perché altrimenti, almeno sul piano della Comunità internazionale, lo stato è responsabile di un comportamento illecito. Il meccanismo messo in opera dal nostro ordinamento (che non essendo di *common law* non consente che una norma internazionale si applichi se non è trasformata in norma interna) fonda sull'art. 10.1

Cost. lo strumento per l'introduzione del diritto internazionale generale nel diritto interno, con la conseguenza per cui, le norme introdotte «ripetono il rango»¹⁹⁶ della norma grazie alla quale sono state introdotte: l'art. 10.1 della Costituzione, e oggi anche l'art. 117.1, rispettivamente per le norme generali e per quelle pattizie. L'unico limite¹⁹⁷, è dato dalla necessità di rispettare comunque i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: i cdd. "valori" o "principi" supremi¹⁹⁸. E dunque, con quel limite, una norma generale di diritto internazionale è norma interna di "rango" costituzionale. Con l'introduzione nell'ordinamento costituzionale italiano del co. 1 dell'art. 117, le norme di diritto internazionale pattizio, anche a detta della Corte Costituzionale, assumono, a loro volta, un valore preminente nel nostro sistema, tanto che, pur di non violarle (evidentemente perché la violazione implica, anche dal punto di vista della Corte Costituzionale un disvalore *giuridicamente rilevante*), il giudice interno "comune" è chiamato a forzare al massimo l'interpretazione della eventuale norma interna contraria.

Solo quando non possa in alcun modo farlo, o abbia dubbi sulle possibilità di

bilanciamento¹⁹⁹ tra i principi da far valere, sarà la Corte Costituzionale ad intervenire: annullando la norma interna²⁰⁰, a meno che, precisa ancora la Corte, l'effetto di ciò non sia la violazione di un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, tenuto conto che talune di quelle norme (sempre secondo quanto afferma la Corte) sono null'altro che norme generali di diritto internazionale, messe eccezionalmente per iscritto, e dunque, *in quanto tali, già di per sé di rango costituzionale* e rispetto alle quali, mi permetto di aggiungere, la norma pattizia che le contiene e le esplicita, funge da strumento interpretativo in qualche modo, per fare un paragone con altre situazioni, "autentico"²⁰¹. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, però, l'art. 6.3 prevede che il "condensato" delle norme costituzionali degli stati membri, unito alle norme della *Convenzione* (e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), determina la formazione dei più volte menzionati principi generali di diritto dell'Unione. Che, per essere tali, vanno applicati dagli stati membri (compresi quelli che non abbiano direttamente "contribuito" alla loro formazione²⁰²) dal medesimo condensato della cui costituzioni (o norme di rango equivalente²⁰³) quelle norme sono state formate e dunque, hanno il potere e la forza giuridica di modificarne il contenuto se non altro per il semplice motivo che ne sono diretta promanazione.

Posto che detto contenuto dovesse influire, modificandoli, sui valori fondamentali del nostro ordinamento (ma anche di altri ordinamenti costituzionali, si pensi ad es. a quello tedesco, dopo la sentenza *Lissabon* in particolare²⁰⁴), delle due l'una: o si accettano quelle modificazioni considerandole legittime, o si deve necessariamente uscire dal sistema, tenuto conto, per accennare subito a quest'ultima ipotesi, che un'uscita "parziale"²⁰⁵ come lascia intravedere la nostra Corte Costituzionale non appare tecnicamente possibile dal punto di vista del diritto internazionale²⁰⁶, dato che modificherebbe in via unilaterale un trattato regolarmente sottoscritto e operativo e da rispettare rigorosamente in base alla disposizione dell'art. 117.1 Cost. E ciò per

non parlare del fatto che, nell'ipotesi avanzata dalla Corte, si determinerebbe un diverso regime tra quello applicabile in Italia e quello applicabile nel resto dei paesi europei, dal punto di vista della *Convenzione*²⁰⁷, ma anche un (impossibile) diverso regime a livello comunitario, nella misura in cui la norma della *Convenzione* ha avuto per effetto di determinare un "adattamento" della norma dell'UE.

E dunque, non resterebbe che la prima ipotesi, a proposito della quale, per concludere questo discorso, avanzo due ulteriori ultime riflessioni.

Primo: è innegabile che tra i valori fondamentali del nostro ordinamento costituzionale sia ricompreso quello, fondamentale, della partecipazione cosciente e coscienziosa del nostro paese alla Comunità internazionale, e alle sue regole. Non penso proprio che sia oggi ipotizzabile con riferimento al nostro paese, il classico schema dualista di Triepel, per il quale l'Italia sarebbe solo vincolata agli accordi, magari taciti, sottoscritti con gli stati e finché l'Italia intenda rispettarli. Già il solo art. 10.1 della Costituzione basterebbe ad affermarlo, ma è l'intero impianto della nostra Costituzione che colloca il nostro paese nell'alveo della Comunità internazionale e del suo diritto. Non occorre sul punto aggiungere una sola parola di più. Ma se l'*obbligo* di rispettare le regole della Comunità internazionale è tale e *non è una facoltà*, ne deve logicamente derivare che lo stesso principio della sovranità statale, espresso nella specie nei valori fondamentali, lungi da essere un limite, contiene invece anche, l'*obbligo* di rispettosa partecipazione alla Comunità internazionale. Insomma, in due parole: tra i principi fondamentali del nostro ordinamento, c'è anche quello della partecipazione leale alla Comunità internazionale, e quindi l'*obbligo* di

rispettarne le regole²⁰⁸. Tra di esse, quella di rispettare rigorosamente gli accordi sottoscritti: nulla osta, se le norme lo consentono e quando le norme lo consentono, di uscire da un accordo, ma l'*obbligo* di rispettarlo, finché in vigore, e di rispettarlo per intero, c'è e permane. La tesi della Corte Costituzionale della possibile disapplicazione parziale di un accordo, a mio modestissimo parere, non è accettabile, nella misura in cui non tiene conto della profonda trasformazione in cui è incorso il concetto di sovranità, che non è più possibile considerare un limite assoluto e invalicabile né perforabile da norme esterne. In questo senso, la sentenza *Lissabon* è pura archeologia giuridica²⁰⁹.

Secondo: per quanto attiene al contenuto dei principi di cui all'art. 6.3, non va trascurato il fatto che essi sono formati dal condensato dei valori fondamentali (e quindi non solo delle specifiche disposizioni costituzionali) degli ordinamenti partecipi del sistema, nel senso che i singoli valori fondamentali dei singoli ordinamenti trovano un *melting pot* a livello europeo, e in esso vengono in larga misura trasformati e adattati alla mutevole realtà della Comunità internazionale dalla quale risultano, parzialmente sia pure, modificati e integrati, ma che, per altro verso, contribuiscono a modificare e integrare.

Non posso, in conclusione, che tornare a dire²¹⁰ che la sovranità nostra (come quella degli altri stati partecipi del sistema dell'UE) non è *limitata* o ristretta o ridotta o compressa da un qualche potere esterno, invadente o, come spesso si dice, sovranazionale, ma semplicemente ha un contenuto *diverso*: la parte di essa che non fa più parte della nostra antica autonomia è parte di un altro soggetto, del quale siamo parte integrante e decisiva, e i cui principi e norme costituzionali *contribuiamo* quotidianamente a formare e pertanto non possiamo negare né violare.

Note

¹ Premesso che in questo scritto per brevità uso l'espressione sintetica «Convenzione» per individuare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ribadisco come già in passato, la scelta deliberata di usare l'espressione "diritti dell'uomo" in luogo di quella sempre più usuale di "diritti umani". Ciò perché la prima espressione permette di mettere in migliore evidenza la valenza di protezione degli individui in quanto tali, piuttosto che di essi in quanto collettività. Il diritto internazionale, infatti a mio parere, offre diversi sistemi normativi per garantire le due menzionate e diverse esigenze, dato che il problema della garanzia internazionale delle collettività è assicurata dalle norme in materia di autodeterminazione dei popoli, di garanzia delle minoranze e (oggi in maniera sempre più pressante, benché molto pasticciata) di garanzia dei popoli indigeni. Non è a mio parere un caso e appunto aiuta a vedere l'ordinamento internazionale in termini di sistema, che, ad esempio nei Patti delle NU sui diritti dell'uomo come nella *Convenzione africana* e nella *Carta Araba sui diritti dell'uomo*, si inserisca (magari addirittura in apertura) un disposizione in tema di "diritto" all'autodeterminazione dei popoli. Se, infatti, quel diritto non è assicurato, la stessa garanzia dei diritti dell'uomo risulta in sé impossibile o almeno incompleta per definizione. V. sul punto, GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, Jovene, 1984, *passim*, e più di recente GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali: alla radice di un conflitto*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2005, p. 7 ss.

² Mi riferisco, v. *infra* § 2.2 ss., alla Corte, che è strutturalmente un organo istituito da una Convenzione che, ora solo in parte, deve la sua composizione al CdE al quale non è strutturalmente legata, nel senso che la Corte non è, strettamente parlando, un organo del Consiglio d'Europa, ma un organismo "creato" da una "normale" Convenzione internazionale, occasionalmente redatta "in ambito" CdE, alla quale aderiscono solo gli stati, membri del CdE, che ritengano di farlo, art. 59.1: "This Convention shall be open to the signature of the members" e 59.3: "The present Convention shall come into force after the deposit of ten instruments of ratification". Come vedremo tra poco, una situazione simile a quella della CPGI rispetto alla SdN, *infra* nt. 50 e il testo corrispondente. Colgo solo l'occasione per rilevare come il problema sia stato spesso collegato alla capacità di una Organizzazione Internazionale di svolgere, autonomamente dagli stati che la istituiscono, le proprie funzioni, pur non

essendo un soggetto di diritto internazionale in senso tradizionale. Sul punto, per un accenno molto interessante riferito alla Corte Penale Internazionale, v. R. CADIN, *La Corte Penale internazionale*, in E. SPATAFORA, C. ZANGHÌ (a cura di), *Le giurisdizioni internazionali: profili istituzionali*, Roma (Ars Media) 2007, p. 125 s.

³ Ed anche a questo proposito si pone un problema non di poco conto, qui analizzato solo marginalmente. Infatti, come noto, l'art. 6 UE (Lisbona) e l'art. 59 (frutto dell'art. 19 del Protocollo 14) della *Convenzione* statuiscono l'adesione della UE alla *Convenzione*, senza ulteriori specificazioni. Anzi, per maggiore precisione, l'UE ex art. 6.2 "aderisce" *tout court*, mentre l'art. 59 *Convenzione* afferma che l'UE «may accede» (*infra* § 3). Ma è ovvio che l'UE, in quanto parte della *Convenzione*, ma non del CdE, partecipa alla Corte con un proprio giudice (ex artt. 19, 20 e 22 *Convenzione*), eletto come gli altri dall'Assemblea parlamentare del CdE... della quale non è parte. Ciò, mentre determina (come si vedrà) addirittura un intervento di fatto sulla struttura del sistema del CdE (*infra* § 2.2 s.), innova fortemente nella sostanza il contenuto, letteralmente immutato, dell'art. 1 della *Convenzione* stessa, che riferisce l'obbligo della realizzazione e del riconoscimento dei diritti affermati nella prima parte della *Convenzione* alle Parti contraenti (e non agli stati), nell'ambito della loro *jurisdiction*, *infra* §.

⁴ E sulle conseguenze di ciò *infra* § 6 s.

⁵ Diversamente, come mi accingo a spiegare, *l'adesione come Organizzazione alla Convenzione non avrebbe senso*, visto che gli stati membri sono già tutti parte della *Convenzione* stessa.

⁶ Su ciò, il Gruppo di Lavoro, *l'Informal Working Group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE) with the European Commission*, (*Groupe de Travail Informel du CDDH sur l'Adhésion de l'Union Européenne à La Convention Européenne des Droits De l'homme (CDDH-UE) avec la Commission Européenne*) infatti, afferma, CDDH-UE(2011)05, p. 15 «71. Il est toutefois rappelé que les États membres de l'UE se sont engagés à ne pas soumettre un différend "relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci" (article 344 du Traité sur le Fonctionnement de l'UE). Ce principe est rappelé à l'Article 3 du Protocole No. 8 relatif à l'article 6, paragraphe 2 du Traité sur l'Union Européenne. Il est noté que des normes internes à l'UE vont régir la question de savoir si les litiges entre les États membres de l'UE, ou entre l'UE et un de ses États membres, au moins pour ce qui concerne les actes adoptés conformément au droit de l'Union, seraient admises ou pas. Dans ce contexte, il est rappelé que la

Convention n'impose pas aux Parties d'introduire des affaires entre les Parties, mais les autorise simplement à le faire». V. infra § 5, per un'ipotesi di superamento di questo ostacolo. Cfr. anche infra nt. 14. Non è estranea a questa problematica, sia consentito di aggiungere in questa sede, certa recente e meno recente giurisprudenza amministrativa italiana, che si pone, giustamente, il problema di differenziare tra l'annullabilità di un atto amministrativo prodotto in violazione di una norma UE correttamente introdotta nell'ordinamento italiano, e la nullità dell'atto quando introdotto in conformità ad una norma interna che, invece, viola il diritto UE. Per tutte cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 35, 2003, punto 6.2, ma anche più di recente Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3072, 2009.

⁷ Si immagini, solo per fare un esempio: (in parte collegabile a quanto osservato in fine nella nota precedente), il caso della legislazione italiana in materia di immigrazione, che prevede il crimine di "clandestinità" e la relativa pena detentiva. La legge, formalmente non contrasta con la legislazione europea (*fin tanto che la direttiva "rimpatri" 2008/115 non sia entrata in vigore*) né a stretto rigore con l'art. 5.1.f *Convenzione*: è il modo in cui la legislazione stessa è stata realizzata complessivamente, che è in contrasto con la legislazione europea e con quella della *Convenzione*, come afferma di recente la *Sentenza C-61/11*. Su tutto ciò anche *infra* § 8.

⁸ Incidentalmente non mi pare che la proposta prenda in considerazione la modifica o una diversa redazione o interpretazione del preambolo della *Convenzione* in cui si afferma esplicitamente: «The governments signatory hereto, being members of the Council of Europe...» che lascia invariata la dizione "government" non certo riferibile alla UE, che, oltre tutto non è membro del CdE (su quest'ultimo punto v. più avanti nel testo). Manca anche una proposta di variazione di questo termine con riferimento al co. 5 del Preambolo e al preambolo del Protocollo 1 e 4.

⁹ Cfr. *2ème réunion de travail du groupe de travail informel du CDDH sur l'adhésion de l'union européenne à la convention européenne des droits de l'homme (CDDH-UE) avec la commission européenne*, Doc. CDDH-UE(2010)11, p. 8: «L'accord d'adhésion devrait prévoir une disposition formulée comme suit: 1. [L'article [x] de la Convention est modifié comme suit:] [Un nouvel article [x] est introduit dans la Convention, libellé comme suit:] «a. Les termes «État», «État Partie», «États» ou «États Parties», lorsqu'ils figurent au paragraphe 1 de l'article 10 et à l'article 17 de la Convention, ainsi qu'aux articles 1 et 2 du Protocole, aux articles 2 et 3 du Protocole no. 4, aux articles 2 et 6 du Protocole no. 6, aux articles 3, 4, 5 et 7 du Protocole no. 7, à l'article 3 du Protocole no. 12, et à l'article 5 du Protocole no. 13, sont

compris comme s'appliquant à l'Union Européenne en tant que Haute Partie Contractante. [così anche nella proposta in CDDH-UE(2011)04_fr-1] b. Les termes «sécurité nationale», «droit national», «lois nationales», «instance nationale», «vie de la nation», «pays», «administration de l'État» et «intégrité territoriale», lorsqu'ils figurent aux articles 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13 et 15 de la Convention, à l'Article 2 du Protocole no. 4 et à l'article 1er du Protocole no. 7 à la Convention, sont compris comme se référant aussi, *mutatis mutandis*, à l'Union Européenne en tant que Haute Partie Contractante» (così anche *ibidem*). Per la verità, i termini in questione si trovano anche in altre disposizioni della *Convenzione*, non citate nella proposta. E v. anche la proposta di modifica dell'art. 36 della *Convenzione*, con riferimento al concetto di «nazionale» di uno stato, da interpretare come cittadino (europeo), CDDHUE(2010)14, p. 2. V. anche la prima bozza di trattato di adesione in CDDH-UE(2011)04.

¹⁰ Così, appunto, nella prima bozza di trattato di adesione in CDDH-UE(2011)04, p. 4. Va comunque rilevato che la modifica proposta, anche nella versione semi-definitiva qui riferita, non investe l'art. 56 della *Convenzione*, dove si parla dell'applicazione territoriale della *Convenzione*, con le conseguenze di cui *infra* § 4 su nt. 113

¹¹ Non risultano altre proposte di modifiche, allo stato degli atti, alla fine di Aprile 2011, ma anche in sede di fuggevole revisione del testo stesso a fine Aprile 2012 all'atto della stampa dell'articolo in questa rivista. È lecito domandarsi, e sommamente suggerire al Gruppo di Lavoro o a chi per esso, se non sia più semplice e chiaro, modificare il testo della *Convenzione*, sostituendo di volta in volta il termine stato con quello di Alta Parte contraente, ecc. Anche perché, sempre molto sommamente, l'espressione "UE in quanto..." lascia intendere che in qualche caso all'UE ci si riferisca *non* in quanto parte contraente.

¹² Su ciò *infra* § 4.

¹³ E dunque sarà almeno lecito domandarsi se, a seguito della entrata in vigore del trattato di adesione della Ue alla *Convenzione*, lo stato membro della UE, non si trovi, verso la *Convenzione*, in una posizione analoga a quella di un organo dello stato verso lo stato, nei rapporti con il diritto internazionale. V. anche *infra* § 5.

¹⁴ Independentemente, come noto, dal fatto che abbia partecipato (e quindi sia corresponsabile) alla formazione dell'atto stesso, ad es. avendo votato contro l'adozione. Come noto, peraltro, l'intenzione dei redattori dell'accordo di adesione è quella di non consentire, comunque, che uno stato possa agire direttamente contro la UE presso la Corte, in ossequio all'art. 344 TFUE e all'art. 3 del Prot. 8.

¹⁵ Una certa incomprendenza di questo tipo di fenomeno, nuovo, di integrazione combattiva (se mi si passa l'espressione) traspare anche nella più avvertita letteratura extra europea, come ad es. in un approfondito recente lavoro di M. PUDEK, *The Rise of Regional Integration Law (RIL): Good News for International Environment Law (EIL)?*, in *Georgetown Environmental Law Review*, 2010.

¹⁶ Largamente discussa in dottrina e analizzata nella prassi. V., per tutti, O. DE SCHUTTER. *International Human Rights Law*, Cambridge (Un. Press) 2010, p. 243 ss. Cfr. anche, sia pure con valore solamente indicativo, le *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, January 22-26, 1997, in http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html, II.6. Da queste logiche, deriva, come noto, tutta la discussione anche sul diritto al cibo come diritto dell'uomo.

¹⁷ Sull'obbligo di eseguire, v. da ultimo: *Scoppola c. Italia* (N° 2) *Requête n° 10249/03*, 17.9.2009, che al punto 147 afferma: «En vertu de l'article 46 de la Convention, les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé de surveiller l'exécution de ces arrêts. Il en découle notamment que, lorsque la Cour constate une violation, l'État défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi d'adopter les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles nécessaires. Les arrêts de la Cour ayant une nature essentiellement déclaratoire, l'État défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour...» (corsivo mio). V. anche, come noto, *Sejdovic c. Italia, Requête n° 56581/00* 1.3.2006, *ASSANIDZÉ C. GÉORGIE, Requête n° 71503/01* 8.4.2004, *Scozzari et Giunta c. Italia, Requêtes n°s 39221/98 et 41963/98*, 13.7.2000, *Somogyi c. Italia, Requête n° 67972/01*, 18.5.2004. Ciò, sia rilevato in limine, non osta minimamente al fatto ulteriore e importantissimo, per il quale saranno poi gli organi a ciò deputati dello stato (di ciascuno stato) a dovere (o potere) a loro volta interpretare e collocare correttamente la stessa interpretazione "obbligatoria" della Corte Europea (ex sentenze 311 e 317/09, su cui infra nt. 22 e passim) nel sistema "ricevente", come affermato di recente nelle sentenze della nostra Corte Costituzionale 236/2011 dove la Corte esplicitamente afferma: «Ma se questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte

di Strasburgo, può però "valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza". V. anche la ancora più recente decisione 303/2011, che ribadisce il concetto al punto 4.2 del Considerato in diritto: «Ma se questa Corte non può prescindere dall'interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma "con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi"».

¹⁸ *Dorigo c. Italia, Requête n. 33286/96*, 20.5.1998.

¹⁹ V. Corte Costituzionale, *Sentenza 113/2011*, 4.4.2011, che in sostanza risponde in maniera chiarissima alla domanda di cui nel testo. La Corte, infatti, di fronte al mancato adeguamento dell'ordinamento italiano ad una sentenza della CEDU, che imponeva di consentire la revisione di un processo penale in circostanze non previste in alcun modo dall'art. 630 c.p. p., interpreta "additivamente" la legge italiana imponendo di fatto quella modifica (meglio: quella aggiunta) legislativa non apportata dal Parlamento, ma in applicazione dell'art. 117.1 Cost., grazie al quale: premesso che, punto 8 del *considerato in diritto*: «A partire dalla sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che – nel significato loro attribuito dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo... – ... il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima [la norma interna] in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico... deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale» e dunque «Posta di fronte ad un *vulnus* costituzionale non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a *diritti fondamentali* – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma... omette di prevedere» (corsivo mio). Sorvolo sul riferimento di cui *infra* circa la eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma di adattamento alla Convenzione e sull'ampissimo margine di

interpretazione che la stessa Corte lascia al giudice ordinario nell'applicazione della sentenza, che aiuta a comprendere quanto profonda sia la novità giurisprudenziale in atto. Sul punto rinvio di nuovo a taluni miei lavori in materia. Mi preme solo di rilevare come, in effetti, si sia in pratica fatto quanto da me suggerito altrove e cioè, di fatto lo ripeto, si sia "scavalcato" il Parlamento, che, nel caso, non ha legiferato, ma che, se lo avesse fatto in maniera difforme dal disposto della CEDU (e, a maggior ragione, in maniera difforme dalla *Convenzione* stessa) si sarebbe vista annullare la legge: avrebbe cioè legiferato inutilmente. Il passo è breve dal dire semplicemente che, pur nel rispetto pieno delle sue prerogative, il Parlamento in merito non può utilmente (se non legittimamente) legiferare, perché "vincolato" dal limite posto dall'art. 117.1 Cost. V. G. GUARINO, *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2009, p. 279 ss. (ma già in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, p. 7 ss.) p. 327 s. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. È appena il caso di ricordare come (vista anche la legge 9.1.2006 n. 12) che il fatto che il Parlamento non abbia provveduto non può, giuridicamente, essere attribuito ad altro che ad una deliberata non volontà di deliberare, pur in presenza di un invito a farlo. E dunque la Corte, ha interpretato l'art. 117.1 esattamente come una norma che obbligava il Parlamento a legiferare, non avendolo il quale fatto, la Corte si "sostituisce" ad esso, ell'intento di garantire la perfetta esecuzione dell'Italia dei suoi obblighi internazionali.

²⁰ E, sia pure ragionando al limite, e alla luce di una logica che condivido perfettamente, ma che non ha trovato finora consenso da parte della Corte Costituzionale. Mi riferisco alle recentissime sentenze di cui *infra* nt. 173 e testo corrispondente.

²¹ Ovviamente, alla luce di quanto appena detto, il giudice ordinario può non applicare, ma non può "creare" una norma eventualmente inesistente, come nel caso appena citato sopra. E dunque, deve necessariamente ricorrere alla Corte, per farle accertare il «*vulnus costituzionale*» e farglielo sanare per via additiva.

²² Mi riferisco alle due recenti sentenze 311 e 317/09, e alla ben nota giurisprudenza tedesca cd. *Solange*.

²³ Il problema sarebbe assai delicato nell'ipotesi di una norma di applicazione diretta. Ma lo sarebbe ancora di più nel caso ad es. di una direttiva, rispetto alla quale sarà lecito domandarsi se lo stato, posto che la sua applicazione comporti una violazione della *Convenzione*, possa *legittimamente*

rifiutarsi di trasformarla, senza incorrere nella procedura di infrazione.

²⁴ Si tratta dell'ipotesi da me avanzata in G.

GUARINO, *Per una ricostruzione* cit.. Solo per fare un esempio a caso, potrebbe suscitare qualche problema di interpretazione, in termini di norma applicabile, la disposizione dell'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che definisce la parità «tra donne e uomini», e l'art. 14 *Convenzione*, dove si parla di «discrimination on any ground such as sex...». Appare evidente la minore ampiezza della definizione della Carta, inglobata nel TUE-TFUE, a sua volta ri-ampliata ed estesa nelle due direttive 43 e 78/2000 (dove si arriva, come noto, a garantire in termini di libertà anche la scelta sessuale). Il risultato, come cercherò di mostrare più avanti, non potrà che essere *in ogni caso* l'attribuzione del contenuto più ampio, in quanto più garantista, a tutte le fattispecie, dovunque incardinate. *Infra* § 8.

²⁵ Anche alla luce delle norme esplicitate attraverso l'art. 30 della *Convenzione* di Vienna sul diritto dei trattati, dalla quale certamente può ricavarsi il criterio di scelta della norma applicabile quando più norme di diversa ampiezza di partecipazione affrontino la medesima fattispecie. Tenuto conto, di nuovo come mostrato nello scritto cit. alla nt. 19, che qualora la medesima fattispecie sia regolata da diverse convenzioni (a diversa partecipazione soggettiva) sarà alquanto difficile (per non dire impossibile) sottoporla alla regolamentazione di volta in volta competente, specialmente quando la norma debba trovare una esplicitazione in una norma interna. Questa banalissima osservazione non sembra finora essere stata presa in considerazione, anche dai non pochi fautori di questa o quella "frammentazione", "regionalizzazione" o "self-containing...". Il punto è invece proprio quello per cui, posto che ogni soggetto si trova in un ambito "universale", non si può tecnicamente immaginare che la sua legislazione abbia un contenuto diverso a seconda dell'ambito internazionale nel quale venga considerata o si inserisca. Su taluni di questi entusiasmi regionalisti, mi sembra getti, discretamente, un po' di acqua il recente scritto di P. FOIS, *Sulle pretese novità del regionalismo internazionale contemporaneo*, in RDI, 2012, p. 5 ss.

²⁶ Su tutto ciò, v. più ampiamente *infra* § 8 e 9.

²⁷ Ma, *mutatis mutandis*, perché tale ragionamento non dovrebbe essere esteso anche al diritto della UE o della *Convenzione*? *Infra* § 7.

²⁸ Dove la riaffermazione della "prevalenza della sovranità" tedesca sul trattato di Lisbona, impone, a giudizio del Bundesverfassungsgericht una verifica costante della compatibilità tra le norme europee e quelle costituzionali del Bund e dei Länder, per riportare solo le frasi chiave della

massima: «1. Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als *Staatenverbund konzipierten Europäischen Union*. Der Begriff des Verbundes erfaßt eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben. 2. a) Sofern die Mitgliedstaaten das Vertragsrecht so ausgestalten, dass unter grundsätzlicher Fortgeltung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung eine Veränderung des Vertragsrechts ohne Ratifikationsverfahren herbeigeführt werden kann, obliegt neben der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften eine besondere Verantwortung im Rahmen der Mitwirkung, die in Deutschland innerstaatlich den Anforderungen des Art. 23 Abs. 1 GG genügen muß (Integrationsverantwortung) und gegebenenfalls in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren eingefordert werden kann. b) Ein Gesetz im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht erforderlich, soweit spezielle Brückenklauseln sich auf Sachbereiche beschränken, die durch den Vertrag von Lissabon bereits hinreichend bestimmt sind. Auch in diesen Fällen obliegt es allerdings dem Bundestag und – soweit die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder betroffen sind, dem Bundesrat – seine Integrationsverantwortung in anderer geeigneter Weise wahrzunehmen».

²⁹ Anche qui, come vedremo (ma v. già G. GUARINO, *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia, alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Rivista della Cooperazione giuridica internazionale*, 2006, p. 25 ss. e specialmente 28 e 30 ss.) una certa critica va fatta alla nostra Corte per la sua "timidezza" nell'affrontare un tema come questo. Per vero, a giudicare dalla ultima citata 113/11, questa timidezza, sembra progressivamente diminuire.

³⁰ E quindi fin dai tempi in cui si è posto per la prima volta il problema della applicazione dell'art. 11 Cost. ai rapporti tra diritto interno italiano e diritto comunitario.

³¹ Per un primo accenno da parte mia alla rilevanza del testo del primo comma dell'art. 117 Cost. e alla sua possibile portata innovativa, v. già G. GUARINO, *Terrorismo e lotte di liberazione nazionale: la legge applicabile*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2006, p. 7 ss. e G. GUARINO, *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *La Giustizia Penale*, 2006, p. 257 ss.

³² V. Legge 12/2006 cit.

³³ Invero la molto citata *Sentenza Lissabon* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco (v. BVerfG, 2 BvE 2108, 30.6.2009), tende a dare l'idea che l'UE non sia un soggetto di diritto internazionale, almeno tenuto conto del fatto che, in ogni caso secondo la menzionata sentenza, la gran parte delle decisioni della UE sono possibili in quanto rese tali da una accettazione (implicita o non) degli stati membri, mentre la scarsa attenzione al principio democratico non renderebbe la UE simile ad uno stato, anche se in varie parti della sentenza, la Corte tedesca, con qualche innegabile punta di contraddittorietà, non manca di parlare di sovranazionalità. Il punto che si afferma, però, è decisivo nel senso che la Corte da un lato sottolinea il fatto che gli stati ora possono anche recedere dall'UE (ma su ciò, o meglio, sul contenuto "platonico" della disposizione, e sugli altri punti di cui alla sentenza, v. G. GUARINO, *Le novità del Trattato di Lisbona: art. 6.3 e integrazione dei sistemi. Suggestimenti brevi per una riflessione critica*, in C. ZANGHÌ, C. PANELLA, *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino (Giappichelli) 2010, p. 55 s.), ma che la personalità dell'UE non è definita a causa della assenza della libertà di scelta e di decisione sulla propria competenza, la cd. *Kompetenz-Kompetenz*. Cfr. nella sentenza il punto

322: «(d) Der Vertrag von Lissabon statuet die Europäische Union schließlich nicht mit Vorschriften aus, die dem europäischen Integrationsverband die Kompetenz-Kompetenz verschaffen. Sowohl Art. 311 Abs. 1 AEUV (aa) als auch Art. 352 AEUV (bb) können in einer Weise ausgelegt werden, daß das in den Vorschriften in Aussicht genommene Integrationsprogramm durch die deutschen Gesetzgebungsorgane noch vorhersehbar und bestimmbar ist» (corsivo mio). Le due norme citate, però, sono, mi pare, tra le più significative della forza e dell'autonomia dell'UE, riguardando le cdd. risorse proprie e i cdd. poteri impliciti! Alla UE, inoltre, si riconoscono poteri limitati, ma poi si citano a sostegno di questa tesi le Dichiarazioni 18 (dove appunto si parla di *delimitazione* delle competenze reciproche) e 24 (dove si afferma che «il fatto che l'UE abbia personalità giuridica non autorizzerà in alcun modo l'Unione a legiferare o ad agire al di là delle competenze che le sono attribuite dagli stati membri nei trattati»). Ma nel trattato, peraltro, sono previsti i poteri impliciti di cui sopra e il principio di sussidiarietà, a sua volta citato ripetutamente altrove nella sentenza: «300 (1) Die Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten der Europäischen Union von denen der Mitgliedstaaten erfolgt nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (a) und weiteren, auf konkrete Zuständigkeiten bezogenen Schutzmechanismen (b). 301 (a) Das

Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist ein Schutzmechanismus zur Erhaltung mitgliedstaatlicher Verantwortung. Die Europäische Union ist nur insoweit für einen Sachverhalt zuständig, wie sie diese Zuständigkeit von den Mitgliedstaaten übertragen bekommen hat. Die Mitgliedstaaten sind danach verfaßter politischer Primärraum ihrer jeweiligen Gemeinwesen, die Europäische Union trägt sekundäre, das heißt delegierte Verantwortung für die ihr übertragenen Aufgaben. Der Vertrag von Lissabon bestätigt das bereits geltende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ausdrücklich: „Die Union wird nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele Übertragen haben“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV-Lissabon; vgl. auch Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 6, Art. 4 Abs. 1, Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV-Lissabon; Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 4 Abs. 1, Ad. 7, Ad. 19, Art. 32, Art. 130, Art. 132 Abs. 1, Art. 207 Abs. 6, Art. 337 AEUV; Erklärung Nr. 18 zur Abgrenzung der Zuständigkeiten; Erklärung Nr. 24 zur Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union)» (corsivo mio).

³⁴ E in questo senso io preferirei parlare di “poteri” proprio nel senso delle prerogative proprie di un soggetto di diritto internazionale “altro” rispetto anche ai suoi stessi “danti causa”. Il riferimento nel testo è, come ovvio, agli artt. 4.1 e 5 TUE e 2 TFUE e norme collegate.

³⁵ Nel senso specificato nella Dichiarazione n. 18, dove si afferma esplicitamente, fatta salva la procedura di revisione: «... Quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o ha deciso di cessare di esercitarla. Quest'ultimo caso si verifica quando le competenti istituzioni dell'Unione decidono di abrogare un atto legislativo, in particolare per assicurare meglio il rispetto costante dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Il Consiglio può chiedere... di presentare proposte per abrogare un atto legislativo». Insomma: le istituzioni decidono e il Consiglio (cioè, si badi bene, l'organo rappresentativo degli stati membri e dunque della loro sovranità) può chiedere di presentare proposte. E ciò, sia detto solo incidentalmente, sulla base (art. 241 TFUE) di una decisione assunta a maggioranza dagli stati membri e rivolta alla Commissione, che, se non presenta la proposta... «ne comunica le motivazioni al Consiglio»!

³⁶ Cosa cui i Parlamenti nazionali estranei certo non sono, per cui essi *coscientemente* trasferiscono,

una volta e per tutte, competenze e poteri ad organi esterni rispetto allo stato. Il trasferimento, poi, è definitivo, a meno che lo stato non intenda recuperare intera la propria potestà, rinunciando all'UE. Ma v. *infra* § 6 per una proposta di superamento di questa terminologia con ciò che implica.

³⁷ Al di là delle interpretazioni “politiche” della norma, il principio sostanziato all'art. 5 TUE afferma che l'UE interviene quando le azioni «possono... essere conseguit[e] meglio a livello di Unione». Il Protocollo n. 2, nell'ambito della lunga procedura di valutazione da parte dei Parlamenti nazionali (sia per la sussidiarietà, che per i poteri impliciti) lascia a questi ultimi solo un potere esortativo, ma non obbligatorio nella misura in cui, al termine della farraginoso procedura la UE, pur in presenza di un voto contrario della maggioranza dei Parlamenti nazionali, può, a norma dell'art. 7 del Protocollo 2, procedere, salva motivazione. L'intervento della CGUE, a norma dell'art. 8, è uno strumento di garanzia, che non incide sul potere sostanziale, ma sulla legittimità del suo esercizio.

³⁸ A ben vedere, infatti, l'art. 12 TUE assegna ai Parlamenti funzioni di carattere sostanzialmente esortativo.

³⁹ Per un accenno al punto, v. G. Guarino, *Adattamento e estradizione nella Costituzione italiana: spunti critici*, in *Comunicazioni e Studi*, 1980, p. 388 ss.

⁴⁰ Anche se ciò, sembra, non gradito alla Corte Costituzionale tedesca, che nella citata *Sentenza Lissabon* sembra proprio rivendicare la competenza ultima dei Parlamenti nazionali, in controtendenza, a ben vedere, con la giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale, che invece accetta la propria “sordinazione” interpretativa alla Corte di giustizia della Unione Europea (*Ordinanza* 103/08), mentre afferma esplicitamente l'esclusività del potere di interpretazione delle norme della *Convenzione* da parte della CEDU, con l'obbligo del giudice interno di conformarsi al contenuto della norma stessa (*Sentenze* 311 e 317/10).

⁴¹ In generale sul punto v. ad es. di recente: M.G. Bernardini *L'Europa dopo Lisbona: cosa cambia*, 2 giugno 2010, in www.federalismi.it

⁴² Cfr. G. Guarino, *Le recenti*, cit. p. 62 ss.

⁴³ V. *Draft Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, in *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations*, vol. II, 2005 in http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_2_1982.pdf, Preambolo co. 8, 9, 10: «Having in mind the specific features of treaties

to which international organizations are parties as subjects of international law distinct from States, Noting that international organizations possess the capacity to conclude treaties, which is necessary for the exercise of their functions and the fulfilment of their purposes, Recognizing that the practice of international organizations in concluding treaties with States or between themselves should be in accordance with their constituent instruments»

⁴⁴ E infatti l'art. 6 della *Draft Convention* recita: «The capacity of an international organization to conclude treaties is governed by the rules of that organization»

⁴⁵ La questione, come noto, ha dato luogo ad una lunga e articolata discussione in seno alla Commissione del Diritto Internazionale, con particolare riferimento alla natura funzionale delle organizzazioni internazionali e alla loro conseguente capacità di concludere accordi internazionali. La discussione portò alla fine, proprio per la grande opinabilità del tema alla soluzione stringata riportata qui sopra. Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, A/CN.4/258, p. 178 ss.

⁴⁶ V. sul punto per tutti H. Mosler, *Art. 92*, in B. Simma (Ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford (Un. Press) 1996, p. 975 s.

⁴⁷ Richiamato, come noto, dall'art. 7, dove la Corte è elencata tra gli organi statuari delle NU.

⁴⁸ Pur se, la proposta della Commissione incaricata di predisporre la costituzione, sembra che fosse diversa, in quanto, mentre valutò (v. *infra* nt. 72) come... troppo organica la relazione tra la CPGI e la SdN, propose di allentarla con riferimento alla istituenda CIG.

⁴⁹ Tanto che sottoscrivere la Carta implica la sottoscrizione anche dello Statuto della CIG, anzi, a stretto rigore, una sottoscrizione *ad hoc* non è necessaria, mentre altri stati, non membri delle NU, possono aderire.

⁵⁰ Vale la pena di ricordare che, mentre l'art. 1 dello Statuto della CPGI recitava: «A Permanent Court of International Justice is hereby established, in accordance with Article 14 of the Covenant of the League of Nations. This Court shall be in addition to the Court of Arbitration organized by the Conventions of The Hague of 1899 and 1907, and to the special Tribunals of Arbitration to which States are always at liberty to submit their disputes for settlement.», l'art. 1 dello Statuto della attuale CIG recita: «The International Court of Justice established by the Charter of the United Nations as the principal judicial organ of the United Nations shall be constituted and shall function in accordance with the provisions of the present Statute». La questione, come noto, è stata lungamente discussa in dottrina, che per lo più conclude affermando che, mentre la CPGI non può essere considerata tecnicamente

organo della SdN, diversa è la situazione della CIG, esplicitamente definita come tale dalla Carta. La differenza, sta in particolare nel fatto (anche nel fatto) che, mentre l'art. 14 SdN si limita a prevedere la possibilità che una Corte del genere si costituisca, non soltanto l'art. 92 della Carta definisce la Corte esplicitamente come il principale organo giurisdizionale delle NU, ma anche l'art. 1 dello Statuto della Corte ribadisce esplicitamente questa connessione stretta e per di più la Corte è esplicitamente elencata tra gli organi delle NU all'art. 7 dello Statuto. Cfr. per tutti, S. Rosenne, *The law and practice of the International Court*, Leyden (Sijthoff) 1965, specialmente pp. 61 ss. e 71 ss. e 714. La stessa Corte, del resto, si autodefinisce "organo" delle NU, ad es. nell'opinione *Interpretation of Peace Treaties With Bulgaria, Hungary and Romania*, 1950, CIG Réc. 1950 p. 71 dove osserva: «These considerations also suffice to dispose of the objection based on the principle of domestic jurisdiction and directed specifically against the competence of the Court, namely, that the Court, as an organ of the United Nations, is bound to observe the provisions of the Charter, including Article 2, paragraph 7» (corsivi miei).

⁵¹ Che, a sua volta, recita: «The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly», dove è evidente anche nella formulazione lessicale la "separatezza" dell'istituendo organismo.

⁵² Resta però significativa una possibile ma importante differenza a seconda che si consideri o meno la CIG o la CPGI, organi rispettivamente della SdN e delle NU. Nel primo caso, infatti, la CIG, in quanto titolare in proprio del potere giurisdizionale, ma inserito nello Statuto, assume la forma di una espressione della divisione tra i poteri, esecutivo e giurisdizionale, nell'ambito NU, cosa che non accade per quanto attiene alla CPGI. Cfr. sul punto le brillanti osservazioni di H. Mosler, *op. cit.*, p. 978 s., con riferimento in particolare al fatto per cui, non essendo la CIG in grado di eseguire (o fare eseguire) coattivamente le proprie sentenze, è condizionata dalla disponibilità degli stati a eseguire o fare eseguire. V. per ulteriori considerazioni incidentali *infra* nt. 72 s.

⁵³ V. H. Mosler, *op. cit.*, p. 978.

⁵⁴ V. B. Stauffenberg, *Die Revision des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs*, in *ZaöRV*, 1936, p. 89 ss. Come noto la modifica entrò in

vigore solo a Gennaio del 1936, per i ritardi nella ratifica da parte di alcuni stati.

⁵⁵ Come noto, la dottrina distingue le due forme della firma e della adesione o accessione. Sulla nota questione v. per tutti A. McNair, *The Law of treaties*, Oxford (Clarendon Press) 1961, p. 120 ss.

⁵⁶ E dunque i tredici che lo hanno firmato e gli altri trentaquattro, che vi hanno aderito.

⁵⁷ Cosa non usuale affatto nella altre Convenzioni, v. A. Kiss, *Les accords conclus au sein du conseil de l'Europe Les clauses de signature différée et d'adhésion*, in *Annuaire français de droit international*, 1962. p. 740.

⁵⁸ Cfr. Assemblea Parlamentare Consiglio d'Europa, *Raccomandazione 316* (1962, 17 Marzo), che appunto: «Recommande au Comité des Ministres de charger le comité d'experts qui a déjà reçu le mandat d'examiner les problèmes relatifs à la Convention européenne des Droits de l'Homme de rédiger des amendements à la Convention prévoyant, pour des États non membres qui possèdent les qualifications nécessaires, la possibilité d'y adhérer à la suite de l'invitation du Comité des Ministres et après consultation de l'Assemblée.»

⁵⁹ V. CDDH-UE(2010)11, p. 3, che propone la modifica riportata in corsivo: «2. L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention. L'adhésion à la Convention et à ses protocoles impose à l'Union Européenne des obligations seulement en ce qui concerne des actes et mesures de ses institutions, organes, organismes ou agences, ou de personnes agissant en leur nom. Aucune des dispositions de la Convention ou de ses protocoles ne peut imposer à l'Union Européenne une obligation d'entreprendre un acte ou d'adopter une mesure pour lesquels elle n'en aurait pas compétence».

⁶⁰ Del resto, correttamente, visto che finora l'adesione ai singoli Protocolli è stata sempre realizzata *ad hoc*. La Dichiarazione n. 2 recita, come noto: «La conferenza conviene che l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. A tale riguardo, la conferenza prende atto dell'esistenza di un dialogo regolare fra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo; tale dialogo potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale *Convenzione*». Vale la pena di rilevare, sia pure del tutto in passante, che questa disposizione è tutt'altro che irrilevante. Essa infatti, lascia intravedere la possibilità (se non addirittura l'obbligo) di una vera e propria collaborazione, nonchè obbligatoria vincolante tra le due Corti, foriera sicuramente di interessanti sviluppi, ma già

oggi (quando il "dialogo" tra le Corti avviene solo di fatto), all'origine di non poche delle difficoltà che sembra incontrare la definizione dell'accordo di adesione.

⁶¹ Che afferma: «L'accordo di cui all'articolo 1 [l'accordo di adesione] deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della *Convenzione* europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla *Convenzione* europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della *Convenzione* europea ai sensi del suo articolo 57».

⁶² Nessun cenno in merito è infatti reperibile nel Protocollo 14 della *Convenzione*. La *Convenzione*, dunque, e per essa il CdE acconsente per acquiescenza, questa è l'unica interpretazione possibile di una accessione di fatto negoziata, ad ad una adesione negoziata, pur prevedendo il n. 2 dell'art. 59 modificato, la semplice accessione. Come accennato, non è qui il caso di addentrarci in un'altra delicata questione, ma è un fatto che questo meccanismo determini una discrasia tra la disposizione che garantisce la "accessione", che implica l'accettazione automatica dell'acquis, e il fatto negoziato. Se è vero che l'adesione negoziata sarebbe di fatto comunque sanata (posto che la si potesse considerare illegittima) dalla sottoscrizione dell'accordo di adesione da parte di tutti gli stati membri di UE e Convenzione, resterebbe aperto il problema per il futuro, ove un altro soggetto decidesse di aderire...in forma negoziata.

⁶³ Cfr. CDDH-UE(2010)11, pp. 4 ss.

⁶⁴ Anche se, come rilevato, la mancanza di un autonomo *treaty making power* potrebbe ostare a tale qualificazione, cfr. R. CADIN, *La Corte*, cit.

⁶⁵ Si pensi ad un'ipotesi paragonabile a quella di fronte alla quale si è trovata di recente la nostra Corte Costituzionale con la *Sentenza* 113/11 e alle decisioni e raccomandazioni del Comitato dei Ministri in merito. Posto che, sia o meno concesso un ricorso diretto dello stato alla CEDU (su cui *infra* § 6 per una ipotesi interpretativa specifica), la questione si ponga a livello di CGUE, che si trovi posta dinanzi ad una decisione che di fatto impone un obbligo di esecuzione, è ipotizzabile anche da parte della CGUE una sentenza *additiva*? E se no, come si definirebbe, ma specialmente come si onorerebbe, l'obbligo della UE di adeguarsi alla sentenza CEDU?

⁶⁶ Se ciò incida, come credo, sul contenuto del concetto di *jurisdiction* di cui all'art. 1 *Convenzione*, sarà meglio analizzato più avanti, § 4.

⁶⁷ Va rilevato che, curiosamente, mentre l'art. 54 *Convenzione* dice esplicitamente e semplicemente, ma con grande precisione: «Nothing in this Convention shall prejudice the powers conferred on the Committee of Ministers by the Statute of the Council of Europe», affermando dunque che il Comitato dei Ministri è un organo del CdE, che svolge anche, ovviamente, funzioni di controllo sulla *Convenzione* e sulla Corte, la bozza attualmente esistente di trattato di adesione, all'art. 8, prevede una modifica per cui, 1.1 «Whenever the Committee of Ministers acts as an *organ* of the Convention. ...», definendo quindi il Comitato dei Ministri organo della *Convenzione*! Lo stesso Comitato dei Ministri, che "supervisiona" (art. 26 *Convenzione*) l'esecuzione della eventuale soluzione amichevole di una controversia, supervisiona l'esecuzione delle sentenze da parte delle Parti Contraenti (art. 46 *Convenzione*), e decide a maggioranza di proporre (art. 47 *Convenzione*) pareri consultivi alla Corte, ma (art. 8.1.1 in fine del progetto)... «with the right to vote, of all High Contracting Parties to the Convention». Ma al di là di queste ingenuità redazionali, che ci si augura vengano adeguatamente corrette, e pur al di là della contraddittorietà nella definizione del Comitato dei Ministri, organo del CdE, come organo della *Convenzione*, resta e resterà da domandarsi che conseguenze possa avere l'adozione di un atto del genere, rivolto a stati non membri della UE (e quindi senza la partecipazione di quest'ultima) qualora quella decisione abbia effetti indiretti anche sugli stati membri della UE e quindi sulla UE stessa. Tanto più che, art. 9 della proposta, la UE partecipa alle spese del Comitato dei Ministri stesso, della *Assemblea Parlamentare*, della Corte e del Segretario generale (*che non contribuisce a scegliere?*), non soltanto quando agiscono con riferimento alla UE!

⁶⁸ È facile immaginare quanto una simile situazione possa venire in contrasto con le norme di cui alla sezione 4 della *Convenzione* di Vienna sul diritto dei trattati.

⁶⁹ Perché è difficile negare che dall'art. 19 all'art. 51 della *Convenzione* si definisca un vero e proprio statuto, di un organismo sicuramente autonomo, separato e distinto sia dalla *Convenzione* (che la crea) che dalla Organizzazione internazionale CdE, alla quale è collegata, ma della quale non è dipendente. Peraltro, il CdE fa una giusta applicazione del preambolo della *Convenzione*, quando, in occasione della uscita della Grecia dal CdE, specifica la diversità di comportamento nei due casi: delle normali convenzioni in ambito CdE e sottoscritte anche dalla Grecia e di quelle alla cui partecipazione è indispensabile la membership del CdE. V. ad es.: la Risoluzione 70(34) del Comitato dei Ministri (27.9.1970), punti 6.7: «7. The withdrawal

of Greece will not affect her position as a Contracting Party to those conventions and agreements concluded within the Council of Europe, which she has ratified or signed without reservation in respect of ratification except for those instruments to which only member States of the Council may be Contracting Parties» e 6.11: «11. After 31 December 1970, there will no longer be any grounds for requesting nominations from the Greek Government for the election of judges to the European Court of Human Rights, Article 39 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms reserving the presentation of such nominations to member States of the Council of Europe only». Cfr. Anche la Risoluzione 361(1968) dell'Assemblea Parlamentare, dove si propone al Comitato dei Ministri l'eventuale espulsione della Grecia, e la successiva Risoluzione 547(1969) in cui si suggerisce al Comitato di "invitare" la Grecia a recedere dal CdE e la conseguente decisione del Comitato medesimo (69) 18.

⁷⁰ V. ne i rispettivi elenchi in: [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato dei Ministri=10&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato%20dei%20Ministri=10&CL=ENG), per quelle aperte ai soli stati membri, in [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato dei Ministri=11&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato%20dei%20Ministri=11&CL=ENG), per quelle aperte anche agli stati non membri del CdE, in [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato dei Ministri=12&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato%20dei%20Ministri=12&CL=ENG), per quelle aperte alla partecipazione anche di stati non europei e infine la lista delle convenzioni aperte alla partecipazione dell'UE, in [http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato dei Ministri=13&CL=ENG](http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?Comitato%20dei%20Ministri=13&CL=ENG)

⁷¹ V. *Statutory Resolution* (93) 28 on partial and enlarged agreements (Committee of Ministers, 14 May 1993).

⁷² V. *supra* § 2.1.1 e la bibliografia ivi citata. Curiosamente, merita di essere osservato ora, il *Informal Inter-Allied Committee on the future of the Permanent Court of International Justice*, del 10.2.1944 (SdN *Miscellaneous Doc.*, No 2 (1944) Cmd. 6531) p. 31, dove sono riportate le conclusioni della Commissione, osserva: «116. The existing connexion between the Court and the League of Nations should be discontinued and should not, for the present at any rate, be replaced by an *organic*... connexion with any new International Organisation, This need not exclude all connexion between the Court and the International Organisation. The Court would be part of the machinery at the disposal of the Organisation; and the eonstitution of the Organisation might lay down the conditions in è which its members would be bound to have recourse to the Court, and provide measures for ensuring that the decisions of the Court were complied with. A connexion of this

character would not be created by the Statute of the Court, but by the constitution of the Organisation». Nella nota, la Commissione spiega cosa intende per "connessione organica", affermando che: «By organic connexion is meant that the Court was established by one of the articles of the League Covenant, that its judges were elected by the Assembly and Council of the League and that its expenses were at charge on the budget of the League, etc.». A parte quanto dirò più avanti, mette conto di rilevare come è differenza non da poco quella della Corte europea, che non è prevista dallo Statuto del CdE.

⁷³ *Supra* nt. 54.

⁷⁴ V. anche in proposito le belle pagine di V. Starace, *La competenza della Corte internazionale di Giustizia in materia contenziosa*, Napoli (Jovene) 1970, p. 29 ss. V. anche M. Reisman, *Nullity and Revision: the review and enforcement of International Judgements and Awards*, New Haven (Yale UN. Press) 1971, p. 149 e 715.

⁷⁵ Implicitamente, peraltro, la disposizione (Preambolo della *Convenzione* per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) deve intendersi modificata, dato che consente la partecipazione della UE, non parte del CdE, *ma nemmeno "Government"*. Di tale modifica, peraltro, non vi è traccia, alla data di redazione del presente scritto il 30.4.2011, nella bozza di accordo di adesione cit.

⁷⁶ Basta confrontare le date di adesione (senza firma) allo Statuto del CdE con quelle di firma della *Convenzione*. Gli stati che hanno firmato lo statuto del CdE sono solo 13, mentre tutti gli altri hanno acceduto successivamente alla sua entrata in vigore, avvenuta con la ratifica di 7 di essi. Benché mai affermato in una norma dello Statuto, l'impressione che in questo caso si possa distinguere tra membri fondatori e altri è forte. D'altro canto, va sottolineato come alla *Convenzione* l'adesione è data con la sola firma della stessa secondo quanto dispone l'art. 59, mentre per lo Statuto l'adesione è data attraverso la ratifica.

⁷⁷ Cui, in maniera un po' atipica, si propone ora di fare partecipare una delegazione del PE solo in sede di nomina dei giudici, che però sono eletti con riferimento a ciascuna parte contraente, art. 22 *Convenzione*. Per cui, parrebbe, la delegazione del PE partecipa alla votazione dei giudici dell'UE e degli stati membri dell'UE e della *Convenzione*, ma, è lecito domandarsi, anche di quelli degli altri stati, membri solo del CdE? La proposta del Gruppo di Lavoro afferma, art. 7.1: «1. A new paragraph 2 shall be inserted into Article 22 of the Convention, which shall read as follows: "2. A delegation of the European Parliament shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary

Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges in accordance with the preceding paragraph. [The European Parliament shall be entitled to the same number of representatives in the Assembly as the State(s) entitled to the highest number of representatives pursuant to Article 26 of the Statute of the Council of Europe].» Da ciò, si potrebbe interpretare il combinato disposto dei due paragrafi dell'articolo (§ 1 «... with respect to each Contracting Party...», § 2 «... in accordance with the preceding paragraph») nel senso che la delegazione del PE dovrebbe partecipare solo alla elezione del giudice europeo e, forse ma a mio parere nemmeno, di quelli della parti membri della UE. Anche qui, un minimo di maggiore chiarezza non sarebbe inopportuno.

⁷⁸ Insomma, se ben si comprende, nell'idea del Gruppo di Lavoro, non è la Corte organo del CdE, ma il Comitato dei Ministri organo della *Convenzione* e pertanto viene integrato con rappresentanti dell'UE. V. CDDHUE(2011)04, p. 4 dove si propone la modifica dell'art. 54 della *Convenzione*, premettendo al testo attuale le seguenti disposizioni: «1. Lorsque la Comité des Ministres agit en tant qu'organe de la Convention conformément à l'article 26, paragraphe 2, à l'article 39, paragraphe 4, à l'article 46 et à l'article 47, il prend ses décisions avec la participation, avec le droit de vote, de toutes les Hautes Parties Contractantes à la Convention. 2. Le Comité des Ministres, agissant en tant qu'organe de la Convention, prend les décisions concernant l'adoption ou la mise en œuvre de protocoles additionnels ou d'amendement à la Convention, ainsi que de tout autre instrument ou texte directement lié au fonctionnement de la Convention. Ces décisions sont prises avec la participation, avec le droit de vote, de toutes les Hautes Parties Contractantes à la Convention» (corsivo mio), pur restando invariata la norma per cui il Comitato dei Ministri agisce e esercita i poteri previsti dal CdE, evidentemente nella sua conformazione tradizionale. È difficile non rilevare un atteggiamento, per così dire, alquanto sbarazzino del Gruppo di Lavoro, anche qui infatti non è molto chiaro quale sia la composizione del Comitato dei Ministri nelle varie circostanze, quando agisca come "organo" della *Convenzione*.

⁷⁹ La formula, a mio avviso, è alquanto contorta e poco chiara, quando si afferma: «Considering that the accession of the European Union, as a non-state entity with a specific legal system, requires certain adaptations to the Convention system, including the need to amend certain of its provisions». Sarebbe troppo lungo entrare in un'analisi della disposizione proposta, ma certo è che l'espressione non è delle più felici e chiare. Cos'è, infatti solo per un accenno, una "non-state entity": che non si tratti di uno stato,

nel senso classico, è semplicemente ovvio e dunque, l'affermazione è un po' ambigua. Che l'UE abbia un proprio sistema giuridico è altrettanto ovvio e dunque ridondante, a meno che non si voglia implicitamente affermare che esistano "non-state entity", senza uno "specific legal system", e sulle cui modalità di funzionamento sarebbe interessante indagare.

⁸⁰ Del quale si potrebbe discutere intanto la attuale formulazione, visto che permette la partecipazione della UE, ma non modifica in alcun modo, né interpreta, le norme che a questa partecipazione appaiono incoerenti. Del resto, come già sottolineato, il protocollo 14 non fa parola della necessità di un accordo *ad hoc* per consentire la partecipazione della UE. E infatti la questione è posta in premessa alla proposta di accordo di adesione, cit., co. 5: «Considering that it is necessary, for this reason, to establish by common agreement the conditions of accession and the adjustments to be made to the Convention system»

⁸¹ Insomma, secondo le proposte finora pervenute del Gruppo di Lavoro, all'UE è applicabile l'istituto della "integrità territoriale" (pur non disponendo la UE di territorio in senso stretto), ma non quello di sicurezza o di ordine pubblico (di cui, per limitarci alla sola *Convenzione*, agli artt. 6, 8, 9, 10 e 11). Ma altri dubbi lascia la proposta, per la mancata menzione della "pubblica emergenza" di cui all'art. 15.

⁸² È il caso, ad es., del territorio di Gibilterra, assoggettato alla *Convenzione*, ma non alla UE, e di cui *infra* nt. 114.

⁸³ Su ciò *infra* § 4.

⁸⁴ In generale su alcuni punti che saranno discussi più avanti, v. V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 19.12.2007, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&id=64&op=5>, specialmente p. 4.

⁸⁵ Che, in quanto modificativo del "corpo" delle norme della *Convenzione*, non è più allegato alla stessa, che ha già redatto, per parte sua, il testo consolidato con la dizione: «The European Union may accede to this Convention». Viceversa, il n. 1 dello stesso articolo recita: «This Convention shall be open to the signature...»

⁸⁶ Per la precisione, fatto salvo quanto disposto dal Protocollo n. 8 UE, su cui poco più avanti, dal punto di vista della *Convenzione*, la UE potrebbe semplicemente sottoscriverla come le altre parti contraenti: l'art. 218.5 TFUE, infatti, lo consentirebbe. Il testo dell'art. 59.2. *Convenzione*, introdotto dal Protocollo 14, prevede genericamente la possibilità di adesione della UE senza particolari precisazioni, ma con l'intento evidente di superare per questa via l'ostacolo derivante dal fatto che la UE (della

Costituzione della quale si attendeva l'entrata in vigore) non è uno stato membro del CdE. Invero, il CDDH aveva comunque prevista la necessità di un accordo integrativo (o almeno di un nuovo emendamento alla *Convenzione*) solo allo scopo di consentire la piena compatibilità dei sistemi; v. Council of Europe, *Explanatory Report to the CETS 194*, 17.11.2009 (Madrid, 12.5.2009) p. 17, in <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>: «101. Article 59 has been amended in view of possible accession by the European Union to the Convention. A new second paragraph makes provision for this possibility, so as to take into account the developments that have taken place within the European Union, notably in the context of the drafting of a constitutional treaty, with regard to accession to the Convention. It should be emphasized that further modifications to the Convention will be necessary in order to make such accession possible from a legal and technical point of view» e v. anche Rapporto MYJER, *Can the eu join the echr: general conditions and practical arrangements* (CDDH Doc. DGII(2002)006), www.ecln.net/elements/conferences/book_berlin/myjer.pdf

⁸⁷ È appena il caso di segnalare che la disposizione appare in contrasto con la già citata norma dell'art. 2 del progetto di accordo, dove si afferma che la dizione Stato si riferisce anche all'UE "in quanto Parte Contraente", dato che mantiene la distinzione tra stato e UE in una formulazione a dir poco intrigante, art. 11.1: «Les Hautes Parties Contractantes à la Convention à la date de l'ouverture à la signature du présent Accord et l'Union Européenne peuvent exprimer leur consentement à être liées par...» in inglese: «The High Contracting Parties to the Convention at the date of the opening for signature of this Agreement and the European Union may express their consent to be bound by...». Se l'UE è Alta Parte Contraente, non si vede perché distinguere di nuovo in questa occasione, a meno che questa differenziazione non possa essere intesa a sottolineare la differenza tra uno stato e una Organizzazione internazionale nella sottoscrizione dell'accordo. E dunque la natura e il contenuto di quegli obblighi devono ritenersi diversi a seconda di quale soggetto sottoscriva.

⁸⁸ Che, ovviamente rinvia all'art. 218 nn. 5 e 6 del TFUE. Al di là delle tecniche e procedure attuate finora, ciò che conta è che, se l'accordo di adesione avrà successo, l'UE avrà sostanzialmente "imposto", e le parti della *Convenzione* accettato per acquiescenza, la redazione di un accordo di adesione, piuttosto che di una semplice sottoscrizione.

⁸⁹ Così letta, se mi si permette l'ulteriore digressione, la disposizione implica, in caso di attuazione del

litisconsorzio, un obbligo di partecipazione al contraddittorio.

⁹⁰ E i rinvii ivi contenuti alla *Convenzione*. Ma, sia chiaro, ciò non significa per nulla che il contenuto degli obblighi della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sia identico a quello degli obblighi della *Convenzione*. Altrimenti, non si spiegherebbe il rinvio dell'una all'altra e non il contrario. Il riferimento all'art. 23 carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, su cui *supra* nt. 24, ne è un esempio emblematico e chiarissimo: i due documenti non sono identici e quindi vanno letti insieme e integrati in via interpretativa ogni volta che ciò sia necessario.

⁹¹ *Supra* nt. 3.

⁹² Così come disposto da quello che dovrebbe essere il nuovo testo del n. 2 dell'art. 59, secondo la bozza di *Convenzione* di adesione fin qui redatta, art. 11.4. CDDH-UE (2011)04.

⁹³ Da ciò la differenza tra la lett. A e la lett. B del citato art. 11.1.

⁹⁴ Naturalmente una volta risolti i problemi legati all'esaurimento dei ricorsi interni. A parte il caso di un ricorso "diretto" alla CEDU contro gli effetti di un atto UE in violazione dei diritti dell'uomo, che nel caso non potrebbe essere ammesso, ciò vale nel caso in cui il ricorso del cittadino UE fosse direttamente contro un atto UE, che si scoprisse in violazione di una norma della *Convenzione*. V. su ciò anche *infra* § 5.

⁹⁵ Sull'intera questione v. la completa ed esaustiva ricostruzione di C. PANELLA, *L'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti Dell'uomo: Problemi Relativi all'applicazione dell'art. 1 CEDU*, in C. ZANGHÌ, C. PANELLA, *L'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Soveria Mannelli (Rubbettino) 2011 (numero speciale della rivista *Grotius*, in corso di stampa), § 6.

⁹⁶ Secondo il combinato disposto degli artt. 1 e 34.

⁹⁷ V. *supra* § 1, nt. 16 e testo corrispondente.

Sull'intera questione v. per tutti O. De Schutter, *International*, cit., p. 461 ss.

⁹⁸ E largamente studiato in dottrina, v. P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino (Giappichelli) 2002, *passim* e specialmente p. 221 ss. e nella giurisprudenza. È appena il caso di sottolineare come l'ipotesi avanzata dall'Autore circa una valenza funzionale del criterio della *jurisdiction*, si muove e può essere interpretata, oggi, solo nel senso che indico qui sopra nel testo, anche se, in ultima analisi, non prescinde dall'aspetto strettamente territoriale di essa. V. anche L. Di Iorio, *La nozione di "giurisdizione" in alcune pronunce della Corte*

europea dei diritti dell'uomo, in 296, *In. Law* 5 (2007),

http://www.morlacchilibri.com/inlaw/index.php?option=com_frontpage&Itemid=1

⁹⁹ Cfr. ad es. già F.A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in International Law*, in *RC* 1964, I, p. 10 «Jurisdiction is by no mean concerned only with the problem of ascertaining the State which, in a given case has the sole right of regulation. There are many sets of circumstances which, by their nature, more than one State may be entitled to regulate» e v. anche p. 36 ss.

¹⁰⁰ Giova rilevare che, durante i lavori preparatori della *Convenzione* fu appunto deciso di utilizzare quella espressione ("everyone within their jurisdiction") eliminando il riferimento, proposto da alcuni, ai "residenti", proprio allo scopo di ampliare al massimo la sfera di competenza della stipulanda *Convenzione*: v. CDE, *European Court of Human Rights, Preparatory Work on Article 1 of the European Convention on Human Rights*, Information Document prepared by the Registry, *Doc. COUR* (77), p. 1 ss. Ciò, dunque proprio allo scopo di segnalare che la *Convenzione* era destinata a proteggere le persone, indipendentemente dal fatto che fossero o meno giuridicamente legate allo stato.

¹⁰¹ Il riferimento è, peraltro in dottrina, ben lungi dall'essere chiaro ed esaustivo. Ma esso è in genere inteso come diverso da quello della sola sovranità territoriale in senso stretto, nella misura in cui comprende altre competenze dello stato oltre quelle strettamente legate al territorio. Per tutti si veda Briery, *Principles of Public International Law*, Oxford (Clarendon) 1998, specialmente p. 106 ss: «jurisdiction refers to particular aspects of the substance, especially rights (or claims), liberties and powers. Immunities are described as such» e 288 ss., 301: «Jurisdiction is an aspect of sovereignty and refers to judicial, legislative, and administrative competence».

¹⁰² V. *Cedu Application no. 15318/89, Loizidou v. Turkey* (merits), 18.12.1996: «52. As regards the question of imputability, the Court recalls in the first place that in its above-mentioned Loizidou judgment (*preliminary objections*)... it stressed that under its established case-law the concept of "jurisdiction" under Article 1 of the Convention is not restricted to the national territory of the Contracting States. Accordingly, the responsibility of Contracting States can be involved by acts and omissions of their authorities which produce effects outside their own territory. Of particular significance to the present case the Court held, in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility, that the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of

military action – whether lawful or unlawful – *it exercises effective control of an area outside its national territory*. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention, derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration. ..» (corsivi miei).

¹⁰³ CEDU, *Application no. 52207/99, Banković, Stojanović, Stoimenovski, Joksimović and Suković c. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, dove la Corte afferma: «59. As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States...61. The Court is of the view, therefore, that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, *other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case...*62. The Court finds State practice in the application of the Convention since its ratification to be indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States of their extra-territorial responsibility in contexts similar to the present case. Although there have been a number of military missions involving Contracting States acting extra-territorially since their ratification of the Convention (inter alia, in the Gulf, in Bosnia and Herzegovina and in the FRY), no State has indicated a belief that its extra-territorial actions involved an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention by making a derogation pursuant to Article 15 of the Convention. The existing derogations were lodged by Turkey and the United Kingdom, in respect of certain internal conflicts (in south-east Turkey and Northern Ireland, respectively) and the Court does not find any basis upon which to accept the applicants’ suggestion that Article 15 covers all “war” and “public emergency” situations generally, whether obtaining inside or outside the territory of the Contracting State... 70. Moreover, in that first Loizidou judgment (preliminary objections), the Court found that, bearing in mind the object and

purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party was capable of being engaged when as a consequence of military action (lawful or unlawful) it exercised effective control of an area outside its national territory. Ma la Corte nega che, nel caso di specie, ciò che accade in Serbia sia sufficiente a definire una relazione tale tra gli stati operanti sul territorio e gli individui ricorrenti, da definire questi ultimi sotto la jurisdiction dei primi: «81 *The Court is not therefore persuaded that there was any jurisdictional link between the persons who were victims of the act complained of and the respondent States. Accordingly, it is not satisfied that the applicants and their deceased relatives were capable of coming within the jurisdiction of the respondent States on account of the extra-territorial act in question*» (corsivi miei). E dunque la Corte non ritiene che possa valere come controllo effettivo il fatto, esso del tutto incontrovertibile, per il quale i paesi interessati, di fatto (e anche di diritto) controllavano il territorio e i suoi abitanti, se non altro per l’impossibilità assoluta da parte serba di opporsi a detto controllo. Su ciò è difficile molto difficile poter convenire.

¹⁰⁴ V. la ben nota *Sentenza Cyprus v. Turkey Application no. 25781/94, 10.5.2001*, dove la Corte conclude: «79. The Court observes that the applicant Government raise the issue of imputability throughout their pleadings on the merits. Having regard to its conclusion on this issue, the Court does not consider it necessary to re-address the matter when examining the substance of the applicant Government’s complaints under the Convention. ... The Court concludes, accordingly, and subject to its subsequent considerations on the issue of private parties (see paragraph 81 below), that the matters complained of in the instant application fall within the “jurisdiction” of Turkey within the meaning of Article 1 of the Convention and therefore entail the respondent State’s responsibility under the Convention».

¹⁰⁵ Cfr. ad es. L. Maratea, *The role of Puppet Regimes in Conflict Resolution Processes*, in G. Guarino, D’anna, *International Conflicts and Human Rights: Caucasus, Balkans, Middle East and Horn of Africa*, Napoli (Satura) 2010, vo. II, p. 63 ss., ma v. anche A. VALVO, *Political Autonomy and International Personality. A Mediterranean Example: the Turkish Republic of Northern Cyprus*, *ibid.*, p. 123 ss.

¹⁰⁶ Cfr. *Sentenza ÖCALAN v. TURKEY, Application no. 46221/99, 12.5.2005* e anche la *sentenza di primo grado öcalan v. Turkey, Application no. 46221/99, 12.3.2003*.

¹⁰⁷ Un problema simile potrà porsi, (oggi non più, stante la conclusione della vicenda al momento della stampa del presente contributo) immagino, con

riferimento al territorio libico sotto bombardamento. Se è infatti indubbio che il controllo "sul terreno" non è dei paesi della NATO, è indubbio che la libertà di azione del governo libico è fortemente limitata. Nel caso di specie, poi, una parte del territorio è effettivamente "controllata" da una organizzazione di governo alternativa rispetto a quella libica. Di detta organizzazione, i paesi della NATO sono, a stretto rigore alleati e per di più a quei "ribelli" offrono aiuto umanitario e *militare*. E dunque, se è possibile definire crimini di guerra quelli del governo legittimo libico contro i "ribelli", non si vede perché non debbano essere considerati tali anche i comportamenti dei paesi, che bombardano, se ed in quanto violino le norme sul diritto di guerra. Per un'analisi dell'intera situazione, v. F. Battaglia, *La lotta al terrorismo internazionale e la tutela dei diritti umani*, cap. V, tesi di laurea dottorale in *Ordine internazionale e diritti umani* Roma La Sapienza, 2011. V. *infra* nt. 108, per un ulteriore approfondimento del tema.

¹⁰⁸ Mi riferisco all'interpretazione cavillosa della Corte in merito, che porta a ritenere "effettivo" il controllo del territorio a Cipro, così come quello su Öcalan, ma non effettivo quello sulla Serbia. Insomma tutto viene un po' ingenuamente limitato al controllo fisico, terrestre sugli individui. In altre parole, la stessa affermazione della Corte, per cui il concetto di *jurisdiction* è quello del diritto internazionale pubblico, viene contraddetto, data l'interpretazione riduttiva che viene data del concetto di *effettività* del controllo, che, invece, nel diritto internazionale classico costituisce la base giuridica per affermare la sovranità e comunque la responsabilità dello stato per ciò che vi avviene.

¹⁰⁹ Francamente, a parte i termini formali della questione, appare un po' difficile comprendere come si possa considerare esentato uno stato dal rispetto di certi diritti nel momento in cui svolge attività militari fuori dal suo territorio, ma non lo occupa. È perfettamente comprensibile che lo stato non risponda delle violazioni compiute *da altri*, ma è solo un cavillo ritenere che non risponda di quelle compiute da lui stesso!

¹¹⁰ E quindi non formale e materiale: v. *Loizidou*, cit., dove si parla, come noto, di «Overall control», o, in francese «contrôle globale»: «56. La Commission considère que la présence à Chypre de forces turques exerçant un contrôle global dans la zone frontalière a eu pour conséquence de priver la requérante et continue de la priver de l'accès à la partie septentrionale de Chypre... Il ne s'impose pas de déterminer si... la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la "RTCN". Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord

de Chypre... atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'Ôle. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RTCN"... Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "jurisdiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention». Similmente, cfr. *Ilascu and others v. Moldova and Russia* (Application no. 48787/99), 8.7.2004: «315. It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned (see *Loizidou* (merits), cited above, pp. 2235-36, § 56). «317. A State's responsibility may also be engaged on account of acts which have sufficiently proximate repercussions on rights guaranteed by the Convention, even if those repercussions occur outside its jurisdiction».

¹¹¹ V. *Issa and Others v. Turkey Application no. 31821/96*, 30.3.2005, dove quanto più esplicitamente affermato nel testo, appare significativamente adombrato: «67. The established case-law in this area indicates that the concept of "jurisdiction" for the purposes of Article 1 of the Convention must be considered to reflect the term's meaning in public international law... From the standpoint of public international law, the words "within their jurisdiction" in Article 1 of the Convention must be understood to mean that a State's jurisdictional competence is primarily territorial..., but also that jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State's territory. 68. However, the concept of "jurisdiction" within the meaning of Article 1 of the Convention is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties... In exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there ("extra-territorial act") may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention. 69. According to the relevant principles of international law, a State's responsibility may be engaged where, as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – that State *in practice* exercises effective control of an area situated outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration. ... 70. It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises *detailed control* over the policies

and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned⁷¹. Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating – whether lawfully or unlawfully – in the latter State... Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory» (corsivi miei).

¹¹² In questo senso, mi pare, va letta anche la *Sentenza Pellegrini c. Italia, Requête n° 30882/96*, 20.7.2001, dove si afferma l'obbligo dello stato di tenere conto del modo in cui una giurisdizione straniera tratta alcuni casi, per valutare se le esigenze della *Convenzione* siano state rispettate: «44. La Cour estime que ces motifs ne sont pas suffisants. Les instances italiennes ne semblent pas avoir attribué d'importance à la circonstance que la requérante n'avait pas pu prendre connaissance des éléments apportés par son ex-mari et par les – prétendus – témoins. Pourtant, la Cour rappelle à cet égard que le droit à une procédure contradictoire, qui est l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 § 1, implique que chaque partie à un procès, pénal ou civil, doit en principe avoir la faculté de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision...45. Peu importe que, comme le fait valoir le Gouvernement, la requérante n'aurait de toute manière pas pu s'opposer à la nullité du mariage, qui découlait d'un fait objectif et non contesté. Il appartient aux seules parties à un litige de juger si un élément apporté par l'adversaire ou par des témoins appelle des commentaires. Il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice: elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier...47. Dans ces conditions, la Cour estime que les juridictions italiennes ont manqué à leur devoir de s'assurer, avant de donner l'exequatur à l'arrêt de la rote romaine, que dans le cadre de la procédure canonique la requérante avait bénéficié d'un procès équitable».

¹¹³ Art. 56 della *Convenzione*, del quale non si parla minimamente nel progetto di accordo di adesione (CDDHUE(2011)04) di cui alla 6ème *Réunion Du Groupe De Travail Informel Du CDDH Sur l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits De l'Homme (CDDH-UE) avec la Commission Européenne, Pro-jet d'accord*

d'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, 15 mars – vendredi 18 mars 2011, del 25.2.2011 (sic!) mette conto di rilevare che nell'accordo di adesione, non si propongono cambiamenti (limitatamente al testo della *Convenzione*), all'art. 11 sul diritto di assemblea (ma con riferimento ad esso, viene assimilato *mutatis mutandis* il termine interesse nazionale ecc. e dunque è possibile ritenere che si tratti solo di una svista), all'art. 29, che però è implicitamente richiamato dalla modifica esplicita dell'art. 33 la cui intestazione è modificata in controversia "tra le parti", per cui deve ritenersi implicitamente modificato anche l'art. 29 dove si parla di ammissibilità della sottoposizione di una controversia... tra gli stati, e, appunto, l'art. 56. L'art. 57, sulle riserve è modificato dalla disposizione *ad hoc* proposta con riferimento alla UE nell'art. 3.2 della proposta, che prevede una clausola specifica per la sola UE: «... L'Union Européenne peut, au moment de l'adhésion à la présente Convention, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une disposition de son ordre juridique alors en vigueur n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article»

¹¹⁴ Tanto che la Corte, può decidere di applicare la *Convenzione*, travalicando una disposizione contrattuale di uno stato, che esclude l'applicazione di certe norme ad una parte del suo territorio, sulla base del fatto che lo stato applica a quel territorio la *Convenzione* stessa. V. CEDU, *Matthews c. Royaume Uni*, Requête n° 24833/94, 8.2.1999.

¹¹⁵ Non di particolare importanza, apparentemente. Mentre, ad es., applicando il concetto di nazione ecc. alla UE, ad es., si estende ad essa il concetto perfino di difesa della integrità territoriale, si omette ogni riferimento all'art. 11.2, dove si parla della libertà di assemblea (sia pure in una accezione particolare tipica verosimilmente solo di uno stato in senso stretto), o all'art. 29.2, dove (e qui si tratta di una chiara dimenticanza, si omette di sostituire il riferimento alle «inter-state applications» dell'art. 33, che invece è modificato per riferirsi anche alla UE, o, infine, all'art. 56, la cui mancata modifica ha però il senso di cui nel testo.

¹¹⁶ Il tema dovrà perciò essere sottoposto a maggiore riflessione, anche alla luce della prassi futura, ma, a questo punto, è più che lecito domandarsi, come accennato nel testo, se, date le premesse indicate, la competenza dell'UE, essendo assai più estesa di quella della territorialità *stricto sensu* dei singoli stati membri ex art. 56 *Convenzione*, abbia per effetto di estendere la competenza della *Convenzione* anche a territori *extra*

europei, come quelli, ad es., ricompresi tra i territori ACP, quelli SEE, ecc.

¹¹⁷ V. G. Guarino, *Le novità*, cit., p. 59 ss.

¹¹⁸ Fatta ovviamente eccezione per quanto proprio solo dello stato: il territorio, anzi a voler essere precisi, *il territorio non metropolitano*. Non è certo un caso che nelle sentenze cit. *supra* ntt. 102 e 104, si intenda estesa la competenza a territori di fatto sotto la sovranità (per dir così non coloniale non a caso la clausola in questione fu definita a suo tempo "clausola coloniale") dello stato in questione, benché non *ab initio*.

¹¹⁹ In applicazione di quanto disposto sia all'art. 6.2 TUE che nel Protocollo 8. Giova, al proposito, sottolineare che la questione è stata affrontata dal gruppo di lavoro più volte cit., che propone non a caso all'art. 2 di modifica del par. 2 dell'art. 59, alla lettera b: «Nothing in the Convention or its Protocols shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence», e all'art. 3 di modifica del par. 1 dell'art. 57:

«The European Union may, when acceding to this Convention, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any provision of its legal order then in force is not in conformity with it. *Reservations of a general character shall not be permitted under this article*».

¹²⁰ Nella formulazione dell'art. 2.1 della proposta: «d. Where any of the terms "national security", "national law", "national laws", "national authority", "life of the nation", "country", "administration of the State", "territorial integrity" and "domestic" appear in Articles 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 15 and 35 of the Convention, in Article 2 of Protocol No. 4 and in Article 1 of Protocol No. 7 to the Convention, they shall be understood as relating also, *mutatis mutandis*, to the European Union as a High Contracting Party», e, nel testo francese: «Les termes «sécurité nationale», «droit national», «lois nationales», «instance nationale», «vie de la nation», «pays», «administration de l'État», «intégrité territoriale» et «interne», lorsqu'ils figurent aux articles 5, 6, 8, 10, 11, 12, 13, 15 et 35 de la Convention, à l'Article 2 du Protocole n° 4 et à l'article 1er du Protocole n° 7 à la Convention, sont compris comme se référant aussi, *mutatis mutandis*, à l'Union Européenne en tant que Haute Partie Contractante.». Questa formula, peraltro, meriterebbe un corposo approfondimento, dato che, così definita, rischia di essere fonte di gravi difficoltà interpretative, anche solo per non parlare di quel vagamente surreale "*mutatis mutandis*"!

¹²¹ *Convenzione* Art. 10 n. 2: «The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a *democratic society*, in

the interests of *national security, territorial integrity or public safety*, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary». Ciò significa, mi pare, che la UE avrà il compito di difendere l'esercizio delle proprie competenze così come definite dalla prassi, anche dalla possibile "invadenza" di altri soggetti.

¹²² Ma verosimilmente di più, anche se non al medesimo titolo, se si accetta quanto da me proposto altrove, G. Guarino, *Per una ricostruzione*, cit., *passim*, ma specialmente quanto proposto *infra* § 6.1, a seguito del che si deve distinguere tra le norme introdotte ex art. 6.2 nel TUE e le norme, cui ci si riferisce nell'applicazione di quelle del trattato di Lisbona e della *Convenzione*.

¹²³ È appena il caso di riportare la affermazione dei due Presidenti delle Corti (CDDH-UE(2011)03): «As a result of that accession, *the acts of the EU will be subject, like those of the other High Contracting Parties*, to the review exercised by the ECHR in the light of the rights guaranteed under the Convention» (corsivo mio).

¹²⁴ Così come ogni stato deve conformarsi alle norme UE, anche alla luce delle norme della *Convenzione*, come anche di recente, sia pure ad altro titolo, è stato affermato dalla CGUE rispetto all'Italia, che, con riferimento all'obbligo, sempre prevalente di eseguire comunque correttamente la legislazione europea, ne deduce che anche la legislazione penale deve essere "disapplicata" tout court dai giudici nazionali: v. C-61/11 PPU sui rimpatri, tenuto conto della giurisprudenza CEDU in materia, così come espressa ad esempio nella Sentenza della CEDU, Saadi c. Regno Unito, *Requête* no 13229/03. La sentenza, insomma, appare particolarmente importante perché, mentre da un lato, riferisce l'obbligo italiano di non applicare il reato di "clandestinità" in ragione dell'obbligo di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE, dall'altro, lo spiega e lo definisce, con riferimento alla specifica fattispecie, alla luce dei principi della *Convenzione* espressi, tra l'altro, nella giurisprudenza citata: «41 Emerge da quanto precede che la successione delle fasi della procedura di rimpatrio stabilita dalla direttiva 2008/115 *corrisponde ad una gradazione delle misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, gradazione che va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato... alla misura che maggiormente limita la sua libertà...*, fermo restando in tutte le fasi di detta procedura l'obbligo di osservare il principio di *proporzionalità*... 43 In particolare... [l]a direttiva 2008/115 *intende così tener conto sia della giurisprudenza della Corte*

europa dei diritti dell'uomo, secondo la quale il principio di *proporzionalità* esige che il trattenimento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, vale a dire non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito (v., in particolare, Corte eur. D.U, sentenza Saadi c. Regno Unito...), sia dell'ottavo dei «Venti orientamenti sul rimpatrio forzato»... ai quali la direttiva fa riferimento nel terzo 'considerando'. Secondo tale principio, il trattenimento ai fini dell'allontanamento deve essere quanto più breve possibile» (corsivo mio).

¹²⁵ E non i singoli stati membri della UE, ma proprio l'UE in quanto tale, sulla base della procedura prevista all'art. 218.8 co. 2 seconda frase, dove si prevede che la conclusione dell'accordo, ex n. 6 del medesimo articolo, sia approvata dal Consiglio, con decisione unanime (art. 218.8), che «entra in vigore previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali». Gli stati, così, approvano la decisione di stipulare e poi, in quanto parti della Convenzione, sottoscrivono e ratificano l'accordo di adesione, art. 11 della proposta di accordo di adesione: «The High Contracting Parties to the Convention at the date of the opening for signature of this Agreement and the European Union may express their consent to be bound...» (v. sul punto C. Panella, *op. cit.*, nt. 6 e v. anche A. Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *La protezione dei diritti dell'uomo nell'unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in DUE, 2009, p. 678 ss. e ivi ampia bibliografia) esprimendo due volte, a diverso titolo, la propria volontà. Ma, formalmente, è la UE che stipula l'accordo e non i singoli stati membri.

¹²⁶ Non, però, limitatamente al tema della dignità umana, come ipotizzato da A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in DUE 2010., p. 879, ma molto più vasti ed omnicomprensivi.

¹²⁷ Da «everyone within its jurisdiction», come afferma testualmente la Convenzione, da cui la domanda su, chi sia «everyone» dal punto di vista della Convenzione, una volta che l'adesione della UE sia consolidata.

¹²⁸ Sul punto, in genere, e sul loro contenuto, v. di recente, A. Ianniello Saliceti, *Il significato delle tradizioni costituzionali comuni nell'Unione Europea*, in G. Rolla (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano (Giuffrè) 2010, p. 139 ss. e ivi riferimenti bibliografici.

¹²⁹ Beninteso, anche i principi generali di questi ultimi, se non altro ex art. 17 e 53 Convenzione, per non parlare di quelli derivanti dalla Dichiarazione

Universale dei Diritti dell'uomo e dalle norme delle Carte sociali del CdE e dell'UE (a loro volta richiamate anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), contribuiscono a formare le norme della Convenzione, ai fini della formazione dei principi UE.

¹³⁰ Come, del resto, ribadito seccamente nella cit. *Sentenza C-61/11, supra* ntt.7, 124 e *infra* 185.

¹³¹ Già, come osservato altrove, diversa dalla precedente, v. il mio *Le novità*, cit., p. 71 ss.

¹³² Nessuno, infatti, sia a livello europeo che nazionale, dubita, mi pare, che la potestà interpretativa ultima delle norme della Convenzione spetti alla CEDU, come ampiamente e chiaramente spiegato, ad es., dalla nostra Corte Cost. nelle recenti sentenze 311 e 317/09 e 113/11. Non c'è motivo alcuno per ritenere che la medesima logica non si applichi anche alla nuova parte contraente, UE. Sull'intera questione v. *infra* § 6.1.

¹³³ La UE sarà, come già ampiamente riferito sopra, a far data dall'adesione, Alta parte contraente esattamente come gli stati parti della Convenzione.

¹³⁴ Cfr. il mio *Per una ricostruzione*, cit. p. 309 ss.

¹³⁵ Ovviamente non per giudicare della eventuale legittimità dell'atto dell'UE, ma della sua conformità al diritto della Convenzione.

¹³⁶ Sull'intera questione, v. ampiamente A. Gianelli, *L'adesione*, cit., p. 682 ss. anche in relazione alla giurisprudenza *Bosphorus* della CEDU.

¹³⁷ V., ad es. e per tutti, *Application no. 5310/71, Ireland v. The United Kingdom*, 18.1.1978, *Danimarca, Norvegia, Svezia, Olanda c. Grecia*, 27.9.1967, e più di recente, *Application no. 13255/07, Georgia v. Russia*, 30.6.2009, dove si afferma, tra l'altro: «34. The Court reiterates that under Article 33 of the Convention any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party... 43. The Court reiterates at the outset that it is not its task, at the admissibility stage, "to carry out a preliminary examination of the merits", since the provisions of Article 35 § 3 -empowering it to declare inadmissible any application which it considers either "incompatible with the provisions of the Convention" or "manifestly ill-founded or abusive" -apply, according to their express terms, to individual applications under Article 34 only. Consequently, any examination of the merits of the application must in inter-State cases be entirely reserved for the post-admissibility stage... 44. In determining the existence of *prima facie* evidence, the Court must ascertain - in the light of the criteria already applied by the Commission and the Court in inter-State cases - whether the allegations of the applicant Government are "wholly unsubstantiated"

("pas du tout étayées") or are "lacking the requirements of a genuine allegation in the sense of Article 33 of the Convention" ("feraient défaut les éléments constitutifs d'une véritable allégation au sens de l'article 33 de la Convention")».

¹³⁸ Secondo la nota giurisprudenza comunitaria che lo consente: C-166/78.

¹³⁹ Del resto, e non a caso, sono gli stessi Presidenti delle Corti, nel documento più volte cit., che sottolineano come la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sia ormai parte comunemente applicata e per il suo tramite sia frequente il richiamo alla Convenzione, p. 1: «Thus the Charter has become the reference text and the starting point for the CJEU's assessment of the fundamental rights which that legal instrument recognises. It is thus important to ensure that there is *the greatest coherence between the Convention and the Charter insofar as the Charter contains rights which correspond to those guaranteed by the Convention*. Article 52(3) of the Charter provides moreover that, in that case, *the meaning and scope of the rights under the Convention and the Charter are to be the same*. In that connection, a "parallel interpretation" of the two instruments could prove useful» (corsivo mio).

¹⁴⁰ Art. 55 *Convenzione*: «The High Contracting Parties agree that, except by special agreement, they will not avail themselves of treaties, conventions or declarations in force between them for the purpose of submitting, by way of petition, a dispute arising out of the interpretation or application of this Convention to a means of settlement other than those provided for in this Convention».

¹⁴¹ «Article 55 of the Convention shall not be understood as preventing the operation of the rule set out in Article 344 of the Treaty on the Functioning of the European Union». La disposizione, in effetti, non mi sembra molto chiara, nel senso che in pratica, nell'affermare che l'art. 344 TFUE continua a valere anche nei confronti della *Convenzione*, afferma (come ipotizzato nel testo) che le norme della *Convenzione* sono, dal momento dell'adesione, parte del diritto UE e dunque la loro applicazione e interpretazione (limitatamente agli atti dell'UE) resta affidata alle strutture della UE. A dire il vero, sfugge la logica di tutto ciò: una volta ammesso che in qualche modo alla CEDU si dovrà ricorrere comunque per le violazioni dei diritti dell'uomo (magari con un forzato litisconsorzio o altro) non si comprende cosa osti che anche uno stato ricorra direttamente contro la UE, quando in fin dei conti la sanzione dell'atto illecito verrebbe comunque prima o poi pronunciata.

¹⁴² E lì non si propone di modificare la dizione in Alta parte contraente!

¹⁴³ Sarebbe dunque da ritenere che anche qui vi sia una differenza di trattamento, tra uno stato che non potrebbe ricorrere alla CEDU dopo la CGUE, e la UE, che invece potrebbe farlo dato che ad essa comunque non si applicherebbe l'art. 344 TFUE.

¹⁴⁴ E su ciò v. *infra* § 6.1, per una possibile ricostruzione sistematica dell'ipotesi e una soluzione del dubbio di cui nel testo.

¹⁴⁵ Per tutti v. O. De Schutter, *International*, cit. p. 461 ss.

¹⁴⁶ CDDH-UE(2011)03, p. 10 s.

¹⁴⁷ A dire il vero, la terminologia della Dichiarazione di cui alla nota precedente è piuttosto contorta, dato che vi si dice: «In the context of this review of consistency with the Convention, a distinction can be drawn between *direct actions* and *indirect actions*, namely, on the one hand, individual applications directed against measures adopted by EU institutions subsequent to the accession of the EU to the Convention and, on the other, applications against acts adopted by the authorities of the Member States of the EU for the application or implementation of EU law», nel testo inglese e «Dans le cadre de ce contrôle de conventionnalité, on peut distinguer les *actions directes* et les *actions indirectes*, à savoir, d'une part, les requêtes individuelles directement dirigées contre des mesures adoptées par les institutions de l'UE postérieurement à l'adhésion de cette dernière à la Convention et, d'autre part, celles dirigées contre des actes pris par les autorités des ...tats membres de l'UE pour l'application ou la mise en oeuvre du droit de l'UE», nel testo francese. Così letta, dunque, la dichiarazione andrebbe riferita agli atti di «effetto diretto» (corsivo mio), indipendentemente dal loro *nomen iuris*. V. per tutti, G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova (CEDAM) 2010 p. 176 ss.

¹⁴⁸ Su ciò concordano i due Presidenti, quando affermano (p. 2) «Il n'en demeure pas moins qu'il est prévisible qu'une telle situation puisse se réaliser en raison du fait que la procédure préjudicielle ne peut être déclenchée que par les seules juridictions nationales, à l'exclusion des parties, lesquelles sont certes en mesure de suggérer un renvoi préjudiciel, mais n'ont pas le pouvoir de l'imposer. Ceci signifie que le renvoi préjudiciel n'est normalement pas une voie de recours à épuiser par le requérant avant de saisir la CtEDH».

¹⁴⁹ È noto però, che l'intenzione dei redattori del trattato di adesione, è quella di indurre ad una presenza sempre e comunque della UE, magari anche solo imponendola come co-ricorrente: v. CDDH-UE(2011)04, art. 4.

¹⁵⁰ Qui gioca, come noto, la pretesa della UE a mantenere intatta la propria autonoma individualità.

Orbene, premesso che la cosa appare assai contraddittoria rispetto al modo in cui la UE cerca ed è riuscita ad affermare la propria prevalenza sugli stati membri, la soluzione e la pretesa che la determina sono del tutto illogiche, perché tendono a negare ciò che non è negabile: la creazione di un sistema (istituzionale) integrato tra UE e *Convenzione*. La separazione tra i due sistemi è, a mio modesto parere, destinata ad essere cancellata dalla prassi.

¹⁵¹ Che si aggiungerebbe ai già notevoli disagi e dubbi interpretativi scaturenti da talune disposizioni derivanti dal Protocollo 14, su cui v., R. PALLADINO, *Giudice unico e ricorsi irricevibili nel Protocollo n. 14 alla CEDU*, e I. D'anna, *Ricorsi ripetitivi e violazioni strutturali alla luce delle modifiche apportate dal Protocollo 14 alla CEDU*, in *Rivista della cooperazione Giuridica Internazionale*, 2012, rispettivamente, p. 96 e 79 ss.

¹⁵² È difficile sottrarsi insomma all'impressione che, nell'intento di garantire sempre comunque un passaggio delle questioni attraverso la CGUE, si stia creando un piccolo grande mostro giuridico di scarsa giustificabilità e di ostacolo all'esigenza di giustizia (rapida) degli individui.

¹⁵³ Sul punto v. V. Zambrano, *L'accesso dell'individuo alla Corte di Giustizia della UE alla luce delle novità del Trattato di Lisbona*, in corso di stampa negli Scritti in onore di Claudio Zanghi, e bibliografia ivi cit.

¹⁵⁴ V., peraltro, l'importante contributo della delegazione italiana CDDH(2011)06, e cfr. C. Zanghi, *Nuove competenze giurisdizionali*, cit.

¹⁵⁵ Cfr. di recente W. WEIß, *Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights After Lisbon*, in, *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 65 ss.

¹⁵⁶ V. anche *Projet de rapport explicatif de l'accord d'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, CDDH-UE (2011)05, p. 5, dove si precisa, appunto, che lo scopo del trattato di adesione è di rendere automatica l'adesione stessa, all'atto della ratifica del trattato da parte di tutti i 47 stati membri del CdE e dall'UE, con la conseguenza per cui il ritardo anche di un solo stato può portare l'adesione effettiva alle calende greche, come già per il Protocollo 14. Sorvolo sulle ulteriori complicazioni che potranno derivare dalla necessità, da parte UE, di applicare la procedura dell'art. 218 del trattato di Lisbona per aderire per parte sua, su cui v. ampiamente C. Panella, *op. cit.*, nt. 4.

¹⁵⁷ E non il contrario. Del resto, è la Carta medesima che è stipulata alla luce e nell'ambito della *Convenzione*, ma anche degli *obblighi internazionali* degli stati membri, e dunque anche dei Patti delle NU, come ho cercato di dimostrare, anche alla luce

dell'art. 30 della *Convenzione* di Vienna sul diritto dei trattati, in G. Guarino, *Per una ricostruzione*, cit., p. 279 ss.. » difficile, a questo punto, non riconoscere chiaramente la stretta integrazione tra questi complessi di norme, arricchiti dalle tradizioni costituzionali degli stati membri dell'UE.

¹⁵⁸ Indipendentemente cioè dal fatto che vi sia stata o meno l'adesione, ma anche a prescindere comunque dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁵⁹ G. Guarino, *Le novità*, cit., p. 49 ss.

¹⁶⁰ Il fatto per cui da detti principi discendono norme e comportamenti validi per l'intera UE, sembra ora un fatto assolutamente acquisito. V. per tutte ad es.: C-221/09, con riferimento in particolare alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: «54. Peraltro, l'art. 47 della Carta, prevedendo che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, costituisce la riaffermazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva, che è un principio generale di diritto dell'Unione derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri...» e alla *Convenzione*, T-443/08: «55. In quarto luogo, per quanto riguarda l'argomento secondo cui la Commissione non può, autorizzando l'apporto di capitale, privare i ricorrenti nella causa T-443/08 di gravami avverso la qualifica dello stesso come aiuto di Stato, si deve ricordare che *l'Unione è un'unione di diritto nella quale le sue istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti col Trattato CE e coi principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali*. Pertanto, i singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti riconosciuti loro dall'ordinamento giuridico comunitario, poiché il diritto a detta tutela fa parte dei principi generali del diritto che derivano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. *Tale diritto è stato altresì consacrato dagli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*» E v. altresì: T-110/07 o anche, chiarissima, T-122/07: «232. Secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali il giudice comunitario garantisce l'osservanza... *A tal fine la Corte e il Tribunale si ispirano alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un significato particolare...* Peraltro, ai sensi dell'art. 6, n. 2, UE, l'Unione rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto

comunitario», C-236/09, C-409/06, ecc. (corsivi miei).

¹⁶¹ Corte Cost. Sentenza 1146/88. V. anche *infra* § 9.

¹⁶² Ciò implica a mio parere una riconsiderazione e un rafforzamento della posizione funzionale della Convenzione rispetto alle norme primarie del trattato UE (su cui *contra* v. W. WEIß, op. cit., p. 72, e 82, per conclusioni simili a quelle di cui nel testo) di cui alla Sentenza C-61/94, che al punto 52 afferma, come noto: «En effet, lorsqu'un texte de droit communautaire dérivé exige une interprétation, il doit être interprété, dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité. Un règlement d'exécution doit également faire l'objet, si possible, d'une interprétation conforme aux dispositions du règlement de base... De même, la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit communautaire dérivé commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords» (corsivo mio), che non esclude che una norma primaria del trattato possa risultare essa stessa modificata dall'adesione ad un accordo internazionale: se la norma derivata va interpretata in maniera conforme ad un trattato, è implicito che quest'ultimo impone di interpretare in maniera conforme anche la norma primaria. Da qui, a dire semplicemente che la stessa norma primaria UE ne risulta modificata, il passo, mi sembra, molto breve.

¹⁶³ Non a caso il contenuto delle proposte di trattato di adesione, tende sostanzialmente a risolvere le inevitabili questioni terminologiche nascenti dall'adesione di un ente non statale, e a garantire una sorta di *ius primae noctis* alle Corte di giustizia della Unione Europea, quando si tratti di interpretare norme in qualunque modo di provenienza comunitaria. Va solo segnalato, in questa sede, come le proposte attualmente sul tappeto, sono, a mio parere, assolutamente improprie e dannose per la logicità dell'intero sistema, non diversamente, se mi si consente l'ironia, dalle datate pretese di *ius primae noctis*. V. anche *supra* nt. 150 e testo corrispondente.

¹⁶⁴ In questo senso, tra l'altro, non può essere sottaciuto il fatto che proprio lo stesso art. 6.1 UE stabilisce che le norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, fanno parte integrante delle norme UE (che, nella claudicante terminologia del trattato, le "riconosce", mentre esse hanno "lo stesso valore dei trattati"! è difficile sottrarsi all'impressione un po' surreale che consegue a vedere un ente che "riconosce" i diritti... contenuti nelle proprie stesse norme costitutive) mentre quelle, a loro volta (art. 52.3) si autodefiniscono identiche alle analoghe norme della *Convenzione*, pur

affermando che possono esservene di ulteriori, cui fare riferimento.

¹⁶⁵ Per un'ipotesi del genere v. G. Guarino, *I diritti dell'uomo come sistema*, cit., p. 318 ss.

¹⁶⁶ Tra le quali ha una rilevanza tutt'altro che secondaria la disposizione del Protocollo 24 (*considerando* 2), che esplicitamente si riferisce proprio al testo dell'art. 6.3 e alle *conseguenze* del suo contenuto.

¹⁶⁷ Sulle quali, anche per il modo in cui è stato utilizzato nel caso il principio di sussidiarietà, v. G. Guarino, *Lo strumento europeo di lotta alla discriminazione razziale e la sua applicazione in Italia alla luce del diritto internazionale generale e convenzionale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, p. 25 ss.

¹⁶⁸ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Preambolo, co. 5: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della *Convenzione* che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della *Convenzione europea*».

¹⁶⁹ Basterebbe citare, per restare al TUE gli artt. 3.5, 21, 34 e specialmente 42, con il Protocollo 10 e le due dichiarazioni 13 e 14. Non è questa la sede per disegnare il quadro generale, che però appare da interpretare necessariamente come un quadro di stretta e chiarissima interconnessione.

¹⁷⁰ Questa, almeno, mi pare la interpretazione più coerente dei famosi punti della decisione della Corte nel caso *Kadi*: CGUE, *Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P* del 3/9/2008: «293. Il rispetto degli impegni assunti nell'ambito delle Nazioni Unite si impone anche nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, in sede di attuazione ad opera della Comunità, mediante l'adozione di atti comunitari ai sensi degli artt. 60 CE e 301 CE, di risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. 294. Nell'esercizio di quest'ultima competenza, la Comunità è infatti tenuta ad attribuire particolare importanza al fatto che, a norma dell'art. 24 della Carta delle Nazioni Unite, l'adozione da

parte del Consiglio di sicurezza di risoluzioni in base al capitolo VII di detta carta costituisce l'esercizio della responsabilità principale di cui è investito tale organo internazionale per mantenere, su scala mondiale, la pace e la sicurezza, responsabilità che, nell'ambito del citato capitolo VII, include il potere di determinare ciò che costituisce una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali, nonché di assumere le misure necessarie per il mantenimento o il ristabilimento di queste ultime... 298. Occorre tuttavia rilevare che la *Carta delle Nazioni Unite non impone la scelta di un modello prestabilito per attuare le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza* in base al capitolo VII di tale Carta, posto che tale attuazione deve intervenire nel rispetto delle modalità applicabili a tal fine *nell'ordinamento giuridico interno di ciascun membro dell'ONU*. Infatti, la Carta delle Nazioni Unite lascia in linea di principio ai membri dell'ONU la libera scelta tra vari modelli possibili di recepimento di dette risoluzioni nel loro ordinamento giuridico interno. 299. Da tutte le considerazioni svolte emerge che i principi che disciplinano l'ordinamento giuridico internazionale creato dalle Nazioni Unite *non implicano che un controllo giurisdizionale della legittimità interna del regolamento controverso sotto il profilo dei diritti fondamentali sia escluso* per il fatto che l'atto in questione mira ad attuare una risoluzione del Consiglio di sicurezza adottata in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite» (corsivi miei).

¹⁷¹ Testualmente: «3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta *Convenzione*. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni»

¹⁷² Sorvolo, in questa sede, sull'idea spesso affermata, di una sostanziale conformità tra le norme della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e quelle della *Convenzione*, che determinerebbe la inattuabilità di una valutazione sulla norma applicabile. Come già rilevato, basterebbe solo fare un riferimento all'art. 23 della Carta ("parità tra donne e uomini", dove, tra l'altro si considera non ostativa una norma di favore verso il «sesso sottorappresentato») e all'art. 14 *Convenzione* dove il concetto è ben più largo («discrimination on any ground such as sex, race...»), peraltro integrato con l'art. 21 della Carta stessa. La norma materiale da applicare ad una fattispecie concreta (pur sorvolando

sulle due direttive ctt. 43 e 78/2000), dunque, sarà necessariamente, oggi, il risultato di una analisi di notevole complessità. V. anche *supra* nt. 24.

¹⁷³ V. *infra*, nt. 178.

¹⁷⁴ A sua volta e non a caso, esplicitamente richiamata dal Comunicato delle due Corti del 17.1.2011, *Joint communication from Presidents Costa and Skouris*, cit, dove appunto si afferma: «It is thus important to ensure that there is the greatest coherence between the Convention and the Charter insofar as the Charter contains rights which correspond to those guaranteed by the Convention. Article 52(3) of the Charter...the meaning and scope of the rights under the Convention and the Charter are to be the same» (corsivo mio).

¹⁷⁵ Solo in questo modo, a mio avviso, può essere interpretata l'esigenza di rispetto della sussidiarietà, di cui anche al cit. Comunicato, *supra* nt. 174.

¹⁷⁶ «4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

¹⁷⁷ Per un discorso del genere v. M. Bignami, *Costituzione, carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, rivista n°: 1/2011, p. 15, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, sulla cui "gerarchizzazione" delle norme non concordo come ribadirei fra poco.

¹⁷⁸ Secondo la giurisprudenza, anche più recente della Corte, a differenza di quanto accadrebbe per le norme internazionali pattizie non comunitarie, ivi comprese quelle della *Convenzione*. Premesso che su ciò mi permetto di richiamare quanto già affermato in passato con riferimento alla valenza dell'art. 117.1, merita di essere ricordato che qualche giurisprudenza italiana (alla quale non ho difficoltà ad associarmi) sembra già oggi ritenere che le norme della *Convenzione* siano, per dir così "comunitarizzate", con la conseguente disapplicazione ex art. 117.1 Cost. delle norme interne in contrasto con esse, ma non si possono non citare. V. sul punto Consiglio di Stato Sez. IV 2.3.2010 n. 1220, che afferma esplicitamente al n. 5 della motivazione: «5. Ciò posto, in questa fase del giudizio la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, di-sposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009). Per la pacifica giurisprudenza della Corte di

Strasburgo..., gli artt. 6 e 13 impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio 'the domestic remedies must be effective'. In base ad un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950... con la scelta della soluzione che la rispetti....Pertanto, in relazione all'azione prevista dall'art. 389 c.p.c., in sede interpretativa il giudice amministrativo deve adottare tutte le misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata». Ma v. anche TAR Lazio (Roma) sez.II, 18.5.2010 n. 11984: punto 13, che, dopo aver distinto (come anche da me proposto nel contributo cit. *supra*) tra la formulazione precedente e quella attuale (di Lisbona) dell'art. 6 UE, afferma: «Nella nuova formulazione dell'art. 6, viceversa, secondo il comma 2 "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e, secondo il comma 3, "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno».

¹⁷⁹ Corte Cost. *Sentenza* 311/09: «Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella

giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte».

¹⁸⁰ In generale sul tema v. F. Polacchini, *CEDU e diritto dell'unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno. parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consultaonline*, 2010, www.giurcost.it e v. anche D. Simon, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «je l'aime, moi non plus»?*, in *Pouvoirs* 2001/1, n° 96, p. 31 ss.

¹⁸¹ Magari, ma non solo, per il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento come spiegato nella cit. *Sentenza* 1146/88.

¹⁸² Corte Cost. *Sentenza* n. 311/09: «Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento». Sul punto v. anche *infra*, § 9.

¹⁸³ Corte Cost. *Sentenza* n. 317/09: «Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione..., ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza». Cfr. A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di sentenze Cost. n. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri2.htm> e <http://www.giurcost.org/studi>.

¹⁸⁴ Mi riferisco, come ovvio, alla già cit. *Sentenza* 113/11, su cui *supra* ntt. 29 e 65 e testo corrispondente.

¹⁸⁵ Mi riferisco alla recentissima *Sentenza* C-61/11 PP, su cui cfr. anche *supra* ntt. 7 e 124 e testo corrispondente. La sentenza come noto, afferma: «53 Occorre tuttavia rilevare che, se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il diritto dell'Unione... 55 In particolare, detti Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione

degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile... 58 Ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, ... una pena detentiva, ... Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti...

61 Alla luce di quanto precede, al giudice del rinvio, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, spetterà disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115» (corsivo mio). Sul punto, e non a caso, la stessa sentenza fa riferimento alla ben nota e studiata giurisprudenza *Granital*. Ma v. già la precedente *Sentenza C-144/04, Mangold*, dove addirittura si afferma la necessità di applicare una direttiva, ancora prima che essa entri effettivamente in vigore, in ragione della "prevedibilità" della sua efficacia.

¹⁸⁶ Per cui, sempre per ragionare al limite, lo stato stesso, membro UE, potrebbe legittimamente rifiutarsi di trasformare una norma comunitaria non di effetto diretto, nel proprio ordinamento in quanto in contrasto con una norma della *Convenzione*, così come, lo stesso giudice interno potrebbe non applicare una norma di effetto diretto, per il medesimo motivo. Salvi, ovviamente, tutti gli strumenti di garanzia e controllo ordinari.

¹⁸⁷ Così, almeno, secondo la giurisprudenza CGUE: v. *C-166/78 Italia c. Consiglio CEE*

¹⁸⁸ Preferisco virgolettare, perché sempre meno, a mio giudizio, una norma di diritto internazionale non scritto è oggi frutto di una consuetudine in senso stretto e tradizionale (*opinio iuris ac necessitatis*) se non altro a causa dell'evoluzione del mondo moderno. Uso, invece e solo per comodità, l'espressione "norma generale", fedele alla logica per la quale generali possono solo essere, nell'ordinamento internazionale, norme non scritte, pur se ciò non osta alla possibilità che esistano norme non scritte particolari. Cfr. di recente, solo per un riferimento bibliografico peraltro interessante, A. Boyle, C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford (un. Press) 2007, p. 200 ss., ma v. anche pp. 17, 41s. V. anche, sempre per restare alla bibliografia più recente, A. Roberts, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, in *AJIL*, 2001, p. 757 ss., (p. 758«... modern custom is derived by a deductive process that begins with general statements of rules rather than particular instances of practice. This approach emphasizes *opinio iuris* rather than state practice because it relies primarily on statements rather than actions»), Charney, *Universal International Law*, in *AJIL*, 1993, p. 529 ss. (con riferimento, appunto, al meccanismo di formazione delle norme generali, valide per tutti, consenzienti o non, p. 531). Cfr. anche,

le ben note sentenze della CIG, *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands), 20.2.1969, p. 44, *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) Merits, 27 June 1986, p. 14.

¹⁸⁹ Per tutti v. le ben note pagine di H. Lauterpacht, *Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law*, in *BYBIL*, 1929, p. 65 ss, ora in E. Lauterpacht (Ed.), *Internationale Law, Collected Papers*, Cambridge (Un. Press) 1975, vl. II, p. 253 ss e specialmente p. 259 ss. Per quanto riguarda il tema specifico che ci occupa, v. anche A. Ruggeri, *Sistema integrato*, cit., p. 878.

¹⁹⁰ Del resto, sia detto incidentalmente, la giurisprudenza sembra interessata a verificare fino in fondo questa possibilità di pura e semplice non applicazione delle norme interne contrarie a norme internazionali, come evidenziato anche *supra*, nt. 178.

¹⁹¹ Basterebbe sul punto la ben nota e famosa affermazione di D. Anzilotti, *Corso di Diritto internazionale*, Padova (CEDAM) (*Opere di D. Anzilotti*, vol. I), 1964, p. 52 s.: «...il diritto internazionale è superiore allo Stato nel senso che costituisce un limite giuridico della di lui potestà, ma non nel senso che la potestà dello Stato sia una delegazione del diritto internazionale; tesi, quest'ultima che, mentre non è logicamente necessaria, ha contro di sé non soltanto l'esperienza storica, ma anche e principalmente la convinzione degli Stati, a cui nulla più ripugna dell'idea di esercitare una potestà concessa loro dall'ordinamento internazionale. Conseguo da tutto ciò che la norma base da cui emana ogni ordinamento giuridico interno ha in se stessa originaria e non derivata, la *vis obligandi*. Emanando da norme fondamentali autonome, diritto internazionale e diritto interno sono pertanto ordinamenti separati». Ma v. già le famose pagine di S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze (Sansoni) 1977, pp. 156 ss. (§§ 37 ss.).

¹⁹² H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig (Hirschfeld) Scientia Verlag, 1899, 1958.

¹⁹³ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien (Deuticke) 1961, che, affermato che non si può parlare di contrasto tra norme di int e norme interne, precisa, p. 330: «...was als Konflikt zwischen Normen des Völkerrechts und Normen eines staatlichen Rechtes angesehen wird, gar kein Normenkonflikt ist, daß der Sachverhalt in Rechtsätzen beschrieben werden kann, die sich in keiner Weise logisch widersprechen» e *passim*.

¹⁹⁴ Basterebbe al proposito citare l'art. 27. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

¹⁹⁵ Ancora H. Kelsen, cit. p. 331: «Die Setzung der Norm kann mit Sanktionen verbunden, die so gesetzte

Norm aber gültig sein: gültig nicht nur in dem Sinne, daß sie bis zu ihrer Aufhebung durch einen Rechtsakt in einem besonderen, von der Rechtsordnung zu diesem Zweck vorgesehenen Verfahren gültig bleibt, sondern auch in dem Sinn, daß sie in einem solchen Verfahren überhaupt nicht aufgehoben werden kann, da die Rechtsordnung kein solches Verfahren vorsieht. Das ist im Verhältnis zwischen Völkerrecht und einzelstaatlichen Recht der Fall. *Der Sinn, in dem das Völkerrecht den Staat zu irgendwelchen Akten und insbesondere zur Setzung von Normen bestimmten Inhalts verpflichtet, ist lediglich der: daß der entgegengesetzte Akt oder die Setzung einer staatliche Norm entgegengesetzten Inhalts die Bedingung ist, an die das Völkerrecht seine spezifische Sanktion, die unrechtsfolgen der Repressalie oder des Krieges knüpft».*

¹⁹⁶ Corte Cost., *Sentenza* 311/09 cit.

¹⁹⁷ Corte Cost. *Sentenza*, 1146/88.

¹⁹⁸ Corte Cost., tra le molte v. *Sentenze*, 30/71, 12/72, 175/73, 18/82.

¹⁹⁹ Sulle ultime discussioni in merito, dopo la *Sentenza* 93/10, v. A. Guazzarotti, *Bilanciamenti e fraintendimenti, ancora su Corte Costituzionale e CEDU*, 2010, in *Forum Quaderni Costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2010, <http://www.forumcostituzionale.it/site>

²⁰⁰ Così in termini dubitativi v. anche O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10 c. 1 Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, 2009, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri2.htm> e <http://www.giurcost.org/studi>, R. Dickmann, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU? (nota a corte cost., 26 novembre 2009, n. 311)*, n. 24 2009, in www.federalismi.it

²⁰¹ È scoperto il riferimento, forse alquanto estremizzato e tutto da approfondire, con l'art. 31.3 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

²⁰² V. G. Guarino *Le novità*, cit.

²⁰³ V. la recente *Sentenza* C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, 22.12.2010, ove si afferma un principio del genere, dicendo che sul diritto europeo fa premio una norma di rango costituzionale austriaco, nel senso che, la norma comunitaria si definisce nel suo contenuto alla luce anche di quella norma, perdendo, perciò, la sua assolutezza, anche quando si tratti di uno dei principi fondamentali del sistema (la libertà di circolazione).

²⁰⁴ Per una valutazione generale della problematica, v. di recente M. Wendel, *Lisbon Before the Courts: Comparative Perspectives*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 97 ss. in <http://journals.cambridge.org>

²⁰⁵ Come appunto si afferma nella *Sentenza* 311/09 cit.: «In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata

l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU... Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento» (corsivo mio). La Corte, se ben comprendo, ipotizza nel deprecato caso, un annullamento parziale della norma di adattamento, nella parte in cui prevede quel *vulnus*.

²⁰⁶ E quindi del diritto interno italiano, che quanto meno ha ratificato la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che ne fa divieto.

²⁰⁷ E ciò, al limite, potrebbe anche essere ammesso, considerando la "novità" una sorta di riserva aggiuntiva alla *Convenzione*, fuori termine, ma valida solo ed esclusivamente se accettata dagli altri stati parte della *Convenzione*.

²⁰⁸ Obbligo implicito in ragione dell'impianto internazionalistico della nostra Costituzione, ma oggi anche espresso, nella espressione del «vincolo» di cui al co. 1 art. 117 Cost., come già suggerito in passato.

²⁰⁹ Si noti, peraltro, che in qualche modo, sembra che la stessa Corte ritorni, sia pure con molta cautela, sui propri passi, in particolare affermando chiaramente che, mentre in caso di difficoltà interpretativa è comunque compito della CGUE di valutare (che alcuni vedono come un annuncio di un futuro ricorso pregiudiziale alla CGUE, non diversamente da quanto già fatto con successo in Italia, v. C. Möllers, *German Federal Constitutional Court Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only Under Exceptional Circumstances; Decision of 6 July 2010, 2 BvR 2661/06, Honeywell*, in *European Constitutional Law Review*, 2011 p. 161 ss.), afferma la necessità e l'obbligo per la Corte stessa, di rendere comunque compatibile il diritto dell'Unione con quello tedesco, v. BVerfGE, 2661/06, 6.7.2010, punto 56: «bb) Die Pflicht des Bundesverfassungsgerichts, substantiierten Rügen eines Ultra-vires-Handelns der europäischen Organe und Einrichtungen nachzugehen, ist mit der vertraglich dem Gerichtshof übertragenen Aufgabe zu koordinieren, die Verträge auszulegen und anzuwenden und dabei Einheit und Kohärenz des Unionsrechts zu wahren. ... Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet... 58 cc) Die Ultra-vires-Kontrolle darf nur europarechtsfreundlich ausgeübt werden. ...» e v. anche *passim*.

²¹⁰ V. *supra* ntt. 33 e 157.