



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova

Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano

Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff

Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE

Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno

Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione

Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale

Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale †

Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE

Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari

Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona

Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre

Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges

Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina

Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC

Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova

Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"

Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"

Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano

Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS

Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia

Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari

Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa

Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València

Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo

Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS

Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén

Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari

Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova

Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno

Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute

Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata

Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille

Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino

Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London

Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre

Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno

Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo

Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma

Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho

Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla

Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova

Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"

Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona

Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina

Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario
2021, n. 2

numero monografico

**VERSO UN QUADRO COMUNE EUROPEO ED UNA NUOVA GOVERNANCE DELLA
MIGRAZIONE E DELL'ASILO**

**TOWARDS A COMMON EUROPEAN FRAMEWORK AND A NEW GOVERNANCE OF
MIGRATION AND ASYLUM**

- In memoriam*** p. 1
- Presentazione** p. 2
Angela Di Stasi
- Editoriale**
La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo p. 4
Paulo Pinto de Albuquerque
- Saggi, Articoli e Commenti**
Il "nuovo" Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione p. 9
Maria Cristina Carta
- La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 43
Eleonora Celoria
- La trasformazione dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo in un'Agenzia per l'asilo: una lettura in prospettiva della proposta di riforma nel contesto del Nuovo Patto europeo su migrazione e asilo p. 71
Marcella Cometti
- Il "Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo" e la protezione dei minori migranti p. 95
Francesca Di Gianni
- Accesso alle procedure di protezione internazionale e tutela delle esigenze umanitarie: la discrezionalità in capo agli Stati membri non viene intaccata dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo p. 124
Caterina Fratea



- Environmental migrants: UN recent and “soft” sensitivity v. EU deafening silence in the New European Pact on Migration and Asylum p. 150
Francesco Gaudiosi
- Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum? p. 167
Luisa Marin, Emanuela Pistoia
- Sul partenariato UE-Stati terzi in ambito migratorio: le proposte del Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo in tema di rafforzamento delle capacità di *border management* p. 194
Daniele Musmeci
- The European Union’s Policy on Search and Rescue in the New Pact on Migration and Asylum: Inter-State Cooperation, Solidarity and Criminalization p. 215
Francesca Romana Partipilo
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo ed i migranti ambientali: una categoria “dimenticata”? p. 245
Francesca Perrini
- Osservazioni sul ruolo del Consiglio europeo in relazione al “Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo” p. 261
Nicola Ruccia
- Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo “flessibili” del Patto dell’Unione europea su migrazione e asilo p. 281
Teresa Russo
- The ‘inward-looking’ securitization of the EU external migration policy in the *New Pact on Migration and Asylum*: a critical appraisal from a perspective of international law with reference to migration from Africa p. 305
Pierluigi Salvati
- L’*Informal International Lawmaking* in materia di riammissione: prassi e implicazioni sul rapporto tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea p. 324
Alessandra Sardu
- Il Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo dalla prospettiva della vulnerabilità: un’occasione mancata p. 351
Chiara Scissa



Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore

p. 388

Susanna Villani



L'INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING IN MATERIA DI RIAMMISSIONE: PRASSI E IMPLICAZIONI SUL RAPPORTO TRA DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Alessandra Sardu*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ricorso agli strumenti informali: dall'Agenda Europea sulla migrazione al Nuovo Patto sulla migrazione e sull'asilo. – 3. La qualificazione degli strumenti informali. – 4. Le ricadute sistemiche sull'autonomia esterna dell'ordinamento dell'Unione europea. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Nella gestione esterna della politica di migrazione¹, l'Unione Europea ha fatto ampio ricorso a strumenti informali², quali ad esempio la Dichiarazione UE-Turchia³, le *Admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States* (di seguito "Admission Procedures")⁴ e il *Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU* (di seguito "JWF")⁵. In questo settore gli strumenti

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ph.D., LL.M., Borsista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna; Segretario Generale della Camera Arbitrale dell'Ordine degli Avvocati di Napoli. Indirizzo e-mail: alessandra.sardu@graduateinstitute.ch.

¹ La politica di migrazione dell'Unione Europea si articola in una dimensione interna ed esterna. Più precisamente, quella interna si occupa del trattamento dei migranti che si trovano illegalmente sul territorio degli Stati membri e del sistema comune d'asilo, mentre quella esterna ha per obiettivi il contrasto all'immigrazione irregolare e la disciplina della protezione internazionale (su questa distinzione v. F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea a strumenti informali per la riammissione di migranti irregolari: inquadramento e problematiche giuridiche*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea: scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 735.

² F. CASOLARI, *Il ricorso dell'Unione Europea a strumenti informali per il contrasto all'immigrazione irregolare*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, n. 2, p. 539; R.A. WESSEL, "Soft" international agreements in EU external relations: pragmatism over principles?, disponibile su www.utwente.nl; J.P. CASSARINO, M. GIUFFRÉ, *Finding Its Place in Africa: why has the EU opted for flexible arrangements on readmission?*, in *FMU Policy Brief*, 2017, n. 1, 1 dicembre 2017, disponibile su www.nottingham.ac.uk; V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia*, in questa *Rivista*, 2019, pp. 119 ss.

³ *Dichiarazione UE-Turchia*, 18 marzo 2016, comunicato stampa 144/16 del 18 marzo 2016, disponibile sul sito www.consilium.europa.eu.

⁴ *Admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States*, doc. 15762/17 del 18.12.2017.

⁵ *Joint Way Forward on Migration issues between Afghanistan and the EU*, doc. 12191/16 del 22.9.2016, reperibile sul sito <https://eas.europa.eu>.

informali hanno sostituito quelli tradizionali del diritto internazionale⁶, che consistevano prevalentemente in accordi di riammissione (di seguito “ARUE”)⁷ o clausole in materia di riammissione inserite negli accordi di associazione⁸.

Questa tendenza ha ricevuto un forte impulso da parte della Commissione Europea con l’adozione dell’Agenda Europea sulla migrazione nel 2015⁹, ed è stata confermata negli atti successivamente adottati, e in ultimo nel Nuovo patto sulla migrazione e sull’asilo del 2020¹⁰ (di seguito “Nuovo patto”). In quest’ultima comunicazione la Commissione, ribadendo la centralità della controversa Dichiarazione UE-Turchia¹¹, sembra esprimere un proprio bilancio positivo sull’efficacia degli strumenti informali.

⁶ Per una ricostruzione dettagliata si veda F. CASOLARI, *L’interazione tra accordi internazionali dell’Unione Europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell’immigrazione irregolare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2018, n. 1, p. 1 ss.; G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell’Unione Europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, n. 2, p. 379; E. CARLI, *EU Readmission Agreements as Tools for Fighting Irregular Migration: an Appraisal Twenty Years on from Tampere European Council*, in questa Rivista, 2019, p. 11; M. GIUFFRÉ, *The Readmission Policy of the European Union after Lisbon*, in *Interdisciplinary Political Studies*, 2011, disponibile online; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell’UE*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e outsourcing migration*, Roma, 2015, p. 104; R. CAFARI PANICO, *Gli accordi di riammissione europei. Un fallimento annunciato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, p. 23; N. COLEMAN, *European Readmission Policy in the European Union*, Bruxelles, 2010, p. 425; D. BOUTILLET-PAQUET, *European Harmonization in the Field of Readmission Agreements*, in *The International Journal of Human Rights*, 1997, p. 31 ss.; S. NICOLIN, *Contrasto all’immigrazione irregolare negli accordi di riammissione dell’Unione europea*, in L. ZAGATO, S. DE VIDO (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani e degradanti nelle migrazioni*, Padova, 2013, p. 210; J. SILGA, *Assessing the Consistency of EU Development Cooperation with Readmission in the EU-Philippines Agreement Case – A Balancing Exercise*, in *European Law Review*, 2015, p. 439 ss.; N. COLEMAN, *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugees Rights*, Leiden, 2009; M.E. BARTOLONI, *La cooperazione allo sviluppo dell’Unione europea con Paesi terzi: da politica contro la povertà a cooperazione globale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, n. 3, p. 663; M. PANIZZON, *Readmission Agreements of the EU Member States: A Case for EU Subsidiary or Dualism?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2012, n. 4, p. 132.

⁷ Gli accordi di riammissione conclusi dall’Unione Europea con Stati terzi sono consultabili online al sito <https://eur-lex.europa.eu>.

⁸ Un elenco degli accordi che contengono clausole di riammissione può essere consultato al link www.ec.europa.eu.

⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Agenda europea sulla migrazione*, 13 maggio 2015, doc. COM (2015) 240 def.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo*, 23 settembre 2020, doc. COM (2020) 609 def.

¹¹ Per una visione d’insieme sulla Dichiarazione si veda C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo. Obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: quelle est la nature du «machin » conclu entre l’UE et la Turquie en matière d’asile ?*, in *EU Immigration and Asylum Law Policy*, 10 giugno 2016, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu; M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus.it*, 11 aprile 2016; G. FERNANDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?*, in *European Papers*, 2017, n. 2, p. 303.

Il ricorso all'*informal international lawmaking*¹² è sempre più frequente in diverse aree del diritto internazionale¹³. Tuttavia, la dottrina sta denunciando da tempo un uso distorto degli atti informali da parte dell'Unione Europea, che starebbe adottando degli atti che hanno soltanto le sembianze e il *nomen* degli strumenti di *soft law*, ma che sarebbero a tutti gli effetti dei veri e propri accordi internazionali conclusi aggirando la procedura stabilita dal diritto primario all'art. 218 TFUE¹⁴.

Le ragioni che hanno determinato questa fuga dalle forme e dalle procedure all'interno dell'ordinamento giuridico unionale sono in parte le stesse che troviamo alla base della proliferazione degli strumenti informali nei diversi settori del diritto internazionale caratterizzati da situazioni emergenziali e da forti pressioni delle opinioni pubbliche¹⁵. L'uso degli strumenti informali da parte dell'UE, come vedremo in seguito¹⁶, sembra essere stato determinato prevalentemente da ragioni per così dire di *Realpolitik*.

La dottrina ha posto in evidenza come non soltanto questa tendenza ha delle implicazioni peculiari per l'ordinamento giuridico unionale, in quanto influisce sui suoi principi strutturali, ma anche che essa è potenzialmente in grado di mettere in discussione il principio di autonomia dell'ordinamento unionale rispetto al diritto internazionale¹⁷. Nella ricostruzione operata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito "CGUE"), l'autonomia implicherebbe che il diritto internazionale non possa incidere sui principi strutturali dell'ordinamento giuridico unionale¹⁸, come invece sarebbe avvenuto nel caso degli accordi informali negoziati dall'UE al di fuori della procedura prevista dall'art. 218 TFUE¹⁹. Tuttavia questi assunti, che pure hanno una rilevanza sul piano interno dell'ordinamento giuridico unionale nei rapporti tra UE e Stati membri, si prestano a diverse obiezioni in una prospettiva puramente internazionalistica che prende in considerazione i rapporti tra l'UE e altri soggetti internazionali²⁰. Difatti sul piano del diritto internazionale, il ricorso all'*informal international lawmaking* da parte dell'UE non soltanto è ammissibile, ma è anche inquadrabile nella dinamica fisiologica delle fonti del diritto internazionale. L'Unione Europea è dotata di personalità internazionale e in

¹² Una definizione di *informal international lawmaking* è fornita in J. PAUWELYN, R.A. WESSEL, J. WOUTERS, *The exercise of Public Authority through Informal International Lawmaking: An Accountability Issue?*, *Jean Monnet Working Paper* 06/11, p.8 ss., dove gli autori affermano che "we use the term 'informal' international lawmaking in contrast and opposition to 'traditional' international lawmaking. IN-LAW is informal in the sense that it dispenses with certain formalities traditionally linked to international law. These formalities may have to do with *output*, *process* or the *actors involved*".

¹³ Sul punto si vedano A. BERMAN, S. DUQUET, J. PAUWELYN, R.A. WESSEL, J. WOUTERS (eds.), *Informal International Lawmaking: Case Studies*, The Hague, 2012; J. PAUWELYN, R.A. WESSEL, J. WOUTERS, *The exercise of Public Authority*, cit., p. 4 ss.; ID., *When structures become shackles: stagnation and dynamics in international lawmaking*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 733.

¹⁴ Sul punto si vedano *ex multis* E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3; F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea a strumenti informali per la riammissione di migranti irregolari: inquadramento e problematiche giuridiche*, cit., p. 735; M. GATTI, *La dichiarazione UE*, cit.

¹⁵ Vedi *supra* nota 13.

¹⁶ Vedi *infra* par. 2.

¹⁷ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 551.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 551 ss.; E. CANNIZZARO, *Disintegration*, cit., p. 3.

²⁰ Vedi *infra* par. 4.

quanto tale è soggetta al rispetto del diritto internazionale generale, che consente che regole convenzionali di trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali possano, entro certi limiti, essere derogate da regole consuetudinarie particolari successive²¹. E' in quest'ottica che può essere compresa e spiegata l'adozione da parte dell'Unione Europea di accordi informali con Stati terzi al di fuori della procedura prevista dall'art. 218 TFUE, come vedremo meglio in seguito²².

In quest'articolo ci proponiamo di ricostruire brevemente l'articolato quadro normativo e politico all'interno del quale si è andata rafforzando la scelta dell'Unione Europea di prediligere l'adozione di atti informali in luogo dei tradizionali strumenti del diritto internazionale nella gestione esterna dell'immigrazione. Ci proponiamo poi di dimostrare l'esistenza nella prassi dell'Unione Europea di strumenti informali che possono essere più correttamente qualificati come dei veri e propri accordi informali, analizzandone le caratteristiche, i contenuti, e le analogie con gli ARUE conclusi dall'Unione Europea con Paesi terzi. Si avrà esclusivo riguardo alla pratica dell'Unione Europea, senza analizzare gli strumenti informali conclusi nel medesimo settore dagli Stati membri²³, tendenza cui comunque si farà riferimento per le sue innegabili interazioni con la dimensione unionale. Parimenti non saranno considerate le ricadute di carattere sostanziale che questa prassi può produrre sugli standard di protezione previsti negli accordi informali e i profili di responsabilità internazionale eventualmente connessi alla violazione dei diritti umani dei migranti nella gestione delle pratiche di riammissione²⁴. Saranno poi considerate le implicazioni sistemiche derivanti dall'utilizzo degli strumenti informali sul rapporto tra diritto unionale e diritto internazionale, alla luce del principio di autonomia dell'ordinamento giuridico unionale elaborato dalla CGUE. Si procederà poi a verificare la fondatezza e la sostenibilità delle implicazioni di questo principio alla luce del diritto internazionale.

2. Il ricorso a strumenti informali: dall'Agenda Europea sulla migrazione al Nuovo Patto sulla migrazione e sull'asilo

La rivoluzione copernicana che si è realizzata attraverso l'utilizzo di strumenti informali nella gestione esterna della migrazione, sembra essere stata determinata

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Sul punto si veda F. CASOLARI, *L'interazione tra accordi*, cit., p. 1 ss; P. GARCIA ANDRADE, *The distribution of power between EU institutions for conducting external affairs through non-binding instruments*, in *European Papers*, 2016, p. 116; A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, in *SIDIBlog*, 5 dicembre 2018, www.sidiblog.org.

²⁴ Sul punto si veda F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di «accordi» per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 5; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, cit., p. 405; A. RICCARDI, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 1, p.163; M.I. PAPA, *Externalizing EU migration control while ignoring the human rights of migrants: is there any room for the international responsibility of European States?*, in *Questions of International Law*, 2019, p. 1.

prettamente dalla massiccia crisi migratoria che nel 2015 spinse migliaia di persone alle porte dell'Europa²⁵. È in questo contesto emergenziale, sotto una forte pressione dell'opinione pubblica, che la Commissione ha adottato l'Agenda Europea sulla migrazione che ha segnato il definitivo superamento del sistema di Tampere²⁶. Questo strumento nelle intenzioni della Commissione avrebbe dovuto definire «un corpus essenziale di misure e una politica comune chiara e coerente»²⁷, e ciò prevalentemente al fine di introdurre un approccio nuovo e più europeo in materia di immigrazione²⁸. Quest'obiettivo si sarebbe dovuto raggiungere attraverso una “combinazione ottimale tra politica interna e estera”²⁹ e con il coinvolgimento di “tutti i protagonisti” della politica europea comune in materia di migrazione, ossia gli Stati membri, le istituzioni dell'Unione, le organizzazioni internazionali, la società civile e i Paesi terzi. In quest'ottica, la Commissione si dichiarava altresì disposta a rivedere “il proprio approccio agli accordi di riammissione, dando priorità ai principali paesi di origine dei migranti irregolari”³⁰. Tuttavia, al di là di queste affermazioni programmatiche, l'Agenda non chiarisce quali elementi e/o azioni avrebbero dovuto determinare il nuovo approccio dell'Unione in materia di riammissione³¹, che saranno definiti soltanto dalla prassi successiva³². Si è difatti assistito ad una vera e propria inversione di tendenza nelle politiche unionali anteriori all'Agenda 2015, che erano state caratterizzate dal protagonismo dell'Unione Europea e dal ricorso a strumenti tradizionali del diritto internazionale quali gli accordi di riammissione e le clausole inserite negli accordi di partenariato³³. Nella “nuova via” sviluppata a partire dall'Agenda del 2015, quest'impostazione è stata messa in discussione non soltanto dal ritrovato protagonismo degli Stati membri a discapito dell'Unione Europea, ma anche da una marcata predilezione per l'utilizzo di strumenti informali o atipici³⁴. Emblematici di questa tendenza possono essere senz'altro considerati la Dichiarazione UE – Turchia, le *Admission Procedures for the Return of Ethiopians from European Union Member States* (di seguito “Admission procedures”) e il *Joint Way Forward on Migration Issues* con l'Afghanistan (di seguito “JWF”), di cui diremo in seguito³⁵.

Da quel momento la priorità dell'Unione Europea, come esplicitata dalla Commissione Europea, non è stata rappresentata più dalla conclusione di accordi di

²⁵ Si vedano sul punto i dati riportati dall'UNHCR nel Report “2015 l'anno della crisi dei rifugiati in Europa”, disponibile su <https://www.unhcr.org/it/notizie-storie/storie/2015-lanno-della-crisi-dei-rifugiati-in-europa/>.

²⁶ Durante il Consiglio Europeo di Tampere, nelle Conclusioni del Presidente del Consiglio Europeo si esortò il Consiglio a concludere accordi di riammissione o includere clausole standard negli accordi (cfr. Tampere European Council, 15-16 October 1999, Presidency Conclusions, par. 23 e 27).

²⁷ *Agenda europea*, cit., p.2.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibid.*, p. 11.

³¹ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 543.

³² *Ibidem*.

³³ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 543.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Vedi *infra* par. 3

riammissione, ma al contrario dalla “realizzazione di rimpatri rapidi e operativi”³⁶. Questa prassi ha ricevuto un tendenziale avallo anche durante il Consiglio Europeo del 22 e 23 giugno 2017, in cui si è posto l’accento sull’importanza di concludere a livello dell’UE non soltanto accordi di riammissione, ma anche “intese programmatiche con i Paesi terzi”, oltre che rafforzare le intese bilaterali degli Stati membri con i Paesi terzi³⁷. Si assiste dunque a un potenziamento non soltanto della tendenza all’informalità sul piano europeo, ma anche a una valorizzazione della dimensione bilaterale della cooperazione perseguita dagli Stati membri in materia di riammissione a scapito di quella perseguita dall’Unione Europea³⁸.

Il rafforzamento della cooperazione in materia di riammissione dei migranti irregolari verso il loro Paese di origine sulla base di procedure celeri, viene ribadito anche in altre sedi, quali ad esempio la Dichiarazione di Tunisi del 2017, assunta dal Gruppo di Contatto sulla rotta della migrazione nel Mediterraneo centrale³⁹, che riaffermagli impegni assunti in diversi processi e fora di dialogo regionali e sub-regionali quali la Dichiarazione congiunta Africa - UE sulla migrazione e la mobilità del 2014, le dichiarazioni delle Conferenze ministeriali dei processi di Rabat e di Khartoum e del Vertice di La Valletta sulla migrazione.

L’adozione del recente Nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo⁴⁰ non sembra introdurre innovazioni sostanziali quanto al tema della gestione esterna dell’immigrazione. In questa sede la Commissione ha ribadito l’importanza strategica per l’Unione Europea della cooperazione con i Paesi terzi, all’interno di quello che è definito un nuovo approccio globale e integrato tra gli Stati membri ai settori della migrazione, dell’asilo, dell’integrazione e della gestione delle frontiere⁴¹. Tuttavia, non si comprende con esattezza quali sono gli elementi che dovrebbero caratterizzare questo “nuovo approccio globale e integrato tra gli Stati membri”. Nel Nuovo Patto la migrazione viene concepita come un aspetto centrale delle relazioni globali dell’UE soprattutto con i Paesi di origine e di transito, rispetto ai quali le questioni migratorie, come la gestione delle frontiere o un’attuazione efficace del rimpatrio e della riammissione, sono ritenute “politicamente sensibili”⁴². Tra i Paesi di origine e di transito assumono particolare importanza i Paesi vicini dell’UE, tra cui soprattutto quelli del Nord Africa, che si collocano sulla c.d. rotta mediterranea, e quelli dei Balcani occidentali, che si collocano sulla c.d. rotta Balcanica e che richiedono un approccio su misura in vista di un loro futuro ingresso nell’UE⁴³. Nel Nuovo Patto la Commissione esprime altresì un bilancio positivo

³⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, *Sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell’ambito dell’Agenda europea sulla migrazione*, doc. COM (2016) 385 def.

³⁷ Consiglio europeo, conclusioni della riunione del 22 e 23 giugno 2017, doc. EUCO 8/17, punto 22.

³⁸ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p.546.

³⁹ *Dichiarazione di Tunisi*, Seconda Riunione ministeriale del Gruppo di Contatto sulla rotta della migrazione nel Mediterraneo centrale, 24 luglio 2017, disponibile su www.interno.gov.it.

⁴⁰ *Nuovo patto*, cit.

⁴¹ *Ibid.*, p.2.

⁴² *Nuovo Patto*, cit., par.6.1.

⁴³ *Ibidem*.

circa la Dichiarazione UE-Turchia, che viene considerata uno “strumento per i rifugiati”⁴⁴ in grado di rispondere «ai bisogni fondamentali di milioni di rifugiati»⁴⁵. Viene in quella sede rinnovato l’impegno dell’Unione Europea a finanziarla, prevedendo qualora fosse necessario lo stanziamento di importi aggiuntivi⁴⁶. Si noti che la Commissione definisce la Dichiarazione in senso a-tecnico come uno “strumento per i rifugiati”, rinunciando dunque a fornire qualsiasi indicazione circa la natura giuridica della stessa, nonostante essa abbia dichiarato nel Nuovo Patto di voler costruire un sistema per gestire la migrazione fondato sul diritto internazionale⁴⁷. Nel Nuovo Patto la Dichiarazione viene dunque assunta a punto fermo e a modello della politica di contenimento dei flussi realizzata attraverso la cooperazione con i Paesi di origine e transito, confermando sostanzialmente il percorso che era stato avviato nel 2015 con l’Agenda europea sulla migrazione che assegna all’esternalizzazione delle frontiere un ruolo cardine nel tentativo di impedire l’arrivo dei migranti sul territorio dell’Unione Europea. Il vice presidente della Commissione europea Margaritis Schinas, nonché coordinatore dei lavori della Commissione sul Nuovo patto, ha descritto quest’ultimo come un palazzo a tre piani, in cui al primo piano si colloca la dimensione esterna, che viene realizzata attraverso la conclusione di accordi con i paesi di origine e di transito dei migranti, al secondo si colloca invece un solido sistema di *screening* alla frontiera esterna da realizzarsi attraverso la formazione di una nuova guardia di frontiera e costiera europea, e al piano superiore si colloca un meccanismo di solidarietà per i profughi giunti in Europa con un sistema di ritorni sponsorizzati da quei paesi che si rifiutano di accogliere⁴⁸. Dunque la Commissione non fa mistero della filosofia di fondo del Nuovo Patto, che di “nuovo” ha poco considerando che esso ripropone i capisaldi della politica di esternalizzazione delle frontiere, ossia l’obiettivo di impedire l’arrivo dei migranti in Europa delegando tutte le operazioni agli Stati di transito in cambio di finanziamenti⁴⁹.

Il vertice di Ankara dell’aprile 2021 tra il Presidente del Consiglio Europeo, il Presidente della Commissione Europea e il Primo Ministro Turco, che si sono incontrati per discutere del prosieguo degli impegni assunti con la Dichiarazione UE - Turchia, non lascia presagire alcun ripensamento o istanza di rinnovamento nella gestione esterna dell’immigrazione, ma al contrario una sua più convinta affermazione nelle sue attuali forme⁵⁰. L’imbarazzante incidente diplomatico meglio noto come “*sofagate*” non ha mancato di porre in risalto tutte le ambiguità e le debolezze dell’Unione Europea innanzi

⁴⁴ La Commissione nel Nuovo Patto definisce con questa terminologia a-tecnica la Dichiarazione UE – Turchia, contribuendo in questo modo ad alimentare dubbi circa la natura giuridica della Dichiarazione (Cfr. Nuovo Patto, par. 6.1).

⁴⁵ Nuovo Patto, cit., par. 6.1.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Nuovo Patto, cit., par. 6.

⁴⁸ Le dichiarazioni di Schinas sono riportate in ISPI Daily focus “Europa: un nuovo vecchio Patto sulle Migrazioni”, 23 settembre 2020, disponibile su ispionline.it.

⁴⁹ Nelle parole di Schinas “La finalità è aiutarli [i paesi di origine e di transito] ad aiutare le persone nei loro paesi di origini”, dichiarazioni riportate in ISPI Daily Focus, cit.

⁵⁰ Per una sintesi sulle azioni concordate nel vertice si veda G. ARAGONA, *Senza sedia*, 8 aprile 2021, disponibile su www.ispionline.it.

a un partner invisibile ma ritenuto comunque indispensabile per i fini delle politiche di esternalizzazione delle frontiere.

3. La qualificazione degli strumenti informali

Il tema dell'esatta qualificazione degli strumenti informali utilizzati dall'Unione Europea nella gestione esterna dell'immigrazione irregolare è da tempo al centro di accesi dibattiti dottrinali⁵¹. Sebbene esso sia venuto in rilievo principalmente per i rischi connessi alla realizzazione di vere e proprie espulsioni di massa dei migranti irregolari⁵², le critiche hanno riguardato anche il profilo della natura giuridica e degli effetti di questi strumenti.

Il problema è stato sollevato soprattutto in connessione a quegli strumenti informali che non possono essere considerati pacificamente come delle mere intese politiche o come atti di *soft law*. Ma che al contrario, secondo l'opinione maggioritaria, devono essere più propriamente qualificati come accordi internazionali⁵³, a dispetto dell'asserita volontà delle parti di non considerarli tali. Difatti questi strumenti sono in tutto assimilabili ai tradizionali accordi di riammissione stipulati dall'Unione Europea, riproducendone non soltanto l'oggetto⁵⁴, ma anche i contenuti e i meccanismi tipici del diritto internazionale pattizio⁵⁵. L'analisi di questi elementi, come vedremo a breve, sembra restituire fondatezza ai dubbi circa l'asserita natura non vincolante di questi strumenti. Dubbi che peraltro non sono stati sollevati soltanto in dottrina, ma anche in altre sedi quali quella giudiziaria, con la proposizione di tre ricorsi per annullamento

⁵¹ Si vedano *ex multis* F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 539 ss.; F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p.735 ss. Vedi *supra* nota 2.

⁵² M. GATTI, *La dichiarazione UE*, cit.

⁵³ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 545; E. CANNIZZARO, *Disintegration*, cit., p.3; O. CORTEN, *Accord politique*, cit.; F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit. p. 742 ss.; DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati*, cit., p. 5; M. GATTI, *La dichiarazione UE*, cit.; G. FERNANDEZ ARRIBAS, *The EU – Turkey Statement*, cit., p. 308.

⁵⁴ F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 739.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 741.

innanzi al Tribunale dell'Unione Europea⁵⁶, e quella parlamentare, con la proposizione di interrogazioni parlamentari⁵⁷.

Nello specifico, nella nostra analisi ci proponiamo di prendere in considerazione tre strumenti informali che possono essere considerati emblematici di quanto qui si viene affermando, ossia la Dichiarazione UE – Turchia, le *Admission Procedures* con l'Etiopia e il *Joint Way Forward* con l'Afghanistan (di seguito “JWF”).

È noto che nel diritto internazionale pattizio vige il principio della libertà delle forme degli accordi internazionali. La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (di seguito “CVDT”) definisce un trattato come “un accordo internazionale concluso per iscritto tra

⁵⁶ Il Tribunale dell'Unione Europea è stato indirettamente adito della questione nell'ambito di tre ricorsi per annullamento *ex art.* 263 TFUE della Dichiarazione UE-Turchia (Ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio Europeo*, EU:T:2017:128; ordinanza del 28 febbraio 2017, *NG c. Consiglio Europeo*, causa T-193/16, EU:T:2017:129; ordinanza del 28 febbraio 2017, *NM c. Consiglio europeo*, causa T-257/16, EU:T:2017:130; ordinanza del 12 settembre 2018, *NF e altri c. Consiglio europeo*, cause riunite da C-208/17 P, EU:C:2018:705). Pur non avendo preso esplicitamente posizione sulla natura della Dichiarazione, il Tribunale si è dichiarato incompetente a conoscere dei ricorsi in quanto ha ritenuto che la Dichiarazione non fosse stata adottata dalle istituzioni dell'Unione Europea (cfr. par. 71 “dall’insieme delle considerazioni che precedono deriva che, a prescindere dalla questione se costituisca, come sostenuto dal Consiglio europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, una dichiarazione di natura politica o, al contrario, come sostenuto dal ricorrente, un atto idoneo a produrre effetti giuridici obbligatori, la dichiarazione UE-Turchia, come diffusa per mezzo del comunicato stampa n. 144/16, non può essere considerata come un atto adottato dal Consiglio europeo, né peraltro da un’alta istituzione, da un organo o da un organismo dell’Unione o come prova dell’esistenza di un simile atto e che corrisponderebbe all’atto impugnato”). Il Tribunale ha inoltre chiarito che anche qualora si volesse considerare l’atto in questione come un accordo internazionale, esso sarebbe stato posto in essere dai Capi di stato o di governo degli Stati membri dell’Unione e dalla controparte turca (cfr. par. 72 “il Tribunale considera che, anche supponendo che un accordo internazionale possa essere stato concluso informalmente nel corso della riunione del 18 marzo 2016, circostanza che nel caso di specie, è stata negata dal Consiglio europeo dal Consiglio e dalla Commissione, tale accordo sarebbe intervenuto tra i capi di Stato o di governo degli Stati membri dell’Unione e il Primo ministro turco”) e non dall’Unione Europea, che dunque non sarebbe parte.

⁵⁷ Si veda ad esempio l’interrogazione parlamentare (E-000958-18, 15 febbraio 2018) al Consiglio, relativa alle *Admission Procedures*, durante la quale è stato invitato a chiarire l’esatta natura di questo strumento, e le ragioni per cui le parti abbiano dichiarato che esso non dovesse essere inteso come un accordo internazionale (Cfr. “Section 1(1) of the admission procedure document states that the procedure does not have the status of an international agreement and is not intended to create any rights. Can the Council explain why a procedure that it has officially adopted for cooperation with a third country does not have the status of an international agreement?”). In quella sede è stato altresì chiesto al Consiglio di chiarire le ragioni per cui l’atto, volto a stabilire una forma di cooperazione con uno Stato terzo, non sia stato adottato secondo le procedure di adozione previste per gli accordi internazionali. Tuttavia la risposta fornita dal Consiglio è stata piuttosto evasiva, in quanto lo stesso si è limitato a rilevare che l’Etiopia è stata identificata come uno dei cinque paesi africani prioritari nell’ambito del *Partnership Framework* con i paesi terzi stabilito dall’Agenda Europea per la migrazione (Cfr. “The Council notes that the importance of Ethiopia with respect to migration is clearly reflected by the fact that it has been identified as one of the five African priority countries (along with Mali, Niger, Nigeria and Senegal) in the context of the development of a Partnership Framework with third countries under the European Agenda on migration”). Il Consiglio ha ritenuto che questi *Partnership Agreement* non andrebbero considerati come degli accordi internazionali (Cfr. “These Partnership Frameworks are not international agreements”), ma piuttosto come “political frameworks which bring the different partners together to better manage various aspects of migration, including return”. Tuttavia questa risposta non entra nel merito delle questioni poste con l’interrogazione parlamentare, dal momento che essa non chiarisce le ragioni per cui non sia stato adottato un accordo internazionale per regolamentare una procedura che stabilisce una forma di cooperazione con uno Stato terzo, e soprattutto perché sia stato affermato che all’interno dei richiamati *Partnership Framework* non sia consentito concludere un accordo internazionale con un Paese terzo.

Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione”⁵⁸. La stessa CGUE ha avuto modo di chiarire che l’espressione “accordo” utilizzata nel TFUE viene utilizzata “in un senso generale, per designare ogni impegno avente carattere vincolante, assunto da soggetti di diritto internazionale, indipendentemente dalla sua forma”⁵⁹. Alla luce di queste definizioni, e più in generale del diritto internazionale consuetudinario⁶⁰, si può affermare che il *nomen iuris* e la forma di un atto non sono necessariamente degli elementi dirimenti ai fini della sua esatta qualificazione giuridica. La Corte internazionale di giustizia (di seguito “CIG”) d'altronde, oltre ad aver chiarito che la terminologia “is not a determinant factor as to the character of an international agreement or undertaking”⁶¹, ha ritenuto che atti apparentemente qualificabili come di *soft law*, quali un *joint communique*⁶² o dei verbali⁶³, fossero in realtà dei veri e propri trattati internazionali. Nemmeno possono essere considerate necessariamente dirimenti ai fini della definizione della natura dell’atto le dichiarazioni delle parti, che talvolta vengono esplicitate negli strumenti informali, con cui le stesse specificano che questi ultimi non costituiscono degli accordi internazionali e non creano obblighi giuridici sul piano nazionale e internazionale. Una dichiarazione di questo tipo è contenuta ad esempio nelle *Admission Procedures* con l’Etiopia in cui le parti dichiarano alla *Section 1*, par.1 che quest’atto “is not an international agreement and is not intended to create legal rights or obligations under domestic or international law”. Ora sebbene l’asserita dichiarazione delle parti abbia un certo peso nel processo di qualificazione dell’atto, e che quest’elemento è considerato dirimente a tal fine dalla CGUE⁶⁴, talvolta negli strumenti informali si riscontra l’esistenza di una contraddizione tra la volontà dichiarata dalle parti e il reale intento perseguito dalle stesse. Dacché per comprendere il reale intento perseguito dalle parti può non essere sufficiente avere riguardo esclusivamente alle parole usate⁶⁵, ma bisognerà piuttosto considerare il “comportamento complessivo delle parti in relazione all’intento pratico perseguito ed alle circostanze presenti alla loro coscienza, sia al momento della formazione della volontà, sia in quello della sua manifestazione”⁶⁶. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che ai fini interpretativi, “il trattato deve essere

⁵⁸ Cfr. CVDT, Art. 2, 1 comma, let. a).

⁵⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 9 agosto 1994, *Francia c. Commissione*, causa C-327/92, par. 27, disponibile su eur-lex.europa.eu; Corte di giustizia, parere 1/75, 11 novembre 1975, Racc. pag. 1355.

⁶⁰ M. FITZMAURICE, *Treaties*, in *Oxford Public International Law*, 2010, par. 1.

⁶¹ Corte Internazionale di Giustizia, *Etiopia c. Sud Africa; Liberia c. Sud Africa*, Preliminary objections, 1962, ICJ Report 319.

⁶² Corte Internazionale di Giustizia, sentenza del 19 dicembre 1978, *Piattaforma continentale nel Mar Egeo (Grecia c. Turchia)*.

⁶³ Corte Internazionale di Giustizia, sentenza del 1 luglio 1994, *Delimitazione marittima e questioni territoriali tra Qatar e Bahrain*.

⁶⁴ Nella sentenza 23 marzo 2004, *Francia c. Commissione*, causa C-233/02, ECLI: EU:C:2004:173, la CGUE ha affermato che “l’intenzione delle parti costituisce, in via di principio, il criterio decisivo al fine di stabilire se gli orientamenti rivestano o meno forza vincolante”; si veda anche CGUE, sentenza del 26 novembre 2014, *Parlamento e Commissione c. Consiglio*, cause riunite C-103/12 e C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400.

⁶⁵ F. DURANTE, voce *Trattato internazionale* (dir. vig), [XLIV, 1992].

⁶⁶ *Ibidem*.

considerato nel suo complesso, come unità inscindibile”⁶⁷. La contraddizione può essere rinvenuta nel fatto che sebbene le parti dichiarino che l’atto non è inteso a creare diritti e obblighi internazionali, esse dichiarano altresì di rispettare nell’attuazione dell’accordo i loro obblighi internazionali, dunque finendo col creare un atto che corrisponde precisamente alla definizione di trattato fornita dalla CVDT.

Ma vi è di più. Se davvero si trattasse di atti di *soft law*, dunque non vincolanti, non si comprenderebbe l’inserimento all’interno di questi strumenti di clausole di non incidenza sugli obblighi e le responsabilità derivanti dal diritto internazionale e specificamente dai trattati in materia di diritti umani⁶⁸. Una clausola di non incidenza può essere rinvenuta ad esempio nel *JWF* dove nel preambolo le parti si impegnano a rispettare i loro obblighi derivanti dal diritto internazionale, ed in particolare la Convenzione sui rifugiati del 1951 e il Protocollo di New York del 1967, la Carta dei diritti fondamentali e il Patto ONU sui diritti civili e politici⁶⁹. Queste clausole sono tipiche degli ARUE, che hanno tutti una struttura simile tra loro⁷⁰. Una clausola di non incidenza è inserita ad esempio all’art. 2 dell’ARUE con l’Azerbaijan, nel quale le parti si impegnano a garantire “all their international obligations, in particular: respecting the provisions of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 New York Protocol; upholding the rights and freedoms guaranteed in the International Covenant on Civil and Political rights and the EU Charter on Fundamental Rights and the Universal Declaration on Human Rights; respecting the safety, dignity and human rights of irregular migrants subject to a return and readmission procedure”. La presenza di clausole di conflitto⁷¹, sembrerebbe rafforzare la tesi che propende per la natura vincolante di questi strumenti informali, trattandosi di clausole che vengono generalmente utilizzate nel diritto pattizio per dirimere eventuali conflitti interpretativi tra regole convenzionali, dunque aventi pari rango⁷².

Parimenti ingiustificato, trattandosi di atti asseritamente di *soft law*, sembrerebbe l’inserimento negli stessi di clausole di conflitto per regolare i rapporti con gli accordi e le intese bilaterali adottate dagli Stati membri. Tradizionalmente gli ARUE stabiliscono la prevalenza degli accordi di riammissione stipulati dall’Unione Europea sulle intese bilaterali degli Stati membri. Emblematico in questo senso è l’ARUE con la Bosnia –

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ F. MARTINES, *Il ricorso dell’Unione Europea*, cit., p. 743.

⁶⁹ Cfr. Preambolo del *JWF*: “In their cooperation under this declaration, the EU and Afghanistan remain committed to all their international obligations, in particular: respecting the provisions of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 New York Protocol; upholding the rights and freedoms guaranteed in the International Covenant on Civil and Political rights and the EU Charter on Fundamental Rights and the Universal Declaration on Human Rights; respecting the safety, dignity and human rights of irregular migrants subject to a return and readmission procedure

⁷⁰ E. CARLI, *EU Readmission Agreements as Tools for Fighting Irregular Migration: an Appraisal Twenty Years on from Tampere* European Council, in questa *Rivista*, 2019, p. 11.

⁷¹ Sul tema di veda *ex multis* A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, 2019, p. 189 ss.

⁷² Sulla funzione delle clausole di conflitto si veda *ex multis* C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Milano, 2020, p. 176 ss.

Erzegovina, che prevede all'art. 20 una clausola di prevalenza⁷³ in base alla quale “le disposizioni del presente accordo prevalgono su quelle di tutti gli accordi o le intese bilaterali di riammissione delle persone in posizione irregolare già conclusi o che potrebbero essere conclusi [...] tra i singoli Stati membri e [lo Stato terzo] in quanto incompatibili con il presente accordo”⁷⁴. Al contrario, si può osservare che alcuni accordi informali sembrerebbero voler ribaltare il rapporto tra accordi conclusi dall'UE e quelli conclusi dagli Stati membri. Questa tendenza può essere osservata nel JWF, in cui è prevista una clausola di subordinazione dello stesso alle intese bilaterali degli Stati membri. Nello specifico si prevede che il JWF “comes in support of the EU Member States bilateral relations with Afghanistan and cannot be interpreted as superseding the existing or preventing the conclusion of future bilateral agreements between the EU Member States and Afghanistan”. Si può dunque ritenere che il JWF tende ad invertire il paradigma stabilito negli accordi di riammissione, in quanto nonostante sia un accordo internazionale concluso informalmente dall'Unione Europea, esso non prevale sulle intese bilaterali degli Stati membri. In dottrina si è parlato in proposito di una vera e propria “rivoluzione copernicana” nell'assetto della politica di riammissione, giacché gli strumenti elaborati dall'Unione Europea non sono più prioritari ma diventano ancillari e di supporto rispetto a quelli posti in essere dai singoli Stati membri⁷⁵. In quest'ottica, la politica di riammissione dell'Unione più che atteggiarsi come una politica concorrente ai sensi dell'art. 2 par. 2, sembrerebbe assimilabile ad una politica di supporto o parallela ex art. 2, par. 5, TFUE⁷⁶.

Le analogie con i tradizionali accordi di riammissione stipulati dall'Unione Europea non si limitano soltanto agli elementi fin qui considerati, ma riguardano anche altri aspetti degli strumenti informali quali l'oggetto, la previsione di obblighi di riammissione, il linguaggio precettivo utilizzato e la riproduzione di meccanismi tipici del diritto internazionale pattizio inerenti alla formazione della volontà e alle modifiche.

In primis può essere osservato che questi strumenti informali hanno un oggetto esattamente coincidente con quello degli accordi di riammissione. Difatti questi ultimi vengono conclusi al fine di fornire un quadro di cooperazione tra gli Stati membri e i Paesi terzi, attraverso la previsione di procedure per l'identificazione e il rimpatrio di persone provenienti da una delle parti dell'accordo che risiedono senza autorizzazione nel territorio dell'altra parte⁷⁷. L'oggetto viene generalmente esplicitato nel preambolo

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Cfr. art. 20 dell'Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Bosnia-Erzegovina, Gazzetta ufficiale n. L 334 del 19/12/2007 pag. 66-83.

⁷⁵ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 548.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Si veda ad esempio il preambolo dell'Accordo tra l'Unione Europea e la Repubblica d'Armenia relativo alla riammissione delle persone il cui soggiorno è irregolare, Gazzetta ufficiale n. L 289 del 31/10/2013, p. 13-29, che prevede che le parti attraverso l'accordo e sulla base di reciprocità intendono stabilire “procedure rapida ed efficaci per l'identificazione e il rimpatrio sicuro e ordinato di quanti non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di ingresso, presenza o soggiorno nel territorio dell'Armenia o di uno degli Stati membri dell'Unione Europea e di agevolare il transito delle suddette persone in uno spirito di cooperazione”.

degli accordi, come può essere ad esempio osservato nell'ARUE con l'Armenia che prevede che le parti sulla base di reciprocità intendono stabilire “procedure rapide ed efficaci per l'identificazione e il rimpatrio sicuro e ordinato di quanti non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di ingresso, presenza o soggiorno nel territorio dell'Armenia o di uno degli Stati membri dell'Unione Europea e di agevolare il transito delle suddette persone in uno spirito di cooperazione”. Gli stessi obiettivi costituiscono l'oggetto degli strumenti informali utilizzati nella gestione esterna della migrazione. Si veda a tal proposito il JWF con l'Afghanistan, in cui viene chiarito che questo strumento “identifies a series of actions to be taken as a matter of urgency by the EU and the Government of Afghanistan with the objective to establish a rapid, effective and manageable process for a smooth, dignified and orderly return of Afghan nationals who do not fulfill the conditions in force for entry to, presence in, or residence on the territory of the EU, and to facilitate their reintegration in Afghanistan in a spirit of cooperation”.

In secundis, può essere osservato che questi strumenti informali hanno il contenuto caratteristico degli accordi di riammissione, in quanto prevedono dei veri e propri obblighi di riammissione produttivi di effetti giuridici vincolanti⁷⁸. Negli accordi di riammissione questi obblighi sono generalmente reciproci e simmetrici, essendo gli stessi contenuti in rispettive sezioni che disciplinano da un lato gli obblighi dello Stato terzo e dall'altro quelli dell'Unione⁷⁹. Gli strumenti informali invece si caratterizzano per una maggiore “creatività” sul punto. Vale la pena segnalare le peculiarità del meccanismo c.d. 1:1 introdotto nella Dichiarazione UE-Turchia, che è stato al centro di accese critiche⁸⁰. Difatti tra i nove punti d'azione supplementari (questa è la terminologia utilizzata per definire gli obblighi giuridici) convenuti nella Dichiarazione, viene previsto non soltanto il rimpatrio dei migranti irregolari che sono arrivati nelle isole greche dalla Turchia a partire dal 20 marzo 2016⁸¹, ponendo i costi delle operazioni a carico dell'UE⁸², ma anche il sopramenzionato meccanismo dell'1:1, in base al quale per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro siriano dovrà essere reinsediato dalla Turchia all'UE⁸³. Questo meccanismo è stato implementato dalle parti sulla base della sua previsione nella

⁷⁸ F. DURANTE, *Trattato internazionale*, cit., che afferma che “Il contenuto caratteristico del trattato, in quanto fonte di norme giuridiche internazionali, si configura come descrizione di regole di condotta, determinate liberamente dai soggetti partecipanti al negoziato o dal soggetto proponente, da valere quale autonomo regolamento di interessi tra le parti contraenti, in quanto produttivo dei corrispondenti effetti giuridici vincolanti”.

⁷⁹ Si veda ad esempio l'Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica del Capo Verde relativo alla riammissione delle persone il cui soggiorno è irregolare, Gazzetta ufficiale n. L 282 del 24/10/2013, p. 15, che alla sezione I prevede gli obblighi di riammissione di Capo Verde, e alla sezione II prevede quelli dell'Unione Europea.

⁸⁰ Si vedano *ex multis* E. ROMAN, *L'accordo UE – Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016; G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017.

⁸¹ Cfr. punto 1 della Dichiarazione UE-Turchia.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Cfr. punto 2 della Dichiarazione UE-Turchia.

Dichiarazione, e reso possibile dall'obbligo di erogare la somma di 3 miliardi di euro posto in capo all'Unione Europea⁸⁴.

In tertiis, la natura di veri e propri obblighi giuridici contenuta negli strumenti informali può essere confermata anche alla luce del linguaggio utilizzato negli accordi informali. La CIG ha chiarito che ogni strumento che definisca ciò che è stato “agreed between the parties” e che enumeri “the commitments to which the parties have consented” è idoneo a creare diritti e obblighi ai sensi del diritto internazionale e costituisce perciò un accordo internazionale⁸⁵. Orbene, la portata degli impegni assunti dalle parti non sembra avere natura meramente “esortativa o indicativa” ma al contrario “normativa e prescrittiva”, anche in considerazione del fatto che le parti si obbligano ad agire in conformità al diritto internazionale⁸⁶. Si veda ad esempio il linguaggio utilizzato nella Dichiarazione UE-Turchia, che nonostante i termini “malauguratamente ambigui”⁸⁷, sembra configurare una serie di obblighi giuridici in capo all'Unione Europea e alla Turchia piuttosto che delle mere facoltà⁸⁸. Nel testo vengono utilizzate espressioni quali “l'UE e la Turchia hanno deciso”, e poi ancora “hanno concordato”, che sono tipiche degli obblighi giuridici⁸⁹. Stesso ragionamento può essere fatto se si considera la terminologia utilizzata nelle *Admission Procedures*, laddove si fa spesso riferimento a ciò che si è concordato⁹⁰ e agli obblighi precisi che si intende assumere⁹¹.

In quartiis, si può riscontrare che questi strumenti informali riproducono meccanismi tipici del diritto internazionale pattizio. Questo vale ad esempio rispetto alla manifestazione della volontà di obbligarsi, che negli accordi informali ricalca le modalità seguite negli accordi internazionali conclusi in forma semplificata, ossia lo scambio degli strumenti diplomatici⁹². Questa stessa modalità viene ad esempio prevista nelle *Admission Procedures* dove alla Sezione 6, par.1 viene stabilito che “This Procedure will

⁸⁴ Cfr. punto 6 della *Dichiarazione UE-Turchia*.

⁸⁵ Corte internazionale di giustizia, *Piattaforma mar Egeo*, cit.; Corte internazionale di giustizia, *Qatar*, cit.

⁸⁶ Si veda ad esempio il punto 1 della Dichiarazione UE – Turchia in cui si afferma che i migranti saranno protetti in conformità delle pertinenti norme internazionali e nel rispetto del principio di non-refoulement.

⁸⁷ Cfr. Tribunale dell'Unione europea, ordinanza del 28 febbraio 2017, T-192/16, par. 66.

⁸⁸ F. CASOLARI, *Il ricorso*, p. 544.

⁸⁹ Si è espressa in senso contrario la Commissione, che nella causa T-192/16 dichiara, come riportato al par. 29 dell'ordinanza del Tribunale, che la terminologia utilizzata nella dichiarazione UE-Turchia e, in particolare, l'uso nella versione inglese della stessa del termine “will”, sarebbero indici del fatto che non si tratti di un accordo giuridicamente vincolante, bensì di un'intesa politica raggiunta dai membri del Consiglio europeo, [ossia] i capi di Stato o di governo degli Stati membri, il Presidente del Consiglio europeo e il Presidente della Commissione.

⁹⁰ Cfr. *Admission Procedures*, cit., laddove nel preambolo le parti dichiarano che “The Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the European Union (EU) agreed”.

⁹¹ Cfr. Section 5 delle *Admission Procedures* che prevedono che “the EU has expressed its commitment to support the Ethiopian authorities”. Sul punto si veda anche F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 743.

⁹² La CVDT prevede all'Articolo 11 tra i modi di espressione del consenso ad essere vincolati da un trattato, anche lo scambio degli strumenti che lo costituiscono. F. DURANTE, *Trattato*, cit., par. 12, osserva che lo scambio delle note tra i soggetti autori del documento “costituisce un modo riconosciuto idoneo di dichiarare la volontà di obbligarsi con riferimento al regolamento di interessi enunciato nei singoli strumenti oggetto dello scambio” che viene generalmente adottato “quando non si vuole dare risalto politico all'accordo e, soprattutto, quando il contenuto di questo può essere formulato con un testo breve”.

start to apply upon exchange of note verbale between the EU Delegation in Ethiopia – Addis Abeba and the MFA indicating their agreement on the content”. Viene altresì disciplinata l’entrata in vigore dell’accordo, laddove si prevede nella medesima disposizione, al par.2 che “The date of receipt of the later note verbale will be the date of first application”.

Parimenti si può osservare che nel diritto internazionale pattizio generalmente gli accordi disciplinano le modalità per procedere alla modifica del testo. Egualmente, l’ARUE con l’Azerbaijan prevede all’art. 24 che “le parti contraenti possono, di comune accordo, modificare o integrare il presente accordo. Le eventuali modifiche e integrazioni sono introdotte con protocolli separati che costituiscono parte integrante del presente accordo ed entrano in vigore secondo la procedura di cui all’art. 23”. Un meccanismo simile, ma addirittura più stringente, è adottato ad esempio nelle *Admission Procedures* che prevedono alla *Sezione 6*, par. 3 e 4 che “The EU or the Government of Ethiopia may at any time request to modify this Procedure. (...) Any change will be subject to the written mutual consent of the EU and the Government of Ethiopia accepting the change”⁹³.

Alcuni strumenti informali prevedono inoltre, al pari degli ARUE, delle commissioni che hanno la funzione di vigilare sull’attuazione degli accordi che le istituiscono. Questo è il caso ad esempio del JWF, che nella *Parte VI*, punto 1 prevede l’istituzione di un *Joint Working Group* (di seguito “JWG”), con la funzione di facilitare l’applicazione dell’accordo. Nello specifico, il JWG deve “a) monitor the application of this declaration and report to the EU-Afghanistan High Level Dialogue on Migration; b) discuss further arrangements to facilitate cooperation and enable an orderly management of return flows; c) recommend changes to this declaration”. Il JWG è chiamato a svolgere funzioni del tutto assimilabili a quelle dei comitati misti per la riammissione generalmente previsti negli ARUE. Si veda ad esempio l’ARUE con Capo Verde che all’art. 18 disciplina le funzioni del Comitato misto, previsto allo scopo di controllare l’applicazione dell’accordo, stabilire le modalità di attuazione necessarie per l’applicazione uniforme dell’accordo, procedere a scambi periodici di informazioni, e suggerire modifiche allo stesso⁹⁴.

Inoltre, si può notare che gli accordi informali contengono gli stessi incentivi per lo Stato terzo che vengono generalmente previsti negli ARUE. Nello specifico, ci si riferisce agli impegni in capo all’Unione Europea a negoziare accordi di facilitazione dei visti e a

⁹³ Le *Admission Procedures* prevedono dunque un regime per le modifiche anche più severo di quello enunciato dalla regola generale prevista all’art. 39 della CVDT, in quanto a differenza di quest’ultima non si limitano a richiedere l’accordo comune tra le parti, ma impongono che lo stesso venga espresso per iscritto.

⁹⁴ Cfr. art. 18 dell’Accordo tra l’Unione europea e la Repubblica del Capo Verde, cit., che prevede al punto 1 che “Le parti 1. Le parti contraenti si prestano reciproca assistenza ai fini dell’applicazione e dell’interpretazione del presente accordo. A tal fine istituiscono un comitato misto per la riammissione (in prosieguo «comitato») incaricato in particolare di: a) controllare l’applicazione del presente accordo; b) stabilire le modalità di attuazione necessarie per l’applicazione uniforme del presente accordo; c) procedere a scambi periodici di informazioni sui protocolli di attuazione fra singoli Stati membri e Capo Verde a norma dell’articolo 19; d) suggerire modifiche del presente accordo e ai suoi allegati”.

fornire assistenza finanziaria all'attivazione dell'accordo. Nell'ARUE con la Russia, addirittura si subordina l'entrata in vigore di quest'ultimo all'entrata in vigore dell'accordo sulla facilitazione dei visti per i cittadini della Federazione russa e dell'Unione Europea⁹⁵. Parimenti, è rinvenibile una norma sui costi connessi alla riammissione, alle spese di trasporto sostenute in relazione alla riammissione e al transito fino al valico di frontiera dello Stato richiesto, che vengono generalmente posti in capo allo Stato richiedente, ossia all'Unione Europea⁹⁶. Entrambi gli elementi sono pure rinvenibili nella Dichiarazione UE – Turchia, che al punto 5 prevede un'accelerazione della liberalizzazione dei visti⁹⁷, e al punto 6 l'erogazione di 3 miliardi di euro da parte dell'UE⁹⁸.

È opportuno altresì considerare le differenze esistenti tra gli accordi informali e gli ARUE, e ciò soprattutto al fine di comprendere le ragioni per cui l'Unione Europea ha fatto un ricorso sempre più marcato ai primi. Le differenze attengono principalmente ai profili della pubblicità dell'atto, alla mancanza di norme sulla protezione dei dati dei migranti, e soprattutto al coinvolgimento del Parlamento Europeo nel procedimento di formazione dell'atto.

Quanto al profilo della pubblicità dell'atto, è agevole constatare che a differenza degli ARUE, gli accordi informali non sono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. Essi vengono talvolta diffusi sotto forma di comunicati stampa, come nel caso della Dichiarazione UE – Turchia, mentre in altri casi non sono nemmeno resi noti e per visionarli si rende necessario l'inoltro di una richiesta al Consiglio ai sensi del regolamento sull'accesso agli atti⁹⁹. Tuttavia l'utilizzo di forme di pubblicità informali, quali ad esempio la pubblicazione sui siti internet, non è detto che si traduca in una minore diffusione dell'atto rispetto alle forme di pubblicità tradizionali, sebbene ciò comporti tutte le imprecisioni e le approssimazioni tipicamente associate a forme di diffusione non ufficiali.

Un secondo elemento di divergenza è caratterizzato dalla mancanza negli accordi informali di una norma sulla protezione dei dati dei migranti, che è al contrario

⁹⁵ Cfr. Art. 23, comma 2: "Fermo restando il paragrafo 3 del presente articolo, il presente accordo entra in vigore il primo giorno del secondo mese successivo alla data in cui le parti notificano l'una all'altra l'avvenuto espletamento delle procedure di cui al paragrafo 1. Se tale data è anteriore a quella dell'entrata in vigore dell'accordo fra la Federazione russa e la Comunità europea sulla facilitazione del visto per i cittadini della Federazione russa e dell'Unione europea, il presente accordo entra in vigore solo alla stessa data di quest'ultimo accordo".

⁹⁶ Cfr. Art. 16 dell'Accordo di riammissione fra la Federazione Russa e la Comunità Europea, Gazzetta ufficiale n. L 129 del 17/05/2007, p. 40: "Fatto salvo il diritto delle autorità competenti di recuperare i costi connessi alla riammissione dalla persona che ne è oggetto o da terzi, tutte le spese di trasporto sostenute in relazione alla riammissione e al transito fino al valico di frontiera dello Stato richiesto sono a carico dello Stato richiedente".

⁹⁷ Cfr. punto 5 della *Dichiarazione UE - Turchia*: "L'adempimento della tabella di marcia sulla liberalizzazione dei visti sarà accelerata nei confronti di tutti gli Stati membri partecipanti con l'obiettivo di abolire l'obbligo del visto per i cittadini turchi entro giugno 2021...".

⁹⁸ Cfr. Punto 6 della *Dichiarazione UE - Turchia*: "L'UE, in stretta cooperazione con la Turchia, accelererà ulteriormente l'erogazione dei 3 miliardi di EUR inizialmente assegnati nel quadro dello strumento per i rifugiati...".

⁹⁹ F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 748.

generalmente prevista negli ARUE. Si veda ad esempio l'ARUE con Capo Verde, che all'art. 16 prevede un'articolata norma sulla protezione dei dati, che chiarisce non soltanto le finalità del trattamento ma anche i principi cui lo stesso è improntato, quali la proporzionalità e la liceità¹⁰⁰. La disciplina sulla protezione dei dati è quanto mai necessaria nell'ambito che qui ci interessa dal momento che le procedure di riammissione possono comportare il trattamento di dati sensibili dei migranti, quali l'origine razziale o etnica, le convinzioni religiose, le opinioni politiche e l'orientamento sessuale. La diffusione incontrollata di queste informazioni, oltre le finalità strettamente necessarie per la lavorazione delle richieste di riammissione, può esporre i migranti a un grave pericolo¹⁰¹. Pertanto la mancanza di una disciplina chiara e articolata sul punto negli strumenti di riammissione rappresenta un grave *vulnus* degli strumenti informali.

Il terzo elemento di divergenza, che è senza dubbio quello più rilevante, attiene al coinvolgimento del Parlamento europeo nella formazione degli strumenti informali. È noto che gli accordi di riammissione stipulati dall'Unione Europea vengono adottati sulla base dell'art. 218 TFUE¹⁰². Questa disposizione prevede che il Consiglio autorizzi l'avvio dei negoziati dopo aver ricevuto le raccomandazioni della Commissione, definisca le direttive di negoziato, autorizzi la firma e concluda gli accordi in seguito ad approvazione del Parlamento¹⁰³. Negli strumenti informali invece, nonostante la Commissione e il Consiglio sono generalmente coinvolti in funzioni latamente assimilabili a quelle loro riconosciute nel TFUE, si registra la totale mancanza di partecipazione del Parlamento. Talvolta l'informalità è talmente marcata che risulta addirittura difficile identificare con chiarezza le parti dell'accordo, come nel caso della Dichiarazione UE – Turchia¹⁰⁴. Come vedremo meglio in seguito, il mancato coinvolgimento del Parlamento nell'adozione degli accordi internazionali ha delle implicazioni rilevanti sul piano interno dell'ordinamento giuridico unionale, sia sul piano dell'equilibrio istituzionale che su quello dell'attuazione del principio democratico¹⁰⁵.

Se questi elementi di divergenza fossero assunti a unica spiegazione delle ragioni che avrebbero portato l'Unione Europea a ricorrere all'*informal international lawmaking*, pur essendo prevista nel TFUE in capo all'Unione Europea una competenza espressa a concludere accordi di riammissione nel quadro della politica di riammissione ed asilo¹⁰⁶, allora non si potrebbe non rilevare l'uso artatamente distorto degli strumenti informali da parte dell'Unione Europea. L'aggiramento della procedura prevista nel TFUE all'art. 218

¹⁰⁰ Cfr. Art. 16 ARUE con Capo Verde, che prevede una disciplina molto puntuale sul tema, prevedendo che “i dati personali vengono comunicati solo qualora necessario per l'attuazione” dell'accordo, e che “devono essere trattati lealmente e lecitamente”.

¹⁰¹ F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 748.

¹⁰² E. BARONCINI, *L'Unione Europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, p.5; A. IANNIELLO SALICETI, *Articolo 218 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 1593 ss.

¹⁰³ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018, p. 143.

¹⁰⁴ F. CASOLARI, *Il ricorso*, p. 544.

¹⁰⁵ F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 744 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Art. 79, par. 3 TFUE.

TFUE per la conclusione degli accordi internazionali si potrebbe tradurre sul piano interno dell'ordinamento unionale in una violazione del principio democratico ex art.10 TUE data la mancata approvazione degli stessi da parte del Parlamento ex art. 218 TFUE, in una minore protezione dei diritti dei migranti, almeno per quanto riguarda il profilo della protezione dei dati che viene del tutto omesso negli accordi informali, e in una mancanza di trasparenza che rende molto complesso l'accertamento di eventuali responsabilità internazionali, limitatamente a quegli strumenti che non sono nemmeno diffusi con modalità informali di pubblicità.

Tuttavia, l'analisi delle ragioni che hanno portato l'Unione Europea a utilizzare questi strumenti in luogo dei tradizionali accordi di riammissione non può prescindere dal considerare le esigenze pragmatiche che l'Unione Europea ha perseguito in un contesto emergenziale fortemente attenzionato dall'opinione pubblica. A tal proposito, può essere osservato che sebbene l'Unione Europea abbia concluso fino ad oggi diciassette accordi di riammissione¹⁰⁷, i negoziati per la conclusione di accordi di riammissione con importanti paesi di transito e di origine dei migranti, quali il Marocco e l'Algeria, si sono completamente arenati. Parimenti, non si sono registrati sostanziali progressi nei negoziati avviati nel 2016 con la Nigeria, la Giordania e la Tunisia. La Commissione ha spiegato questa situazione generale di stallo in una lettera indirizzata al Comitato LIBE del Parlamento europeo, adducendo che “most third countries do not want to engage in negotiations on readmission agreements mainly due to internal political considerations, as such agreements can be a source of public hostility”¹⁰⁸. La Commissione aveva già in passato sottolineato diversi aspetti critici riscontrati nella negoziazione degli ARUE, attinenti in alcuni casi alla durata eccessiva dei negoziati, come è stato ad esempio con il Marocco, e in altri addirittura all'impossibilità di avviarli in maniera ufficiale, come nel caso della Cina¹⁰⁹. A fronte di questo scenario, l'Unione Europea avrebbe pertanto adottato un approccio per così dire “funzionalista”, ritenendo di dover restare “flexible on the form a cooperation framework takes”, e di focalizzarsi “on the feasibility of achieving results, while respecting international and European law”. Inoltre, la Commissione ha affermato che questi “Practical arrangements [...] also represent a first step in establishing mutual trust as well as towards the launch of formal negotiations for fully-fledged readmission agreements”¹¹⁰. Quest'intenzione è stata ad esempio chiaramente espressa nel JWF, laddove si afferma che “it paves the way for a structural dialogue and cooperation on migration issues, based on a commitment to identify effective way to address the needs of both sides”. Queste intese servirebbero dunque ad avviare un *learning process* tra le parti¹¹¹, per consentire loro di valutare i benefici e i

¹⁰⁷ Vedi *supra* nota 7.

¹⁰⁸ Commissione Europea, risposta all'interrogazione scritta E-001881/2019, disponibile su eu-com-letter-to-ep-readmissions.pdf (statewatch.org).

¹⁰⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Valutazione degli accordi di riammissione dell'UE*, COM(2011) 76 def., 23.2.2011, par. 3.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 741; J.P. CASSARINO, *Informalising Readmission Agreements in EU Neighbourhood Policy*, in *International Spectator*, 2007, 179 ss.

costi della cooperazione in modo più approfondito¹¹². In effetti questa è la funzione generalmente riconosciuta agli atti di *soft law*, ossia quella di svolgere un ruolo preparatorio per l'elaborazione di futuri trattati¹¹³.

Tuttavia la funzione degli accordi informali, come peraltro si può dedurre dalle affermazioni della Commissione sopra citate, non sembra essere propriamente quella di preparare l'adozione di successivi trattati, quanto piuttosto di sostituirli con strumenti meno complessi dal punto di vista processuale ma giuridicamente vincolanti. Difatti l'Unione Europea, preso atto del diniego degli Stati terzi, e constatata l'impossibilità di procedere alla conclusione degli ARUE nelle forme previste dal diritto primario, ricorre agli strumenti dell'*informal international lawmaking* per gestire delle situazioni emergenziali. Non potendogli dunque nemmeno riconoscere una funzione preparatoria, e alla luce di tutti gli elementi sin qui considerati, si può ritenere conformemente alla dottrina maggioritaria, che gli strumenti informali in questa sede analizzati sono propriamente accordi internazionali conclusi informalmente dall'Unione Europea al di fuori della procedura prescritta dall'art. 218 TFUE per l'esercizio del "*treaty-making power* sovranazionale"¹¹⁴.

4. Le ricadute sistemiche sull'autonomia esterna dell'ordinamento dell'Unione europea

La dottrina ha prevalentemente analizzato le problematiche connesse all'utilizzo degli accordi informali all'interno dell'ordinamento giuridico unionale¹¹⁵. Gli studiosi di diritto unionale si sono concentrati in particolare sulle ricadute sistemiche di questa prassi all'interno dell'ordinamento giuridico unionale, evidenziando come essa incida sul rapporto tra l'azione dell'Unione e quella degli Stati membri in materia di riammissione¹¹⁶, sulla natura della competenza esercitata dalla stessa¹¹⁷, sulle relazioni

¹¹² F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p. 741.

¹¹³ A. TANZI, *Introduzione*, cit., p. 175. Si vedano inoltre A. Tanzi, *Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale*, in G. NESI, P. GARGIULO (a cura di), *Luigi Ferraro Bravo: Il diritto internazionale come professione*, Napoli, 2015, p. 151; G. SCALESE, *La problematica dei c.d. "accordi non vincolanti" nel diritto internazionale: un potenziale paradosso*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2017, p. 9.

¹¹⁴ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit.; M. GATTI, *La dichiarazione UE*, cit.; E. CANNIZZARO, *Disintegration*, cit., p.4.

¹¹⁵ Si vedano *ex multis* F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit.; F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit.; E. CANNIZZARO, *Disintegration*, cit., p. 3; M. GATTI, *La dichiarazione UE*, cit.; S. PEER, *The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*, in *EU Law Analysis*, 16 marzo 2016.

¹¹⁶ Ci si riferisce in particolare al principio di attribuzione e all'assetto delle competenze in materia di contrasto all'immigrazione clandestina disegnato nei Trattati ai sensi dei quali l'UE ha una competenza concorrente nel contrasto all'immigrazione illegale *ex art. 79*, parr. 1 e 2 TFUE (F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 547).

¹¹⁷ Con quest'argomento si vuole sottolineare il fatto che la prassi degli strumenti informali sembrerebbe ribaltare il rapporto tradizionale tra gli ARUE e gli strumenti informali, in quanto gli ARUE non sarebbero più prioritari ma ancillari rispetto a quelli posti dagli Stati membri. E dunque la politica di riammissione

che le istituzioni dell'UE hanno nello sviluppo del processo decisionale¹¹⁸ e sui sistemi di tutela giurisdizionale¹¹⁹.

Tuttavia questi aspetti non costituiscono oggetto della presente analisi, dal momento che essi hanno rilevanza limitata sul piano del diritto internazionale. Ad esempio, il rilievo della dottrina volto a evidenziare che la prassi degli accordi informali viola una norma interna del diritto unionale sulla competenza a stipulare accordi internazionali, è certamente fondato in quanto si può osservare che la procedura prescritta dall'art. 218 TFUE per la conclusione degli accordi internazionali viene aggirata¹²⁰. Difatti mentre le istituzioni generalmente coinvolte nell'adozione degli accordi internazionali, ossia il Consiglio e la Commissione, continuano a esercitare un qualche ruolo anche nella formazione degli accordi informali, il Parlamento viene completamente esautorato nonostante nell'architettura del diritto unionale esso sia l'organo deputato a garantire l'attuazione dei principi democratici all'interno dell'Unione Europea (art. 10 TFUE)¹²¹. Tuttavia mentre questo è rilevante sul piano del principio dell'equilibrio istituzionale tra le istituzioni dell'UE, non lo è su quello del diritto internazionale, considerando che la violazione di una norma interna sulla competenza a concludere trattati non può in linea generale nemmeno essere invocata da un'organizzazione internazionale¹²² come causa di

dell'UE sembrerebbe configurarsi come una politica parallela *ex art. 2, par. 5* TFUE piuttosto che come concorrente *ex art. 2, par.2* (F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 548, e par. 3 di quest'articolo).

¹¹⁸ Ci si riferisce in particolare al ruolo attribuito alle singole istituzioni europee nella conclusione degli accordi internazionali dall'art. 218 TFUE, che non sarebbe rispettato nella conclusione degli strumenti informali (Casolari, *Il ricorso*, p. 548 ss., e par. 3 di quest'articolo).

¹¹⁹ È noto che l'art. 218 par. 11 TFUE riconosce alla CGUE una funzione consultiva circa la compatibilità degli accordi internazionali con i Trattati. Il parere negativo della Corte non ha un effetto ostativo ma rende necessario ricorrere alla procedura di revisione dei trattati prevista dall'art. 48 TFUE, salvo che l'accordo in questione sia modificato in maniera da eliminare le ragioni del parere negativo (Cfr. Daniele, cit., 95). Orbene questa funzione non può essere esercitata dalla CGUE rispetto ad atti che non sono formalmente qualificabili come accordi internazionali. Ciò potrebbe indebolire il ruolo della CGUE che attraverso l'esercizio di questa funzione assicura il rispetto della *rule of law* su cui si basa l'Unione (Cfr. F. MARTINES, *Il ricorso dell'Unione Europea*, cit., p.746 ss.). Inoltre, la sovrapposizione delle istituzioni europee e degli Stati membri nel processo di formazione degli strumenti informali, quando rende incerta la paternità dell'atto al punto che non si riesce ad affermare con certezza che esso promani dalle istituzioni europee, può vanificare anche la competenza giurisdizionale della CGUE a conoscere di eventuali ricorsi per annullamento, come peraltro è accaduto nel caso della Dichiarazione UE – Turchia sopra menzionato. D'altronde gli accordi informali non sono preceduti da un atto delle istituzioni europee che autorizza la conclusione dell'accordo, sul quale appunto la CGUE sarebbe eventualmente chiamata a pronunciarsi.

¹²⁰ F. CASOLARI, *Il ricorso*, p. 548.

¹²¹ L. DANIELE, *Diritto*, cit., p. 67; G. CAGGIANO, *Il processo decisionale dell'Unione europea a fronte del crescente sovranismo euroscettico. Ritorno al metodo intergovernativo per la «questione europea dell'Immigrazione»?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 553; P. GARCIA ANDRADE, *The role of the European Parliament in the adoption of non-legally binding agreements with third countries*, in J.S. VARA, S.R. SÁNCHEZ-TABERNERO (eds.), *The democratisation of EU international relations through law*, New York, 2018, p. 115.

¹²² Sulla qualificazione dell'UE come organizzazione internazionale si vedano P. FOIS, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, n. 2, p. 371; A. PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, n. 5, p. 231; A. P. SERENI, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, p. 31; M. VIRALLY, *Organisations internationales, Définitions et classification: approche juridique*, in *Le droit international en devenir*, Paris, 1990, p.228; D. DE VELASCOVALLEJO, S. HEREDIA, *Les relations entre le droit international et le droit des organisations internationales d'intégration*, in *Studi in onore di G.*

nullità del proprio consenso¹²³, in modo particolare se essa vi ha mostrato acquiescenza¹²⁴.

Molto più significative per l'analisi che qui ci interessa, sono invece le implicazioni che la prassi degli accordi informali produce sui rapporti tra diritto internazionale e diritto unionale¹²⁵. Parte della dottrina ha spiegato l'impatto di tale prassi facendo ricorso al principio dell'autonomia esterna dell'ordinamento giuridico unionale come configurato dalla CGUE¹²⁶. Più precisamente, è stato ritenuto che il principio dell'autonomia, che stabilisce che il diritto internazionale non può incidere sui principi costituzionali o strutturali dell'ordinamento giuridico unionale¹²⁷, sarebbe messo in discussione dalla prassi degli strumenti informali che sono potenzialmente lesivi di questi principi¹²⁸. In altri termini, sembrerebbe che gli Stati membri avrebbero fatto "ricorso alle potenzialità

Arangio-Ruiz, n. 1, Napoli, 2004, p. 504; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2013, p.9 ss. *Contra* si veda tra gli altri L.S. ROSSI, *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione Europea*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle Organizzazioni internazionali-L'avenir des organisations internationales*, Napoli, 2015, p. 402.

¹²³ Cfr. Art. 46, comma 2 della CVDT tra Stati e organizzazioni internazionali, che prevede che "An international organization may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of the rules of the organization regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of fundamental importance".

¹²⁴ Cfr. Art. 45, comma 2 della CVDT tra Stati e organizzazioni internazionali che prevede che "An international organization may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or (b) it must by reason of the conduct of the competent organ be considered as having renounced the right to invoke that ground".

¹²⁵ Sui rapporti tra diritto internazionale e diritto unionale si veda A. PELLET, *Les fondement*, cit.

¹²⁶ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 551; E. CANNIZZARO, *Disintegration*, cit., p. 5. Sul principio di autonomia si vedano *ex multis* K. LENAERTS, *The autonomy of European Union Law*, Bari, 2019; P. IANNUCELLI, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 281; P. IANNUCELLI, *L'articolo 344 TFUE e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: la Corte di giustizia verso un vicolo cieco*, in K. LENAERTS (a cura di), *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 397; D. KOCHENOV, *EU law without the Rule of Law: is the Veneration of Autonomy Worth it ?*, in *Yearbook of European Law*, 2015, p. 74 ; P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue – Autonomy or Autarky ?*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, p. 38; S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68; J.W. VAN ROSSEM, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, in A. WESSEL, S. BLOCKMANS (eds.), *Between Autonomy and Dependence*, The Hague, 2013, p. 19; R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, 2004; T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order: an Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 389.

¹²⁷ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 551. Il principio è stato affermato dalla CGUE nel caso *Kadi e Al Barakaat*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461: "...gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso". Sui rapporti tra diritto unionale e diritto internazionale si vedano inoltre F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano, 2008; C. VAJDA, *Achmea and the autonomy of the EU legal order*, in *LAWTTIP Working Papers*, 2019, n. 1; C. CONTARTESE, *The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the «essential» to the «specific characteristics» of the Union and back again*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1627.

¹²⁸ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 551.

offerte dal diritto internazionale per incidere sull'ordinamento giuridico dell'Unione europea"¹²⁹, e ciò si tradurrebbe nel consentire all'Unione Europea di concludere dei veri e propri accordi internazionali al di fuori del diritto primario vigente¹³⁰. Il che significherebbe che “gli Stati membri avrebbero operato una revisione del diritto primario al di fuori delle procedure - ordinaria e semplificata - previste dall'art. 48 TUE per permettere all'UE di pervenire ad un accordo con lo Stato terzo senza attivare l'art. 218 TFUE”¹³¹. In questo modo si sarebbe violato il principio stabilito dalla CGUE nella pronuncia *Defrenne*¹³² che proibisce agli Stati membri di procedere a revisioni del diritto primario al di fuori dei meccanismi stabiliti dai trattati¹³³. Ciò anche in deroga a quella giurisprudenza della CGUE che sembrerebbe attribuire natura immodificabile ad alcune disposizioni di diritto primario che definiscono il ruolo delle istituzioni europee e degli Stati membri nell'ordinamento unionale¹³⁴. Sulla base di questa giurisprudenza, si dovrebbe ritenere non soltanto che le modifiche dei Trattati istitutivi debbano avvenire esclusivamente nel rispetto delle procedure da essi previste, ma anche che le stesse non siano consentite, in quanto contrarie all'autonomia dell'ordinamento unionale, qualora finalizzate ad alterare gli elementi strutturali dell'organizzazione¹³⁵.

Tuttavia, la chiusura “ermetica” dell'ordinamento giuridico unionale rispetto a quello internazionale configurata dalla CGUE attraverso un'interpretazione estensiva del principio dell'autonomia non appare essere giustificata alla luce del diritto internazionale. D'altronde il caso *Achmea* ha mostrato tutti i limiti di un'applicazione estensiva di questo principio¹³⁶. L'Unione Europea pur essendo configurabile come un ordinamento

¹²⁹ F. CASOLARI, *Il ricorso*, p. 552.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 551.

¹³¹ *Ibid.*, p. 552.

¹³² Corte di Giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, *Gabrielle Defrenne c. Sa Sabena*, causa 43/75, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Cour du travail* di Bruxelles.

¹³³ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 552; E. CANNIZZARO, *Disintegration*, cit., p. 5.

¹³⁴ F. CASOLARI, *Il ricorso*, p.552. Si veda anche R. BIEBER, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 343.

¹³⁵ F. CASOLARI, *Il ricorso*, cit., p. 552.

¹³⁶ Sulle conseguenze derivanti dalla sentenza *Achmea* si vedano *ex multis* A. SARDU, *La strategia di opposizione dell'Unione Europea all'arbitrato internazionale degli investimenti derivante da TBI intraunionali*, in *DPCE Online*, 2020, p. 2581; M.R. CALAMITA, *Sulla incompatibilità della “clausola ISDS” degli intra-EU BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso Achmea*, in *DPCE Online*, 2018, p. 470; C. FOUCHARD, M. KRESTIN, *The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 7 marzo 2018; C. ECKES, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, in *European Papers*, 2019, n.4, p. 79; J. HILLEBRAND POHL, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?: ECJ 20 April 2018, Case C-284/16, Slovak Republic v. Achmea*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 10; J. LEE, *The Empire Strikes Back: Case Note on The CJEU Decision in Slovak Republic c. ACHMEA BV*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018, p. 150; F. MUNARI, C. CELLERINO, *EU law is alive and healthy: the Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties*, in *SIDIBlog*, 17 aprile 2018; D.V. KOCHENOV, N. LAVRANOS, *Achmea versus the Rule of Law: CJEU's Dogmatic Dismissal of Investors' Rights in Backsliding Member States of the European Union*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021; X. GROUSSOT, M.L. OBERG, *The Web of Autonomy of the EU Legal Order: Achmea*, in G. BUTLER, A. WESSEL (eds.), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Oxford, 2021, p.1; S. HINDELANG, *Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law: the CJEU's Judgment in Achmea Put in Perspective*, in *European Law*

giuridico di nuovo genere¹³⁷, resta pur sempre un soggetto di diritto internazionale¹³⁸ tenuto al rispetto del diritto internazionale generale¹³⁹. Orbene il diritto internazionale generale consente che regole convenzionali possano essere derogate da regole consuetudinarie successive¹⁴⁰, ed è in quest'ottica che può essere compresa e spiegata l'adozione da parte dell'Unione Europea di accordi informali con Stati terzi al di fuori della procedura prevista dall'art. 218 TFUE.

Il principio di derogabilità del diritto pattizio attraverso una consuetudine successiva è stato affermato dalla CIG a più riprese, ed ha trovato riconoscimento nel parere consultivo reso nel 1971 nel caso Namibia, in cui è stata accertata l'avvenuta modifica consuetudinaria dell'art. 27 della Carta ONU¹⁴¹. Allo stesso modo si può ritenere che nella fattispecie che qui ci interessa operi il medesimo principio della derogabilità di un trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale attraverso una consuetudine particolare¹⁴² successiva, in quanto con l'adozione degli accordi informali si sta sviluppando una prassi modificativa del TFUE¹⁴³. Ed essendo la formazione della consuetudine particolare interna all'Unione Europea in una fase iniziale del processo di

Review, 2019, p. 44; S. BARBOU DES PLACES, E. CIMIOTTA, J. SANTOS VARA, *The Achmea Case between International Law and European Union Law*, in *European Papers*, 2019, p. 4; P. KOUTRAKOS, *The autonomy of EU law and international investment arbitration*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 41.

¹³⁷ CGUE, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, in cui la CGUE parla di “un ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale”; ID., sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, in cui si afferma che “a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico”. Contra si veda A. PELLET, cit., p. 205. Per un'analisi approfondita di queste sentenze si vedano *ex multis* B. DE WITTE, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, in L.M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford/Portland, 2010, p. 9; U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss.; *50th Anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos, 1963-2013*, A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (cur.), *Actes du Colloque*, Lussemburgo, 2014; B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel. Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo. Atti del Convegno*, Milano, 2015; B. CORTESE, *À la recherche d'un parcours d'auto constitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essai d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 271 ss.

¹³⁸ Sulla personalità internazionale dell'UE si veda *ex multis* M. BETTATI, *Création et personnalité juridique des organisations internationales*, in *Manuel sur les organisations internationales*, Leiden/Boston, 1998, p. 52.

¹³⁹ L. DANIELE, cit., p. 225. Si veda inoltre A. TANZI, L. GRADONI, *Diritto comunitario: una lex specialis molto speciale*, in DI ROSSI, G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione Europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli, 2008, p.53.

¹⁴⁰ Sulla formazione delle consuetudini si veda *ex multis* A. TANZI, *Introduzione*, cit., p. 198

¹⁴¹ Corte Internazionale di Giustizia, Parere consultivo del 21 giugno 1971 sulle *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell'Africa del Sud in Namibia (Sud-Ovest africano) nonostante la risoluzione 276 (1970) del Consiglio di sicurezza*. Difatti nonostante questa disposizione preveda che le decisioni del Consiglio di Sicurezza di carattere non procedurale debbano essere assunte col voto favorevole di nove Membri, nel quale siano compresi i voti dei Membri permanenti, la CIG ha rilevato che la prassi dell'astensione volontaria di un membro permanente è stata sempre e uniformemente interpretata, in particolare dai membri permanenti, come non costituente un ostacolo all'adozione delle risoluzioni.

¹⁴² Sul concetto di consuetudine particolare v. C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit., p. 139.

¹⁴³ A. TANZI, *Introduzione*, cit., p.198.

trasformazione della regola pattizia, essa si produce necessariamente attraverso prassi e *opinio iuris* che si caratterizzano come violazione della regola in via di trasformazione¹⁴⁴.

D'altronde la prassi della conclusione degli accordi informali da parte dell'UE sembra incontrare la non opposizione o addirittura l'avallo degli Stati membri. Questi ultimi non soltanto agiscono per l'attuazione degli accordi informali conclusi dall'UE, ma non hanno posto in essere alcun ricorso d'annullamento innanzi alla CGUE per confutare la legittimità di tali atti. Al contrario, nei ricorsi d'annullamento avverso la Dichiarazione UE – Turchia presentati da tre richiedenti asilo¹⁴⁵, alcuni Stati membri, il Consiglio e la Commissione intervenuti a sostegno del Consiglio Europeo¹⁴⁶, non hanno fatto valere la violazione delle proprie prerogative in materia di conclusione degli accordi internazionali¹⁴⁷. Si possono dunque considerare questi elementi come prova di una pratica generale dell'Unione Europea in via di formazione.

Tutto ciò non appare ingiustificato da una prospettiva prettamente internazionalistica, rappresentando al contrario un fenomeno fisiologico della dinamica delle fonti del diritto internazionale. Tuttavia, è noto che la CGUE ha affermato che la formazione di una consuetudine particolare in deroga ad un trattato istitutivo è inammissibile¹⁴⁸. Tra le motivazioni addotte a giustificazione di questa posizione vi sarebbe quella per cui i trattati istitutivi sono assimilati dalla CGUE a strumenti costituzionali dell'Unione Europea¹⁴⁹, e sarebbero pertanto caratterizzati da una rigidità che li renderebbe resistenti a modifiche per via di semplici prassi o comunque al di fuori delle procedure previste dai trattati¹⁵⁰. Tuttavia, pur comprendendo che la CGUE attraverso il riconoscimento di un “valore costituzionale” ai trattati istitutivi persegue l'obiettivo legittimo di rafforzare la propria identità come Unione di diritto¹⁵¹, non può non essere rilevato che quest'argomento potrebbe avere una qualche giustificazione nella sua operatività soltanto sul piano interno dell'ordinamento giuridico unionale, ossia nei rapporti tra gli Stati membri nell'ambito di applicazione del diritto unionale. Tuttavia esso non appare rilevante ai fini dei rapporti tra l'UE e altri soggetti di diritto internazionale, considerando che ai sensi del diritto

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Ordinanza del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NF c. Consiglio Europeo*, EU:T:2017:128; ordinanza del 28 febbraio 2017, *NG c. Consiglio Europeo*, causa T-193/16, EU:T:2017:129; ordinanza del 28 febbraio 2017, *NM c. Consiglio europeo*, causa T-257/16, EU:T:2017:130; ordinanza del 12 settembre 2018, *NF e altri c. Consiglio europeo*, cause riunite da C-208/17 P, EU:C:2018:705.

¹⁴⁶ Si vedano i par. 21 e 22 dell'ordinanza del Tribunale dell'UE, 28 febbraio 2017, causa T-192/16.

¹⁴⁷ Vedi *supra* nota 56.

¹⁴⁸ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit., par. 35.2; Corte di Giustizia, *Francia c. Commissione*, cit., par. 36.

¹⁴⁹ Corte di Giustizia, parere 1/91, 14 dicembre 1991 (EU:C:1991:490), par. 20 e 21, dove si afferma che I trattati “albeit concluded in the form of an international agreement, nonetheless constitute the constitutional charter of a [Union] based on the rule of law”.

¹⁵⁰ Corte di Giustizia, *Defrenne*, cit.

¹⁵¹ Corte di Giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, punto 42; Corte di Giustizia, parere 1/91, 14 dicembre 1991 sul progetto di accordo SEE; Corte di Giustizia, parere 2/13, 18 dicembre 2014, sull'Adesione dell'Unione Europea alla CEDU.

internazionale il TFUE è propriamente qualificabile come un trattato¹⁵² e in quanto tale modificabile e/o derogabile da una consuetudine successiva.

Non appare nemmeno convincente la tesi circa l'impossibilità per gli Stati membri di procedere a modifiche degli elementi strutturali dell'UE¹⁵³, che pur è stata avanzata dalla CGUE¹⁵⁴. Ad eccezione delle norme di *jus cogens*, non sarebbero rinvenibili nei trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali dei principi fondamentali che gli Stati non possano modificare¹⁵⁵. Ma al di fuori di questa ipotesi, gli Stati membri restano, nonostante l'UE rappresenti un ordinamento internazionale particolare¹⁵⁶, gli *Herren der Verträge*¹⁵⁷.

5. Conclusioni

La tendenza dell'Unione Europea a fare ricorso a strumenti informali che hanno le caratteristiche di veri e propri accordi internazionali, che trova le sue radici nell'Agenda Europea del 2015, non è stata messa in discussione nel Nuovo Patto. Al contrario, la Commissione sembra adottare un approccio per così dire funzionalistico, esprimendo da un lato apprezzamento per i risultati concreti raggiunti attraverso l'utilizzo di questi strumenti, e dall'altro evitando di interrogarsi sull'esatta qualificazione della natura giuridica e sugli effetti di tali atti. Temi, questi ultimi, che sono invece al centro di accesi dibattiti dottrinali. La dottrina maggioritaria ha più volte rappresentato che alcuni strumenti informali, a dispetto dell'asserita volontà delle parti di considerarli come atti di *soft law*, debbano essere più propriamente qualificati come dei veri e propri accordi internazionali. Alle medesime conclusioni siamo giunti analizzando gli elementi costitutivi di alcuni strumenti informali, nello specifico la Dichiarazione UE – Turchia, il

¹⁵² F. POCAR, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 2. In senso contrario la CGUE, che stabilisce invece una distinzione tra i trattati e i “comuni trattati internazionali (Corte di Giustizia, *Costa*, cit.; Corte di Giustizia, parere 1/91, 14 dicembre 1991, par. 20; Corte di Giustizia, parere 2/13, 18 dicembre 2014, par. 157).

¹⁵³ F. CASOLARI, *Il ricorso*, p.552.

¹⁵⁴ Si veda la sentenza *Kadi e Al Barakaat*, cit. Sul punto si veda anche S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento*, cit., p. 113 ss.

¹⁵⁵ P. FOIS, *L'Unione europea*, cit., p. 391. Per un'analisi critica della tesi sull'esistenza di principi fondamentali e non modificabili nel diritto unionale si veda G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2010, p.13.

¹⁵⁶ A. GIANELLI, *Unione Europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004, p. 151; P. FOIS, *Sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e il diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1984, p.30; A. PELLET, *Les fondements*, cit., p. 193; M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, in *Recueil des cours*, 2002, p.438.

¹⁵⁷ Cfr. WOHLFAHRT, EVERLING, GLAESNER, SPRUNG, *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zum Vertrag*, Berlino – Francoforte, 1960, p. 610. Sul punto Foiss osserva che “sul piano giuridico essi [gli Stati membri] non incontrano limiti al loro potere di modificare le norme del trattato istitutivo, anche quelle ritenute fondamentali e fonte di obblighi irrevocabili” (Cfr. P. FOIS, *L'Unione europea*, cit., p. 391). Si vedano inoltre U. VILLANI, *Il diritto dell'Unione Europea è ancora materia per internazionalisti?*, in *La Comunità internazionale*, 2011, p. 558; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto*, cit., p. 13.

JWF e le *Admission Procedures*. Più precisamente, è stato osservato che questi strumenti sono assimilabili ai tradizionali accordi di riammissione stipulati dall'Unione Europea, e riproducono meccanismi tipici del diritto internazionale pattizio. Le ragioni addotte dall'Unione Europea per giustificare l'utilizzo di questi strumenti in luogo dei tradizionali accordi di riammissione sono prettamente di ordine pratico, e partono dalla constatazione delle difficoltà e talvolta dell'impossibilità di far proseguire o addirittura iniziare i negoziati per la conclusione di accordi internazionali secondo le procedure del diritto primario. Nell'articolo sono state poi analizzate le implicazioni derivanti dall'utilizzo dell'*informal international lawmaking* sul rapporto tra diritto internazionale e diritto unionale, anche alla luce del principio dell'autonomia dell'ordinamento giuridico unionale elaborato dalla CGUE. Tale principio, che stabilisce che il diritto internazionale non può incidere sui principi costituzionali e strutturali dell'ordinamento unionale, sarebbe stato violato secondo parte della dottrina dalla prassi degli strumenti informali attraverso cui l'UE avrebbe concluso dei veri e propri accordi internazionali al di fuori delle procedure stabilite dal diritto primario. Nell'articolo è stato tuttavia argomentato che da una prospettiva prettamente internazionalistica, l'adozione da parte dell'UE di accordi informali con Stati terzi al di fuori della procedura prevista dall'art. 218 TFUE è ammissibile e può essere spiegata avendo riguardo alla dinamica delle fonti del diritto internazionale, nell'ambito della quale un trattato istitutivo di un'organizzazione internazionale può essere derogato da una norma consuetudinaria particolare successiva.

Quantunque ammissibile ai sensi del diritto internazionale, con le precisazioni sin qui fornite, non si esclude tuttavia che la prassi del ricorso agli strumenti informali da parte dell'UE possa essere discutibile e censurabile sotto altri profili che non sono stati analizzati in questa sede. Ci si può ad esempio interrogare se sia eticamente corretto concludere degli accordi che impattano sui diritti umani dei migranti con Stati che non sono parte delle principali convenzioni sui diritti umani, o che sono noti per aver perpetuato gravi violazioni dei diritti dei migranti. Ci si può altresì domandare se sia condivisibile che l'Unione europea strutturi le proprie politiche di riammissione affidandone la gestione a Paesi terzi in cambio di ingenti finanziamenti, oppure se la stessa faccia davvero abbastanza per portare avanti delle politiche di accoglienza efficaci. Questi sono tutti interrogativi e preoccupazioni più che legittimi, ma con ogni probabilità la loro soluzione non dev'essere ricercata nella "forma" degli accordi conclusi dall'UE in materia di riammissione, quanto piuttosto nelle scelte politiche che li informano.

ABSTRACT: In quest'articolo ci proponiamo di ricostruire l'articolato quadro normativo e politico all'interno del quale si è andata rafforzando la scelta dell'Unione Europea di prediligere nella gestione esterna dell'immigrazione l'adozione di atti informali in luogo dei tradizionali strumenti del diritto internazionale. Ci proponiamo poi di dimostrare l'esistenza nella prassi dell'Unione Europea di strumenti informali che possono essere più correttamente qualificati come dei veri e propri accordi informali, analizzandone le caratteristiche, i contenuti, e le analogie con gli ARUE conclusi

dall'Unione Europea con Paesi terzi. Si avrà esclusivo riguardo alla pratica dell'Unione Europea, senza analizzare gli strumenti informali conclusi nel medesimo settore dagli Stati membri. Saranno poi analizzate le implicazioni sistemiche derivanti dall'utilizzo degli strumenti informali sul rapporto tra diritto unionale e diritto internazionale, alla luce del principio di autonomia dell'ordinamento giuridico unionale elaborato dalla CGUE.

KEYWORDS: *Informal International Lawmaking* – accordi di riammissione – principio dell'autonomia dell'ordinamento unionale – Patto sulla migrazione e l'asilo.

INFORMAL INTERNATIONAL LAWMAKING ON READMISSION: PRACTICES AND IMPLICATIONS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND EU LAW

ABSTRACT: This article explores the articulated regulatory and political framework within which the European Union's choice to prefer the adoption of informal acts instead of traditional instruments of international law, in the external management of immigration has taken form. The existence in European Union practice of informal tools that can be more correctly qualified as informal agreements will be demonstrated taking into account their characteristics, content, and similarities with the EURAs concluded by the European Union with third countries. Reference will be made exclusively to the practice of the European Union, without analyzing the informal instruments adopted in the same field by the Member States. Finally, the study will look at the systemic implications of using informal instruments on the relationship between EU law and international law, also in the light of the principle of autonomy of the EU legal order developed by the CJEU.

KEYWORDS: *Informal International Lawmaking* – readmission agreements – principle of autonomy of the EU legal order – Pact on Migration and Asylum.