

RAGION (DI STATO) DI DIRITTO. PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DEGLI
ACCORDI “SEGRETI” IN MATERIA DI MIGRAZIONE NEL QUADRO
DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

FRANCESCA TAMMONE*

Sommario

1. Premessa. Rilevanza e attualità dei trattati “segreti” nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento italiano. – 2. La pubblicità dei trattati internazionali nell’ordinamento italiano tra regime normativo e prassi elusiva; 2.1. *Segue*. Sviluppi recenti riguardo agli accordi finalizzati al controllo dell’immigrazione irregolare. – 3. L’incidenza della mancata ostensione dei trattati internazionali sulla libertà di espressione: il diritto a ricevere informazioni detenute dallo Stato. – 4. La correlazione tra accordi segreti e diritto ad un rimedio effettivo. Spunti di riflessione sulla tutela del diritto di accesso alla giustizia in senso ampio. – 5. Conclusioni.

Abstract

This article intends to examine the impact of secrecy (broadly understood as non-transparency) of international treaties on human rights. Moving from the assumption that Italy has over time concluded numerous agreements that can be qualified as “secret treaties”, it investigates the regime of secrecy and publicity of international treaties both in international and Italian legal order. In particular, the analysis aims at illustrating that States do have not unlimited power to use secrecy in their relations with third States when they may affect individuals’ fundamental rights. This is the case of treaties recently concluded by Italy in “simplified forms” to control irregular migratory flows arriving at Italian borders. By using such treaties as a “case study”, it will be underlined that the lack of publicity of these texts may trigger litigation before the European Court of Human Rights. For this purpose, the case-law on the freedom of expression (Article 10 ECHR) and the right to an effective remedy (Article 13 ECHR) will be analysed.

Suggerimento di citazione

F. TAMMONE, *Ragion (di Stato) di diritto. profili di illegittimità degli accordi “segreti” in materia di migrazione nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell’Università degli Studi di Firenze.
Contatto: francesca.tammone@unifi.it

1. Premessa. Rilevanza e attualità dei trattati “segreti” nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento italiano

In un noto passo degli *Annales*, Tacito raccontava dei «segreti disegni del potere» («*arcana imperii*») che, già ai tempi della Roma imperiale, condizionavano inevitabilmente il corso della storia¹. Nei secoli successivi, il binomio *inestricabile* tra potere e segretezza, quale corollario della ragion di Stato, sarebbe poi divenuto oggetto della letteratura, della storiografia e della filosofia politica², financo, in tempi recenti, della dottrina giuridica contemporanea. Da tale ultima prospettiva, pochi quesiti sembra aver suscitato la definizione di *segreto* in sé – esso, per citare Capotorti, non è che *il contrario della pubblicità*³ –; assai più problematiche, infatti, sono state ritenute le sue implicazioni per la tenuta dello Stato di diritto. Il ricorso alla segretezza – seppur funzionale alle prerogative sovrane – risulta infatti difficilmente conciliabile con la forma di governo democratica, in cui solo la conoscibilità delle scelte di governo dei propri rappresentanti consente ai governati di poter scegliere, contestare o eventualmente rideterminare l’indirizzo politico⁴.

Nell’attuale scenario socio-economico, il delicato bilanciamento tra segretazione dell’attività politica e doveri di trasparenza nei confronti dei cittadini investe, sempre più spesso, anche le relazioni internazionali. Le scelte riguardanti la politica estera e i rapporti con gli Stati stranieri sono di fatto divenuti determinanti per l’attività di governo, ormai largamente condizionata da decisioni assunte a livello sovranazionale. In questo contesto, la centralità acquisita in quest’ambito dal trattato internazionale, quale fonte di diritti e obblighi reciproci, accresce dunque di importanza tutti gli aspetti che ne regolano l’utilizzo, incluso il suo regime di pubblicità, o, viceversa, di *segretezza*. Dei

¹ Publio Cornelio Tacito, *Annales*, Libro II, par. 36. Il riferimento agli “*arcana imperii*” è contenuto anche nelle *Storie*, Libro I, par. 4.

² Come efficacemente reso da N. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto: profili storico-diplomatici e regime giuridico*, CEDAM, Padova, 1990, p. 16, «Il segreto è l’essenza del potere». Il legame a doppio filo tra esercizio dei poteri sovrani e segreto relativo dell’attività politica è venuto in rilievo nella letteratura di grandi Autori come Machiavelli, Hegel, Kant, Bentham, Hobbes, Foucault. Muovendo dalle tali teorie, la filosofia politica più recente ha osservato come il ricorso al segreto sia tipico dei governi autoritari, ossia dei “governi del potere invisibile”, e si contrapponga decisamente alla democrazia, come “governo del potere visibile”; sul punto, N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista italiana di scienze politiche*, 1980, n. 2, 181 ss. Sempre sul problematico rapporto tra segreto e democrazia, si vedano, *inter alia*, P. BARI-LE, *Democrazia e segreto*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, n. 1, 29 ss.; M. G. LOSANO, *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*, in *Diritto pubblico*, Fasc. 3, 2017, 657 ss.

³ F. CAPOTORTI, nella sezione Interventi de *Il trattato segreto: profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit. p. 76.

⁴ Si veda, a tal proposito, V. PUPO, *Prime note sul segreto di Stato nella dimensione della democrazia rappresentativa*, su *Consulta Online*, fasc. 1, 2015, 152 ss., in particolare p. 154. Nello stesso senso, M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, su *Federalismi.it*, n. 19/2020, 401 ss.

trattati *segreti*, e cioè di quei trattati «caratterizzati dall'assenza di notorietà e pubblicità»⁵, si sono del resto già occupati – seppur raramente – sia studiosi di diritto internazionale che di diritto costituzionale. In entrambi i casi, le analisi muovono dal comune assunto per cui la segretezza di un accordo è pacificamente ammessa dal diritto internazionale generale, che, peraltro, consente agli Stati persino di disciplinarne il dovere di segretezza in clausole *ad hoc*⁶. Com'è noto, infatti, la violazione dell'art. 102 Carta ONU, che prescrive la registrazione dei trattati internazionali presso il Segretariato, non può considerarsi causa di invalidità di un trattato, che mantiene la propria forza obbligatoria anche in caso di mancata iscrizione nel registro⁷.

Con tali premesse, si è osservato che l'eventuale divieto di conclusione di trattati segreti andrebbe più propriamente ricercato nelle norme *nazionali*⁸. Nell'ordinamento italiano, a tal riguardo rileverebbero non solo gli obblighi in materia di pubblicità dei trattati (sui quali, ampiamente, *infra*), ma anche le norme in materia di competenza a stipulare, dal momento che i trattati riconducibili alle categorie di cui all'art. 80 Cost., necessitando dell'autorizzazione del Parlamento con legge di ratifica, sono *a fortiori* sottoposti all'obbligo di pubblicazione⁹. Occorre tuttavia prendere atto della prassi che, a partire dal Secondo dopoguerra, ha costantemente disatteso il dato costituzionale, dando luogo alla conclusione di un numero non irrilevante di accordi in forma semplificata¹⁰, e, cioè, idonei ad impegnare lo Stato per il tramite della sola sottoscrizione¹¹. La sostanziale e costante *acquiescenza* dell'Italia rispetto a tali ac-

⁵ S. MARCHISIO, *La natura giuridica del trattato segreto*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., p. 100. Come efficacemente riportato *ivi*, «un trattato è notorio o segreto: *tertium non datur*».

⁶ G. GAJA, *Alcune riflessioni sull'obbligo di segretezza rispetto ad accordi internazionali*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., pp. 121-122. Più di recente, anche E. CARPANELLI, *State Secrecy and International Human Rights Law*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 84.

⁷ D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, seconda edizione, Giuffrè, 2018, p. 159.

⁸ B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 84.

⁹ Ne discende, secondo C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Quarta edizione, CEDAM, Padova, 2017, pp. 133-134, che lo Stato possa segretare i trattati internazionali ad eccezione dei trattati riconducibili di cui alle categorie dell'art. 80 Cost., che stabilisce che «Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi». Per alcuni riferimenti dottrinali circa la relazione – estremamente complessa tra accordi in forma semplificata e disciplina di cui all'art. 80 Cost., v. *infra*, nota 12.

¹⁰ Per una ricostruzione completa del numero dei trattati conclusi in forma semplificata dal Governo italiano dal 1946 al 2021, M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, 2021, in open access su <https://flore.unifi.it/handle/2158/1247496>.

¹¹ Gli accordi in forma semplificata trovano espressa disciplina all'Art. 12 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (d'ora in avanti "CVDT"), che codifica il diritto consuetudinario formatosi in relazione alla conclusione e gli effetti dei trattati internazionali. In base all'art. 12

cordi depone tuttavia a favore della loro validità quantomeno sul piano delle relazioni internazionali¹², e, pertanto, dell'opportunità di indagarne i potenziali effetti. Compito, quest'ultimo, non agevole, atteso che è proprio nei casi riconducibili all'art. 80 Cost. che si è più spesso registrata l'elusione degli obblighi di pubblicità dei trattati internazionali. Molteplici sono infatti gli esempi di accordi non pubblici implicanti modifiche del territorio, come accaduto nel caso dei trattati attinenti all'installazione di basi militari e missilistiche¹³. I settori in cui hanno operato i trattati segreti sono tuttavia i più va-

CVDT, la sottoscrizione di un trattato internazionale può vincolare le Parti al suo contenuto anche in assenza di ratifica, quando il trattato prevede che la firma abbia tale effetto o quando sia stato accertato che gli Stati che hanno partecipato ai negoziati avevano convenuto che la firma avrebbe avuto tale effetto; o quando l'intenzione dello Stato di dare tale effetto alla firma risulti dai pieni poteri del suo rappresentante o sia stata espressa nel corso dei negoziati.

¹² Il valore giuridico dei trattati stipulati in forma semplificata stipulati dal Governo in violazione all'art. 80 Cost. ha prodotto un amplissimo dibattito e una vastissima quantità di commenti da parte della dottrina. Secondo Autorevole parte di essa, la conclusione di un accordo in f.s. nelle materie di cui all'art. 80 Cost. sarebbe del tutto irrispettosa del dettato costituzionale: in questo senso, soprattutto A. CASSESE, *Art. 80*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, II, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 187 e 191). Altri Autori, invece, prendendo atto della prassi elusiva del dettato costituzionale, hanno sostenuto che, sul punto, si sia generata una discrasia tra "Costituzione formale" e "Costituzione materiale" (tesi, ad esempio, sostenuta F.M. PALOMBINO nello scritto *Sui pretesi limiti costituzionali al potere di governo di stipulare accordi in forma semplificata*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2018, pp. 870 – 871). Per una ricostruzione del dibattito e per i relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 33-34.

È d'uopo precisare che la violazione o meno dell'art. 80 Cost. è rilevante soprattutto ai fini della validità dell'accordo sul piano internazionale. Com'è noto, la violazione delle norme interne sulla competenza a stipulare può rappresentare causa di invalidità di un trattato, se, a norma dell'art. 46 CVDT, tale violazione è *manifesta* e riguarda una norma di *importanza fondamentale*. Per quanto la violazione dell'art. 80 Cost. vada senz'altro ritenuta tale, con riferimento all'ordinamento italiano, da travolgere gli effetti del trattato anche sul piano internazionale (v. B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 84- 85), lo Stato perde il diritto di invocare una simile causa di invalidità nei casi riportati dall'art. 45 CVDT, e cioè, se abbia *esplicitamente* o *implicitamente* accettato la conclusione, l'entrata in vigore e l'esecuzione del trattato. Al riguardo, v. A. TANCREDI, *Nullité absolue des traites et inapplication de la Convention de Vienne*, in T. GARCIA, L. CHAN-TUNG (a cura di), *La Convention de Vienne sur le droit de traités: bilan et perspectives 50 ans après son adoption*, Pedone, Parigi, 2019, 77 ss. Sulla prassi applicativa dell'art. 46 CVDT, D. MAURI, *Litigating Treaties by Means of Art 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. PASCALE, S. TONOLO, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: the Role of the Treaty on the Treaties in Contemporary International Law*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 103 ss.

¹³ Sono ad esempio stati oggetto di analisi l'accordo del 1972 concluso con gli Stati Uniti ai fini della cessione di una base navale nell'isola della Maddalena, l'Accordo di cooperazione del 1986 sull'adesione dell'Italia alla difesa strategica degli Stati Uniti (sul quale, G. SANNA, *La natura politica dell'accordo di cooperazione tra Italia e Stati Uniti nell'ambito del programma di Iniziativa di Difesa Strategica*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit. 149 ss.) e l'accordo ombrello del 1954 sull'installazione e il funzionamento di basi militari in Italia. Al riguardo, D. TESTA, *Le basi militari statunitensi sul territorio italiano: attualità delle questioni costituzionali dopo l'uccisione del generale Soleimani*, su *Ius in itinere*, 7 febbraio 2020, su www.iusinitinere.it.

riabili, come accaduto, ad esempio, nell'accordo tra Italia e Tunisia per la cooperazione in materia di pesca del 1963¹⁴. Da qui, si dovrebbe dedurre che il minimo comun denominatore degli accordi segreti risiederebbe non tanto nella materia che disciplinano, quanto, piuttosto, nella volontà dei sottoscrittori di non divulgarne il contenuto, manifestata o per il tramite di una dichiarazione ufficiale da parte del Governo, o, viceversa, per *fatti concludenti*¹⁵.

Da ultimo, gli esempi più recenti di trattati segreti "di fatto"¹⁶ riguardano gli accordi conclusi dal Governo italiano in forma semplificata con finalità di controllo della migrazione irregolare, sempre più spesso sottratti al regime di pubblicità prescritto dalla legge ordinaria¹⁷. La crescente difficoltà di accesso a tali accordi da parte della società civile, anche alla luce delle loro gravi ripercussioni sui diritti fondamentali dei migranti, impone un chiarimento sull'effettiva portata dell'obbligo di trasparenza da parte delle istituzioni, innanzitutto nell'ordinamento italiano. L'evidenza delle distorsioni delineatesi a livello nazionale in relazione a questo genere di accordi stimolano tuttavia anche una rinnovata riflessione sull'attuale rapporto tra politica e segretezza e sugli *effetti* della mancata ostensione dei trattati internazionali sui diritti umani. Lo sviluppo degli obblighi internazionali a tutela dei diritti fondamentali ha infatti indotto una progressiva erosione del dominio riservato degli Stati, tale da poter riconsiderare gli attuali contorni della libertà di stipulare accordi segreti ad essi riconosciuta¹⁸.

Da questa prospettiva, il presente contributo, muovendo dagli sviluppi più recenti della prassi, intende esaminare l'impatto della *segretezza* (intesa, in senso ampio, come *mancata pubblicazione*) dei trattati internazionali sui diritti convenzionalmente garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). A tal fine, sarà dapprima necessario esaminare in detta-

¹⁴ L'accordo in questione è citato da sia G. GAJA, *Alcune riflessioni sull'obbligo di segretezza rispetto ad accordi internazionali*, cit., p. 121, che a sua volta cita T. TREVES, *L'informazione sulla politica estera dell'Italia* in *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, Vol. II, Vita e Pensiero, Milano, 1978, p. 622.

¹⁵ In questo senso, G. GAJA, v. *supra*, nota precedente.

¹⁶ L'espressione tratta da F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2019, p. 642.

¹⁷ Per una ricostruzione di tale prassi nell'ordinamento italiano, si veda, invece, 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*, vol. 28, n. 1/2019, 215 ss. Per una prospettiva di Diritto costituzionale sulla stessa tematica, v. E. OLIVITO, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2020, 114 ss.

¹⁸ Come rilevato da A. BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law*, in A. BIANCHI, A. PETERS (a cura di), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 3, è pur vero che le relazioni internazionali continuano ad essere circondate da un'aura di enigmaticità e segretezza, ma rispetto al passato, «the culture all around has changed».

glio il regime giuridico di pubblicità dei trattati internazionali previsto dall'ordinamento italiano (par. 2), nonché i casi di violazione di tali obblighi nel settore degli accordi internazionali in materia di migrazione (par. 2.1.). Successivamente, si esamineranno i possibili punti di contatto tra trattati segreti e diritti umani convenzionalmente tutelati, con particolare riguardo agli eventuali profili di compressione del diritto alla libertà di espressione (par. 3) e del diritto di accesso alla giustizia nel sistema CEDU (par. 4). Infine, verranno sinteticamente tracciate alcune conclusioni (par. 5).

2. La pubblicità dei trattati internazionali nell'ordinamento italiano tra regime normativo e prassi elusiva

Nel Secondo Dopoguerra, reduci dall'esperienza fascista, i Costituenti inizialmente ripudiarono del tutto l'idea di un ricorso al segreto nelle relazioni internazionali. Dai lavoratori preparatori alla Costituzione, si evince infatti come l'art. 10 Cost. prevedesse, inizialmente la nullità dei trattati segreti¹⁹. Com'è noto, tuttavia, la disposizione venne successivamente espunta, e l'utilizzo del segreto nell'attività politica nell'ordinamento italiano non fu proibito, ma *regolato* e *limitato* in modo tale da garantirne un controllo istituzionale. Una simile disciplina è stata rimessa alla legge ordinaria, dapprima con la L. 801/1977, poi con la L. 124/2007 sul segreto di Stato²⁰, il cui art. 39 stabilisce che il segreto può essere «*annotato, su espressa disposizione del Presidente del Consiglio dei ministri*» su tutti gli atti che ne sono oggetto, e che possono includere:

gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, *anche in relazione ad accordi internazionali*, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto *agli altri Stati e alle relazioni con essi*, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato.

¹⁹ Per aver accesso al dibattito parlamentare che ebbe ad oggetto le ragioni per eliminare il riferimento alla nullità dei trattati segreti nell'art. 10, v. <https://www.nascitacostituzione.it/03p2/01t1/s2/080/index.htm?art080-004.htm&2>.

²⁰ La L. 24 ottobre 1977 n. 81 (*Istituzione e ordinamento del Servizio per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*), pubblicata in G.U. contemplava un ambito applicativo del segreto di Stato pressoché analogo a quella dell'art. 39 della L. 3 agosto 2007, n. 124 (*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*), pubblicata in G.U. n. 187/2007, con la differenza che quest'ultima include espressamente l'espressione «indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi». L'espressione della riforma del 2007 è meno ambigua della formulazione precedente, che aveva indotto parte della dottrina a ritenere che il segreto di Stato non potesse coprire anche gli accordi internazionali, v. P. BARILE, *Democrazia e segreto*, cit., p. 44.

Per espressa previsione normativa, pertanto, il segreto può essere esteso anche alle relazioni internazionali, nonostante l'apparente inconciliabilità con gli artt. 4 della L. 839 del 1984 e l'art. 13 comma 2 della L. n. 1092/1985 che, stando ad un'interpretazione letterale, implicherebbero l'ostensione di *tutti* gli atti che *impegnano lo Stato nelle relazioni internazionali*²¹.

Dal combinato disposto delle norme succitate discendono, in ogni caso, due importanti circostanze. In primo luogo, occorre osservare che, stando al quadro normativo, un trattato internazionale, *salva l'apposizione del segreto di Stato*, debba essere soggetto alle ordinarie forme di pubblicità²².

In secondo luogo, va evidenziato che l'obbligo di cui all'art. 4 della L. 839/84, in quanto applicabile ai soli atti che *impegnano* lo Stato, non si estende alle intese di carattere meramente tecnico o amministrativo. Ai fini della violazione dell'obbligo di trasparenza dei trattati internazionali, hanno infatti rilevanza solo gli accordi che fungono da fonte di diritti e obblighi reciproci, e non, viceversa, le intese prive di carattere giuridico.

Nella prassi, tuttavia, la linea di demarcazione tra trattato internazionale e intesa non giuridica può risultare particolarmente sottile se il trattato viene concluso in *forma semplificata*, e cioè in assenza di ratifica²³. Da questo punto di vista, assume pertanto importanza dirimente il ruolo dell'*interprete*, che, sulla base del contesto, dell'oggetto e dello scopo di un accordo internazionale, nonché della prassi successiva alla sua conclusione, potrà stabilirne la natura obbligatoria a prescindere dalla sua denominazione²⁴. In questo senso depongono, appunto, le regole previste dal diritto internazionale consuetudinario in tema di interpretazione dei trattati internazionali, così come codificato dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT)²⁵.

²¹ A. CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di M. FRULLI), Il Mulino, Bologna, Quarta edizione, p. 270.

²² In questo senso, M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, cit., p. 54.

²³ Si veda, a tal riguardo, B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, cit., pp. 82- 83.

²⁴ Ciò, stando al dettato della più volte citata Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. In particolare, l'art. 2 CVDT definisce un trattato internazionale «un accordo internazionale concluso per iscritto tra 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». Secondo il diritto internazionale generale, pertanto, la conclusione di un trattato in forma solenne non costituisce un requisito essenziale di un trattato internazionale. In questo senso si è più volte pronunciata anche la Corte Internazionale di Giustizia (CIG), v., ad es., *Piattaforma continentale nel Mar Egeo (Grecia c. Turchia)*, 19 dicembre 1978, par. 24; *Delimitazione marittima e questioni territoriali tra Qatar e Bahrain (competenza e ricevibilità)/Qatar c. Bahrain*, 1 luglio 1994, par. 23.

²⁵ Ciò, sulla base che regolano l'interpretazione dei trattati internazionali a norma degli Artt. 31 – 33 CVDT. In particolare, secondo l'art. 31 CVDT «un trattato deve essere interpretato in buona fede secondo il significato ordinario da attribuirsi ai termini del trattato alla luce del contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato stesso». Tale disposizione sembrerebbe pertanto privilegiare un metodo di tipo obbiettivistico, e cioè fondato sul contenuto oggettivo dell'accordo.

Il ruolo dell'interprete risulta fondamentale, *a fortiori*, nell'ipotesi di *omessa pubblicazione* di un documento di rilievo internazionale. Nel caso in cui un atto o un documento ufficiale (e, dunque, anche un accordo internazionale) sottoposto all'obbligo di pubblicazione non sia reso pubblico, infatti, *chiunque* potrà presentare all'amministrazione competente, l'accesso *civico semplice* a norma dell'art. 5 del D.lgs. 33/2013 co. 1. Viceversa, laddove la stessa ipotesi si verifichi per un atto non sottoposto all'obbligo di pubblicazione, *chiunque* potrà ricorrere allo strumento dell'accesso civico c.d. *generalizzato* di cui al D.lgs. 33/2013 co. 2, che ricalca il modello statunitense del *Freedom of Information Act* (FOIA)²⁶. Diversamente dall'accesso semplice, quest'ultimo è sottoposto a specifici limiti a norma dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 5-*bis* D.lgs. 33/2013, e potrà essere escluso sia nei casi in cui le informazioni richieste siano coperte da segreto di Stato o da altri divieti di divulgazione previsti dalla legge (comma 3), sia nei casi in cui l'accesso possa arrecare pregiudizio a interessi privati o pubblici (commi 1 e 2), quali, ad esempio, la sicurezza pubblica o la salvaguardia delle relazioni internazionali. L'eventuale diniego di accesso al documento richiesto per il tramite dell'accesso pubblico generalizzato potrà tuttavia essere motivato solo a fronte di un adeguato bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, quello alla mancata divulgazione dell'informazione; dall'altro, quello dell'interesse pubblico alla conoscibilità²⁷.

Pertanto, la qualificazione di un documento come trattato internazionale risulterà decisiva anche i fini dell'applicabilità dell'*una* o dell'*altra* forma di accesso civico, con conseguenze non di poco conto.

È evidente che il Legislatore del 1984 abbia inteso sottrarre a monte la pubblicità di tutti i trattati internazionali non coperti dal segreto di Stato da siffatto bilanciamento, statuendone implicitamente la prevalenza su qualsivoglia interesse statale. Secondo la dottrina, tali considerazioni valgono anche per gli accordi che, seppur conclusi *in forma semplificata*, intendono creare diritti e obblighi reciproci per le parti²⁸. È tuttavia evidente che, in presenza di un accordo in forma semplificata, la natura vincolante dell'accordo vada dedotta in via interpretativa, e, spesso, sulla base del contenuto stesso del te-

²⁶ Il *Freedom of Information Act* costituisce una legge adottata nel 1966 negli Stati Uniti a tutela della libertà di informazione e accesso agli atti amministrativi. Il vasto ambito applicativo di tale normativa, che consente al cittadino l'accesso a una quantità notevole di atti e documenti amministrativi, ha costituito un modello per più di 100 Paesi, che hanno progressivamente adeguato la propria normativa in materia a standard sempre più ampi di trasparenza, cfr. M.A. SANDULLI, L. DROGHINI, *La trasparenza amministrativa nel FOIA italiano. Il principio della conoscibilità generalizzata e la sua difficile attuazione*, cit., p. 405, nota 14.

²⁷ F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, cit. p. 645.

²⁸ F. M. PALOMBINO, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata*, cit., p. 871.

sto. L'omessa pubblicazione di un accordo in forma semplificata può dunque innescare una sorta di "corto circuito": da un lato, occorre l'accesso al testo per comprendere se l'accordo intende stabilire un quadro di diritti e obblighi reciproci; dall'altro, le regole dell'accesso civico semplice presuppongono che l'atto di cui è richiesto l'accesso sia vincolante²⁹. Laddove si esorbiti dall'ambito applicativo dell'accesso civico semplice, infatti, lo Stato potrà sempre opporre i motivi che, secondo l'art. 5-bis, ostano alla divulgazione del documento.

Nella prassi, l'applicazione in concreto del quadro regolatorio così descritto agli accordi in forma semplificata ha in effetti generato un gran numero di dubbi e incertezze. Ci si riferisce, in particolar modo, alle vicende degli accordi conclusi dallo Stato italiano con finalità di controllo delle frontiere, sui quali sembra opportuno soffermarsi.

2.1. *Segue. Sviluppi recenti riguardo agli accordi finalizzati al controllo dell'immigrazione irregolare*

Per il Governo italiano, la prassi di concordare con i Paesi di origine e transito dei migranti modalità congiunte di gestione dei flussi è ormai piuttosto consolidata. Negli ultimi due decenni, la cooperazione con gli Stati terzi ha infatti più volte agevolato l'Italia nell'esecuzione di meccanismi di contenimento delle ondate migratorie in arrivo sulle proprie coste, quali, ad esempio, l'intercettazione delle imbarcazioni in mare e il loro respingimento, nonché l'applicazione di procedure di identificazione o riammissione semplificate e/o accelerate³⁰. La contrarietà di tali operazioni a diversi obblighi internazionali – *in primis*, il principio di *non-refoulement* ed il divieto di trattamento inuma-

²⁹ Come rilevato da C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione per gli accordi internazionale in materia di migrazione?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 159: «Solo dalla conoscenza diretta degli accordi o delle intese esecutive sarebbe possibile coglierne l'esatta portata ai fini della riconduzione o dell'esclusione ad una delle categorie contemplate dall'art. 80 Cost.».

³⁰ Il fenomeno, nel dibattito scientifico, è noto come "esternalizzazione delle frontiere", poiché, per il tramite dell'adozione di misure simili, gli Stati tendono a delegare una prerogativa sovrana d'importanza fondamentale, come il controllo degli ingressi degli stranieri all'interno del proprio territorio, a Stati terzi. Sul tema, *inter alia*, F. DE VITTOR, *Respingimenti in mare ed "esternalizzazione" della protezione: il confine territoriale come limite agli obblighi di tutela*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Edizioni università di Macerata, Macerata, 2012, 183 ss.; V. MORENO-LAX, M. LEMBERG-PEDERSEN, *Border-induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, pp. 5-33 e V. MORENO-LAX, *The Interdiction of Asylum Seekers at Sea: Law and (mal)practice in Europe and Australia*, in *Kaldor Centre for International Refugee Law Policy Brief*, n. 4, al link: <https://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/policy-brief-4-interdiction-asylum-seekers-sea-law-andmalpractice-europe-and-australia>.

ni e degradanti³¹ – ha pertanto stimolato diversi approfondimenti sugli strumenti con cui la cooperazione viene formalizzata: nello specifico, intese informali e non standardizzate, variabili tanto nella denominazione quanto nel contenuto³². Esempi significativi, in tal senso, sono i noti *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione* (2008)³³ e il *Memorandum d'intesa* conclusi con la Libia (2017)³⁴, l'*Accordo tecnico con la Tunisia* (2011)³⁵, il *Memorandum d'intesa* con il Sudan (2016)³⁶ e l'*Accordo di cooperazione in materia di difesa* con il Niger (2017)³⁷, ritenuti dalla dottrina maggioritaria veri e propri *trattati* conclusi dall'Esecutivo in forma semplificata³⁸. Un'analisi specifica sul contenuto e sugli effetti di *ciascuno* di essi evidenzia infatti la volontà delle Parti di *dare esecuzione* a quanto concordato per iscritto, e, pertanto, di voler instau-

³¹ 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*, n. 1/2018, 5 ss.; G. PASCALE, *Esternalizzazione delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle gross violations dei diritti umani commesse in Libia*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. XIII, 2018, 413 ss.; A. RICCARDI, *Esternalizzazione delle frontiere italiane in Libia e Niger: una prospettiva di diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, 163 ss.; V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, vol. 21, 2020, 385 ss.; V. MORENO-LAX, M.G. GIUFFRÉ, *The Rise of Consensual Containment: From 'Contactless Control' to 'Contactless Responsibility' for Forced Migration Flows*, in S. JUSS (a cura di) *The Research Handbook on International Refugee Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, 82 ss.

³² Per uno studio monografico recente sulla natura giuridica e gli effetti di simili accordi, M.G. GIUFFRÉ, *Readmission of Asylum Seekers*, Hart Publishing, Oxford, 2020.

³³ Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione, concluso a Bengasi il 30 agosto 2008, ratificato con legge del 6 febbraio 2009, n. 7 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008), in GU Serie Generale n.40 del 18-02-2009.

³⁴ Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, firmato a Roma il 2 febbraio 2017 disponibile su www.asgi.it.

³⁵ Tale accordo, concluso in data 5 aprile 2011, non è mai stato pubblicato nella versione integrale, ma reso noto tramite comunicato stampa del Ministero dell'Interno (v. *Immigrazione, siglato l'accordo tra Italia e Tunisia*, 6 aprile 2011, su: https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/notizie/immigrazione/000073_2011_04_06_accordo_Italia-Tunisia.html).

³⁶ 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, firmato il 3 agosto 2016 a Roma, disponibile online su www.asgi.it.

³⁷ Come si spiegherà meglio infra, tale accordo, concluso e non immediatamente reso pubblico, verrà poi ratificato con Legge n. 80/2019, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2019.

³⁸ F.M. PALOMBINO, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere di governo di stipulare accordi in forma semplificata*, cit., p. 870.

rare una vera e propria cornice di situazioni giuridiche attive e passive³⁹. In tal senso, depongono, la pronta esecuzione di tali accordi immediatamente dopo la loro conclusione⁴⁰, nonché l'espressa previsione, all'interno di alcuni di essi, dei meccanismi di composizione delle controversie derivanti dal trattato⁴¹. Inoltre, la difesa italiana ha talvolta invocato il carattere obbligatorio di tali strumenti nell'ambito di alcune controversie, come accaduto, ad esempio, nel caso *Khlaifia c. Italia* deciso dalla Corte EDU. Qui, la difesa italiana si era infatti appellata all'accordo tecnico tra Italia e Tunisia del 2011 per giustificare le modalità 'semplificate' e accelerate di espulsione dei tre ricorrenti tunisini, dapprima trattenuti per alcuni giorni in un centro di identificazione ed espulsione per migranti a Lampedusa, poi espulsi verso il Paese d'origine in assenza di approfondite indagini sulla propria situazione individuale⁴². Nondimeno, nel medesimo caso, la Corte EDU ha rilevato come un accordo *mai reso pubblico* come quello tra Italia e Tunisia non potesse costituire una base legale sufficiente per giustificare le modalità di trattenimento dei tre ricorrenti – di fatto detentive – presso la struttura in questione⁴³.

Una tale incidenza degli accordi menzionati sui diritti fondamentali dei migranti ha spesso reso necessaria, da parte degli operatori giuridici, un'indagine circa la loro legittimità, specialmente rispetto all'art. 80 Cost. Alcuni di questi prevedono, infatti, la cessione di risorse materiali e finanziarie da parte dello Stato italiano allo Stato *partner*, affinché si possa provvedere sia alla formazione del personale straniero per le procedure di identificazione

³⁹ F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, cit., relativamente agli accordi conclusi dall'Italia con Libia e Tunisia. Per quel che riguarda l'accordo tra Italia e Niger, v. A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, 5 dicembre 2018, su *SIDIBlog*, disponibile su www.sidiblog.org; per quel che riguarda il MoU con il Sudan, invece, sia consentito rinviare a F. TAMMONE, *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 S. TONOLO, G. PASCALE (a cura di) *The Vienna Convention on the Law of Treaties The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, cit., 287 ss.

⁴⁰ Questo elemento è spesso menzionato a supporto delle analisi di cui alla nota precedente sulla base delle regole in tema di interpretazione dei trattati *supra* citate alla nota 25.

⁴¹ È il caso, ad esempio, del Memorandum concluso tra Italia e Sudan, il cui Articolo 19 stabilisce che «Eventuali controversie derivanti dall'interpretazione o dall'attuazione del presente Memorandum sono risolte tra le Parti in via amichevole, attraverso consultazioni e negoziati».

⁴² *Khlaifia c. Italia* [GC], ric. n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, par. 10 - 31.

⁴³ *Ibidem*, par. 102 – 103. In questo senso, anche la sentenza di Camera, v. *Khlaifia e altri c. Italia*, Seconda sezione, ric. n. 16483/12, sentenza del 1° settembre 2015, par. 29 e par. 71 (trad. italiana). Nello specifico, veniva lamentata la violazione dell'art. 5 par. 1, lett. f) CEDU, che recita: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: [...] f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione».

e riammissione che all'impiego di mezzi appropriati per operazioni di *border management*⁴⁴. In generale, tuttavia, anche in mancanza di indicazioni specifiche circa eventuali oneri per lo Stato italiano, la totalità dei trattati in questione potrebbe senza difficoltà essere ascritta alla categoria di "trattati di natura politica". La cooperazione con i Paesi terzi nel settore sembra infatti aver assunto i caratteri di una vera e propria *strategia politica*, peraltro incentivata dalle declamazioni politiche e da atti di indirizzo di natura euro-unitaria che, fin dai primi anni Duemila, sottolineano il carattere fondamentale delle relazioni bilaterali ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare⁴⁵. Inoltre, per

⁴⁴ Da questo punto di vista, è emblematico l'art. 1 del Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017, il quale, alla lett. B) stabilisce che «la parte italiana fornisce sostegno e finanziamento a programmi di crescita nelle regioni colpite dal fenomeno dell'immigrazione illegale, quali [...], la formazione del personale e la ricerca scientifica» e alla lett. C) che «la parte italiana si impegna a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, e che sono rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa, e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno». L'art. 8 del Memorandum con il Sudan, invece, parla più genericamente di assistenza tecnica nella gestione delle frontiere e del rimpatrio, anche in materia di formazione.

⁴⁵ L'Unione Europea ha per la prima volta incoraggiato gli Stati alla cooperazione in ambito migratorio con i Paesi terzi nell'ambito della dichiarazione finale al Consiglio europeo di Siviglia del giugno 2002 (v. Consiglio dell'Unione Europea, *Nota di trasmissione del Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002, Conclusioni della Presidenza*, par. 33, su www.consilium.europa.eu). Successivamente, la cooperazione con gli Stati terzi è divenuta oggetto anche della nota Conferenza di Khartoum del 2014, che avrebbe poi dato luogo al c.d. Processo di Khartoum (v. Declaration of the Ministerial Conference of the Khartoum Process (EU-Horn of Africa Migration Route Initiative), Roma, 28 novembre 2014, disponibile su: <http://italia2014.eu/media/3785/declaration-of-the-ministerial-conference-of-the-khartoum-process.pdf>). Una svolta, in tal senso, è tuttavia rappresentata dall'Agenda Europea sulla Migrazione del 13 maggio 2015, disponibile su www.eur-lex.europa.eu. Quest'ultima costituisce un ampio documento programmatico che individua alcune strategie essenziali per rimediare ai limiti strutturali della politica migratoria dell'Unione: fra queste, sono incluse la cooperazione con i Paesi terzi di origine e transito dei flussi e i conseguenti rimpatri. Per una ricostruzione dei rapporti storico-politici tra UE e Stati membri, e un *focus* sulla stratificazione dei provvedimenti euro-unitari e degli strumenti di cooperazione bilaterale, si veda il lavoro di L. GABRIELLI, *Multilevel inter-regional governance of mobility between Africa and Europe. Towards a deeper and broader externalization*, in *GRITIM Working Series*, n. 30/2016, disponibile al link: <https://www.upf.edu/documents/3329791/0/L.+Gabrielli+GRITIM+WP+30+2016.pdf>.

Occorre poi evidenziare che è la stessa Unione Europea a cooperare con i Paesi terzi con finalità di controllo della migrazione irregolare. A tal proposito, va innanzitutto ricordato il controverso *EU-Turkey Statement*, concluso nel marzo 2016, che ha costituito la base giuridica dei respingimenti verso la Turchia per i successivi cinque anni (in commento, C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, n. 2/2016, 405 ss.; M. MARCHEGIANI, L. MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, 59 ss.). Risale inoltre a pochi giorni fa la notizia dell'avvio di una cooperazione tra Unione Europea e Tunisia, per finalità che includono anche la gestione congiunta dei flussi migratori. A tal proposito, si rinvia a F. PERRINI, *Strumenti giuridici efficaci per una cooperazione efficace: il negoziato del Team Europa con la Tunisia in quale direzione va?*, su *SIDIBlog*, 25 giugno 2023, disponibile su www.sidiblog.org.

quanto l'espressione "natura politica" di cui all'art. 80 Cost. possa risultare oscura⁴⁶, difficilmente non potrebbe attrarre trattati relativi a una materia come il controllo dei flussi migratori⁴⁷, fortemente influenzata dall'indirizzo politico. La necessità di un intervento parlamentare in quest'ambito sarebbe poi ulteriormente suffragata dalla riserva di legge prevista, per tutti gli atti che incidano sul trattamento dello straniero, dall'art. 10 comma 2 Cost.⁴⁸.

Ammessi, dunque, che i trattati in forma semplificata in materia di migrazione siano contrari all'art. 80 Cost., pare ancor più macroscopica la sistematica elusione del regime di pubblicità che li riguarda. In nessuno dei casi menzionati, infatti, si è provveduto alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale nelle modalità prescritte dalla legge del 1984. Al contrario, i testi in questione sono perlopiù divenuti accessibili solo molto tempo dopo la loro entrata in vigore⁴⁹, spesso a seguito di istanze di accesso civico. In tal senso, uno degli esempi più recenti è costituito dall'*Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger*, firmato a Roma il 26 settembre 2017⁵⁰, che, al momento della sua conclusione, nonostante l'assenza di qualsivoglia forma di pubblicazione, costituiva l'unica base giuridica per l'avvio dell'Operazione MISIN nella regione del Sahel⁵¹. Benché l'operazione fosse formalmente finalizzata ad incrementa-

⁴⁶ Il significato dell'espressione 'natura politica' non è univoco, e ha dato luogo a diversi tentativi di definizione da parte della dottrina. Poiché non vi è al momento un'interpretazione largamente maggioritaria, l'espressione ha contorni sfumati, e, pertanto, rischia di venire 'onnicomprensiva'. A tal riguardo, M. GIANNELLI, *Gli accordi in forma semplificata tra questioni di costituzionalità ed evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 18-22, e relativi riferimenti bibliografici.

⁴⁷ C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, cit., in particolare pp. 157-159.

⁴⁸ Ibidem. Il parametro di costituzionalità di cui all'art. 10 Cost. viene poi più recentemente utilizzato anche da A. SPAGNOLO, *The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows, an overview of the Italian practice*, cit. p. 224.

⁴⁹ È accaduto, ad esempio, nel caso del Memorandum con la Libia. A seguito della sua conclusione, il Memorandum non è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, né comunicato il Memorandum d'intesa con la Libia ai Presidenti delle Camere, come previsto dalla legge n. 839/1984. L'avvenuta conclusione del Memorandum è stata dunque annunciata a mezzo di comunicato stampa. Solo in seguito, il testo è divenuto reperibile sul sito del Ministero degli Affari Esteri (v. E. OLIVITO, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU*, cit., p. 123).

⁵⁰ L'originale testo dell'Accordo, pubblicato prima della ratifica, è oggi reperibile su: https://cild.eu/wp-content/uploads/2019/02/Italia-Niger_Accordo-in-materia-di-Difesa.pdf, ultimo accesso 28 febbraio 2022.

⁵¹ Al riguardo, 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*, n. 2/2019, p. 212, nota n. 3. Vedi anche A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, cit.

re la *capacity building* in Niger⁵² mediante supporto tecnico e sorveglianza alle frontiere⁵³, la segretezza di fatto dell'accordo non poteva escludere ulteriori effetti in materia di controllo dei flussi⁵⁴, atteso che la regione nigerina costituisce uno dei maggiori *hub* della migrazione in Africa⁵⁵. In ragione di tali elementi, le associazioni ASGI e CILD nel 2017 hanno presentato richiesta di accesso civico, inizialmente negata dal Ministero degli Affari esteri e della cooperazione internazionale, poi accolta per effetto della sentenza del TAR Lazio del 16 novembre 2018⁵⁶. Il tribunale amministrativo ha infatti ritenuto che «la mancata ostensione di un accordo internazionale già in vigore tra le parti, volto a determinare obblighi giuridici sul piano del diritto internazionale, può determinare la compressione del diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, per i quali la normativa vigente preveda l'*obbligo di pubblicazione*»⁵⁷. Solo dopo la sentenza del TAR, che ha ordinato di esibire il testo dell'accordo entro il termine di trenta giorni dalla notificazione della sentenza, ha preso avvio il processo di ratifica, avvenuta con legge n. 188/2019⁵⁸.

⁵² Dalla scheda tecnica della missione, risulta che questa abbia come scopo, fra gli altri, anche «l'incremento di capacità volte al contrasto del fenomeno dei traffici illegali e delle minacce alla sicurezza» e quello di «fornire supporto alle attività di sorveglianza delle frontiere e del territorio e a supportare la componente aerea della Repubblica del Niger» (v. Scheda dell'operazione MISIN sul sito ufficiale del Ministero della Difesa italiano, disponibile online al link: https://www.difesa.it/OperazioniMilitari/op_intern_corso/Niger_missione_bilaterale_supporto/Pagine/Missione.aspx).

⁵³ Questa definizione di *capacity building* è tratta da J. BERGMANN, J. LEHMANN, T. MUNSCH, W. POWELL, *Protection Fallout. How Increasing Capacity for Border Management Affects Migrants' Vulnerabilities in Niger and Mali*, Global Public Policy Institute Research Paper, Novembre 2017, disponibile su www.gppi.net, p. 8.

⁵⁴ A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'Accordo col Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, cit.

⁵⁵ Si ritiene che il 50% dei migranti che raggiungono Lampedusa sia transitato per il Niger, v. M. BØAS, *EU migration management in the Sahel: unintended consequences on the ground in Niger?*, in *Third World Quarterly*, Vol. 42, 2021, p. 54.

⁵⁶ Si veda la sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11125/2018, pubblicata il 16 novembre 2018. La medesima sentenza ha tuttavia escluso l'illegittimità del diniego di ostensione delle cc.dd. «lettere nigerine», ossia delle lettere inviate in data 1° novembre 2017 e 15 gennaio 2018 del governo nigerino a quello italiano, con le quali, secondo parte ricorrente, sarebbe stato richiesto all'Italia di compiere una serie di attività relativa alla gestione delle frontiere (ivi, p. 3). Il giudice amministrativo ha ritenuto che in questo caso il carattere obbligatorio dovesse riconoscersi al solo accordo, e non anche alle lettere, qualificate come mero 'scambio di note'. In senso critico, su questo punto, F.V. VIRZÌ, *L'effettività dell'accesso civico generalizzato: il caso degli accordi in forma semplificata*, cit., pp. 641 – 650.

⁵⁷ TAR Lazio, sentenza n. 11125/2018, p. 4.

⁵⁸ Legge n. 80/2019, Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2019.

Da qui emerge come l'accesso civico abbia svolto un'importante funzione di «trasparenza democratica»⁵⁹, divenendo di fatto l'unico strumento per ottenere informazioni che, seppur formalmente non sottoposte a segreto di Stato, sono state *in concreto* private di adeguate forme di pubblicità. Nondimeno, la procedura amministrativa funge pur sempre da mero *rimedio* a una serie di distorsioni e di carenze istituzionali che sempre più diffusamente si registrano in questo settore⁶⁰. La necessità di dover ricorrere all'istanza, infatti, discende da una violazione a monte del quadro regolatorio, che viene ciononostante *tollerata* anche dalle istituzioni, financo nei casi in cui la violazione dell'art. 80 Cost. è nota e macroscopica. Gli esigui e timidi tentativi istituzionali di contestare la legittimità di tale prassi si sono invece rivelati infruttuosi, soprattutto con riguardo al Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017. Il conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale, sollevato a tal proposito da un gruppo di parlamentari, è stato infatti ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione attiva⁶¹. La totalità dei membri delle Camere sembra del resto aver prestato implicitamente il proprio consenso all'accordo *ex post*, mediante l'approvazione della L. n. 98/2018, che autorizza la cessione di unità navali alla Guardia Costiera libica e agli organi impiegati nel mantenimento della sicurezza lungo la costa da parte del Ministero dell'interno libico⁶².

Da ultimo, la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 8844 del 18 ottobre 2022⁶³ ha contribuito a generare ulteriori incertezze sul punto. Essa origina da un caso analogo, quantomeno nelle prime fasi del giudizio, a quello del già citato accordo tra Italia e Niger: un'avvocata, consulente legale per un'associazione a tutela dei diritti dei migranti, aveva richiesto l'ostensione dell'accordo concluso tra Italia e Gambia nel 2010, di cui era stata fatta menzione in alcune comunicazioni ministeriali, anche in assenza di un testo pub-

⁵⁹ V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, cit., p. 216. A conclusioni analoghe giunge anche E. OLIVITO, *Accordi in forma (semi)semplificata, istanze di accesso civico e vulnus alla Costituzione*, su *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2019, su www.questionegiustizia.it.

⁶⁰ V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, cit., p. 231.

⁶¹ Corte costituzionale, sentenza n. 163/2018 del 4 luglio 2018, dep. 19 luglio 2018. Per quanto a conoscenza dell'autrice, l'orientamento della stessa Corte, in tal senso, è mutato con ordinanza n. 10/2019 del 10 gennaio 2019, dep. 8 febbraio 2019, e poi ancora con ordinanza n. 80/2022, del 22 febbraio 2022, dep. 29 marzo 2022.

⁶² In questo senso depone l'ordinanza n. 112/2019 resa dal Giudice delle Indagini Preliminari nel caso *Vos Thalassa* (sul quale, nello specifico, concludendo che non potesse essere giuridicamente vincolante per lo Stato italiano per contrarietà all'art. 80 della Costituzione italiana;

⁶³ Consiglio di Stato, sentenza n. 8844/2022 del 18 ottobre 2022. In commento alla medesima sentenza, A. SPAGNOLO, *Intese tecniche in materia di rimpatri, obblighi di pubblicazione e diritto di accedere alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2023 (in corso di pubblicazione).

blico e liberamente consultabile⁶⁴. La ricorrente aveva addotto numerosi elementi a supporto del valore vincolante dell'accordo, fra i quali la risposta resa dal Sottosegretario di Stato per gli affari esteri e la cooperazione internazionale in sede di interrogazione parlamentare, che aveva riportato che, mediante l'accordo del 2010 «Italia e Gambia si *vincolano reciprocamente rispetto ad obblighi precisi*, riguardanti da un lato l'impegno al sostegno economico, formativo e logistico delle autorità di polizia gambiane, dall'altro la facilitazione e la collaborazione *nelle attività di rimpatrio* dei cittadini gambiani in Italia»⁶⁵. Inoltre, era stato riportato agli atti che, in esecuzione dell'accordo, lo Stato italiano avesse autorizzato l'impiego di risorse volte al rafforzamento della capacità di controllo della frontiera del Gambia, sia sotto il profilo della cessione di materiali utili a tale scopo (es. 2 minibus da 30 posti, 20 autovetture fuoristrada, 20 metal detector portatili e 20 computer notebook) sia per la formazione di personale gambiano impiegato nei controlli alle frontiere⁶⁶.

Il Ministero, a fronte delle potenziali ripercussioni negative della *disclosure* sulle relazioni internazionali con il Gambia, si era tuttavia pronunciato con diniego di accesso, successivamente impugnato dapprima dinnanzi al TAR e poi al Consiglio di Stato.⁶⁷ Con sentenza non definitiva, quest'ultimo aveva anzitutto stabilito che, ai fini dell'accesso civico, dovesse accertarsi non tanto la *natura politica* dell'accordo con il Gambia, quanto la sua natura vincolante, tale da escluderne la sua qualificazione come intesa tecnica⁶⁸. Al fine di poter procedere a tale valutazione, i giudici di Palazzo Spada avevano pertanto richiesto al Governo una relazione ministeriale sul contenuto dell'accordo entro il termine di sessanta giorni.

All'esito di tale accertamento, si è infine stabilito, con sentenza definitiva del 18 ottobre 2022, la natura non giuridica dell'accordo tra Italia e Gambia, e, conseguentemente, la sua riconducibilità all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5-bis, comma 1, lett. a) e d) del d.lgs. 33/2013. Esso, pertanto, ha escluso l'illegittimità del diniego di accesso per *ragioni di sicurezza*, sulla base di due sostanziali argomenti. Da un lato, infatti, la relazione ministeriale avrebbe evidenziato la volontà delle Parti di non dare luogo ad un vero e

⁶⁴ Si veda, Camera dei deputati, XVII Legislatura, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, Documento n. XXXVIII n. 2 vol. 3, anno 2013. A p. 1620, si riporta che il Dipartimento abbia dato luogo a una cooperazione rafforzata con il Gambia tramite l'*Accordo Italia – Gambia per il rafforzamento della cooperazione di polizia nella lotta contro il traffico di migranti e l'immigrazione irregolare*, firmato a Banjul dal Capo della Polizia in data 29 luglio 2010, rinnovato per un altro biennio nel 2012.

⁶⁵ Consiglio di Stato, sentenza non definitiva n. 4735/2022 del 5 maggio 2022, p. 5.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Consiglio di Stato, sentenza n. 8844/2018, cit., pp. 1-2.

⁶⁸ Consiglio di Stato, sentenza non definitiva n. 4735/2022, cit., in particolare pp. 11 – 12 (parr. 8 ss.).

proprio trattato internazionale. Dall'altro lato, il Consiglio di Stato ha richiamato, a supporto della propria decisione, l'art. 2, comma 1, lettera d), del D.M. 16 marzo 2022, recante le categorie di documenti *sottratti all'accesso per motivi attinenti alla sicurezza* da parte del Ministero dell'Interno. Quest'ultimo include, infatti, «i documenti relativi agli accordi intergovernativi di cooperazione e alle intese tecniche stipulati per la realizzazione di programmi militari di sviluppo 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*».

È tuttavia evidente che la pronuncia in questione sia criticabile sotto più profili. Anzitutto, pare che la qualificazione della natura giuridica dell'accordo con il Gambia – che, ai fini della disciplina sull'accesso civico, ha valenza *decisiva* – sia stata stabilita sulla base della sola relazione ministeriale, senza valorizzare adeguatamente gli elementi a sostegno del suo valore vincolante adottati da parte ricorrente. Il Decreto ministeriale richiamato, che si limita ad elencare le categorie di atti sottratti all'accesso, resta infatti gerarchicamente subordinato alla L. 839/1984, che, come già osservato, implica l'ostensione di *tutti* gli atti *che impegnano* lo Stato nelle relazioni internazionali.

Inoltre, anche ammesso che l'atto in questione debba essere qualificato come intesa tecnica, la motivazione del Giudice amministrativo appare assai debole. Non v'è traccia, infatti, del bilanciamento che la disciplina dell'accesso generalizzato impone al ricorrere delle cc.dd. eccezioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 5-bis d.lgs. 33/2013⁶⁹.

A rigor di logica, non si vede poi come la divulgazione di un'intesa di carattere meramente tecnico o amministrativo, inidonea a creare un quadro di obblighi giuridici tra le Parti, possa rappresentare un pericolo per la sicurezza dello Stato o impattare negativamente sulle relazioni internazionali con lo Stato parte. Ciò è tanto più evidente nei casi di cooperazione in materia di migrazione, in cui la *partnership* dell'Italia, costituita da Paesi in via di sviluppo, vanta un potere “contrattuale” decisamente ridimensionato, come emerge anche dalla disamina dei testi degli accordi in forma semplificata, resi pubblici e accessibili in casi analoghi⁷⁰. Eppure, tali considerazioni non hanno trovato

⁶⁹ V. *supra*, par. 2.

⁷⁰ Uno studio sui caratteri generali della cooperazione tra Stati europei e Stati extra-europei in ambito migratorio, evidenzia, infatti il modello c.d. delle “contro-prestazioni sbilanciate”, e cioè dallo scambio di prestazioni estremamente differenti in natura: da un lato, la riammissione, da parte dello Stato africano, di cittadini che siano transitati sul proprio territorio per raggiungere l'Europa; dall'altro lato, il supporto economico per le operazioni di rimpatrio da parte del Paese europeo (v.

spazio nelle argomentazioni del Consiglio di Stato, con conseguenze certamente non limitate al caso specifico. Negli ultimi anni, infatti, intese analoghe a quella con il Gambia sono state sottoscritte dall'Italia con Paesi come Ghana, Senegal e Gibuti⁷¹, finora mai pubblicate. Visto, inoltre, il carattere strategico della cooperazione con gli Stati di origine e transito, è ben plausibile che accordi simili verranno stipulati anche in futuro.

Occorre dunque valutare se, nell'ipotesi in cui – come nel caso appena esposto – siano stati esauriti i rimedi interni esperibili dall'individuo, la mancata ostensione di un trattato possa essere suscettibile di censura innanzi alla Corte EDU.

3. L'incidenza della mancata ostensione dei trattati internazionali sulla libertà di espressione: il diritto a ricevere informazioni detenute dallo Stato

L'omessa pubblicazione degli accordi internazionali può ritenersi anzitutto censurabile sotto il profilo del diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato, incluse quelle contenute in documenti ufficiali come i trattati⁷². Nel quadro convenzionale, tale diritto trova fondamento nell'art. 10 CEDU, a tutela della libertà d'espressione, che contempla esplicitamente anche «il diritto di *ricevere* o di *comunicare* informazioni o idee»⁷³. Per quanto, differentemente da altre convenzioni internazionali⁷⁴, l'art. 10 non faccia espressa

J.P. CASSARINO (a cura di), *Unbalanced reciprocities: Cooperation on Readmission in the Euro-Mediterranean Area*, Middle East Institute, 2010).

⁷¹ Si veda, a tal proposito, il report realizzato da ActionAid, *Come "li aiutiamo a tornarsene a casa loro". La centralità dei rimpatri nell'agenda migratoria, la cooperazione allo sviluppo e le sfide del ritorno in Gambia*, 18 novembre 2019, p. 16, disponibile online su www.actionaid.it.

⁷² W. HINTS, D. VOORHOFF, *Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, nota n. 23, con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU sul punto.

⁷³ Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, Art. 10, par. 1.

⁷⁴ La tutela dell'accesso alle informazioni detenute dallo Stato ha trovato una prima formulazione nell'articolo 19 della Dichiarazione Universale dei diritti umani prevede espressamente che «Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference to *seek*, receive and impart information and idea through any media and regardless of frontiers». Sulla scorta della Dichiarazione, sia l'art. 13 della Convenzione Americana che l'art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici riproducono tale definizione e includono esplicitamente «the right to *seek*... information and ideas of all kinds». Il principio è stato poi applicato dai rispettivi organi di controllo. Per quanto riguarda la prassi del Comitato dei diritti umani, l'inclusione del diritto ad informazioni detenute da parte dello Stato trova riscontro nel *General Comment n. 34; Freedom of opinion and expression*, 21 luglio 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, par. 18. Nel caso *Robert W. Gauthier c. Canada*, il Comitato ha anche sottolineato come la libera comunicazione delle idee e delle informazioni abbia un ruolo fondamentale all'interno della democrazia rappresentativa, in cui è essenziale avere libero accesso alle informazioni relative ai membri degli organi di governo (v. Comitato dei diritti umani, *Robert W. Gauthier v. Canada*, comunicazione No. 633/1995, UN Doc. CCPR/C/65/D/633/1995). Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, si veda il caso *Claude Reyes e altri c. Cile*, 19 settembre 2006.

menzione del diritto di *accedere* alle informazioni in possesso dello Stato⁷⁵, esso ha infatti trovato riconoscimento nella CEDU a partire dalla pronuncia *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria* dell'8 novembre 2016⁷⁶. Quest'ultima, sulla base di un'interpretazione dinamica ed *evolutiva* della Convenzione, ha infatti stabilito che una tutela piena, effettiva e non illusoria della libertà d'espressione passi necessariamente attraverso la possibilità di accedere ad informazioni che consentono all'individuo di determinare ed esprimere il proprio libero convincimento⁷⁷. Alla luce della giurisprudenza successiva, che ha confermato un siffatto orientamento, tale principio può pertanto ritenersi consolidato⁷⁸.

Occorre tuttavia precisare che, nell'ambito della medesima giurisprudenza, la Corte ha ritenuto che il diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato possa trovare applicazione unicamente al ricorrere di determinate condizioni⁷⁹. L'art. 10 CEDU, infatti, non implica la libertà di ricevere *qualsiasi* dato, ma soltanto quella di accedere a informazioni che debbono ritenersi *meritevoli di essere diffuse* sulla base di quattro criteri cumulativi⁸⁰: lo scopo

⁷⁵ Per questa ragione, la possibilità di ricavare dalla CEDU il diritto individuale di accedere alle informazioni detenute dallo Stato è stata per lungo tempo esclusa. La Corte EDU ha appunto reiteratamente stabilito, soprattutto nella giurisprudenza più risalente, che l'art. 10 non conferisce all'individuo un generale diritto di accesso alle informazioni detenute da un'autorità pubblica, né obbliga il governo a fornire tali informazioni all'individuo (tra gli altri, *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81, sentenza del 26 marzo 1987, par. 74; *Gaskin c. Regno Unito*, ricorso n. 10454/83, sentenza del 7 luglio 1989, par. 52; *Sîrbu e altri c. Moldavia*, ricorsi nn. 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01 and 73973/01, sentenze del 15 giugno 2004 parr. 17-19).

⁷⁶ *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, [GC], ricorso n. 18030/11, sentenza dell'8 novembre 2016. Sul lungo percorso che ha condotto al riconoscimento del diritto di accesso alle informazioni detenute dallo Stato all'interno di tale sentenza, v. E. CARPANELLI, *Sul diritto di accesso alle informazioni di interesse pubblico detenute dallo Stato: alcune riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017, 1 ss. Il "trend" di apertura della Corte EDU ad un simile orientamento era già rilevato, da altri autori, anche antecedentemente alla sentenza, v. W. HINTS, D. VOORHOFF, *Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights*, cit., 114 ss., in particolare pp. 124 – 126.

⁷⁷ La tecnica di interpretazione evolutiva è normalmente utilizzata, da parte degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani, per addivenire ad un'interpretazione teleologica degli stessi: essa implica la necessità di garantire che i diritti convenzionalmente garantiti non siano teorici o illusori, ma effettivi, e che dunque debbano essere interpretati «*in light of the present-day conditions*» (al riguardo, v. il *leading-case Airey c. Irlanda*, ricorso n. 6289/73, sentenza del 9 ottobre 1979, parr. 24 - 28).

⁷⁸ Corte EDU, *Girleanu c. Romania*, ricorso n. 50376/09, sentenza del 26 giugno 2018, parr. 68 ss.; *Centre for Democracy and the Rule of law c. Ucraina*, ricorso n. 10090/16, sentenza del 26 luglio 2020, parr. 81 ss.; *Studio Monitori e altri c. Georgia*, ricorsi nn. 44920/09 e 8942/10, sentenza del 30 maggio 2020; *Rovshan Hajiyeve c. Azerbaijan*, ricorsi nn. 19925/12 e 47532/13, sentenza del 9 marzo 2022, parr. 44-45.

⁷⁹ Corte EDU, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, [GC], cit., par. 156.

⁸⁰ Dall'applicazione in concreto dei principi elaborati nella sentenza *Magyar Helsinki* nella giurisprudenza successiva, la Corte verifica la sussistenza di tutte e quattro le condizioni (v., ad es., *Cen-*

della richiesta, la natura delle informazioni richieste, il ruolo del richiedente e la disponibilità delle informazioni⁸¹. Solo nel caso in cui tali requisiti siano soddisfatti, l'inaccessibilità di alcuni documenti potrà in effetti essere considerata come un'interferenza dello Stato con il diritto alla libertà d'espressione. Tuttavia, atteso il carattere non assoluto dell'art. 10 CEDU⁸², una tale interferenza potrà comunque essere ritenuta lecita se risulta regolata da condizioni prescritte dalla legge, considerate necessarie in una società democratica e poste a tutela di interessi pubblici o privati (v. il paragrafo 2 della disposizione)⁸³.

Su indicazione stessa della Corte, la valutazione dei succitati criteri dovrà necessariamente essere calibrata su circostanze specifiche, e, pertanto, sulla base di un'analisi caso per caso. In questa prospettiva, pertanto, l'esempio della segretezza "di fatto" degli accordi in forma semplificata in materia di migrazione può fungere da spunto per verificare, più nel dettaglio, quali siano i requisiti richiesti in concreto da parte della Corte EDU.

Anzitutto, è necessario che le informazioni di cui si richiede l'accesso siano «pronte e disponibili», e cioè, non richiedano allo Stato l'onere di raccoglierle⁸⁴. Questo non è evidentemente il caso dei trattati internazionali conclusi dall'Esecutivo, che sono di per sé nella piena disponibilità di organi dello Stato. Inoltre, pare che gli accordi relativi al controllo delle frontiere possano soddisfare anche le altre condizioni previste dal "test" di *Magyar Helsinki*: la CEDU tutela infatti la diffusione delle sole informazioni che, siano, in *natura*, di pubblico interesse, al solo *scopo* di promuovere il dibattito in seno alla società civile⁸⁵. Per le ragioni già menzionate, la richiesta di accesso a tutti gli atti che producono un potenziale impatto sul trattamento dello straniero riflette senz'altro entrambe le caratteristiche, dal momento che le decisioni assunte in tema di migrazione riflettono l'orientamento politico dei governanti, che, in un sistema democratico, deve poter essere sindacabile da parte della collettività. Inoltre, il rilievo di pubblico interesse di tali accordi va riscontrato anche alla luce dei potenziali effetti di questi ultimi sui diritti umani dei migranti. Come recentemente riportato anche dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, infatti, le informazioni relative agli abusi dei diritti umani costituiscono, secondo gli Stati membri, informazioni di pubblico interesse⁸⁶.

Centre for Democracy and the Rule of law c. Ucraina, cit., parr. 96 – 101). In altri termini, pare che i quattro requisiti per determinare l'interferenza siano cumulativi.

⁸¹ *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria* [GC], par. 157.

⁸² *Ibidem*, par. 156.

⁸³ *Centre for Democracy and the Rule of law c. Ucraina*, cit., par. 103.

⁸⁴ *Magyar Helsinki...*, cit., par. 169.

⁸⁵ *Magyar Helsinki...*, cit., par. 158.

⁸⁶ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/Rec(2014)7 on the Protection of whistle-blowers*, 30 Aprile 2014, par. I.2. Nello stesso senso, anche l'Assemblea parlamentare

Più variabile, a seconda del caso specificatamente esaminato, è invece la condizione che attiene al *ruolo* di chi richiede l'accesso all'informazione, e che ne rivendica il diritto innanzi alla Corte EDU. Sempre secondo i principi elaborati nel caso *Magyar Helsinki*, l'accesso alle informazioni detenute dallo Stato può trovare copertura convenzionale solo se una richiesta in tal senso è avanzata da soggetti che contribuiscono al dibattito pubblico mediante la circolazione delle idee e delle informazioni⁸⁷. *In primis*, pertanto, tale ruolo è riconosciuto ai giornalisti, che, svolgono, nella vita sociale di ogni Paese, la funzione di «*public watchdog*». La Corte non esclude, tuttavia, che questa possa essere svolta anche dalle ONG e dai singoli attivisti che contribuiscono alla diffusione di idee essenziali ai fini della trasparenza del dibattito pubblico⁸⁸. Nei casi esaminati in dettaglio in questo scritto, istanze di accesso agli atti sono spesso state formulate da associazioni poste a tutela dei diritti dei migranti e i propri consulenti legali, che, in quanto tali, avrebbero plausibilmente la possibilità di far valere con successo le ragioni delle proprie istanze innanzi alla Corte EDU. A tal fine, sarebbero questi ultimi a dover dimostrare di possedere la *qualità di vittima* di una violazione ex art. 10 CEDU⁸⁹.

Occorre tuttavia ribadire che la sussistenza dei requisiti fin qui menzionati non è ogni caso sufficiente affinché la Corte EDU riconosca in capo a tali soggetti il diritto di accesso agli accordi internazionali. È infatti necessario, a tal fine, che l'eventuale diniego di accesso da parte dello Stato non sia giustificabile da uno degli scopi menzionati dall'art. 10 par. 2 CEDU, che, includono, *inter alia*, la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale e la difesa dello Stato.

Applicando i principi generali sull'art. 10 par. 2 CEDU al regime di pubblicità dei trattati vigente nell'ordinamento italiano, *nulla quaestio* sul fatto che i presupposti per la segretezza di tutti i documenti ufficiali trovino fondamento in provvedimenti scritti, aventi rango normativo e, al contempo, muniti dei caratteri di *accessibilità* e *prevedibilità* che sono richiesti dalla CE-

del Consiglio d'Europa, *Resolution 1729 (2010) on the Protection of whistle-blowers*, 29 Aprile 2010, par. 6.1.1.

⁸⁷ *Magyar Helsinki...*, cit., par. 164.

⁸⁸ La ricorrente, nel caso *Magyar Helsinki*, era appunto una ONG che si occupava di diritti umani, con particolare riguardo alle tematiche inerenti al diritto d'asilo e alla protezione internazionale. Nel caso specifico, tuttavia, le informazioni richieste riguardavano la lista dei difensori d'ufficio, rispetto alla quale l'accesso si rendeva necessaria per lo sviluppo di un progetto pubblico.

⁸⁹ A norma dell'art. 34 CEDU, «la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli». La qualità di vittima va dimostrata in sede di ricorso sia da parte delle cc.dd. vittime *dirette* (e cioè da parte di coloro che hanno personalmente subito la violazione dei diritti convenzionali) sia da parte delle cc.dd. vittime *indirette* (es. familiari di vittime decedute).

DU⁹⁰. Maggiori dubbi originano, semmai, dall'identificazione del *parametro normativo applicabile in concreto* in caso di omessa pubblicazione dell'accordo, che, come detto, è condizionata dalla qualificazione di un accordo come trattato *vincolante* a livello internazionale⁹¹. Laddove venga riconosciuto il carattere obbligatorio dell'accordo, l'unico limite alla sua mancata ostensione andrà infatti riscontrato nel segreto di Stato, coerentemente con quanto disposto anche in materia di accesso civico. Viceversa, laddove un atto venga qualificato come intesa di carattere meramente tecnico o amministrativo, la sua pubblicazione andrà incontro ai limiti sottoposti agli atti non soggetti ad obbligo di pubblicazione. In tal caso, pertanto, rileverebbero non solo il segreto di Stato e altri divieti assoluti di divulgazione, ma anche i limiti sanciti dall'art. 5-bis D.lgs. 33/2013, già richiamati.

La distinzione tra le due discipline non escluderebbe, in ogni caso, un bilanciamento, che la Corte EDU è chiamata ad effettuare in ambo le ipotesi. Sia che un atto sia coperto da segreto di Stato, sia che risulti segreto "di fatto", la Corte dovrà compiere un'ulteriore verifica per stabilire se le restrizioni alla libertà d'espressione prescritte dalla legge siano necessarie in una società democratica, e, dunque *proporzionate* a uno degli scopi menzionati dall'art. 10 par. 2 CEDU⁹². Quest'ultimo include, *inter alia*, la sicurezza nazionale, l'integrità del territorio e la difesa dello Stato, senza tuttavia definirli; in quest'ambito, infatti, è riconosciuto agli Stati un ampio *margin of appreciation* circa la determinazione e l'identificazione delle ragioni che possono mettere a rischio la salvaguardia di interessi pubblici⁹³.

Nondimeno, onde evitare abusi da parte dello Stato, la Corte dovrà verificare che le restrizioni all'art. 10 par. 2 abbiano un fondamento normativo convincente e ben costruito⁹⁴, e che siano in grado di resistere ad equo bilanciamento tra interessi contrapposti. Ciò è tanto più valido per la diffusione di informazioni attinenti a materie di pubblico interesse, per le quali «there is a little scope under Article 10 § 2 of the Convention»⁹⁵.

⁹⁰ Sui criteri per interpretare la nozione di restrizione 'prescritta dalla legge', si vedano, a titolo meramente esemplificativo, le sentenze della Corte EDU [GC], *Sunday Times c. Regno Unito* n. 1, ricorso n. 6538/74, sentenza del 26 aprile 1979, par. 47-49.

⁹¹ V. *supra*, par. 2.

⁹² Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976, par. 48.

⁹³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 408.

⁹⁴ *Girleanu c. Romania*, cit., par. 83.

⁹⁵ *Ibidem*, par. 84.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, per gli atti coperti dalla L. 124/2007, l'interesse all'accesso ai trattati andrà bilanciato con interessi come *l'integrità della Repubblica, la difesa delle istituzioni, e dell'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, la difesa militare*; viceversa, per gli atti non coperti da segreto di Stato, con la «sicurezza nazionale» di cui all'art. 5-bis D.lgs. 33/2013, che rappresenta una clausola generale. L'esito di siffatto bilanciamento risulterà in ambo i casi calibrato sulle specifiche circostanze del caso sottoposto all'esame della Corte. Nondimeno, potranno avere rilievo, ancora una volta, alcune indicazioni tratte dalla giurisprudenza precedente, in cui le restrizioni applicate dallo Stato sono state ritenute proporzionate all'esigenza di salvaguardare la «sicurezza nazionale» *ex art. 10 par. 2 CEDU* per finalità di contrasto al terrorismo, ad attività sovversive o finalizzate allo spionaggio⁹⁶. Sembra, pertanto, che la Corte tenda a ritenere sproporzionate tutte le limitazioni che esorbitino dall'esigenza di scongiurare pericoli *particolarmente* gravi, che plausibilmente potrebbero verificarsi in caso di divulgazione di alcune informazioni. Alla luce di un'interpretazione tanto restrittiva del concetto di sicurezza nazionale, pare, pertanto, che l'ostensione degli accordi in forma semplificata in materia di migrazione – stando anche a quanto si è già detto sul loro contenuto e sulle loro effettive implicazioni – non possa rientrare in queste ipotesi.

In definitiva, non sembra che i limiti di cui all'art. 10 CEDU possano resistere a un ipotetico ricorso alla Corte EDU per casi di diniego di accesso civico analoghi a quelli finora esposti. Posto che, per gli esempi esaminati, il termine per far valere tali rimozioni è già ampiamente scaduto⁹⁷, non è dunque da escludersi che le considerazioni qui esposte non possano valere nell'ambito di contenziosi futuri. Esse, peraltro, lungi dall'esaurire la propria rilevanza nel contenzioso sovranazionale, potrebbero eventualmente ritenersi valide anche ai fini dei giudizi nazionali. L'orientamento della Corte EDU in materia di libertà d'espressione costituisce infatti un criterio interpretativo determinante sia per il giudice comune che per il giudice costituzionale, entrambi tenuti ad una lettura delle disposizioni di diritto interno – Art. 21 Cost. incluso – anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. Secondo quanto stabilito dalle note “sentenze gemelle” della Corte Costituzionale 348 e 349 del 2007, le norme della CEDU – che assumono il rango di *norma interposta* tra Costituzione e legge ordinaria – fungono infatti da parametro per valutare la costituzionalità delle leggi nell'ambito del giudizio di legittimità

⁹⁶ E. CARPANELLI, *State Secrecy and International Human Rights Law*, cit., p. 132.

⁹⁷ Il termine entro il quale un ricorso deve essere presentato alla Corte EDU è stato ridotto da sei a quattro mesi a seguito dell'entrata in vigore, il 1° agosto 2021, del Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

dinnanzi alla Corte costituzionale⁹⁸. Al contempo, esse debbono essere considerate anche dal giudice comune, che, in caso di conflitto tra norma interna e norma sovranazionale, sarà tenuto a risolvere l'antinomia in via interpretativa, salva la possibilità di poter sollevare questione di legittimità costituzionale nel caso di inconciliabilità insanabile⁹⁹.

4. La correlazione tra accordi segreti e diritto ad un rimedio effettivo. Spunti di riflessione sulla tutela del diritto di accesso alla giustizia in senso ampio

A seguito dell'analisi sull'applicabilità dell'art. 10 CEDU, è poi lecito domandarsi se il diritto internazionale dei diritti umani ponga ulteriori argini all'utilizzo del segreto nell'attività politica. In particolare, occorre interrogarsi sui rimedi che, a prescindere dalla richiesta di accesso civico ai trattati, offrono tutela al singolo individuo che subisca gli effetti negativi del trattato segreto, e che, pertanto, assumerebbe la qualità di vittima nel giudizio innanzi alla Corte. Da questa prospettiva, assume rilevanza la prassi registratasi a proposito degli effetti della segretazione sui diritti *processuali* dell'individuo direttamente interessato dal trattato, e, in particolare, sul diritto a un rimedio effettivo.

Nella prassi, alcune – caute – aperture, al riguardo, sembrano essersi registrate in relazione all'apposizione del segreto di Stato su documenti funzionali all'esercizio dell'azione penale. Ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza della Corte EDU sulle cc.dd. *extraordinary renditions*, e cioè, ai casi di consegna di presunti terroristi ai servizi segreti, allo specifico scopo di consentire forme di detenzione e di interrogatorio «al di fuori del normale siste-

⁹⁸ C. cost., sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007. I riferimenti bibliografici in commento a tali sentenze, nonché quelli sull'«eredità» - intesa come impatto nei giudizi successivi - di quest'ultime, sono numerosissimi. Fra gli altri, D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, n. 1/2008, pp. 133-136; M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, 3564 ss.; F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, n. 2/2009, 213 ss. Sulla recente applicazione dei principi elaborati dalle "sentenze gemelle" nei giudizi interni, e sui fraintendimenti che queste ultime hanno generato a proposito della nozione di diretta applicabilità dei trattati internazionali, si vedano i recenti scritti di D. RUSSO, *Sulla diretta applicabilità della CEDU nel giudizio di cassazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2022, 49 ss.; e, *ivi*, A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU della giurisprudenza del giudice comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove problematiche*, 65 ss. con rinvio ai relativi riferimenti giurisprudenziali.

⁹⁹ Si veda, in particolare, la già citata sentenza n. 349/2007: «Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma» (par. 6.2).

ma giuridico»¹⁰⁰. Qui, infatti, è più volte emerso come la segretezza della corrispondenza e degli accordi tra i servizi segreti coinvolti nelle operazioni in questione avesse ostacolato lo svolgimento delle indagini negli ordinamenti interni, conducendo sovente all'impunità dei responsabili¹⁰¹. In questi casi, gli Stati convenuti sono pertanto stati condannati per la violazione degli obblighi procedurali correlati all'art. 3 CEDU e all'art. 8 CEDU¹⁰², che impongono lo svolgimento di un'inchiesta effettiva e tale da condurre all'accertamento della c.d. "verità" processuale¹⁰³. Per le medesime ragioni, è stata anche accertata la violazione dell'art. 13 CEDU, avente ad oggetto il diritto a un rimedio effettivo, e cioè il diritto di far valere le violazioni di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione davanti a un'istanza nazionale, «anche quando la violazione sia

¹⁰⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 222, che riprende la definizione formulata, per questi casi, dalla stessa Grande Camera della Corte EDU nella sentenza *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, 13 dicembre 2012, par. 221. Le *extraordinary renditions* sono state definite come una vera e propria prassi, avviata sulla spinta degli Stati Uniti negli anni successivi all'attacco terroristico alle *Twin Towers* dell'11 settembre 2001, e hanno posto seri problemi di compatibilità con gli obblighi vincolanti gli Stati in materia di diritti umani. Sul tema in generale, S. EGAN, *Extraordinary Rendition and Human Rights. Examining State Accountability and Complicity*, Springer, Berlino, 2019.

¹⁰¹ Nella sentenza *Nasr e Gbali c. Italia*, ric. n. 44883/09, 23 febbraio 2016, la Corte EDU, chiamata a valutare la responsabilità dello Stato italiano per violazione dell'art. 3 CEDU, ha rilevato come l'apposizione del segreto avesse inciso sul rispetto degli obblighi procedurali correlati al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, che impongono allo Stato di indagare in modo efficace ed effettivo. Il caso, in particolare, riguardava la *extraordinary rendition* di Abu Omar, un cittadino egiziano sospettato di affiliazione ad organizzazioni terroristiche, sequestrato a Milano da diversi agenti della CIA e successivamente sottoposto a torture e trattamenti inumani e degradanti in Egitto. Le indagini su questo caso, in cui risultavano aver cooperato agenti dei servizi segreti italiani e statunitensi, sono state non di poco state ostacolate dall'apposizione del segreto di Stato sugli atti relativi alla corrispondenza tra agenti italiani e stranieri; si vedano, al riguardo, E. CARPANELLI, "Extraordinary renditions" e diritti umani: alcune riflessioni sul caso "Abu Omar", in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2013, p. 315 ss. (precedente alla sentenza della Corte EDU; T. SCOVAZZI, *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso Abu Omar*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2016, 157 ss. La correlazione tra mancanza di trasparenza ed ineffettività delle indagini è stata tuttavia individuata anche nel caso *El-Masri c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, cit., par. 191; *Al Nashiri c. Polonia e Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, 7511/13, 24 luglio 2014, parr. 485 - 493; *Abu Zubaydah c. Lituania*, ric. n. 46454/11, 31 maggio 2018, parr. 618 - 619.

¹⁰² V. riferimenti giurisprudenziali di cui alla nota precedente.

¹⁰³ A questa giurisprudenza hanno fatto riferimento quelle voci della dottrina che hanno auspicato il riconoscimento, da parte della Corte EDU, del c.d. "diritto alla verità" sancito da altri fonti di rilievo internazionale, come la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate (New York, 2006), preambolo e art. 24, par. 248. Non essendo questa la sede opportuna per trattare con eshaustività il tema del diritto alla verità nel quadro della CEDU, si rinvia ad ampia letteratura sul tema: N. NAPOLETANO, *Extraordinary renditions, tortura, sparizione forzata e "diritto alla verità": alcune riflessioni sul caso El-Masri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2013, pp. 331 ss.; E. CARPANELLI, *State Secrecy and International Human Rights Law*, cit., 193 ss.; A. PANEPINTO, *The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions*, in *Legal Studies*, 2017, 739 ss..

stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»¹⁰⁴.

Pur riconoscendo una correlazione tra segreto e diritto a un rimedio effettivo, l'orientamento in questione non può tuttavia considerarsi indicativo di un divieto "assoluto" di utilizzo della segretezza nell'attività politica. La censura della mancata ostensione di atti e documenti ufficiali da parte della Corte è limitata ai soli casi in cui questa precluda il rispetto degli obblighi relativi ad altre disposizioni convenzionali, venendo così valutata *al pari di* qualsiasi altra circostanza tale da produrre il medesimo effetto¹⁰⁵. Peraltro, la garanzia di un diritto a un rimedio effettivo non è *autonoma*, bensì ancillare rispetto agli altri obblighi convenzionali: l'art. 13, infatti, può essere invocato solo in combinato disposto con altre norme della CEDU¹⁰⁶.

In concreto, tale ultima circostanza può notevolmente influenzare le argomentazioni della Corte a seconda dell'esito dell'accertamento delle *altre* violazioni sottoposte a scrutinio. Laddove la violazione delle norme invocate congiuntamente all'art. 13 CEDU sia ritenuta infondata, viene infatti sovente esclusa anche la lesione del diritto a un rimedio effettivo. Quantomeno, tali sono le conclusioni che possono ricavarsi dal confronto, a titolo esemplificativo, tra due casi relativi al controllo della migrazione, in cui la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sul valore di accordi non pubblici.

Nel 2012, nella storica sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*¹⁰⁷, i giudici di Strasburgo, chiamati a pronunciarsi sulla prassi delle intercettazioni e del successivo respingimento di imbarcazioni cariche di migranti verso la Libia, hanno accolto le tesi dei ricorrenti, che sostenevano di essere stati privati della possibilità di presentare un ricorso effettivo anche a causa *dell'assenza di una base normativa* per le operazioni che li aveva coinvolti¹⁰⁸. Queste ultime, infatti, stando alle dichiarazioni del Governo, trovavano fondamento nel solo *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*, firmato nell'agosto del 2008 e ratificato nel febbraio del 2009¹⁰⁹, e che, tuttavia, non riporta nel testo alcun rife-

¹⁰⁴ *Nasr e Ghali*, cit. par. 327.

¹⁰⁵ Questa nostra tesi pare essere suffragata anche sulla base di quanto riportato dalla stessa Corte EDU nel più recente caso *Al-Nashiri c. Romania*, ric. n. 33234/12, 31 maggio 2018, par. 644, dove si legge «The Court does not find it necessary to establish whether, and if so to what extent, restrictions on public access to the annexes impacted on the adequacy of the Romanian Senate's inquiry. For the Court's assessment the central question is whether that inquiry was capable of "leading to the identification and punishment of those responsible", which is an indispensable element of an "effective investigation" for the purposes of Article 3 (see paragraph 638 above).»

¹⁰⁶ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, cit., p. 272; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 481.

¹⁰⁷ *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. no. 27765/09, 23 febbraio 2012 (trad. italiana).

¹⁰⁸ *Ibidem*, par. 188.

¹⁰⁹ *Ibidem*, par. 13.

rimento esplicito all'esecuzione dei respingimenti¹¹⁰. I ricorrenti, in ogni caso, non erano stati informati della conclusione dell'accordo, né tantomeno dei suoi contenuti, né in prossimità né durante l'esecuzione delle procedure di espulsione¹¹¹. A tal proposito, la Corte, riferendosi genericamente alle garanzie da osservarsi nei casi di allontanamento degli stranieri, ha qui concluso che «la mancanza di informazioni costituisce un *ostacolo maggiore all'accesso alle procedure d'asilo* [...]» ribadendo, altresì, «l'importanza di garantire alle persone interessate da una misura di allontanamento, misura le cui conseguenze sono potenzialmente irreversibili, *il diritto di ottenere informazioni sufficienti* per permettere loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi»¹¹². Tali considerazioni, riferite al *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*, sembrano pertanto tanto più valide per tutti i casi in cui la ratifica del trattato non sia nemmeno avvenuta, come ormai accade, in tempi più recenti, nella stragrande maggioranza delle ipotesi.

Ad ogni modo, quanto acquisisce massima rilevanza ai nostri fini è che la sentenza in questione individui un nesso tra la mancanza di pubblicità di accordi bilaterali che incidono sul trattamento dei migranti e il diritto delle vittime di poter contestare una misura illecita di respingimento verso il Paese d'origine. Tale orientamento, tuttavia, non ha trovato riscontro nella successiva sentenza *Khlaifia*, già menzionata, in cui il diritto a un rimedio effettivo è stato invocato congiuntamente al divieto di espulsione collettive di cui all'art. 4 Protocollo 4 CEDU. Differentemente da quanto accertato dal giudizio di Camera¹¹³, la Grande Camera ha qui escluso che le modalità di rimpatrio dei ricorrenti avessero dato luogo ad un'espulsione collettiva, dal momento che i provvedimenti di espulsione – ancorché standardizzati e identici nei contenuti – erano stati emessi singolarmente. Conseguentemente, la Corte ha ritenuto che i migranti avessero avuto la possibilità di contestare il contenuto dei provvedimenti di espulsione, senza tenere in considerazione che, come ammesso dal Governo stesso, questi ultimi si inserivano nel contesto della cooperazione con la Tunisia, finalizzata a favorire procedure di rimpatrio semplificate ed accelerate. È a fronte di tali argomenti, in ogni caso, che la Corte ha ritenuto di essere *sollevata* dal compito di indagare sulla natura e la qualificazione giuridica dell'accordo¹¹⁴.

¹¹⁰ *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione*, cit.

¹¹¹ Ibidem, par. 9-21.

¹¹² Ibidem, par. 204 (trad. italiana). Si veda anche *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC], ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011 par. 304.

¹¹³ *Khlaifia e altri c. Italia*, seconda sezione, 1° settembre 2015, cit., parr. 169 – 173.

¹¹⁴ *Khlaifia c. Italia* [GC], cit., par. 255.

Nel caso *Khlaifia*, una simile conclusione rappresenta senz'altro un'occasione mancata, atteso che la Corte avrebbe invece potuto ribadire, come già fatto in passato, che la conclusione di accordi internazionali – pubblici o meno – entrati in vigore dopo la CEDU, non esonerano gli Stati membri dalla responsabilità che origina dalla violazione delle disposizioni convenzionali¹¹⁵. Una simile presa di posizione, peraltro condivisa dal giudice Serghides nella propria opinione dissenziente allegata al giudizio¹¹⁶, avrebbe potuto contribuire a sgomberare ogni dubbio circa la validità di questi accordi sul piano internazionale e a chiarirne il rapporto con le altre fonti di diritto. È pertanto auspicabile che la Corte possa soffermarsi su questi aspetti nei casi al momento pendenti, che originano dall'esecuzione del Memorandum d'intesa tra Italia e Libia¹¹⁷ e del Memorandum tra Italia e Sudan¹¹⁸. Nei ricorsi relativi a tali ultimi casi, mancano, tuttavia, specifiche allegazioni sugli effetti della conclusione di accordi “informali” in materia di migrazione *in sé*, e dunque *a prescindere* dalla loro esecuzione¹¹⁹. La questione resta dunque aperta, anche se, dal punto di vista di chi scrive, la possibilità di contestare la mancanza di pubblicità di accordi di tale portata sarebbe censurabile sotto il profilo del diritto di accesso alla giustizia in senso *ampio*. Quest'ultimo, infatti, nel quadro delle fonti internazionali, non trova fondamento nel solo diritto a un rimedio effettivo, in molteplici disposizioni, fra loro complementari, che fungono da base normativa¹²⁰.

In questa prospettiva, la segretazione dei trattati potrebbe essere censurabile anche a norma dell'art. 6 par. 1 CEDU, finora tuttavia mai invocato in giudizi correlati alla gestione della migrazione. Tale disposizione, che disciplina il diritto ad un equo processo dinnanzi a un tribunale indipendente e imparziale, include – secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato – anche il diritto di accesso al giudice *in sé*, e dunque in maniera autonoma e indipendente dalla violazione di un altro diritto previsto dalla CEDU¹²¹. Visti

¹¹⁵ Corte EDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, no. 61498/08, par. 128, 2010, e *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* [GC], n. 45036/98, § 154, CEDU 2005–VI

¹¹⁶ V. *Khlaifia c. Italia* [GC], cit., opinione dissenziente del giudice Serghides.

¹¹⁷ Ricorso n. 21660/18, *S.S. e altri c. Italia*, comunicato al Governo italiano il 26 giugno 2019.

¹¹⁸ Ricorso n. 18787/17, *W.A. e altri c. Italia*, comunicato al Governo italiano il 24 novembre 2017.

¹¹⁹ I ricorsi presentati alla Corte, nei casi citati alle due note precedenti, sono disponibili su www.hudoc.echr.coe.int, nella sezione “Communicated cases”.

¹²⁰ Per approfondimenti, si veda EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European law relating to access to justice*, gennaio 2016, disponibile in formato *open access* al sito www.fra.europa.eu.

¹²¹ La Corte EDU ha per la prima volta interpretato l'art. 6 CEDU in tal senso nell'ambito del noto giudizio *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975. Il caso in questione riguardava un detenuto che sosteneva di non aver potuto, sulla base della legge inglese, prendere contatti con un avvocato per denunciare un agente della polizia penitenziaria. In questo

gli esiti della prassi sul diritto a un rimedio effettivo, invocare tale disposizione consentirebbe forse di evidenziare come la mancanza di pubblicità dei trattati inibisca *a monte* la possibilità di conoscere la base giuridica dei respingimenti o delle riammissioni semplificate e/o accelerate, vanificando così del tutto il diritto di poterne contestare la legittimità in sede giudiziale.

5. Conclusioni

In una società democratica che rincorre *standards* sempre più elevati di trasparenza, l'attività di governo dovrebbe essere del tutto sgombra da meccanismi che sottraggono le scelte politiche allo scrutinio dei cittadini. In questo contesto, la segretezza dei trattati internazionali, che costituiscono espressione della volontà politica dello Stato nelle relazioni con l'estero, risulta pertanto contraria ai valori fondanti dello Stato di diritto. Al contempo, laddove le decisioni assunte a livello internazionale impattino sulle posizioni dei singoli individui, la mancata diffusione dei loro contenuti può ledere irrimediabilmente anche i diritti fondamentali dei diretti interessati.

Il presente contributo ha inteso esaminare, in particolare, il caso in cui la segretezza dei trattati internazionali – indipendentemente dalla *forma* con cui sono stati conclusi – possa compromettere la tutela dei diritti previsti dalla CEDU. Dall'analisi, è emerso come una simile prassi sollevi, in potenza, serie questioni di compatibilità con gli articoli 10, 13 e 6 CEDU, rispettivamente a tutela della libertà d'espressione, del diritto all'equo processo e del diritto a un rimedio effettivo. Muovendo dall'esempio degli accordi in forma semplificata stipulati dall'Italia con finalità di controllo dell'immigrazione, si è evidenziato come, al ricorrere di determinate condizioni, sia possibile contestare dinnanzi al giudice sovranazionale i casi in cui non sia possibile di fatto accedere a documenti che, per effetti e contenuti, dovrebbero invece ricevere la massima diffusione. In quest'ottica, la tutela del sistema convenzionale, ancorché circoscritta, costituisce uno dei limitati rimedi esperibili dall'individuo per erodere progressivamente l'aura di segretezza che ancora circonda le relazioni internazionali. Non bisogna poi sottovalutare il ruolo che tali disposizioni convenzionali giocherebbero dinnanzi al giudice nazionale, posto che la

caso, la Corte EDU ha interpretato l'art. 6 par. 1 CEDU sulla base delle norme in tema di interpretazione dei trattati previste dalla Convenzione di Vienna del 1969, più volte citate. In particolare, essa ha ritenuto che «[...] il diritto di accesso [alla giustizia] costituisce un elemento inerente al diritto sancito dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera a). Non si tratta di un'interpretazione estensiva che impone obblighi nuovi per gli Stati contraenti: si basa sui termini stessi della prima frase dell'articolo 6, paragrafo 1, letta nel suo contesto e considerando l'oggetto e lo scopo della Convenzione. oggetto e lo scopo della Convenzione, che è un trattato legislativo» (*ivi*, par. 36).

CEDU costituisce un parametro interpretativo determinante nell'ambito dei giudizi interni.

L'allargamento delle vie di contenzioso, nonché del novero delle disposizioni applicabili ai casi in questione, resta, in ogni caso, soltanto una delle vie percorribili per sciogliere il binomio inestricabile tra politica e segretezza. Spetta infatti innanzitutto alle istituzioni prendere coscienza delle responsabilità che derivano dall'inconciliabilità tra ragion di Stato e violazione dei diritti fondamentali.