

Diritti civili e politici

Intese tecniche in materia di rimpatri, obblighi di pubblicazione dei trattati internazionali e diritto di accedere alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione in una recente sentenza del Consiglio di Stato

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Intese tecniche, gestione dei flussi migratori e trasparenza: inquadramento del caso di specie. – 3. La pubblicazione degli accordi nel diritto internazionale e nel diritto interno. – 4. La distinzione tra intesa tecnica e trattato internazionale nel contenzioso in esame: critica. – 5. *Segue.* L'accesso civico generalizzato e il diritto di accedere al testo delle intese tecniche: prospettive ricostruttive. – 6. Conclusioni.

1. L'accesso civico ai documenti in possesso della pubblica amministrazione rappresenta uno strumento fondamentale per «attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla Nazione» (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», art. 1). L'accesso civico può essere semplice, quando riguarda documenti, dati o informazioni che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare, ma non l'hanno fatto, oppure generalizzato, rivolto cioè alla generalità dei documenti.



Di recente, tale strumento – in entrambe le varianti – è stato utilizzato per condurre attività di contenzioso strategico finalizzate a ottenere l'ostensione degli accordi conclusi da taluni Dicasteri del Governo italiano con omologhi appartenenti a Governi di Paesi di origine e transito dei flussi migratori e non resi pubblici (cfr. V. Pupo, «Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata», in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2019, p. 211 ss.). Il caso oggetto del presente commento riguarda, in particolare, l'istanza di accesso civico presentata da alcune avvocatesse dell'Associazione studi giuridici per l'immigrazione (ASGI) ai testi dell'Accordo internazionale di cooperazione concluso tra Italia e Gambia il 29 luglio 2010 e del Memorandum of Understanding (MoU) sottoscritto dai governi dei due Stati a Roma il 6 giugno 2015, poi modificato il 26 ottobre 2017. Con la sentenza del 18 ottobre 2022 il Consiglio di Stato si è definitivamente pronunciato sulla questione, confermando la tesi del TAR del Lazio e del Governo secondo cui gli accordi sottoscritti col Gambia sarebbero esclusi da obblighi di pubblicazione in quanto mere «intese tecniche», non riconducibili alla categoria dei trattati internazionali e ribadendo che, in ogni caso, la pubblicazione del testo avrebbe recato nocumento alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico (Consiglio di Stato, sentenza del 18 ottobre 2022).

La sentenza rende urgente una riflessione su due questioni, in parte collegate. La prima riguarda direttamente gli obblighi di pubblicazione delle cosiddette intese tecniche. La seconda concerne la possibilità di configurare in capo agli individui un diritto a conoscere il testo degli accordi conclusi dagli Stati quando questi siano idonei a incidere sul godimento dei diritti fondamentali. Entrambe le questioni saranno affrontate in questo lavoro (par. 4 e 5), non prima di

avere offerto un inquadramento del caso in esame (par. 2) e dell'attuale stato del diritto internazionale e del diritto interno in merito alle cosiddette 'intese tecniche' (par. 3).

2. La conclusione di accordi dalla dubbia legittimità tanto sul piano internazionale quanto su quello interno è un'acclarata caratteristica dell'azione del Governo italiano in materia di gestione dei flussi migratori (cfr. A. Spagnolo, "The Conclusion of Bilateral Agreements and Technical Arrangements for the Management of Migration Flows: An Overview of the Italian Practice", in *Italian Yearbook of International Law* 2019, p. 211 ss.). La prassi più nota ha portato a discutere i tratti di potenziale illegalità costituzionale del MoU concluso con la Libia nel 2017 (su cui v. E. Olivito, "Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie", in *Diritto pubblico* 2018, p. 436 ss.; cfr. anche F.M. Palombino, "Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata", in *Rivista di diritto internazionale* 2018, p. 871 ss.) e degli accordi con la Slovenia (v. Tribunale di Roma, ordinanza del 18 gennaio 2021, p. 3), entrambi conclusi in forma semplificata. In una prospettiva analoga, è stata denunciata l'illiceità della mancata pubblicazione del MoU stipulato dal Capo Dipartimento della Protezione Civile del Ministero dell'Interno con il Capo della Polizia del Sudan nel 2016 (Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'Interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio, Roma, 4 agosto 2016, disponibile su www.asgi.it), nonché di un accordo con la Tunisia di cui non si conosce la denominazione, ma che risulta citato negli atti della sentenza *Khlaifia e altri c. Italia* della Corte europea dei diritti umani (ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, par. 37). I documenti menzionati rappresentano plasticamente il sempre più frequente ricorso da parte degli Stati (principalmente) europei a strumenti informali per la gestione dei flussi migratori, con l'obiettivo, spesso dichiarato, di velocizzare le procedure di rimpatrio verso gli Stati volta per volta contraenti (in generale v. 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. 1 ss.).

È in tale scenario che si inserisce la vicenda giudiziaria in commento, che riguarda nello specifico il problema degli strumenti adottati a livello dicasteriale il cui testo non viene reso pubblico. Dell'esistenza delle intese concluse col Gambia, la cui mancata pubblicazione ha formato l'oggetto del giudizio amministrativo in commento, la società civile ha avuto notizia grazie agli esiti di un'interrogazione parlamentare rivolta da taluni senatori il 5 agosto 2015 al Ministro per gli affari esteri e la cooperazione internazionale (Petraglia ed altri: su accordi tra Gambia e Italia, anche al fine di tutelare i diritti dei cittadini gambiani (4-04432) (risp. Manzione, Sottosegretario di Stato per l'Interno), in Senato della Repubblica, *Risposte scritte a interrogazioni*, fascicolo n. 187 del 30 novembre 2017, p. 7542 ss.). Nella risposta del Sottosegretario di Stato per l'interno, Dicastero competente per la conclusione di simili strumenti, l'adozione del MoU del 2015, in particolare, veniva giustificata dalla necessità di «rafforzare la collaborazione bilaterale sui temi migratori, in particolare nel settore del rimpatrio» (ivi, p. 7546).

Si tratta di intese che prevedono la partecipazione del personale di polizia degli Stati contraenti nelle procedure di rimpatrio che riguardano i rispettivi cittadini (v. ad esempio art. 9 e 14 del MoU concluso tra le autorità italiane e quelle sudanesi nel 2016; anche l'intesa con il Gambia sembra avere lo stesso contenuto, v. ancora Petraglia ed altri: su accordi tra Gambia e Italia, anche al fine di tutelare i diritti dei cittadini gambiani (4-04432) (risp. Manzione,

Sottosegretario di Stato per l'Interno), *cit.*, p. 7545). L'evidente idoneità di tali intese a incidere sulla sfera dei diritti delle persone sottoposte alle procedure di rimpatrio ivi concordate ha fondato la necessità delle legali appartenenti all'ASGI di accedere al testo del documento. Più nello specifico, gli istanti hanno sostenuto che il documento era da considerarsi alla stregua di un trattato internazionale, categoria rispetto alla quale vige l'obbligo di pubblicazione. Il Dicastero ha negato l'ostensione del documento, sostenendo la natura meramente tecnica dello strumento, inadatta a integrare la fattispecie del trattato internazionale. Inoltre, ha affermato che la sua pubblicazione avrebbe danneggiato le relazioni internazionali col Gambia. Avverso tale diniego, le ricorrenti hanno presentato ricorso al TAR del Lazio, che ha integralmente accolto e confermato gli argomenti già opposti dal Ministero dell'Interno. In particolare, merita di essere menzionato l'argomento relativo alla natura dello strumento: anche il TAR ha escluso la natura di trattato internazionale e il conseguente obbligo di pubblicazione.

Le istanti hanno appellato la sentenza del TAR dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultima corte, prima di pronunciarsi, ha reso una sentenza non definitiva con cui aveva accolto un importante argomento di metodo proposto dalla ricorrente (Consiglio di Stato, sentenza non definitiva del 5 maggio 2022). Nella pronuncia del 5 maggio 2022, il Consiglio di Stato, contrariamente al TAR del Lazio, non ha accettato acriticamente la qualifica che il Ministero dell'Interno ha dato degli accordi conclusi col Gambia, bensì ha richiesto al Dicastero interessato di poter visionare lo strumento per potersi pronunciare sulla sua effettiva qualificazione.

Il punto merita attenzione. Il Consiglio di Stato ha affermato che la formale denominazione di uno strumento come intesa tecnica – e non come trattato internazionale – da parte della Pubblica amministrazione, *di per sé*, non può essere considerata elemento sufficiente a determinare l'inapplicabilità dell'obbligo di pubblicazione. Al fine di determinare la natura di trattato di un determinato strumento è necessario accertare la concreta assunzione di obblighi sul piano internazionale (ivi, p. 12). È utile porre ancora enfasi sulla *ratio* della decisione del Consiglio di Stato, che in maniera esplicita ha spiegato come sia doveroso tenere a mente che, mentre i trattati aventi natura politica sono normalmente conclusi con procedura solenne, i trattati di natura tecnico-amministrativa possono rientrare nella categoria degli accordi in forma semplificata, rispetto ai quali vige comunque l'obbligo di pubblicazione. In questo modo, il Consiglio di Stato ha rifiutato l'impostazione secondo cui a un'intesa dal contenuto tecnico non possa applicarsi la nozione di trattato, intesa in senso ampio. Di conseguenza, il giudice amministrativo ha concluso che solo un'indagine del testo delle intese tecniche concluse col Gambia possa rivelarne la natura (*ibidem*).

A seguito della lettura delle intese, il Consiglio di Stato ha infine pronunciato la sentenza definitiva, affermando la correttezza dell'agire del Ministero dell'Interno, rilevando che a) lo strumento non poteva essere qualificato come trattato internazionale; b) la mancata ostensione si giustifica per ragioni di tutela della sicurezza pubblica (Consiglio di Stato, sentenza del 18 ottobre 2022, *cit.*, p. 5). In merito alla questione *sub a*) il Consiglio di Stato ha nello specifico rilevato che l'intesa era stata firmata, per parte italiana, dal Capo della Polizia, Direttore generale della pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno, che non aveva ricevuto pieni poteri per concludere un accordo internazionale vincolante per l'Italia. Ha altresì affermato che l'atto in questione non contenesse alcuna precisa assunzione di obblighi internazionali, ricavando tale indicazione dal testo dell'intesa; il Consiglio di Stato ha menzionato espressamente l'uso del verbo 'possono' riferito alle Parti (*ibidem*). La questione *sub b*) è trattata in modo più succinto poiché è semplicemente richiamato il limite di legge all'ostensione dei documenti in possesso della pubblica amministrazione che consiste nella tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica (ivi, p. 5-6).

Prima di procedere con l'analisi critica della sentenza del Consiglio di Stato, è opportuno richiamare brevemente le norme internazionali e interne relative alla pubblicazione e alla pubblicità dei trattati internazionali.

3. La pubblicazione dei trattati internazionali è disciplinata dall'art. 102 della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui «Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it». Un obbligo dello stesso tenore è presente anche nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, nell'art. 80, e nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali e tra organizzazioni internazionali, nell'art. 81.

Il combinato delle norme citate è un indizio del carattere sostanzialmente consuetudinario dell'obbligo (P. Klein, "Art. 80", in *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Corten, P. Klein (eds), Oxford, 2011, p. 1799-1800), il cui esatto contenuto non è chiaro quanto alle sanzioni per il mancato adempimento. L'art. 102 sancisce l'impossibilità di invocare il trattato non registrato dinanzi agli organi delle Nazioni Unite, Corte internazionale di giustizia *in primis*, mentre l'art. 80 della Convenzione di Vienna non replica una simile sanzione. È quindi lecito interrogarsi sull'efficacia dell'obbligo di registrazione e conseguente pubblicazione. L'art. 102 è stato invocato diverse volte da Stati parte di procedimenti contenziosi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, principalmente per sindacare l'esistenza di accordi che avrebbero potuto sostanziare i rapporti giuridici oggetto del contenzioso; si può menzionare, in quanto esemplificativo di tale prassi, il recente caso *Jadhav (Jadhav (India c. Pakistan)*, sentenza del 17 luglio 2019, su cui v. G. Pascale, "Sull'obbligo degli Stati di registrare gli accordi internazionali presso il Segretariato generale delle Nazioni Unite: il caso *Jadhav*", in *Rivista di diritto internazionale* 2017, p. 1175 ss.). Come notato da diversi autori e, di nuovo, prendendo il caso *Jadhav* come esempio, la Corte ha mostrato un approccio flessibile in casi di mancata registrazione di trattati internazionali, non facendo discendere particolari conseguenze giuridiche nel procedimento in corso (cfr. su tutti J. Aghar, C. Mobeck, "The Role of the United Nations in Promoting Transparency in the International Treaty Framework: A view through the registration and publication of treaties under Article 102 of the Charter of the United Nations", in *The Oxford Handbook of United Nations Treaties*, S. Chesterman, D.M. Malone, S. Villalpando (eds), Oxford, 2019, p. 668-669; E. Martens, "Article 102", in *The Charter of the United Nations: A Commentary*, B. Simma, D-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus, N. Wessendorf (eds), Vol. II, Oxford, 2012, 3rd ed., pp. 2108-2109).

Indicazioni più convincenti e precise si ricavano dall'esame della prassi relativa alla natura dei documenti rispetto a cui vige l'obbligo di pubblicazione. Essi debbono essere considerati trattati ai sensi del diritto internazionale; devono cioè essere conclusi da soggetti di diritto internazionale che hanno inteso creare rapporti giuridici obbligatori regolati dal diritto internazionale, ciò che porta a escludere che i cosiddetti 'accordi non vincolanti', e più in generale gli atti di *soft law*, siano soggetti a obblighi di pubblicazione (v. ancora E. Martens, *Article 102*, cit., p. 2093).

Muovendo l'analisi sul piano interno, la legge 839 del 1984 sancisce l'obbligo per il Governo di pubblicare nella Gazzetta ufficiale tutti gli accordi internazionali attraverso cui l'Italia si obbliga nelle relazioni internazionali, siano essi recepiti in leggi ordinarie dello Stato o in atti aventi forza di legge (v. legge 11 dicembre 1984, n. 839, recante "Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana", art. 1, comma 1, lettere b), d) ed f)). Il testo unico delle leggi sulla pubblicazione delle leggi ha recepito tale obbligo, disponendo nel dettaglio che: «[a] cura del

Servizio del contenzioso diplomatico, trattati e affari legislativi del Ministero degli affari esteri sono trasmessi, per la pubblicazione trimestrale in apposito supplemento della Gazzetta Ufficiale, tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati, che sono altresì comunicati alle Presidenze delle assemblee parlamentari. La trasmissione avviene non oltre un mese dalla sottoscrizione dell'atto con cui la Repubblica si obbliga» (v. Decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 1985, n. 1092, art. 13, comma 2).

La pubblicità degli accordi internazionali sottoscritti dall'Italia è anche garantita dalla possibilità di accedere all'Archivio dei Trattati Internazionali, curato dall'Ufficio I del Servizio per gli affari giuridici del contenzioso diplomatico e dei trattati, interno al MAECI, raggiungibile anche on line (disponibile su atrio.esteri.it). Tuttavia, com'è stato fatto notare (E. Olivito, "Il *cul-de-sac* costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa legislativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie", cit., p. 436) la pubblicazione nell'Archivio non costituisce un adempimento dell'obbligo di cui alla legge 839 del 1984: in una precedente edizione dell'Archivio, compariva la seguente dicitura «le informazioni presenti nella banca dati non rivestono carattere di ufficialità. L'Utente è comunque pregato di consultare i testi pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale Italiana» (v. ancora *ibidem*). Nell'attuale versione dell'interfaccia dell'Archivio la dicitura appena menzionata è scomparsa, lasciando spazio a una più generica nota secondo cui «Il nuovo Portale ATRIO è l'applicativo che permette a tutti i cittadini di accedere con facilità all'archivio digitale dei trattati internazionali bilaterali e multilaterali di cui l'Italia è Parte».

Pur nella sua genericità, la nota, menzionando i 'trattati internazionali' bilaterali e multilaterali di cui l'Italia è Parte, fa riferimento a una precisa categoria giuridica identificata dalla Circolare 2/2021 della Segreteria generale del MAECI (v. MAECI, Circolare del 21 agosto 2021, n. 2, recante "Procedure relative ai trattati internazionali e alle intese tecniche"), che peraltro chiarisce la differenza tra i trattati internazionali e le intese tecniche. Essa presenta i primi come «atti bilaterali o multilaterali posti in essere da soggetti muniti di capacità giuridica di diritto internazionale diretti a creare situazioni giuridiche vincolanti di diritto internazionale, in particolare diritti e doveri» (ivi, lett. A) I.1) a prescindere dalla loro formale denominazione (ivi, lett. A) I.2) e identifica per le seconde la caratteristica di «far sorgere impegni di collaborazione tecnico-amministrativa e/o di natura politica esclusivamente tra le singole amministrazioni stipulanti. A differenza dei trattati internazionali, infatti, le intese tecniche non creano situazioni giuridiche vincolanti di diritto internazionale» (ivi, lett. B) I), precisando che «il Governo o la Repubblica italiana non devono mai figurare quali soggetti parte dell'intesa tecnica» (*ibidem*).

Alla luce di tale descrizione, è plausibile che un'intesa tecnica sia esclusa dall'obbligo di pubblicazione previsto dalla legge 839 del 1984, non essendo equiparabile a un trattato internazionale. Ciò detto, in linea di principio è possibile che il testo delle intese tecniche sia messo a disposizione del pubblico. I cittadini possono richiedere l'ostensione di tali documenti attraverso l'accesso civico generalizzato, che viene garantito a condizione che l'ostensione del documento non costituisca nocumento a: "a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; b) la sicurezza nazionale; c) la difesa e le questioni militari; d) le relazioni internazionali; e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; g) il regolare svolgimento di attività ispettive" (d.lgs. 14 marzo 2013, cit., art. 5 bis).

In relazione al caso di specie, è d'uopo precisare che l'accesso generalizzato alle intese tecniche è stato fortemente limitato con il Decreto ministeriale del 16 marzo 2022 attraverso cui il Ministro dell'interno ha elencato le categorie di documenti sottratti all'accesso civico per

motivi attinenti alla sicurezza, facendovi rientrare «i documenti relativi agli accordi intergovernativi di cooperazione e alle intese tecniche stipulati per la realizzazione di programmi militari di sviluppo di approvvigionamento e/o supporto comune o di programmi per la collaborazione internazionale di polizia, nonché quelli relativi ad intese tecniche-operative per la cooperazione internazionale di polizia inclusa la gestione delle frontiere e dell’immigrazione» (Decreto ministeriale del 16 marzo 2022, recante “Disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, in attuazione dell’art. 24, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall’articolo 16 della legge 11 febbraio 2005, n. 15”, art. 2, c. 1), lettera d).

4. È ora possibile svolgere alcune riflessioni sulle sentenze del Consiglio di Stato oggetto di analisi. L’analisi affronta due questioni: la prima riguarda la parte della sentenza in cui viene escluso che gli accordi conclusi tra i ministeri dell’interno di Italia e Gambia siano oggetto di obbligo di pubblicazione; la seconda affronta il tema dell’accesso civico generalizzato.

Con riferimento alla prima questione, vanno premessi brevi cenni sulla nozione di intesa tecnica accolta nel diritto internazionale, al fine di valutare se quella riscontrata nell’ordinamento italiano sia ad essa aderente. L’espressione ‘intesa tecnica’ non è un termine che, come tale, trova un immediato riscontro nel diritto internazionale. Occorre inquadrare la fattispecie a partire dalle sue caratteristiche. In dottrina si è osservato che gli accordi conclusi tra singole amministrazioni che non vedano figurare i rispettivi Governi/Stati come Parti genererebbero una sorta di cooperazione ‘trans-governativa’, che per ragioni di praticità e convenienza non viene consacrata in formali trattati internazionali (v. K. Raustiala, “The Structure of International Cooperation”, in *Virginia Journal of International Law* 2002, p. 22-23). La forma di tale cooperazione suggerirebbe l’assenza di volontà degli Stati di impegnarsi su un piano internazionale attraverso un accordo (J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford, 2019, p. 355).

Così caratterizzate, le intese tecniche sarebbero equiparabili alle cosiddette intese non-giuridiche, che valgono tra le Parti fin quando queste siano d’accordo sulla loro applicazione ed esecuzione (B. Conforti (a cura di M. Iovane), *Diritto internazionale*, Napoli 2021, p. 82-83; C. Chinkin, “A Mirage in the Sand? Distinguishing between Binding and Non-Binding Agreements in International Law”, in *Leiden Journal of International Law* 1997, p. 246). La Corte internazionale di giustizia, nell’unico caso in cui – pur incidentalmente – ha affrontato la questione, è sembrata confermare queste posizioni dottrinali. Nel caso *Costa Rica c. Nicaragua* la Corte ha escluso che i diritti di navigazione sul fiume San Juan potessero fondarsi su un comunicato congiunto reso a livello ministeriale, giacché esso era equiparabile a un «practical arrangement[s]» (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, sentenza del 13 luglio 2009, par. 40).

Ciò detto, va ricordato che non sempre è agevole accertare la natura giuridica di un accordo; in particolare l’elemento più complesso da ricostruire è quello della volontà delle Parti, specialmente quando gli Stati non seguono i procedimenti e le forme previste nella Convenzione di Vienna (cfr. J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague/London/Boston, 1996, p. 65-68). La Corte internazionale di giustizia nel caso *Qatar c. Bahrain* ha effettuato tale accertamento analizzando gli elementi obiettivi che hanno portato alla conclusione di un resoconto di un incontro al vertice tra i rappresentanti dei due Stati, nonché il testo di detto documento, per verificare se fosse o meno produttivo di obblighi giuridici (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, sentenza del 1° luglio 1994, par. 21-28).

Tornando al caso oggetto del presente commento, è interessante osservare che il Consiglio di Stato nella sentenza provvisoria di giugno 2022 ha approcciato la discussione sulla qualificazione giuridica dell'accordo col Gambia impiegando la stessa metodologia della Corte internazionale di giustizia. Il rifiuto di aderire all'etichetta imposta dal Ministero dell'Interno ha posto i giudici amministrativi nella condizione di analizzare il testo dell'intesa e le circostanze che hanno portato alla sua conclusione. Questo approccio costituisce un importante approdo giurisprudenziale, perché permetterà al giudice amministrativo di effettuare uno scrutinio sulla natura delle intese tecniche, evitando che essa rimanga appannaggio esclusivo degli organi politici.

Si segnala, a tal riguardo, che un approccio pressoché identico è stato seguito dalla Mediatrice europea, in risposta a un esposto presentato in seguito al diniego della Commissione europea di rendere pubblico il testo di un accordo informale in materia di rimpatri concluso (ancora) col Gambia. Nel ritenere ammissibile l'esposto, la Mediatrice ha richiesto alla Commissione il testo dell'accordo, per potersi pronunciare (European Ombudsman, caso 1271/2022/MIG, aperto il 15 luglio 2022, disponibile qui ombudsman.europa.eu; sulla mancanza di trasparenza dell'UE nella conclusione degli accordi internazionali v. M. Gatti, "The Right to Transparency in the External Dimension of the EU Migration Policy: Past and Future Secrets", in *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, E. Kassoti, N. Idriz (eds), The Hague, 2022, p. 97 ss.; M. Vellano, "The chimera of transparency in European Union negotiations on international agreements", in *La Comunità internazionale* 2021, p. 331 ss.).

Tornando al caso di specie, l'esito finale dell'indagine, che ha condotto il Consiglio di Stato, nella sentenza definitiva, a escludere la natura giuridica dell'intesa deve essere vagliato con attenzione. Il giudice amministrativo, come anticipato, valorizza a) la circostanza che i due Governi non fossero parte dell'intesa e b) un linguaggio che non suggerisce l'accettazione di obblighi giuridici.

È naturalmente impossibile offrire una critica avveduta alla decisione del Consiglio di Stato, non disponendo del testo dell'accordo; si possono però formulare alcuni rilievi di carattere generale. *Sub a*), l'indicazione formale del Dipartimento di pubblica sicurezza quale Parte dell'intesa non esclude che il Governo italiano risulti impegnato sul piano internazionale. Sebbene il soggetto firmatario non avesse ricevuto i pieni poteri per concludere l'intesa, esso ha agito nel quadro normativo dettato dal d.lgs. 286 del 1998, che prevede un'espressa disposizione che autorizza i Ministeri degli affari esteri e della cooperazione internazionale (MAECI) e dell'interno, incluse le loro articolazioni interne, alla conclusione di intese con Paesi terzi (d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", art. 11; cfr. in dottrina C. Favilli, "Quale modalità di conclusione per gli accordi internazionali in materia di immigrazione?", in *Rivista di diritto internazionale* 2005, p. 157). È stato sostenuto che la tendenza, non contestata, del Governo a concludere accordi in forma semplificata in materia migratoria provi una sorta di acquiescenza da parte del Parlamento (F.M. Palombino, "Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata", cit., p. 874).

Pur non volendo accedere integralmente a tale ricostruzione teorica, per le implicazioni costituzionali che ne deriverebbero, in particolare sull'efficacia dell'art. 80 della Costituzione, è innegabile che nel corso degli anni si sia radicata in capo al Ministero dell'Interno un'autonoma capacità negoziale che ha riguardato diversi aspetti legati alle procedure di rimpatrio, non necessariamente tecnici, e il cui contenuto è spesso rimasto occulto (v. ancora C. Favilli, "Quale modalità di conclusione per gli accordi internazionali in materia di immigrazione?", *ibidem*). Vi è peraltro chi ritiene che tale capacità negoziale permetta di qualificare

le intese tecniche alla stregua di veri e propri accordi in forma semplificata (F. Negozio, “I (non)accordi di rimpatrio. Profili giuridici del Memorandum d’intesa Italia Sudan”, in *Ordine internazionale e diritti umani* 2018, p. 338).

Questa soluzione forse prova troppo se replicata nel caso degli accordi col Gambia, anche perché, come vedremo a breve, va comunque accertata la volontà delle Parti a obbligarsi. È pur vero, però, che il Consiglio di Stato avrebbe potuto elaborare maggiormente sui confini della capacità negoziale del Ministero dell’interno e delle sue articolazioni.

La motivazione del Consiglio di Stato in relazione all’argomento *sub b)* appare più convincente, sebbene non risolve alcuni problemi di carattere generale. Il giudice amministrativo, analizzando l’intesa, osserva anzitutto che le parti hanno convenuto espressamente di non conferire al documento valenza di trattato internazionale (Consiglio di Stato, sentenza del 18 ottobre 2022, p. 5, lett. *b)*) e che sono state impiegate espressioni quali ‘le parti *possono* [...]’, che suggeriscono una natura non vincolante.

Il primo rilievo appare effettivamente decisivo. Quando le parti di un accordo includono simili clausole appare difficile negare il contrario (A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2013, p. 32-33).

Ove ciò non avvenisse, però, la conclusione potrebbe non essere la stessa. Il già menzionato MoU concluso col Sudan non contiene una disposizione relativa alla propria natura; in quel caso, l’indagine sul linguaggio impiegato dalle parti può risultare dirimente. In quell’accordo le parti hanno utilizzato termini che lasciano intendere una volontà di impegnarsi all’adempimento di certi obblighi di cooperazione (cfr. F. Tammore, “Testing the Memorandum of Understanding between Italy and Sudan against Anti-Trafficking Treaties: Issues of Incompatibility in Light of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, in *The Vienna Convention on the Law of Treaties. The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, G. Pascale, S. Tonolo (a cura di), Napoli, 2022, p. 293-295; un’altra Autrice parla di una forma scelta per nascondere la natura di trattato del documento, v. F. De Vittor, “Responsabilità degli stati e dell’Unione europea nella conclusione e nell’esecuzione di ‘accordi’ per il controllo extraterritoriale della migrazione”, cit., p. 18, nota 51). Si noti che, se il Consiglio di Stato avesse deciso, nel caso in esame, o decidesse, in futuri casi, che l’intesa col Gambia o una determinata altra intesa tecnica sia in realtà qualificabile come trattato internazionale, allora si rientrerebbe nella fattispecie dell’accordo segreto, vietato nell’ordinamento italiano, proprio dalla legge 839 del 1984, quantomeno nelle materie di cui all’art. 80 della Costituzione.

In tale prospettiva, merita sottolineare che la conferma della natura tecnica di tali intese pone seri problemi di ordine costituzionale. Occorre anzitutto ricordare che l’art. 10 della Costituzione impone una riserva di legge sul trattamento degli stranieri (v. ancora C. Favilli, “Quale modalità di conclusione per gli accordi internazionali in materia di immigrazione?”, cit., p. 160-161). In secondo luogo, la conclusione di intese relega di fatto la gestione dei flussi migratori a materia tecnica, che non rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 80 della Costituzione, escludendo così il controllo parlamentare (cfr. V. Pupo, “Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata”, cit., p. 226).

Dall’angolo visuale con cui si è aperto questo paragrafo, in ultima analisi, la sentenza di ottobre, con cui il Consiglio di Stato avrebbe potuto indagare maggiormente i limiti negoziali del Ministero dell’interno, sembra avallare una modalità di cooperazione internazionale in materia di rimpatri che elude qualsiasi tipo di controllo sul rispetto dei diritti delle persone soggette alle procedure previste nelle intese tecniche.

5. Una modalità così consolidata di elusione dei controlli istituzionali, conseguenza della complicata qualificazione delle intese tecniche come trattati internazionali, impone di considerare con attenzione la prospettiva dell'accesso civico generalizzato. È lecito chiedersi se il diniego di ostensione opposto prima dalle amministrazioni resistenti e poi dai giudici amministrativi, sul presupposto della tutela delle relazioni internazionali e dell'ordine pubblico e della sicurezza, non sia lesivo del diritto delle avvocate ricorrenti di ottenere informazioni in possesso della pubblica amministrazione.

Tale diritto – solitamente accoppiato a quello di impartire le informazioni ottenute – è pacificamente considerato un corollario della libertà di espressione ed è stato oggetto di un'interessante giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che ha contribuito a interpretare l'art. 10 della CEDU, circoscrivendone e dettagliandone il contenuto. Per beneficiare della protezione dell'art.10, le informazioni, i dati o i documenti ai quali si chiede l'accesso devono soddisfare un test di interesse pubblico tale da far sorgere la necessità di divulgazione. Nel caso *Magyar Helsinki Bizottság* la Corte ha elaborato un test orientato a verificare che: a) l'informazione sia richiesta esercitare il diritto a impartire informazioni; b) che l'informazione sia di rilevanza pubblica; c) il/la ricorrente rivesta un ruolo di *public watchdog* nella società civile; d) che l'informazione sia pronta e disponibile per essere resa pubblica (Corte europea dei diritti umani, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, ricorso n. 18030/11, sentenza dell'8 novembre 2016, par. 149-170). Il soddisfacimento di questo test non conduce automaticamente all'accertamento di una violazione, ma è prodromico alla valutazione della compatibilità dell'interferenza con la CEDU, i cui parametri consistono nell'esistenza di una base legale, nel perseguimento di un fine legittimo e nella proporzionalità della misura statale oggetto di contestazione.

È possibile ora tentare di applicare quanto sopra al caso delle intese tecniche e, in particolare, di quelle concluse col Gambia.

Anzitutto, occorre verificare che le informazioni contenute nelle intese soddisfino il test poc'anzi illustrato. Va osservato a tal proposito che la richiesta di ostensione delle intese tecniche concluse col Gambia ha la finalità di mettere i/le legali rappresentanti di persone sottoposte a rimpatri di poter esercitare il proprio diritto a contestare la validità di un simile provvedimento, soprattutto quando sia adottato attraverso le modalità previste in simili accordi. Si ricordi, sul punto, che, il 24 agosto 2016 diversi cittadini sudanesi furono rimpatriati in attuazione, molto probabilmente, del MoU concluso con le autorità di quello Stato, i cui agenti di polizia avevano partecipato alle operazioni di identificazione (sulle presunte violazioni dei diritti delle persone rimpatriate in Sudan è pendente un ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti umani: *W.A. e altri c. Italia*, n. 18787/17). Quanto al criterio della rilevanza pubblica, è utile richiamare nuovamente l'interrogazione parlamentare che ha svelato l'esistenza delle intese concluse col Gambia: nelle repliche, il Sottosegretario Manzione affermava l'importanza che assume un'efficace politica di rimpatri verso, tra gli altri, proprio quello Stato (Petraglia ed altri: su accordi tra Gambia e Italia, anche al fine di tutelare i diritti dei cittadini gambiani (4-04432) (risp. Manzione, Sottosegretario di Stato per l'interno), *cit.*, p. 7544). Anche il criterio relativo alla qualità del richiedente sembra essere soddisfatto. Nella giurisprudenza della Corte, i giornalisti rivestono il ruolo di *public watchdog* per eccellenza e sono meritevoli di una particolare tutela; ciò, tuttavia, non può escludere che un'associazione quale l'ASGI, i cui consociati sono quasi esclusivamente avvocati e avvocatesse che tutelano i diritti delle persone migranti svolga un simile ruolo, quantomeno nel proprio ambiente sociale di riferimento. Infine, il criterio della disponibilità dell'informazione pare essere soddisfatto nel caso di specie. Le intese tecniche, ancorché non pubbliche, sono una

categoria prevista dalla circolare 2/2021 del MAECI, dunque ampiamente nella disponibilità della pubblica amministrazione.

Accertato che il diniego di ostensione costituisce un'interferenza nel godimento del diritto a ottenere le informazioni in possesso della pubblica amministrazione, occorre ora domandarsi se tale interferenza sia giustificata oppure no. Essa si fonda certamente su una base legale: la stessa legge sull'accesso civico generalizzato prevede limiti alla pubblicità degli atti. Inoltre, anche il Decreto ministeriale del 16 marzo 2022, prima richiamato, può essere considerato una valida base legale per limitare l'ostensione.

Il fine delle limitazioni, nella sentenza del Consiglio di Stato, è rappresentato dalla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza; le amministrazioni resistenti e il TAR del Lazio avevano invocato anche la tutela delle relazioni internazionali intrattenute col Gambia. Sebbene tale ultimo argomento sia decaduto nell'ultimo grado di giudizio, la sua prospettazione in futuri giudizi merita una breve riflessione. Esso richiama, pur non esplicitamente, la dottrina dell'insindacabilità degli atti politici, tra cui vi rientra senz'altro la conduzione degli affari esteri (D. Amoroso, *Insindacabilità del potere estero e diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 23). È paradossale, sotto questo angolo visuale, che l'ostensione di un'intesa di natura tecnica, dunque dichiaratamente non politica, rechi nocimento alle relazioni col Paese terzo contraente, dal momento che, se si accetta l'impostazione delle amministrazioni resistenti, nessun obbligo internazionale è stato contratto, nemmeno, quindi, quello di mantenere l'intesa segreta.

La tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza è invece un fine senz'altro plausibile, poiché è espressamente menzionata tra i limiti all'esercizio della libertà d'espressione (v. ad esempio art. 10, comma 2, CEDU), ma va operato un attento bilanciamento per accertare che la compressione del diritto a ottenere le informazioni in possesso della pubblica amministrazione non risulti sproporzionata. A tal riguardo, è utile richiamare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani che, com'è noto, garantisce un certo margine di apprezzamento allo Stato quando si tratta di tutelare la sicurezza pubblica, la cui ampiezza, tuttavia è circostanziata (cfr. recentemente un'analisi di C. Jing, "The ECtHR's suitability test in national security cases: Two models for balancing human rights and national security", in *Leiden Journal of International Law* 2023, p. 295 ss.).

Quando si tratta di diffusione di informazioni classificate, o finanche coperte da segreto di stato, la Corte ha la tendenza a limitare fortemente il margine di apprezzamento, in modo particolare quando le informazioni contribuiscano al dibattito pubblico sul tema volta per volta rilevante, oppure quando rivelino condotte illegittime dei Governi (cfr. Corte europea dei diritti umani, *Girleanu c. Romania*, ricorso n. 50376/09, sentenza del 26 giugno 2018, par. 87; C. Jing, "The ECtHR's suitability test in national security cases: Two models for balancing human rights and national security", cit., p. 308). In altri casi, ad esempio quando le informazioni riguardavano regolari esercitazioni militari o l'acquisizione di missili guidati, la Corte ha invece ritenuto che il Governo convenuto godesse di un ampio margine di apprezzamento (v. rispettivamente: Corte europea dei diritti umani, *Pasko c. Russia*, ricorso n. 69519/01, sentenza del 22 ottobre 2009, par. 86 87; *Hadjianastassiou c. Grecia*, ricorso n. 12945/87, sentenza del 16 dicembre 1992, par. 9 e 42).

Si è già detto poc'anzi che il contenuto delle intese tecniche concluse in materia di cooperazione finalizzata ai rimpatri è di pubblico interesse. A ciò si aggiunga la possibilità che le autorità italiane, sulla base di tali accordi, possano commettere illeciti, in particolare violazioni dei diritti fondamentali. Oltre alla già menzionata modalità di cooperazione che consiste nel fare partecipare ufficiali di polizia degli Stati contraenti nelle procedure di identificazione, si richiama qui il d.l. 130/2020, che in merito al trattenimento di uno straniero nei centri di per-

manenza per i rimpatri, ha introdotto una proroga nel caso in cui il Paese di cittadinanza dell'individuo in questione abbia sottoscritto con il Governo italiano un accordo di rimpatrio (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, recante "Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale", art. 3, lett. b)). Da ultimo, è opportuno segnalare che le amministrazioni a cui viene richiesto l'accesso civico generalizzato al contenuto delle intese tecniche potrebbero rendere pubbliche solo alcune parti degli accordi, nel caso di specie quelle relative alle procedure di rimpatrio, che, peraltro, sono maggiormente idonee a rivelare condotte illecite. Anche per tale ragione, un diniego generale di accesso a tutto il testo delle intese appare sproporzionato.

6. Le intese stipulate col Gambia, così come quella stipulata col Sudan, dimostrano una certa disinvoltura del Governo italiano nel celare l'assunzione di obblighi internazionali sotto l'etichetta dell'accordo meramente tecnico, sottratto alle procedure previste per la formazione dei trattati internazionali e all'obbligo di pubblicazione. La qualifica di intese tecniche in capo ad accordi che riguardano la proiezione esterna e internazionale dello Stato nella materia dell'immigrazione va però sempre e comunque testata alla luce dei parametri obiettivi imposti dal diritto internazionale. In tale prospettiva, la sentenza del Consiglio di Stato oggetto del presente commento è apparsa troppo prudente, appiattendosi di fatto sugli argomenti proposti dalle amministrazioni resistenti, sebbene lo stesso organo della giustizia amministrativa avesse, in una sentenza provvisoria, messo in discussione la natura meramente tecnica attribuita dal Ministero dell'interno alle intese col Gambia, aprendo alla possibilità che esse fossero considerate alla stregua di trattati internazionali soggetti a obbligo di pubblicazione.

La chiusura del Consiglio di Stato ha reso opportuno indagare e ricostruire un'altra prospettiva: la potenziale lesione del diritto a ricevere e a impartire le informazioni in possesso della pubblica amministrazione, consacrato nell'art. 10 della CEDU. Gli esiti della pur sommaria indagine hanno rivelato che un eventuale ricorso alla Corte potrebbe condurre a una condanna dello Stato per omessa pubblicità delle intese tecniche.

Andrea Spagnolo*

ABSTRACT. Non-binding Repatriation Agreements, Duty to Publish International Treaties and the Right to Access to Information Detained by the Public Administration in a Recent Judgment of the Council of State

A recent judgment of the *Consiglio di Stato*, the Italian highest administrative court, confirmed that technical arrangements concluded at ministerial level are not treaties and therefore the Italian Government is not obliged to publish their texts. The article critically analyses the judgment both from the perspective of the international law on treaties and from the perspective of the right to obtain information, protected by art. 10 ECHR. It concludes that there is room to litigate a denial to publish such arrangements under the latter article.

Keywords: non-binding agreements; international treaties; repatriations; right to access to information; transparency; duty to publish international treaties.

* Professore associato di Diritto internazionale nell'Università di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza, Lungo Dora Siena, 100 – 10153 Torino, andrea.spagnolo@unito.it.