



L'accesso alle intese informali in materia di riammissione tra vincoli di riservatezza e obblighi di pubblicazione

Martina Previatello*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le intese informali in materia di riammissione concluse dall'Unione europea. – 2. L'impossibilità di accesso alle intese informali. – 3. Le decisioni del Mediatore europeo che confermano l'impossibilità di accesso. – 4. Il problema della compatibilità con i Trattati della mancanza di pubblicità delle intese informali. – 5. Conclusioni.

1. L'art. 79, par. 3, TFUE attribuisce all'Unione europea la competenza a concludere accordi di riammissione con i Paesi terzi di origine o di provenienza degli stranieri in condizione di soggiorno irregolare.

Si tratta di accordi internazionali, stipulati secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE, volti a facilitare la collaborazione dei Paesi terzi nel rimpatrio delle persone che si trovano irregolarmente sul territorio di uno Stato membro. Essi disciplinano le modalità tecnico-operative della riammissione.

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Trieste.

Questi accordi si rivelano di grande utilità nei casi in cui lo straniero da espellere non possa essere identificato perché non dispone di documenti o li ha occultati: in questi casi la riammissione è possibile solo se le autorità del Paese terzo di destinazione collaborano nell'identificazione del soggetto e, una volta effettuata questa operazione, accettano di riammetterlo sul loro territorio¹.

Gli accordi di riammissione contengono disposizioni che sono complementari rispetto alla disciplina dettata dalla direttiva rimpatri². Infatti, la procedura di riammissione è attivabile soltanto dopo che le autorità nazionali competenti hanno adottato, conformemente a quanto disposto dalla direttiva, una decisione di rimpatrio che “attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio”³. La cooperazione con i Paesi di origine e di transito mira a favorire l'effettiva esecuzione di queste decisioni.

L'Unione incontra spesso delle difficoltà nella negoziazione e nella conclusione di accordi di riammissione. In effetti, a trarre vantaggio da questi accordi è soprattutto l'Unione europea; l'interesse degli Stati terzi di origine e di transito dei flussi migratori a favorire la riammissione è alquanto limitato, se non addirittura nullo.

In effetti, pur contenendo obblighi reciproci, detti accordi comportano costi e benefici asimmetrici in capo alle Parti: nei Paesi terzi di origine essi hanno ripercussioni negative dal punto di vista politico, economico e sociale⁴.

¹ Sugli accordi di riammissione conclusi dall'Unione europea v. *ex multis*, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 430 ss.; I. OTTAVIANO, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in F. CHERUBINI (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, 2015, p. 99 ss.; J.-P. CASSARINO, *Readmission Policy in the European Union – Study*, Bruxelles, 2010; G. CELLAMARE, *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 369 ss.; N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, 2008.

² Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

³ Art. 3, n. 4, direttiva 2008/115/CE, cit.

⁴ J.-P. CASSARINO, *Readmission, Visa Policy and the “Return Sponsorship” Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum*, in *ADiM Blog, Analyses & Opinions*, November 2020, p. 4.

In particolare, gli accordi di riammissione incontrano una forte opposizione da parte dell’opinione pubblica dei Paesi partner: tale ostilità è legata al fatto che l’emigrazione, anche irregolare, è considerata da questi Paesi un mezzo per diminuire il livello di disoccupazione interna e, al contempo, per favorire l’economia nazionale, che in molti casi dipende dalle rimesse degli espatriati⁵.

Per superare queste difficoltà l’Unione ha elaborato diverse strategie, che vanno dall’inserimento di clausole di riammissione all’interno di più ampi accordi di associazione e cooperazione conclusi con i Paesi terzi, all’utilizzo di incentivi e di leve in materia di rilascio di visti di breve durata nell’area Schengen⁶. A tal riguardo, si pensi, da un lato, alla negoziazione “in parallelo” di accordi di facilitazione per il rilascio dei visti di breve durata con i partner che accettano di concludere gli accordi di riammissione e, dall’altro, al meccanismo di cui all’art. 25 *bis* del Codice Visti⁷, che consente all’Unione di applicare alternativamente misure positive o restrizioni in materia di rilascio dei visti a seconda del grado di collaborazione dimostrato dai Paesi terzi in materia di riammissione⁸.

In seguito alla crisi migratoria del 2015, a tali soluzioni si è affiancato un nuovo approccio, consistente nell’inserire la cooperazione in materia di riammissione all’interno di una cornice giuridica più flessibile e informale, pur di raggiungere l’obiettivo prefissato, ossia un aumento del tasso di esecuzione delle decisioni di rimpatrio.

Questa nuova strategia si fonda sulla stipulazione di “accordi pratici alternativi, distinti dagli accordi negoziati, che producano risultati equivalenti in termini di cooperazione sui rimpatri reali”⁹. La funzione

⁵ V. relazione speciale della Corte dei Conti n. 17 del 2021, *La cooperazione dell’UE con i paesi terzi in materia di riammissione: azioni pertinenti hanno prodotto risultati limitati*, punto 39.

⁶ S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, pp. 438-439.

⁷ Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti).

⁸ Sul meccanismo di cui all’art. 25 *bis* del Codice dei visti si veda in dottrina S. NICOLOSI, *Refashioning the EU Visa Policy: A New Turn of the Screw to Cooperation on Readmission and to Discrimination?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 22, 2020, p. 467 ss.

⁹ V. relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Quinta relazione sui progressi compiuti relativamente al quadro di*

e, in alcuni casi, anche il contenuto di queste intese, sono analoghi a quelli degli accordi di riammissione. Tutte le intese informali sinora concluse contengono una clausola in cui le parti precisano che tali strumenti non costituiscono accordi internazionali vincolanti, né intendono far sorgere in capo alle parti diritti od obblighi in base al diritto internazionale.

In altri termini, si tratterebbe di intese politiche, concluse tra l'Unione e quei Paesi terzi di origine dei flussi migratori che, seppure non disposti ad avviare con l'Unione i negoziati per la conclusione di veri e propri accordi internazionali, intendono nondimeno impegnarsi con essa – sul piano politico e attraverso forme di cooperazione operativa – a riammettere i propri cittadini. Questi atti andrebbero quindi ricondotti alla categoria delle “intese non giuridiche” che, secondo la dottrina internazionalistica, “non pretendendo di avere natura giuridica, valgono finché valgono”, vale a dire “valgono se e finché sono applicate dalle parti”¹⁰.

Com'è stato rilevato da diversi autori¹¹, questa prassi potrebbe sollevare alcune criticità sotto il profilo del rispetto dei vincoli derivanti dal diritto primario dell'Unione, specialmente laddove gli strumenti

partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, 6 settembre 2017, COM (2017) 471, pp. 2 e 3.

¹⁰ V. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2018, pp. 80 e 81.

¹¹ C. MOLINARI, *EU Readmission Deals and Constitutional Allocation of Powers: Parallel Paths that Need to Cross*, in E. KASSOTI, N. IDRIZ (eds.), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*, The Hague, 2022, p. 15 ss.; F. CASOLARI, *The Unbearable “Lightness” of Soft Law: on the European Union's Recourse to Informal Instruments in the Fight Against Irregular Immigration*, in F. IPPOLITO, G. BORZONI, F. CASOLARI (eds.), *Bilateral Relations in the Mediterranean*, Cheltenham, 2020, p. 215 ss.; A. OTT, *Informalization of EU Bilateral Instruments: Categorization, Contestation, and Challenges*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 569 ss., spec. pp. 591 e 592; S. CARRERA, *On Policy Ghosts: EU Readmission Arrangement as Intersecting Policy Universes*, in S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. PANIZZON, D. KOSTAKOPOULOU (eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Leiden, 2019, p. 21 ss.; J. S. VARA, *Soft International Agreements on Migration Cooperation with Third Countries: a Challenge to Democratic and Judicial Controls in the EU*, in S. CARRERA, J. S. VARA, T. STRIK (eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis. Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, 2019, p. 21 ss.; C. WARIN, Z. ZHEKOVA, *The Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU: EU External Policy and the Recourse to Non-binding Law*, in *Cambridge International Law Journal*, 2017, p. 143 ss.

informali siano utilizzati in alternativa a quelli per cui i Trattati prevedono un'espressa base giuridica.

In effetti, l'utilizzo di strumenti non vincolanti potrebbe condurre ad aggirare i vincoli e le garanzie poste dai Trattati all'esercizio dell'azione esterna dell'Unione, in particolare quelli relativi al ruolo del Parlamento europeo nella stipulazione degli accordi.

A tal riguardo, è importante sottolineare che nella procedura seguita per l'adozione delle intese informali il Parlamento europeo non è in alcun modo coinvolto: a differenza di quanto avviene per gli accordi internazionali conclusi *ex art. 218 TFUE*¹², esso non è chiamato ad approvare la decisione di conclusione dell'accordo o ad esprimere un parere in proposito, né riceve informazioni esaustive nel corso della procedura¹³.

Inoltre, ai fini del presente lavoro va ricordato che la conclusione di intese informali determina, nella prassi corrente, l'elusione degli obblighi di pubblicazione degli accordi, discendenti dall'art. 297 TFUE. A differenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione, dette intese non sono pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Anzi, in alcune ipotesi, come si dirà a breve, esse non sono in alcun modo rese pubbliche.

Il presente contributo intende soffermarsi su quest'ultimo punto. Dopo aver fatto emergere la difficoltà di accesso al testo delle intese informali in materia di riammissione e agli atti che hanno condotto alla loro conclusione, ci si interrogherà sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della mancanza di pubblicità di tali atti.

2. L'Unione europea ha finora concluso sei intese in materia di riammissione con i seguenti Paesi terzi: Afghanistan, Gambia, Guinea, Bangladesh, Etiopia e Costa d'Avorio. Nessuno di questi documenti è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

¹² Sulla procedura di stipulazione degli accordi internazionali dell'Unione europea v. P. KOUTRAKOS, *EU External Relations Law*, Oxford, 2015, p. 137 ss.; M. GATTI, P. MANZINI, *External Representation of the European Union in the Conclusion of International Agreements*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, p. 1703 ss.

¹³ Sul ruolo del Parlamento europeo nella procedura di conclusione degli accordi internazionali dell'Unione europea v. P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, p. 202 ss.

Le intese con l’Afghanistan, il Bangladesh e l’Etiopia sono le uniche di cui sia stato divulgato il contenuto.

La cooperazione tra Unione europea e Afghanistan è fondata su un’intesa conclusa a Kabul nel 2016, denominata “Azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie dell’UE”, assai più nota con la denominazione inglese “Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU (JWF)”; la collaborazione è stata rinnovata nel 2021 con uno strumento denominato “Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU (JDMC)”, che sostituisce la precedente intesa.

Benché non pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione europea, l’Azione Congiunta e la Dichiarazione congiunta sono disponibili *online* sul sito del Servizio Europeo per l’Azione Esterna (SEAE). Inoltre, il testo dell’Azione Congiunta figura in allegato alla decisione della Commissione relativa alla sua firma¹⁴, che è conservata nel registro dei documenti di quest’ultima istituzione.

La cooperazione con il Bangladesh si basa su un’intesa denominata “Procedure operative standard UE-Bangladesh per l’identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare” (nella denominazione inglese, “EU-Bangladesh Standard Operating Procedures for the Identification and Return of Persons without an Authorisation to Stay –SOP”). Essa è in vigore dal 25 settembre 2017. Il testo dell’intesa è allegato alla decisione della Commissione relativa alla sua firma¹⁵, rinvenibile nel registro dei documenti di detta istituzione.

L’intesa con l’Etiopia, denominata “Draft admission procedures for the return of Ethiopians from European Union Member States”, risulta allegata, in una versione non definitiva, ad una nota inviata dal Segretariato Generale del Consiglio al COREPER¹⁶; l’atto è conservato nel registro dei documenti del Consiglio.

¹⁴ Decisione della Commissione, del 19 settembre 2016, relativa alla firma, a nome dell’Unione europea, di un’“Azione congiunta UE-Afghanistan sulle questioni di migrazione”, C (2016) 6023fin.

¹⁵ Decisione della Commissione, dell’8 settembre 2017, relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l’identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare, C (2017) 6137fin.

¹⁶ Nota Punto “I/A”, Procedure di ammissione per il rimpatrio di cittadini etiopi dagli Stati membri dell’Unione europea, 18 dicembre 2017, 15762/17 LIMITE.

Le intese con Gambia, Guinea e Costa d’Avorio, denominate “EU good practices for the effective operation of the return procedure with Guinea, The Gambia, and the Ivory Coast” non sono state rese disponibili al pubblico. Dell’esistenza (ma non del contenuto) di queste si ha notizia per mezzo di documenti e comunicazioni ufficiali della Commissione¹⁷.

Alcuni privati hanno presentato una richiesta di accesso alle intese con Gambia, Guinea e Costa d’Avorio, ai sensi del reg. (CE) n. 1049/2001¹⁸. Tale richiesta è stata tuttavia rigettata dal Consiglio sulla base dell’eccezione relativa all’interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali, prevista dall’art. 4, par. 1, lett. a), del regolamento citato.

In particolare, il Consiglio ha motivato il rifiuto sottolineando che il successo della cooperazione in materia di riammissione tra l’Unione e questi tre Paesi terzi dipende dall’esistenza di un clima di reciproca fiducia. Il Consiglio ritiene che, in considerazione della delicatezza del tema della riammissione per questi Paesi terzi, la diffusione di informazioni da parte dell’Unione potrebbe avere un impatto negativo sulla cooperazione in corso. La divulgazione del contenuto delle intese potrebbe suscitare nell’opinione pubblica dei Paesi partner una forte opposizione alle riammissioni e indurre i Paesi terzi coinvolti a porre fine alla cooperazione con l’Unione europea¹⁹.

3. Della questione dell’accesso alle intese informali in materia di riammissione è stato investito il Mediatore europeo, il quale ha adottato il 1° settembre 2022 due decisioni nei casi 1271/2022/MIG²⁰ e

¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Relazione sulla migrazione e l’asilo, 29 settembre 2021, COM (2021) 590, nota 30.

¹⁸ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all’accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

¹⁹ Council of the European Union, Note from General Secretariat of the Council to Working Party on Information, Public access to documents – Confirmatory application No 10/c/01/21, 5 May 2021, 7783/21 LIMITE, spec. punto 20.

²⁰ Mediatore europeo, decisione del 1° settembre 2022, sul rifiuto da parte della Commissione europea di concedere l’accesso del pubblico a un accordo informale con la Gambia in merito al rimpatrio di migranti (caso 1271/2022/MIG).

815/2022/MIG²¹. Questi traggono origine da denunce presentate da privati contro il diniego della Commissione e del Consiglio di garantire, nel primo caso, l'accesso al testo dell'intesa informale conclusa dall'Unione con il Gambia e, nel secondo, ad una serie di documenti che recano il testo di tutte le sei intese finora raggiunte, nonché le informazioni relative ai negoziati.

In primo luogo, i denuncianti hanno contestato l'applicazione ai documenti in esame dell'eccezione di cui all'art. 4 del reg. 1049/2001: a tal riguardo, essi hanno affermato che la Commissione e il Consiglio non avrebbero dimostrato in che modo la divulgazione dei documenti richiesti avrebbe potuto nuocere alle relazioni internazionali dell'Unione²². Inoltre, essi hanno sottolineato che l'asserito pregiudizio alle relazioni internazionali si sarebbe già verificato a seguito della divulgazione del testo delle intese concluse con l'Afghanistan e il Bangladesh sui siti Internet di alcune istituzioni: nella misura in cui il contenuto di alcune intese informali sarebbe già di dominio pubblico, l'applicazione dell'eccezione in oggetto perderebbe la sua ragion d'essere²³.

I denuncianti hanno poi aggiunto che, anche a voler ammettere l'astratta applicabilità dell'art. 4 del reg. 1049/2001 agli atti in esame, nel caso di specie sussisterebbe un "overriding mandatory interest in disclosure", consistente nella necessità di garantire una tutela sufficientemente ampia dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti²⁴.

In altre parole, nel bilanciamento tra l'interesse pubblico alla salvaguardia delle relazioni internazionali e la tutela dei diritti fondamentali degli interessati, la seconda esigenza avrebbe dovuto essere ritenuta prevalente; secondo i denuncianti, ciò comportava la necessità di divulgare i documenti suddetti²⁵.

²¹ Mediatore europeo, decisione del 1° settembre 2022, sul rifiuto da parte del Consiglio dell'UE di concedere l'accesso del pubblico a documenti relativi ad accordi informali con Paesi terzi in materia di rimpatrio di migranti (accordi di riammissione) (caso 815/2022/MIG).

²² Lettera inviata dal Mediatore alla Commissione il 15 luglio 2022 in relazione al caso 1271/2022/MIG.

²³ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punti 13 e 17.

²⁴ Lettera inviata dal Mediatore alla Commissione in relazione al caso 1271/2022/MIG, cit.

²⁵ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 13.

In secondo luogo, i denunciati hanno contestato la natura politica dei documenti richiesti. A tal riguardo, essi hanno sostenuto che, in considerazione del contesto e delle circostanze in cui le intese sono state concluse, nonché della condotta delle parti, tali strumenti dovrebbero essere considerati accordi internazionali che, in quanto tali, dovrebbero essere pubblicati sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea²⁶. Essi hanno aggiunto che il Consiglio avrebbe dovuto considerare questi atti come aventi natura legislativa, il che avrebbe richiesto un maggior grado di trasparenza, nonché il coinvolgimento del Parlamento europeo nella procedura di adozione degli stessi²⁷.

Nella procedura davanti al Mediatore europeo, la Commissione ed il Consiglio hanno ribadito la natura politica delle intese informali. Secondo queste istituzioni, si tratterebbe di strumenti di cooperazione operativa che, come emerge dal testo delle intese stesse, non intendono creare alcun obbligo tra le parti: essendo atti non vincolanti, la loro attuazione dipenderebbe soprattutto dalla volontà politica di collaborare in capo alle autorità dei Paesi terzi²⁸.

Ciò posto, il Consiglio e la Commissione hanno sostenuto che la creazione ed il mantenimento di un clima di reciproca fiducia con i Paesi partner sarebbe essenziale per garantire l'applicazione delle intese. La divulgazione del loro contenuto avrebbe ripercussioni negative sul clima di reciproca fiducia esistente, indebolendo la posizione negoziale dell'Unione e riducendo parallelamente la volontà dei Paesi terzi di cooperare²⁹. Il Consiglio e la Commissione hanno aggiunto che la pubblicazione delle intese rivelerebbe gli obiettivi strategici dell'Unione in materia di riammissione, nonché i diversi approcci da essa adottati nei confronti dei vari Paesi partner. Ciò pregiudicherebbe non solo i negoziati in corso, ma anche quelli futuri con altri Paesi terzi³⁰.

La Commissione ha sottolineato che questo rischio sarebbe reale: in passato, infatti, un Paese terzo si sarebbe rifiutato di finalizzare e attuare

²⁶ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 11.

²⁷ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 14.

²⁸ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punti 14-15 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 12.

²⁹ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 12.

³⁰ Decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 11.

un'intesa simile a seguito alla diffusione della notizia dei negoziati in corso³¹.

Secondo la Commissione e il Consiglio, questi motivi giustificerebbero il diniego di accesso ai documenti in esame, a tutela dell'interesse pubblico in ordine alle relazioni internazionali.

A seguito alle denunce, il Mediatore europeo ha aperto due indagini parallele e, nell'ambito di quella riguardante il diniego di accesso ai documenti opposto dal Consiglio³², ha analizzato il testo di tutte le intese informali finora concluse ed ha organizzato un incontro con alcuni membri del Consiglio al fine di richiedere loro spiegazioni aggiuntive, incluse informazioni confidenziali³³.

In esito alle indagini, il Mediatore ha escluso che il diniego di accesso opposto da Commissione e Consiglio integrasse un caso di cattiva amministrazione.

Anzitutto, il Mediatore ha ricordato che le istituzioni dell'Unione godono di un ampio margine di discrezionalità nell'applicazione delle eccezioni di cui all'art. 4, par. 1, lett. a), del reg. 1049/2001, tra cui figura quella relativa alla tutela dell'ordine pubblico in ordine alle relazioni internazionali. Il Mediatore ha sottolineato che, in casi simili, il controllo della legittimità dell'esercizio di tale potere si riduce alla verifica dell'inesistenza di un errore manifesto³⁴. Nel caso di specie, il Mediatore ha escluso che un errore manifesto fosse addebitabile alla Commissione e al Consiglio³⁵.

Inoltre, il Mediatore ha respinto l'argomento dei denunciati, secondo il quale le istituzioni avrebbero dovuto garantire l'accesso al testo delle intese informali in esito al bilanciamento tra l'interesse pubblico alla salvaguardia delle relazioni internazionali e quello relativo alla tutela dei diritti fondamentali, che avrebbe dovuto essere ritenuto prevalente.

³¹ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 16.

³² Caso 815/2022/MIG, cit.

³³ La relazione dell'incontro, sotto forma di rapporto di ispezione del 7 giugno 2022, è disponibile *online* sul sito del Mediatore europeo: v. *Report on meeting of the European Ombudsman inquiry team with the Council of the European Union*.

³⁴ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punti 18-19 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punti 20-21.

³⁵ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punti 20-22 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punti 23-27.

A tal riguardo, le decisioni in esame ricordano che l'interesse pubblico tutelato dall'art. 4, par. 1, lett. a), del reg. 1049/2001 – a differenza di quanto previsto all'art. 4, parr. 2 e 3 del medesimo regolamento – non è soggetto a bilanciamento con altri interessi, dovendo comunque prevalere³⁶.

Secondo il Mediatore, da ciò segue che, ogniqualvolta le istituzioni dell'Unione ritengano che la divulgazione di determinati documenti possa pregiudicare uno degli interessi elencati dall'art. 4, par. 1, lett. a), esse sono tenute a negare l'accesso³⁷.

Infine, per quanto riguarda la natura delle intese informali, le decisioni in esame precisano che il carattere non vincolante di questi strumenti emergerebbe chiaramente dal contenuto degli stessi³⁸. Pur senza affermarlo esplicitamente, in tal modo il Mediatore ha escluso che le intese informali debbano essere concluse secondo la procedura prevista dall'art. 218 TFUE e che le stesse debbano essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come richiede l'art. 13, par. 1, lett. f), del reg. 1049/2001, in relazione agli accordi internazionali conclusi dall'Unione³⁹.

4. Vista la posizione della Commissione e del Consiglio e le decisioni prese dal Mediatore europeo, sembra opportuno, giunti a questo punto, chiedersi se la mancanza di pubblicità delle intese informali in materia di riammissione sia coerente con quanto prescritto dai Trattati.

Invero, al fine di cercare di rispondere a tale interrogativo, potrebbero essere seguiti due diversi approcci.

³⁶ Sul punto v. anche sentenza della Corte del 3 luglio 2014, causa C-350/12 P, *Consiglio / in 't Veld*, punto 90.

³⁷ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 23 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 28.

³⁸ Decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 24 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 29.

³⁹ Dopo aver concluso nel senso della legittimità del rifiuto all'accesso ai documenti opposto dalle istituzioni interessate, il Mediatore precisa che “[t]hat said, given the concerns raised by the complainants (...), every effort should be made to reassure the public that the fundamental rights of migrants are sufficiently protected, and adequate safeguards are in place in this process” (v. decisione del Mediatore nel caso 1271/2022/MIG, cit., punto 25 e decisione del Mediatore nel caso 815/2022/MIG, cit., punto 30).

Il primo consiste in un'analisi volta a stabilire se le intese in esame possano essere considerate alla stregua di veri e propri accordi internazionali: in caso affermativo, infatti, esse dovrebbero essere stipulate, a pena di invalidità, secondo la procedura di cui all'art. 218 TFUE e soprattutto, per quanto più interessa in questa sede, dovrebbero essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, conformemente a quanto disposto dall'art. 13, par. 1, lett. f), del reg. 1049/2001.

Si tratta di un'analisi complessa che richiede, anzitutto, di predeterminare i parametri presi a riferimento per valutare il carattere vincolante o meno di un determinato accordo. Non solo. Si tratta, altresì, di un'analisi casistica, da svolgersi cioè in relazione al testo di ciascun singolo strumento. Com'è evidente, non è questa la sede più appropriata per procedere ad un siffatto esame, né è questo l'obiettivo che il presente contributo persegue.

Intendo pertanto seguire un approccio diverso. Partendo dalla constatazione che questa collaborazione in materia di riammissione è sfociata in intese informali, mi propongo di verificare se è vero che queste intese, o gli atti che conducono alla loro conclusione, non debbano essere pubblicati.

Per effettuare questa valutazione, anzitutto è necessario capire quale sia la procedura seguita per concludere intese informali in materia di riammissione. A tal riguardo, va ricordata la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle intese non vincolanti stipulate con Paesi terzi⁴⁰.

Anzitutto, la Corte di giustizia ha precisato che la competenza a concludere le intese informali spetta alla Commissione in virtù dell'art. 17 TUE, il quale assegna a questa istituzione il compito di promuovere

⁴⁰ Sentenza della Corte del 23 marzo 2004, causa C-233/02, *Francia c. Commissione*, punto 40; sentenza della Corte del 28 luglio 2016, causa C-660/13, *Consiglio c. Commissione*, punti 30-43. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di intese non vincolanti concluse dalla Commissione si veda: P. J. KUIJPER, *Recent Tendencies in the Separation of Powers in EU Foreign Relations: An Essay*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, p. 201 ss., spec. p. 220 ss.; P. GARCÍA ANDRADE, *The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 1, 2016, p. 115 ss.; T. VERELLEN, *On Conferral, Institutional Balance and Non-binding International Agreements: The Swiss MoU Case*, in *europeanpapers.eu*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 1225 ss.

l'interesse generale e di assicurare la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai Trattati.

Inoltre, la Corte ha stabilito che, a garanzia del rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale, enunciato dall'art. 13, par. 2, TUE, la Commissione deve rivolgersi al Consiglio, dapprima per ottenere l'autorizzazione all'apertura dei negoziati e, in seguito, per richiedere l'approvazione delle intese prima della firma. La Corte ha sottolineato che dall'art. 16, par. 1, seconda frase e par. 6, co. 3, TUE, si ricava che spetta al Consiglio "valutare [...] gli interessi dell'Unione nell'ambito delle relazioni con il paese terzo interessato e [...] operare ponderazioni tra gli interessi divergenti rientranti nell'ambito di tali relazioni"⁴¹.

Dal momento che la decisione di stipulare un accordo, indipendentemente dalla sua natura vincolante o meno, implica necessariamente delle valutazioni politiche che, in quanto tali, spettano al Consiglio, il coinvolgimento di questa istituzione è sempre necessario al fine di assicurare che l'accordo corrisponda all'interesse dell'Unione. Tale controllo dev'essere operato sia "a monte", attraverso l'autorizzazione all'avvio dei negoziati, sia "a valle", per mezzo dell'autorizzazione alla firma dell'atto da parte della Commissione⁴².

La prassi della Commissione risulta coerente con queste indicazioni. Ad esempio, prendendo a riferimento la procedura seguita nel caso della Dichiarazione congiunta UE-Afghanistan, si può ricordare quanto segue.

Dopo la necessaria autorizzazione del Consiglio, i negoziati sono stati condotti dalla Commissione e dal SEAE. Il testo dell'intesa è stato adottato dalle parti. Dopo aver ottenuto dal Consiglio l'autorizzazione alla firma, la Commissione ha adottato la relativa decisione, che indica i soggetti incaricati di firmare l'intesa e reca in allegato il testo dell'intesa stessa. Da ultimo, la Dichiarazione congiunta è stata firmata, a nome dell'Unione, dall'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dal Commissario responsabile in materia di migrazione, affari interni e cittadinanza.

⁴¹ Sentenza *Consiglio c. Commissione*, cit., punto 39.

⁴² Sentenza *Consiglio c. Commissione*, cit., punto 43.

Anche l'intesa stipulata dall'Unione con il Bangladesh è stata firmata a seguito di una decisione della Commissione che individua il soggetto incaricato di questo compito e che riporta in allegato il testo dell'intesa.

Ciò detto, è importante qualificare le decisioni menzionate.

Si tratta, a parere di chi scrive, di decisioni di un'istituzione dell'Unione che non designano i destinatari dell'atto⁴³. L'atto infatti è denominato "decisione" e non reca nel dispositivo il soggetto cui è diretta.

Se questa qualificazione è corretta, deve trovare allora applicazione l'art. 297, par. 2, co. 2, TFUE, ai sensi del quale "le decisioni che non designano i destinatari sono pubblicat[e] nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea". A prescindere dalla natura giuridica dell'intesa conclusa, sotto questo profilo quel che conta è che la Commissione adotta una decisione (quella relativa alla firma) che, in forza della disposizione citata, deve essere oggetto di pubblicazione.

Da quanto precede si può quindi concludere che la mancanza di pubblicità delle intese informali in materia di riammissione (o meglio della suddetta decisione che reca in allegato le intese) contrasta con il diritto dell'Unione e, in particolare, con la norma di diritto primario di cui all'art. 297, par. 2, co. 2, TFUE.

A questo punto, ci si può interrogare sulle conseguenze della violazione di questa disposizione. Orbene, al riguardo è opportuno ricordare che l'entrata in vigore e la produzione degli effetti degli atti sono subordinate alla pubblicazione degli stessi sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea⁴⁴.

Da ciò segue che la mancanza di pubblicazione non è motivo di invalidità degli atti, bensì della loro inefficacia, nella misura in cui la produzione degli effetti giuridici dipende da questo adempimento⁴⁵.

Si tratta, dunque, di una conseguenza diversa rispetto a quella cui si giungerebbe qualora l'esito della complessa indagine relativa alla natura giuridica delle intese, cui si è fatto cenno poc'anzi, conducesse a considerare gli strumenti in oggetto alla stregua di veri e propri accordi

⁴³ V. in tal senso S. AMADEO, F. SPITALERI, *op. cit.*, p. 438.

⁴⁴ Sentenza della Corte dell'11 dicembre 2007, causa C-161/06, *Skoma-Lux*, punto 33.

⁴⁵ P. MORI, *Commento all'art. 297 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2314 ss., spec. p. 2316.

internazionali. Invero, in una simile ipotesi, il mancato rispetto della procedura prevista dall'art. 218 TFUE comporterebbe l'invalidità delle intese, per violazione di forme sostanziali.

5. Il presente contributo si è occupato della recente prassi consistente nella conclusione da parte dell'Unione di intese informali in materia di riammissione con quei Paesi terzi di origine dei flussi migratori i quali, pur non disposti a stipulare con l'Unione veri e propri accordi di riammissione, intendono nondimeno collaborare con essa nelle operazioni di identificazione e di rimpatrio.

In particolare, l'esposizione che precede si è concentrata su uno dei problemi posti da tale prassi, ossia la mancanza di pubblicità degli strumenti in esame.

Della questione dell'accesso alle intese informali in materia di riammissione è stato investito il Mediatore europeo il quale, nelle decisioni esaminate, ha concluso nel senso della legittimità del diniego di accesso.

La conclusione del Mediatore è fondata, da un lato, sulla natura giuridica non vincolante degli strumenti in esame: risulta infatti dalle decisioni in commento che il Mediatore, in esito ad una complessa indagine del contenuto delle intese, ha escluso che tali strumenti costituiscano veri e propri accordi internazionali. Dall'altro lato, la conclusione del Mediatore si basa sulle esigenze di tutela della riservatezza degli atti in materia di relazioni internazionali. Come detto, l'esito cui perviene il Mediatore è il frutto di un attento esame delle misure considerate.

Anche ammettendo che la conclusione raggiunta sia corretta, nel presente lavoro è stato sottolineato che il Mediatore non si è interrogato sulla diversa questione consistente nello stabilire se gli atti adottati durante l'*iter* procedurale che ha portato alla firma delle intese siano atti di cui i Trattati richiedono la pubblicazione.

Orbene, dall'analisi che precede emerge che le decisioni con cui la Commissione designa il soggetto che firma l'intesa e che recano in allegato il testo della stessa sono qualificabili come decisioni che non indicano i destinatari e che dunque, in quanto tali, devono essere pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, conformemente a quanto prescritto dall'art. 297, par. 2, co. 2, TFUE.