



FRANCESCO NEGOZIO*

I (NON)ACCORDI DI RIMPATRIO. PROFILI GIURIDICI DEL MEMORANDUM D'INTESA ITALIA-SUDAN

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Memorandum d'intesa Italia-Sudan: un trattato internazionale concluso in forma semplificata. – 3. Profili di illegittimità del Memorandum Italia-Sudan: la violazione dell'obbligo di pubblicità. – 4. Profili di incostituzionalità del Memorandum Italia-Sudan. – 5. L'ipotesi del trattato segreto. – 6. Il principio di *non refoulement*. – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

Il clamore mediatico suscitato dal rimpatrio effettuato dal Belgio di 100 cittadini sudanesi ad inizio anno ha messo a rischio il già debole governo Michel¹, formato nel 2014 dopo 138 giorni di trattative.

Questa vicenda, però, più che interessare per la crisi di quel che è stato definito dall'inizio del suo mandato un *kamikaze government*, pone sotto esame la politica europea in materia di rimpatri e, in particolare, la collaborazione intrattenuta dai Paesi europei con Stati governati da regimi dittatoriali, come il Sudan di al-Bashir, presidente dal 1989 e sotto mandato di arresto della Corte Penale Internazionale per crimini di guerra e contro l'umanità dal 2009.

I rapporti tra Belgio e Sudan, infatti, sono da inscrivere nel più ampio Processo di Khartoum², lanciato formalmente nel novembre 2014 proprio dall'Italia per avviare un forum di dialogo tra paesi dell'Unione europea e del Corno d'Africa, soprattutto in materia di contrasto all'immigrazione irregolare e di rimpatri.

* Borsista di ricerca in Diritto internazionale - Sapienza Università di Roma.

¹ D. BOFFEY, *Belgian government at risk of collapse over Sudan migrants scandal*, 8 gennaio 2018, <https://www.theguardian.com/world/2018/jan/08/belgium-coalition-government-risk-collapse-sudan-migrants-scandal>.

² Si veda A. MORONE, *Il processo di Khartoum: l'Italia e l'Europa contro le migrazioni*, in *ISPOnline, analys n. 286*, giugno 2015, http://www.isponline.it/sites/default/files/pubblicazioni/analysis_286_morone__2015.pdf.

L'A. evidenzia l'ipocrisia italiana ed europea di «affermare di voler fermare migliaia di persone in fuga, specie dal Corno d'Africa, per il loro bene, per l'esigenza umanitaria di sottrarli ai trafficanti, e poi in nome di quella stessa retorica umanitaria di sostenere le politiche di regimi autocratici in aperta violazione dei diritti umani», come il Sudan e l'Eritrea.

Inoltre, non può sfuggire allo studioso di diritto internazionale il fatto che i rimpatri di Bruxelles non siano avvenuti, come di consueto, all'interno di una cornice sinallagmatica come è quella del classico accordo di rimpatrio: il governo belga ha persino voluto sottolineare che non esiste alcun accordo con lo Stato africano³. Analogamente, qualche giorno prima, il governo francese, accusato di aver collaborato con agenti sudanesi dall'agenzia di stampa belga, si è difeso per tramite del Ministro dell'Interno Gérard Collomb affermando che «*Il y a ainsi eu une mission d'identification du Soudan, mais nous n'avons pas d'accord avec ce pays*»⁴.

Stupisce come questi governi europei tengano a precisare l'assenza di un accordo⁵ tra i rispettivi Paesi e il Sudan, probabilmente per evitare l'accusa di intrattenere rapporti inopportuni con il governo di al-Bashir, ma non disdegnino la possibilità di organizzare dei rimpatri verso questo Paese, non certo definibile sicuro⁶.

L'osservatore attento avrà notato come tanta indignazione e risonanza mediatica internazionale non vi siano state quando, il 24 agosto 2016, in condizioni molto simili, se non identiche, l'Italia rimpatriava 40 cittadini sudanesi in un'operazione di polizia oggi al vaglio della Corte europea per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali per valutare se sussista una violazione del divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti e di espulsioni collettive⁷.

L'Italia, però, diversamente dagli altri Stati sopra citati ha ammesso senza remore di avere siglato un memorandum d'intesa con il Sudan, pur declassando questo strumento a mero accordo di cooperazione tra polizie e non rendendolo pubblico al momento della sua firma⁸.

Il Memorandum Italia – Sudan, tuttavia, riveste un ruolo molto più importante di quello descritto dal Ministero dell'Interno e ha una natura giuridica radicalmente diversa da quella di un accordo tecnico tra polizie. Questo documento, infatti, rappresenta l'unico esempio a noi accessibile di una nuova categoria di accordi, o *non accordi*⁹, di rimpatrio la cui stessa compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano è incerta.

È necessaria, dunque, un'analisi del testo avulsa il più possibile dall'operazione di rimpatrio effettuata nel 2016. Ciò non per sminuire l'importanza dell'esecuzione del

³ F. SPINELLI, *Italia, Belgio e Sudan collaborano per i rimpatri dei migranti*, 28 settembre 2017, <https://www.internazionale.it/bloc-notes/francesca-spinelli/2017/09/28/belgio-italia-sudan-rimpatri>.

⁴ REDAZIONE DI LE VIF, *Mission d'identification: la France a travaillé avec des fonctionnaires soudanais par le passé*, 25 settembre 2017, <http://www.levif.be/actualite/international/mission-d-identification-la-france-a-travaille-avec-des-fonctionnaires-soudanais-par-le-passe/article-news-728333.html>.

⁵ In realtà almeno nel caso belga potremmo ipotizzare che l'accordo vi sia stato in forma orale data l'esecuzione dei rimpatri e la presenza di funzionari sudanesi *in loco*.

⁶ Si rimanda alle analisi effettuate *in loco* dalle seguenti ONG: AMNESTY, *Sudan 2016/2017*, consultabile in <https://www.amnesty.org/en/countries/africa/sudan/report-sudan/>; HUMAN RIGHTS WATCH, *Sudan Events of 2016*, consultabile in <https://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/sudan>; FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World 2017, Sudan Profile*, consultabile in <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2017/sudan>.

⁷ Nel febbraio 2017 sono stati presentati dagli avvocati Salvatore Fachile e Dario Belluccio, su procura di 5 cittadini sudanesi rimpatriati, i ricorsi presso la Corte europea dei diritti dell'uomo per la presunta violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo agli artt. 3 (Proibizione della tortura); 4 prot. 4 (Divieto di espulsioni collettive di stranieri); 13 (Diritto ad un ricorso effettivo) in relazione alla doglianza degli artt. 3 e 4 prot. 4; 14 (Divieto di discriminazione) in relazione alla doglianza dell'art. 4 prot. 4. ASGI, <https://www.asgi.it/allontamento-espulsione/sudan-rimpatri-italia-cedu/>.

⁸ Ora pubblicato, dopo la richiesta del Sen. Manconi al Capo della Polizia Gabrielli, presso https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2016/10/accordo-polizia-Italia-Sudan_rev.pdf.

⁹ C. FAVILLI, *Presentazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 3/2016, Milano, pp. 11 ss.

Memorandum, per la quale si aspetta la sentenza della Corte di Strasburgo, ma per poter considerare questo strumento giuridico in astratto e poter replicare questa analisi nel caso di accordi conclusi in maniera analoga dall'Italia.

2. Il Memorandum d'intesa Italia – Sudan: un trattato internazionale concluso in forma semplificata.

Il “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” è stato firmato a Roma il 3 agosto 2016 dal Capo della Polizia italiana, Franco Gabrielli e dal suo omologo sudanese, Hashim Osman Al Hussein. Il testo del Memorandum inizialmente non è stato reso pubblico. Si è avuta notizia della sua mera esistenza per mezzo di un comunicato stampa dell'Ambasciata italiana a Khartoum, prontamente cancellato pochi giorni dopo, e di uno dell'UNICRI (*United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute*) Italia¹⁰.

Il Memorandum, secondo uno dei firmatari, il Capo della Polizia Gabrielli, è solo uno dei «267 che l'Italia ha firmato con altri paesi, è uno strumento di cooperazione di polizia e non necessita di un passaggio in Parlamento»¹¹ e, a quanto pare, secondo il Dipartimento di pubblica sicurezza, neanche di pubblicità.

Tale versione è però smentita dai fatti: a dispetto del titolo che gli si è dato, “Memorandum d'intesa”, il documento in questione merita di essere classificato come un trattato internazionale a tutti gli effetti.

Un documento scritto, infatti, è definibile trattato internazionale se soddisfa due requisiti: l'incontro di manifestazioni di volontà identiche e reciproche ad impegnarsi in determinati obblighi e la riferibilità di tali manifestazioni di volontà a soggetti internazionali¹².

Rispetto al primo requisito, ci si trova di fronte ad un documento che raccoglie la volontà comune di «rafforzare la cooperazione di polizia nella lotta contro la criminalità organizzata transnazionale, in particolare contro il traffico di migranti e l'immigrazione irregolare, la tratta di esseri umani, il traffico di droga e il terrorismo», ma soprattutto intende stabilire un sistema di rimpatrio dal Sudan nella convinzione che «un'efficacia politica di rimpatrio avrebbe un notevole effetto deterrente, contribuendo a prevenire la migrazione irregolare»¹³.

Le Parti si fanno carico di obblighi reciproci: «identificazione e rimpatrio dei propri cittadini presenti nel territorio dell'altra Parte»¹⁴ in posizione irregolare rispetto alla

¹⁰ <http://www.onuitalia.it/firma-di-un-accordo-tra-italia-e-sudan-sul-tema-migrazione-comunicato-stampa/>.

¹¹ F. GABRIELLI, *Migranti rimpatriati in Sudan, «tutto regolare»*, in *Avvenire.it*, 28 settembre 2016, <https://www.avvenire.it/attualita/pagine/migranti-rimpatriati-in-sudan-gabrielli>.

¹² S. MARCHISIO, *La natura giuridica del trattato segreto*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, Padova, 1990, p. 86.

¹³ 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, *Preambolo*.

¹⁴ Curioso, ma indicativo, come in questo articolo si faccia riferimento al rimpatrio da e verso entrambi i Paesi, ma successivamente (artt. 8 ss.) solo il Sudan si impegni a collaborare ai fini del rimpatrio dei propri cittadini.

normativa sull'immigrazione»¹⁵. Inoltre la Parte italiana si impegna a prendere «in considerazione la possibilità di offrire alla Parte sudanese, su base annuale, supporto e assistenza tecnica in termini di formazione e di fornitura di mezzi e di equipaggiamento, compatibilmente ed entro i limiti della sua effettiva disponibilità finanziaria»¹⁶. Da parte loro, invece, «le competenti autorità sudanesi forniscono assistenza e supporto nell'accertamento della nazionalità dei migranti irregolari, procedendo alla loro identificazione»¹⁷, «procedono senza indugio alle interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e, sulla base dei risultati del colloquio, senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità, emettono, il prima possibile, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza, consentendo in tal modo alle competenti autorità italiane di organizzare ed eseguire operazioni di rimpatrio mediante voli di linea o charter»¹⁸. Il tutto a spese della Parte italiana¹⁹.

Il secondo requisito, la riferibilità dell'accordo ad un soggetto dotato di personalità internazionale, è anch'essa soddisfatta.

In primo luogo è utile rilevare come le azioni del Dipartimento della Pubblica sicurezza, cui si deve la firma del Memorandum in oggetto, siano da imputare al Ministero dell'Interno, di cui esso è organo dipendente, sia dal punto di vista del diritto pubblico che da quello del diritto internazionale.

Secondo l'ordinamento interno, infatti, l'azione del Dipartimento rientra nella competenza generale delle forze di Polizia²⁰, e in particolare del Capo della Polizia e della Direzione centrale della polizia criminale, in materia di cooperazione internazionale di polizia «secondo le direttive e gli ordini del Ministero dell'Interno»²¹. È lo stesso Ministero dell'Interno a rivendicare la paternità dell'atto in questione nel documento «Relazione sulla performance²² del Ministero dell'Interno, anno 2016». In particolare, l'obiettivo strategico A. 5 («Potenziare l'attività di prevenzione e contrasto dell'immigrazione clandestina») risulta affidato proprio al Capo della Polizia²³ e è stato realizzato anche attraverso la «Collaborazione in materia di riammissione e rimpatrio» con Stati terzi. Infatti, secondo la relazione del Ministero dell'Interno, nel 2016 «sono state portate avanti mirate iniziative negoziali con (...) Paesi di importanza strategica per conferire concreta efficacia alla nostra politica di rimpatrio»²⁴, in particolare Sudan, Costa d'Avorio e Senegal. Gli accordi in

¹⁵ Art. 4 lett. k, Memorandum Italia-Sudan.

¹⁶ Art. 8 par. 2, Memorandum Italia-Sudan.

¹⁷ Art. 9 par. 1, Memorandum Italia-Sudan.

¹⁸ Art. 9 par. 2, Memorandum Italia-Sudan.

¹⁹ Art. 13, Memorandum Italia-Sudan.

²⁰ In materia si veda A. PANSA, *Lo sviluppo della cooperazione internazionale per i profili di sicurezza*, intervento al 95° corso Commissari della Polizia di Stato, Roma, 11 dicembre 2006, consultabile in http://www.poliziadistato.it/statics/09/intervento_prefetto_pansa_11_dic.pdf.

²¹ Art. 4 Legge 1 aprile 1981, n. 121, *Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*, in G. U. del 10 aprile 1981, n. 100.

²² Ai sensi del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 che, nel delineare la disciplina del ciclo della performance, ha previsto all'art. 10 la redazione annuale, da parte delle amministrazioni pubbliche, di una Relazione sulla performance che evidenzia a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati raggiunti rispetto agli obiettivi programmati e alle risorse. Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, in G. U. del 31 ottobre 2009, n. 254 - Supplemento Ordinario n. 197.

²³ Ministero dell'Interno, *Relazione sulla performance, anno 2016*, p. 89. Consultabile in http://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/relazione_2016_performance_1.pdf.

²⁴ *Ivi*, pp. 91 e 289.

materia di immigrazione nella prassi degli ultimi anni²⁵ sono quasi sempre conclusi dal Dipartimento della Pubblica sicurezza.

Dal punto di vista del diritto internazionale, più semplicemente, la dipendenza del Dipartimento della Pubblica sicurezza dal Ministero dell'Interno basta a far risalire a quest'ultimo la paternità dell'atto²⁶.

Al fine di verificare la soggettività internazionale del Dipartimento della Pubblica, va sottolineato che sebbene il Ministero dell'Interno non goda *de iure* del potere di impegnare lo Stato a livello internazionale²⁷, la prassi italiana e quella internazionale hanno visto estendersi il potere di concludere accordi internazionali dei singoli Ministri, che ha portato alla *multidicasterialità* del potere estero ed alla frammentazione della politica internazionale dello Stato²⁸. Inoltre, l'azione del Dipartimento è autorizzata dal d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300²⁹, che ha attribuito ai singoli Ministri poteri decisionali di politica internazionale nelle materie rientranti nelle loro competenze³⁰, e dal d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286 c.d. Testo unico sull'immigrazione³¹, che ha concesso al Ministero dell'Interno la possibilità di stipulare accordi internazionali atti al potenziamento e coordinamento dei controlli di frontiera. Il fatto, poi, che il trattato non sia stato concluso dal Ministero dell'Interno ma da una sua entità direttamente dipendente, il Dipartimento della Pubblica sicurezza, non rileva ai fini della natura giuridica dell'accordo. Peraltro, l'azione del Dipartimento della Pubblica sicurezza è stata rivendicata dallo stesso Governo che ne ha difeso tanto la firma quanto la messa in pratica³².

È poi pacifico che la denominazione scelta dalle parti, "Memorandum", a nulla valga ai fini della determinazione giuridica dell'atto quale trattato internazionale³³.

²⁵ Si fa menzione degli accordi internazionali conclusi dal Dipartimento della Pubblica sicurezza almeno dal 2013. Ministero dell'Interno, *Relazione sulla performance, anno 2013*, pp. 16 ss. Consultabile in http://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/relazione_performance_2013.pdf.

²⁶ Così L. FERRARI BRAVO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di trattati*, in *Le droit international à l'heure de sa codification, Etudes en l'honneur de R. Ago*, Milano, 1987, p. 279.

²⁷ L'art. 67 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati individua il capo dello Stato, il capo del governo il dal ministro degli affari esteri come rappresentanti dello Stato *de jure*, senza necessità di presentare i pieni poteri.

²⁸ F. BRUNO, *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali. Statuto albertino e costituzione repubblicana*, Milano, 1997, p. 233.

²⁹ Decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, *Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59* in G. U. n.203 del 30 agosto 1999 - Suppl. Ordinario n. 163.

³⁰ E. RAFFIOTTA, *Potere estero del Governo e accordi internazionali in forma semplificata: una ricerca sulla prassi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 novembre 2009, p. 17. http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0149_raffiotta.pdf.

³¹ Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in G. U. Serie Generale n. 191 del 18 agosto 1998 - Suppl. Ordinario n. 139, art. 11.4.

³² Ciò si evince dalla risposta del Vice Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Riccardo Nencini che il 26 maggio 2017, sotto la delega del Ministero dell'Interno, rispondeva all'interrogazione parlamentare presentata dal Sen. Luigi Manconi il 15 settembre 2016, in cui si chiedevano delucidazioni sull'operazione di rimpatrio del 24 agosto 2016 ad esecuzione del Memorandum. Si veda l'interrogazione a risposta scritta 4-06333 presentata da Luigi Manconi, seduta n. 679, giovedì 15 settembre 2016 e la risposta scritta del Sottosegretario di Stato per l'interno Manzione pubblicata nel fascicolo n. 169 all'interrogazione 4-06333.

³³ Art. 2 lett. a) Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: «l'espressione "trattato" significa un accordo internazionale concluso in forma scritta fra Stati e disciplinato dal diritto internazionale, contenuto sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi, e quale che sia la sua particolare denominazione».

Ci troviamo, dunque, di fronte ad un trattato internazionale concluso in forma semplificata, in quanto le parti hanno voluto specificare che «il presente Memorandum diviene efficace all'atto della firma»³⁴ senza bisogno dello scambio delle ratifiche.

La sua natura ed efficacia nel diritto internazionale, ovviamente, non ne implica la legittimità nell'ordinamento interno, essendo possibile ravvisare diverse incompatibilità sia a livello legislativo che costituzionale.

3. Profili di illegittimità del Memorandum Italia – Sudan: la violazione dell'obbligo di pubblicità.

La mancata pubblicazione del Memorandum viola la Legge 11 dicembre 1984, n. 839 (*norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*), che all'art. 1 lett. f prevede che siano pubblicati nella «Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica italiana (...) nel testo integrale (...) gli accordi ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali, ivi compresi quelli in forma semplificata, e che non necessitano di pubblicazione ai sensi delle precedenti lettere»³⁵ e all'art. 4 che «a cura del Servizio del contenzioso diplomatico, trattati e affari legislativi del Ministero degli affari esteri, sono trasmessi, per la pubblicazione trimestrale in apposito supplemento della Gazzetta Ufficiale, tutti gli atti internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati, che sono altresì comunicati alle Presidenze delle Assemblee parlamentari»³⁶.

Tale disposizione legislativa nel 1984 fu decisamente innovativa: non solo si introdusse, con colpevole ritardo, nell'ordinamento italiano una chiara disciplina in materia di pubblicità degli atti internazionali pattizi³⁷, ma soprattutto, prendendo atto delle mutate prassi internazionali³⁸, si diede una prima legittimazione esplicita agli accordi conclusi in forma semplificata dal Governo a patto, però, della loro pubblicazione³⁹ a pari dignità con gli accordi conclusi in forma solenne. La disposizione del Legislatore è estremamente chiara e significativa: così come per le altre fonti di diritto, anche per i trattati internazionali, a prescindere dalla loro denominazione e processo di conclusione, deve valere il principio

³⁴ Memorandum Italia-Sudan art. 20, par. 1.

³⁵ Legge 11 dicembre 1984, n. 839, *norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla G. U. della Repubblica italiana*, art. 1 lett. f), in G. U. n. 345 del 17 dicembre 1984.

³⁶ Legge, n. 839/1984, art. 4.

³⁷ S. LABRIOLA, *La pubblicazione degli atti normativi e la pubblicazione delle notizie sulle relazioni internazionali della Repubblica Italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, p. 235.

³⁸ Così come anche fatto nel 1972 dal Legislatore statunitense con il *Case Zablocky Act*, avente come scopo l'obbligo di comunicazione degli *executive agreements* conclusi dal Presidente senza autorizzazione del Senato. Per approfondimenti si veda R. TONIATTI, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1983, p. 419.

³⁹ Per Benvenuti, con cui si concorda, sarebbe auspicabile una riforma della normativa in questione che espliciti l'assenza di effetti nell'ordinamento giuridico italiano degli accordi conclusi in forma semplificata prima della loro pubblicazione in G.U.M. BENVENUTI, *Audizione resa il 12 ottobre 2016 innanzi alla Commissione III (Affari esteri e comunitari) della Camera dei deputati nell'ambito dell'esame della proposta di legge d'iniziativa popolare recante "Trattati internazionali, basi e servizi militari"*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2016, 17 ottobre 2016, pp. 4 e 6, http://www.osservatorioaic.it/download/HKigJJ_e-UXmXJ8x_ZO_ofz07cGdEAjMrvRYiFxaUA8/01-benvenuti-audizione-parlamentare.pdf.

della pubblicità⁴⁰. Questa previsione segna un punto di svolta nella storia delle relazioni internazionali dell'Italia, mettendo fine a quel limbo derivante dal passaggio dallo Statuto albertino, che prevedeva implicitamente il principio di riservatezza nella gestione del potere estero⁴¹, alla Costituzione repubblicana, che pur non prevedendolo esplicitamente, ai fini della realizzazione del principio democratico, necessitava che anche i trattati internazionali, come le leggi, fossero resi pubblici⁴².

Il Memorandum Italia – Sudan, essendo per quanto detto *supra* a tutti gli effetti un accordo internazionale concluso in forma semplificata, viola questa previsione, non essendo stato né pubblicato in Gazzetta Ufficiale né comunicato in alcun modo alle Camere, in piena violazione del principio di pubblicità delle relazioni internazionali, principio cardine dello Stato democratico moderno⁴³.

4. Profili di incostituzionalità del Memorandum Italia-Sudan.

Il Memorandum solleva dubbi anche quanto alla stessa possibilità che tale trattato potesse essere concluso in forma semplificata piuttosto che in forma solenne con ratifica del Presidente della Repubblica e autorizzazione delle Camere, portando i dubbi di legittimità al superiore livello della Costituzione.

Tale possibilità dipenderà dall'appartenenza del Memorandum ad una delle categorie indicate all'art. 80 Cost., in particolare sarà necessario considerare se il Memorandum possa essere classificato come “di natura politica” o se esso importi “oneri alle finanze o modificazioni di leggi”.

Partendo dalla prima di queste categorie, non è semplice affermare se questo trattato debba essere considerato come un trattato di natura politica. Indubbiamente profili di *politicità* sono presenti: il Memorandum ha delle importanti ripercussioni internazionali confermando il ruolo del Sudan come *partner* strategico del nostro Paese nel controllo dei flussi migratori e risulta essere anche il primo accordo internazionale di tipo bilaterale con il Sudan di al-Bashir⁴⁴. Il trattato, inoltre, si iscrive nella più generale politica messa in atto dai governi della XVII legislatura di controllo delle frontiere esterne e di cooperazione con i Paesi di transito dei migranti, che riveste indubbiamente un importante valore politico.

⁴⁰ Scrive Labriola: «Ogni distinzione comunque formulata, al fine di sottrarre una parte di questi atti al regime di pubblicità così posto, non avrebbe alcun fondamento e sarebbe certamente illegittima ogni prassi, del tipo di quelle frequentemente seguite dal governo e dall'amministrazione, volta a derogare a tale forma di notorietà come ad ogni altra, introducendo margini di apprezzamento discrezionale al fine di sottrarre alla pubblicazione atti pattizi a cui la repubblica si obbliga nelle relazioni internazionali». S. LABRIOLA, *La pubblicazione degli atti normativi e la pubblicazione delle notizie sulle relazioni internazionali della Repubblica Italiana*, in cit., 1985, pp. 236 e 237.

⁴¹ Art. 5 Statuto albertino: il Re «fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune».

⁴² Bobbio definiva la democrazia come “il potere in pubblico”, identificando la democrazia con il principio di pubblicità dei processi e degli atti normativi. N. BOBBIO, M. BOVERO (a cura di), *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 340.

⁴³ Unica eccezione a questo principio potrebbe essere la possibilità dell'esistenza di accordi segreti, ipotesi che verrà discussa *infra*.

⁴⁴ Quanto meno stando all'Archivio dei trattati internazionali online (ATRIO) del MAECI. <http://itra.esteri.it/>.

Tuttavia, il Memorandum si presenta *in primis* come uno degli strumenti di attuazione del Processo di Khartoum. Per quanto ciò confermi indubbiamente il carattere politico dell'accordo, si tratta pur sempre dell'attuazione di politiche quadro stabilite in momenti antecedenti a livello europeo, esse aventi indubbiamente natura politica, per cui risulta difficile ascrivere il singolo Memorandum tra i trattati internazionali di natura politica, se si dà di questa disposizione una lettura non eccessivamente estensiva⁴⁵.

Anche la scelta, opinabile e criticabile, di intrattenere rapporti cordiali e di cooperazione con il Sudan, sul cui presidente pende un mandato di arresto della Corte Penale⁴⁶ e la cui situazione interna genera forti preoccupazioni sul rispetto dei diritti dell'uomo, è stata infelicemente presa in altra sede e in un momento antecedente, per cui non può sostenersi che sia questo singolo trattato ad aver modificato la posizione dell'Italia nei confronti di uno Stato terzo, circostanza che avrebbe sicuramente consentito di considerare il Memorandum come di natura politica.

Al momento della conclusione del Memorandum, la posizione italiana nei confronti del Sudan era già stata adottata in sede europea, per cui voler addossare al Memorandum il merito, o il demerito, di una così importante inversione di rotta nelle relazioni tra i due Paesi significherebbe deresponsabilizzare il ruolo dell'Italia in sede europea, soprattutto considerando che essa ha avuto un ruolo tutt'altro che secondario nei dialoghi multilaterali avviati con i paesi africani in materia migratoria, di cui, anzi, è spesso stata promotrice e prima sostenitrice⁴⁷.

Il Memorandum ha, dunque, innegabilmente un importante valore politico, e non è certo un atto di sola natura amministrativa come sostenuto dal Capo della Polizia⁴⁸, ma si ritiene che esso potesse essere sottratto alla categoria di trattato di "natura politica" ai sensi dell'art. 80 della Costituzione.

Concludendo su questo punto, è bene segnalare che se è vero che il Memorandum non integri la categoria di trattato di natura politica nell'ordinamento costituzionale italiano per quanto detto sopra, ciò non giustifica la completa deresponsabilizzazione politica di chi ha messo in atto il Processo di Khartoum. Il fatto che materie importanti come quelle migratorie possano in alcuni casi sottrarsi al controllo dei parlamenti nazionali in conseguenza del processo di integrazione europea non può comportare una *deminutio* del controllo politico sui governi, ma solo una sua delega al Parlamento europeo⁴⁹.

⁴⁵ Come invece pare fare Algotino, la quale ritiene che proprio in virtù del fatto che questo accordo si iscriva nel più ampio accordo del Processo di Khartoum e del Fondo fiduciario d'emergenza dell'UE istituito nel 2015 al Summit di La Valletta, esso rivesta carattere politico sostanziale. Su questa tesi si concorda solo parzialmente: il Memorandum non sembra rivestire quel *grande* rilievo politico cui avrebbe voluto fare riferimento il Legislatore costituente, quantomeno non per questa motivazione. A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2017, p. 161, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/618/>. Appare superfluo ricordare come la prassi costituzionale ci abbia abituato a trattati conclusi in forma semplificata nonostante il loro indubbio valore politico.

⁴⁶ Si veda <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>.

⁴⁷ Si pensi all'importante ruolo rivestito dal *Migration Compact*, presentato dall'Italia ad aprile 2016, in cui veniva indicata prospettata una stretta cooperazione con i Paesi africani coinvolti dai flussi migratori, *in primis* la Libia. *MIGRATION COMPACT, Italian non-paper, Contribution to an EU strategy for external action on migration*, consultabile in http://www.governo.it/sites/governo.it/files/immigrazione_0.pdf.

⁴⁸ F. GABRIELLI, *Migranti rimpatriati in Sudan*, cit.

⁴⁹ Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo sul Sudan del 5 ottobre 2016, 2016/2911(RSP), che chiede che l'Unione imponga il rispetto delle sentenze della CPI e si muova con estrema cautela e piena trasparenza nei confronti del Sudan.

D'altra parte, non reggerebbe la tesi per cui il presente trattato implichi “oneri alle finanze”, perché, per quanto inevitabilmente la sua esecuzione necessiterà di risorse finanziarie ingenti, esse saranno probabilmente prelevate dal Fondo per i rimpatri istituito dall'Italia o da quello dell'Unione europea o dalle risorse già assegnate al Dipartimento della Pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno. Nel caso in cui le risorse necessarie all'esecuzione del trattato non siano già state preventivate all'interno di altri fondi, si avrebbe sicuramente una violazione dell'art. 80 Cost., ma ciò non è desumibile da un'interpretazione letterale del trattato⁵⁰, anzi, sarebbe una violazione dello stesso, che al contrario individua come limite al supporto offerto dalla parte italiana l'effettiva disponibilità finanziaria del Dipartimento della Pubblica sicurezza⁵¹.

Più complicato è affermare se il Memorandum importi modificazioni di legge ai sensi dell'art. 80 Cost. o comunque intervenga in materia di condizione giuridica dello straniero, interessata da riserva di legge ai sensi dell'art. 10.2 Cost.

A tal fine è necessario verificare se il trattato preveda delle deroghe alle disposizioni legislative in materia di espulsione, in particolare a quanto previsto dal Testo unico sull'immigrazione in materia di identificazione ed espulsione, artt. 10-17⁵².

Nonostante lo stesso Testo unico preveda la possibilità per il Ministero dell'Interno di stipulare intese con Paesi terzi allo scopo di migliorare le procedure di identificazione ed espulsione previste dallo stesso testo legislativo⁵³, esso non dà la possibilità di istituire procedure semplificate *speciali* per i cittadini degli Stati con cui sono stipulate tali intese. L'istituzione di procedure semplificate necessiterebbe di un'apposita fonte legislativa: l'eventuale procedura speciale di rimpatrio contenuta in un trattato internazionale, perciò, ai sensi dell'art. 80 Cost., in combinato disposto con l'art. 10.2 Cost., comporterebbe una modificazione di legge, per la quale sarebbe indispensabile una legge di autorizzazione alla ratifica⁵⁴. Nel caso del Memorandum stipulato con il Sudan, per quanto la cooperazione con le autorità consolari del Paese terzo ai fini dell'esecuzione dell'espulsione sia prevista

⁵⁰ Come invece sostiene A. ALGOSTINO, *L'esternalizzazione soft delle frontiere*, cit., pp. 163 e 164. L'A. sembra preferire una lettura dell'art. 80 Cost. più restrittiva di quella qui adottata, per cui lamenta che, al contrario del Memorandum d'intesa Italia – Libia, in questo caso non si sia specificato che non vi debbano essere oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato. Per quanto tale precisazione possa essere preferibile, la sua presenza od omissione non comporta alcuna conseguenza normativa, essendo garantito già a livello costituzionale che un trattato concluso senza l'espressione del Parlamento non possa prevedere oneri per le finanze statali non precedentemente approvati. Al contrario, vi sarebbe una violazione dell'Art. 80 Cost. qualora fosse specificato, o comunque desumibile, che l'esecuzione del trattato dovrà avvenire mediante fondi istituiti appositamente e senza l'autorizzazione delle Camere.

⁵¹ Art. 8, par. 2 Memorandum: (la Parte italiana si impegna a prendere in considerazione di offrire alla Parte sudanese supporto e assistenza tecnica) «compatibilmente ed entro i limiti della sua effettiva disponibilità finanziaria».

⁵² Esse riguardano, soprattutto le procedure per il respingimento alla frontiera operato dalla polizia di frontiera o dal questore (art. 10), per l'espulsione amministrativa disposta dal prefetto (art. 13) e per l'esecuzione dell'espulsione da parte del questore, che trasmette copia degli atti al giudice di pace per la convalida del provvedimento (art. 14).

Per la verità nella prassi tali procedure risultano, illegittimamente, già ampiamente delegate. Si pensi alle procedure di identificazione messe in atto nei c.d. *hotspot*, la cui regolamentazione continua ad essere totalmente *extra legem*.

⁵³ Art. 11.4 d. lgs. n. 286/1998.

⁵⁴ Tale situazione è sicuramente emersa nel caso delle procedure semplificate previste dall'intesa con la Tunisia, ancora non resa pubblica. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Kblajfia e altri c. Italia*, ricorso n. 16483/12, sentenza 15 dicembre 2016, par. 38.

dal d. lgs. n. 286/1998⁵⁵, essa sembra andare ben oltre quella prevista dallo stesso, predisponendo la possibilità di «interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e sulla base dei risultati del colloquio, senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità, emettono, il prima possibile documenti di viaggio sudanese d'emergenza»⁵⁶, eventualmente anche «nei locali dell'ambasciata o del consolato del Sudan»⁵⁷. Tale stretta cooperazione con agenti consolari del Sudan, che va oltre quella prevista dal Testo unico, mette anche a rischio la possibilità effettiva per gli interessati da misure di espulsione di opporsi ad esse, per la probabile interferenza degli stessi agenti.

Ma soprattutto preoccupa la previsione contenuta nell'art. 14 del Memorandum «procedure di rimpatrio nei casi di necessità e urgenza», che dispone che «quando le Parti riconoscano, di comune accordo, l'esistenza di casi di necessità e d'urgenza, le procedure per stabilire l'identità delle persone da rimpatriare possono essere eseguite in territorio sudanese, in conformità dei rispettivi ordinamenti e legislazioni nazionali e degli obblighi internazionali». L'ultima formula appare decisamente ipocrita nonché contraddittoria, in quanto tale previsione è totalmente contraria sia all'ordinamento italiano sia a quello dell'Unione europea, che in nessun caso ammettono il rimpatrio di una persona la cui nazionalità non è stata accertata in territorio italiano. Peraltro, il Memorandum non dà nessuna garanzia relativa alla corretta delimitazione dei «casi di necessità e d'urgenza» se non il comune accordo del Dipartimento della Pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno e della Polizia Nazionale sudanese.

Questa procedura, peraltro attivabile a discrezione da parte delle due polizie, ancor più della sospetta cooperazione delle autorità consolari sudanesi, è chiaramente derogatoria alla legge italiana e avrebbe richiesto l'autorizzazione delle Camere⁵⁸.

Pertanto il Memorandum d'intesa Italia – Sudan viola gli artt. 10.2, 80 e 87 della Costituzione italiana⁵⁹.

Esso necessitava della conclusione in forma solenne con ratifica presidenziale e autorizzazione alla ratifica delle Camere, in quanto impone “modificazioni di legge” e incide sulla “condizione giuridica dello straniero”, descrivendo una procedura semplificata *ad hoc* per i soli cittadini sudanesi e, persino, per gli stranieri semplicemente sospettati di essere sudanesi.

5. *L'ipotesi del trattato segreto.*

⁵⁵ Art. 14.5 d. lgs. n. 286/1998.

⁵⁶ Art. 9, par. 1 Memorandum Italia-Sudan.

⁵⁷ Art. 9, par. 3 Memorandum Italia-Sudan.

⁵⁸ In realtà, il riferimento al rispetto degli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali pone questo strumento in una tale situazione di incoerenza e contraddizione che si fatica ad ipotizzare come esso possa essere eseguito, anche nell'eventualità in cui ci fosse stata una approvazione del Parlamento.

⁵⁹ Per quanto la violazione delle regole costituzionali relative al potere di stipulare i trattati sia grave, vista la prassi internazionale, non ci sembra applicabile l'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati che, per annullare un trattato, impone che la violazione delle disposizioni interne debba essere manifesta e «obiettivamente evidente per qualsiasi Stato che si comporti in materia secondo la pratica abituale e in buona fede». Non si ritiene che la violazione degli articoli della Costituzione qui lamentata possa essere indicata come manifesta, in quanto richiederebbe un'analisi sproporzionata e dai risultati non certo definitivi da parte delle controparti.

Tornando alla violazione dell'obbligo di pubblicità, l'unica possibile giustificazione sul piano interno al fatto che il Memorandum non sia stato pubblicato in *Gazzetta ufficiale* è che esso rivestisse carattere segreto.

Tale ipotesi è ovviamente più teorica che reale, non essendo stata esperita alcuna procedura volta a rendere segreto il Memorandum al di là della semplice omissione della sua pubblicazione, ma servirà a valutare la possibilità di un trattato segreto in tema di riammissioni e, più in generale, di immigrazione.

Come noto, i trattati segreti, nonostante alcuni timidi tentativi di renderli illegittimi compiuti prima all'interno della Società delle Nazioni⁶⁰ e poi delle Nazioni Unite⁶¹, sono considerati al pari dei trattati notori regolarmente registrati presso il Segretariato delle Nazioni Unite⁶², con la sola differenza che i primi non sarebbero invocabili dinanzi agli organismi dell'ONU⁶³. L'obbligo di pubblicità, dunque, non vige nell'ordinamento internazionale⁶⁴, ma è regola in quello interno⁶⁵.

I trattati segreti stipulati dagli Stati sono assimilabili, da un punto di vista internazionalistico, ai trattati conclusi in forma semplificata, per il solo coinvolgimento del Governo⁶⁶. Tuttavia, come si è detto *supra*, ai sensi della l. n. 839/1984 i trattati conclusi in forma semplificata non sono sottratti al regime di pubblicità previsto per gli altri atti normativi.

Allo stesso tempo, però, il segreto ha trovato piena cittadinanza nel diritto interno almeno dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 86/1977⁶⁷, che ha portato alla disciplina

⁶⁰ Art. 18 Patto costitutivo della Società delle Nazioni: «Ogni trattato o impegno internazionale concluso in avvenire da un Membro della Società dovrà essere immediatamente registrato dal Segretariato e pubblicato al più presto possibile. Nessuno di questi trattati o impegni internazionali sarà obbligatorio prima di esser registrato». Già Anzilotti lesse la disposizione come semplice non *invocabilità* del trattato in questione dinanzi agli organi della Società delle Nazioni. (D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Vol. I, Roma, 1928, pp. 336-351).

⁶¹ Art. 102 Carta delle Nazioni Unite: Art. 102 «1) Ogni trattato ed ogni accordo internazionale stipulato da un Membro delle Nazioni Unite dopo l'entrata in vigore del presente Statuto deve essere registrato al più presto possibile presso il Segretariato e pubblicato a cura di quest'ultimo. 2) Nessuno dei contraenti di un trattato o accordo internazionale che non sia stato registrato in conformità alle disposizioni del paragrafo 1 di questo articolo, potrà invocare il detto trattato o accordo davanti ad un organo delle Nazioni Unite.»

⁶² Scrive Zagrebelsky che «finché le regole delle relazioni esterne non saranno acquisite alla democrazia, l'esigenza per lo Stato di usare il segreto sarà insopprimibile». (G. ZAGREBELSKY, *Trattato segreto e potere di controllo della Corte Costituzionale*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, Padova, 1990, p. 331).

⁶³ In realtà, persino la Corte internazionale di Giustizia non ha dato molta rilevanza giuridica alla mancata registrazione di un trattato, ritenendo bastasse la pubblicità di questo per farvi riferimento in quella sede. (P. LAMBERTI ZANARDI, *Trattato segreto e pubblicazione degli accordi internazionali*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., pp. 118 e 119).

⁶⁴ Per Lamberti Zanardi ciò deriverebbe dalla libertà della forma dei trattati internazionali. In realtà è argomentabile che non ci sia differenza di forma tra i trattati segreti e quelli conclusi in forma semplificata, la differenza riguarderebbe solo il regime di pubblicità. (P. LAMBERTI ZANARDI, *Trattato segreto*, cit., p. 114).

⁶⁵ G. ZAGREBELSKY, *Trattato segreto*, cit., p. 334).

⁶⁶ C. DELL'ACQUA, *Il potere estero fra segreto e politica*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., p. 177.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *Trattato segreto*, cit., p. 332.

legislativa del segreto di Stato nella l. 24 ottobre 1977, n. 801⁶⁸, abrogata e sostituita dalla l. 3 agosto 2007, n. 124⁶⁹.

L'art. 39 della l. n. 124/2007 prescrive che «sono coperti dal segreto di Stato 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». Sarebbe quindi ipotizzabile un rapporto di *lex specialis* tra la l. n. 124/2007 e la l. n. 839/1984, che porterebbe alla deroga del principio di pubblicità degli accordi internazionali quando essi ricadano nelle condizioni previste dall'art. 39 della l. n. 124/2007.

Tuttavia, l'estrema genericità delle condizioni che permetterebbero di porre il segreto di Stato non può condurre all'affermazione della piena discrezionalità dell'Esecutivo, che deve al contrario sottostare ai rigidi criteri imposti dalla Costituzione⁷⁰ ed in particolare, nell'ambito delle relazioni internazionali, dalle garanzie previste dall'art. 80 Cost.⁷¹.

Inoltre, sembra ragionevole affermare che le interpretazioni piuttosto restrittive che sono state adottate *supra* dell'art. 80 Cost. non possano valere in questo caso: il grado di *politicità* oltre cui non si possa concludere un trattato segreto si deve considerare decisamente inferiore rispetto a quello dei trattati conclusi in forma semplificata, per cui non sembra essere necessario un *grande* valore politico⁷² ma basterà anche un *semplice* significato politico perché il trattato non possa essere coperto dalla disciplina del segreto di Stato.

Sembra, dunque, corretto affermare che possano essere sottoposti a segretezza solo quegli accordi o parti di accordi di natura meramente esecutiva⁷³ e la cui diffusione possa rientrare nei rischi previsti dall'art. 39 della l. n. 124/2007, come potrebbero essere alcune misure di applicazione di un trattato notorio⁷⁴, a patto che tale decisione sia presa dal Presidente del Consiglio dei Ministri e con la garanzia del controllo degli organi parlamentari preposti a questo⁷⁵, come oggi è il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR).

⁶⁸ L. 24 ottobre 1977, n. 801, *Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*, in G. U. n. 303 del 7 novembre 1977.

⁶⁹ Legge 3 agosto 2007, n. 124 *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto* in G. U. n. 187 del 13 agosto 2007.

⁷⁰ Per alcuni autori la disciplina del segreto di Stato non potrebbe essere in nessun modo invocata nei casi dei trattati internazionali. Tra le varie argomentazioni, una sostiene che nessun trattato possa essere nascosto al Presidente della Repubblica, stante il suo ruolo di garanzia dell'ordine costituzionale. S. LABRIOLA, *Trattato segreto e attribuzioni degli organi costituzionali*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., pp. 356 ss.

⁷¹ C. DELL'ACQUA, *Il potere estero*, cit., pp. 219 ss.

⁷² L. FERRARI BRAVO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di trattati*, cit., p. 274.

⁷³ Per Benvenuti sarebbe desumibile dalla l. n. 839/1984 un obbligo inderogabile di pubblicazione quantomeno dell'esistenza dell'accordo internazionale, di cui, invece, sarebbe possibile la segretezza del contenuto o di parte di esso nei limiti posti dalla Costituzione e dalla l. n. 124/2007. P. BENVENUTI, *Audizione*, cit., pp. 5 e 6.

⁷⁴ Franchini porta l'esempio dell'ordine di trasferimento di truppe. In generale si potrebbero immaginare segretate diverse misure di attuazione di accordi militari. M. FRANCHINI, *Trattato segreto e funzione amministrativa*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, Padova, 1990, p. 319.

⁷⁵ Sull'importanza del corretto funzionamento dei comitati parlamentari coinvolti si veda M. SEGNI, *Trattato segreto e controllo parlamentari: riflessione "de jure condendo"*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., pp. 336 ss.

Tale conclusione non può riguardare i trattati in materia di immigrazione. Sebbene nulla osti al fatto che siano segreti accordi conclusi dal Ministero dell'Interno⁷⁶, in nessun caso la diffusione di un accordo di riammissione o, in generale, in materia di immigrazione sembra adatta a «recare danno all'integrità della Repubblica, [...] alla difesa delle istituzioni [...], all'indipendenza dello Stato [...], alla preparazione e alla difesa militare dello Stato».

E anche qualora ciò accadesse, proprio per la gravità che esso avrebbe⁷⁷, è difficile immaginare che l'accordo in questione possa sfuggire alla copertura degli artt. 10.2 e 80 Cost., escludendo quindi tanto la forma semplificata quanto la mancata pubblicità del trattato.

Nel caso del Memorandum Italia – Sudan, per le perplessità finora esposte sulla sua stessa legittimità, non sarebbe stato possibile in alcun modo opporre il segreto di Stato né sul suo contenuto né sulla sua esistenza.

Il dato di fatto che esso sia stato tenuto segreto, peraltro, non può classificarlo come trattato coperto dal segreto di Stato, non essendo stato esplicito alcun procedimento previsto dalla legge sulla disciplina del segreto di Stato.

Il Memorandum sembrerebbe invece potersi includere in una categoria terza rispetto ai trattati segreti e a quelli notori, che potrebbero definirsi trattati *riservati*. In questo caso, infatti, l'illecito della mancata pubblicazione è stato prevalentemente di carattere omissivo non essendovi stata un'azione esplicitamente volta a nascondere tanto la firma quanto il contenuto del trattato⁷⁸. Tuttavia anche accettando il carattere omissivo piuttosto che commissivo dell'illecito, ciò non rilevarebbe in alcun modo dal punto di vista del diritto pubblico interno lasciando invariata l'illiceità dell'azione del Dipartimento della Pubblica sicurezza, né soprattutto, ponendoci dal punto di vista del diritto internazionale, questa terza categoria sarebbe anche solo teoricamente accettabile, essendo ipotizzabili solo due regimi di pubblicità dei trattati: la segretezza e la notorietà⁷⁹.

6. Il principio di non refoulement.

Discorso a parte merita la valutazione della possibilità che il Memorandum violi il principio di *non refoulement*, secondo cui, nella versione derivante dall'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸⁰, è vietata qualsiasi forma di allontanamento forzato di

⁷⁶ L. IMPECIATI, *Pattuzioni segrete ad iniziativa dicasteriale ed attività di esecuzione o di attuazione anche connesse ad accordi ostensibili*, in P. FOIS (a cura di), *Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, cit., pp. 406 ss.

⁷⁷ È difficile ipotizzare un accordo in materia di immigrazione la cui diffusione risulti tanto pericolosa, senza immaginare ben più gravi violazioni della Costituzione e dei diritti umani.

⁷⁸ Che, anzi, è stato reso noto dallo stesso Capo della Polizia su richiesta del Sen. Luigi Manconi all'indomani dell'operazione di rimpatrio forzato del 24 agosto 2016.

⁷⁹ «Un trattato è notorio o segreto: *tertium non datur*». S. MARCHISIO, *La natura giuridica del trattato segreto*, cit., p. 100.

⁸⁰ Si tratta della cosiddetta protezione *par ricochet* della Corte di Strasburgo, secondo cui l'allontanamento di un individuo verso un Paese in cui possano essere messe in atto violazioni della CEDU comporterebbe una violazione della stessa da parte del Paese che ha effettuato l'allontanamento, a prescindere dal fatto che lo Stato dell'allontanato sia parte o meno del Consiglio d'Europa. Sulla protezione *par ricochet* si rimanda al c.d. *caso Soering* (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, sentenza 7 luglio 1989, soprattutto paragrafo 91). Nel caso in esame sarebbe ipotizzabile la violazione dell'art. 3 della CEDU (Divieto di tortura), per il quale si rimanda, per le diverse analogie presenti, al c.d. *caso Hirsi*

un individuo in uno Stato in cui egli possa essere sottoposto a tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti.

Non sembra però corretto affermare che la violazione di questo principio, tutelato dai diversi ordinamenti cui le autorità italiane devono rispondere⁸¹, possa essere desunta direttamente dalla firma di questo trattato. Sebbene, infatti, appaia assai difficile poter classificare il Sudan come uno Stato sicuro, la valutazione relativa al rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti dipende da un'analisi individuale dei casi dei rimpatriandi, per cui la stessa violazione del principio di *non refoulement* andrà accertata non sulla base della cornice normativa che regola l'operazione di rimpatrio ma sulla prassi dell'operazione di rimpatrio stessa e sui presupposti che hanno portato alle decisioni di espulsione.

In altre parole, la violazione del principio di *non refoulement* non sarebbe da individuare nella presenza di un accordo di rimpatrio ma in una sua attuazione non conforme alle garanzie poste dall'ordinamento nazionale e internazionale.

L'illecito peraltro si verificherebbe, e molto probabilmente si è verificato⁸², nel caso in cui ai rimpatriandi non fosse data reale possibilità di presentare domanda di protezione internazionale in Italia o se comunque questa non fosse giudicata correttamente.

D'altra parte, pur non sembrando di poter affermare che un accordo di rimpatrio con uno Stato come il Sudan violi *ipso facto* il principio di *non refoulement*, il coinvolgimento così ampio di funzionari sudanesi mina alla radice la sua effettività, producendo un naturale ostacolo alla domanda di protezione da parte del cittadino sudanese, che intimorito dalla presenza di funzionari del proprio paese di origine difficilmente potrà presentare domanda d'asilo in Italia.

Jamaa. (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza 23 febbraio 2012).

⁸¹ A livello internazionale l'Italia, come firmataria della Convenzione di Ginevra del 1951 si è impegnata a non espellere o respingere «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» (Art. 33 Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati); la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur non richiamando direttamente il principio di *non refoulement* ha visto svilupparsi una giurisprudenza molto estensiva in particolare del divieto di tortura, come riportato nella nota precedente; il diritto dell'Unione europea prevede il divieto di respingimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. *Carta di Nižná*) all'art. 19 – secondo cui «Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti», ugualmente il divieto di respingimento nel diritto dell'UE è previsto nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea all'art. 78, nella c.d. *Direttiva qualifche* 2011/95/UE all'art. 21 e nella c.d. *Direttiva rimpatri* 2008/115/CE all'art. 9; il diritto interno italiano assicura il principio di *non refoulement* nel c.d. *Testo unico sull'immigrazione* d. lgs. n. 286/1998 in particolare all'art. 19, novellato dalla Legge 14 luglio 2017, n. 110 per cui «1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani.». È inoltre ragionevole supporre che una violazione del principio di *non refoulement* implichi una violazione dell'art. 10.1 Cost. nella misura in cui tale divieto venga riconosciuto come «norm(a) del diritto internazionale generalmente riconosciut(a)» e dell'art. 117, che prevede che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

⁸² Si fa ovviamente riferimento all'operazione di rimpatrio avvenuta il 24 agosto 2016 riportata nell'introduzione.

Inoltre, l'eventuale applicazione dell'art. 14 del Memorandum, che statuisce che «le procedure per stabilire l'identità delle persone da rimpatriare possono essere eseguite in territorio sudanese» in casi di necessità ed urgenza, violerebbe con alta probabilità il divieto di respingimento, in quanto comporterebbe *de facto* un'espulsione collettiva di persone la cui stessa nazionalità è in dubbio.

Impedire che queste violazioni avvengano è compito delle forze di sicurezza italiane, che dovranno arginare l'influenza potenzialmente inappropriata dei funzionari sudanesi e far sì che tanto durante le operazioni di rimpatrio quanto nella fase ad esse precedenti siano garantiti i diritti umani e l'effettiva possibilità per il migrante di presentare domanda di asilo⁸³.

L'esistenza del Memorandum non implica necessariamente che questi diritti siano violati in modo sistematico ma senza dubbio non ne agevola la tutela, non essendovi peraltro nessun riferimento esplicito al principio di *non refoulement* nel testo dell'intesa. L'operazione di rimpatrio del 24 agosto 2016 ha purtroppo dimostrato come il Memorandum possa incoraggiare pratiche di rimpatrio forzato con un'alta probabilità di violazione dei diritti umani.

Concludendo, il Memorandum, almeno a livello internazionale, non è da considerarsi in violazione del principio di *non refoulement*, tuttavia ne pone seriamente a rischio l'effettività durante le operazioni di rimpatrio. Inoltre, questa legittimità internazionale non ne legittima politicamente l'esistenza né fa venir meno le gravi violazioni di diritto interno.

7. Conclusioni.

Si è cercato di illustrare la natura giuridica del Memorandum d'intesa Italia – Sudan, avente principalmente ad oggetto le misure di rimpatrio dei cittadini sudanesi.

Si è sostenuto come il Memorandum violi sotto diversi profili l'ordinamento giuridico italiano, in quanto, essendo a tutti gli effetti un trattato internazionale tra i governi dei due Paesi, non ha seguito la procedura prevista dagli artt. 80 e 87 della Costituzione, che avrebbe richiesto una ratifica presidenziale e una legge di autorizzazione alla ratifica da parte del Parlamento, incidendo lo stesso sulla condizione giuridica dello straniero tutelata dall'art. 10 Cost. e, di conseguenza, richiedendo una modificazione di legge, per la quale sarebbe stata necessaria l'autorizzazione del Parlamento ai sensi dell'art. 80 della Costituzione.

Pur volendo, inoltre, considerare il Memorandum come un trattato concluso, illecitamente, in forma semplificata risulta violato l'obbligo di pubblicazione dello stesso ai sensi della legge 11 dicembre 1984, n. 839, *Norme sulla Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*. Avendo precedentemente escluso di trovarci dinanzi ad un trattato segreto, per considerazioni di merito e di diritto, non resta che sottolineare la particolare gravità di tale violazione, essendo il principio di

⁸³ Si noti che nell'operazione di rimpatrio del 24 agosto 2016 sette tra i cittadini sudanesi sottoposti al provvedimento di espulsione coattiva sono riusciti a sottrarsi all'ultimo momento al rimpatrio rifiutandosi di salire sull'aereo opponendo resistenza fisica. Tutti costoro hanno presentato richiesta di protezione internazionale, che ha avuto esito positivo. È facile dubitare che questi sette, come gli altri quaranta del resto, siano stati messi nelle condizioni di chiedere protezione internazionale in Italia prima del momento dell'imbarco.

pubblicità degli atti normativi nazionali e internazionali uno dei cardini dello stato democratico moderno, soprattutto quando sono in gioco i diritti fondamentali dell'individuo.

Non è neanche possibile ravvisare all'interno del Memorandum una qualche forma di tutela atta a scongiurare pericoli di violazione del principio di *non refoulement*, che anzi si sospetta essere già stato violato nel corso dell'unica operazione di attuazione dell'intesa durante il rimpatrio forzato del 24 agosto 2016.

Infine, l'art. 14 del Memorandum (Procedure di rimpatrio nei casi di necessità ed urgenza) rappresenta una grave, palese ed inaccettabile violazione delle norme italiane ed internazionali riguardanti le operazioni di rimpatrio.

Concludendo, resta da sottolineare che il fatto che il Memorandum sia stato firmato dal Dipartimento della Pubblica sicurezza non rappresenti un'attenuante ma, anzi, un'aggravante rispetto alla più naturale sottoscrizione da parte di un rappresentante del Governo con pieni poteri. La scelta di delegare la Polizia alla conclusione di questo tipo di accordi, infatti, sembra rispondere all'esigenza di *depolitizzare* e deresponsabilizzare la politica italiana in materia di immigrazione, anche per evitare l'accusa più che fondata dell'inopportunità della collaborazione così stretta fra il nostro Governo e quello del dittatore al-Bashir.

È evidente come questa intesa, così come, più in generale, la cooperazione con il Sudan all'interno del Processo di Khartoum, andasse evitata o quantomeno l'utilizzo del tradizionale strumento del trattato internazionale sarebbe risultato più consono alla luce delle garanzie presenti nell'ordinamento giuridico italiano in materia.

Purtroppo, l'Italia, in questo caso come in altri⁸⁴, si conferma apripista in Europa di pratiche fortemente lesive dei diritti fondamentali dell'uomo, del diritto internazionale e costituzionale.

Con il Memorandum Italia – Sudan, nonché con le pratiche messe in atto da altri paesi europei, si consolida un sistema semplificato⁸⁵ di relazioni internazionali in materia di immigrazione, che a fronte di una migliore efficienza e di una rapidità maggiore di attuazione, sacrifica le garanzie poste a tutela dei diritti dei migranti, con grave danno di tutto il sistema della protezione multilivello dei diritti dell'uomo.

⁸⁴ Si pensi ai già citati casi degli accordi tra Italia e Tunisia e tra Italia e Libia.

⁸⁵ Si pensi alla Dichiarazione UE-Turchia, la cui dubbia natura giuridica garantisce una quasi totale immunità dagli ordinamenti nazionali e sovranazionali. Ordinanze del Tribunale del 28 febbraio 2017 nelle cause T-192/16, T-193/16 e T-257/16, *NF, NG e NM c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:T:2017:128, ECLI:EU:T:2017:129, ECLI:EU:T:2017:130 (attualmente oggetto di impugnazione davanti alla Corte di giustizia).