

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2022

ACCORDI DI *SOFT LAW* IN MATERIA DI RIMPATRI: CARTA BIANCA PER LE ISTITUZIONI UE?

di Caterina Molinari

***Abstract:** La soft law sta prendendo piede rapidamente in diversi settori di azione dell'Unione, tra cui la gestione della migrazione esterna. Gli accordi di soft law in materia di migrazione sostenuti dall'UE o, più spesso, conclusi direttamente a livello dell'UE si sono moltiplicati negli ultimi anni. Da questo fenomeno derivano numerose conseguenze dal punto di vista costituzionale, oggetto di intenso dibattito da parte della dottrina. Il presente saggio fornisce un contributo a tale dibattito, sviluppando due considerazioni tra loro correlate. In primo luogo, si ipotizza che la giustificazione a sostegno del ricorso ad accordi di soft law nel settore della riammissione sia stata sinora unicamente l'elusione delle garanzie costituzionali, diventata ormai un fine a sé in quest'ambito. In secondo luogo, si sostiene che, sebbene alcuni vincoli costituzionali possano effettivamente venir meno ricorrendo ad accordi di soft law, altri debbano necessariamente restare operanti per impedire che i poteri pubblici siano esercitati arbitrariamente. Essenziale in tal senso è il rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale.*

***Abstract:** Soft law has been growing rapidly in different spheres of Union action, including external migration management. Soft migration deals backed by the EU or, more frequently, directly concluded at the EU level have multiplied in recent years. This raises several constitutional issues, which have formed the object of a rich academic debate. This article contributes to the debate by developing two related considerations. First, it argues that the justification behind the use of soft deals in the field of readmission has so far been the sheer side-stepping of constitutional guarantees, which has become, in this field, an end in itself. Secondly, it asserts that, even if certain constitutional constraints can arguably be side-lined through the use of soft deals, others must necessarily remain operative to guarantee that public powers are not used arbitrarily. The principle of institutional balance has a crucial role to play in this respect.*

ACCORDI DI *SOFT LAW* IN MATERIA DI RIMPATRI: CARTA BIANCA PER LE ISTITUZIONI UE*

di Caterina Molinari**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli accordi di soft law nel settore della riammissione. – 3. Giustificazione del ricorso alla soft law nel settore dei rimpatri. – 3.1. Motivazioni addotte a favore del ricorso alla soft law in altri settori. – 3.2. Assenza di capacità esplicativa di tali motivazioni nel settore della riammissione. – 3.3. Stato di diritto e aggiramento strategico dei vincoli costituzionali. – 4. Conciliazione tra accordi di soft law e il principio-base di ordine costituzionale della governance responsabile. – 4.1. I confini inevitabili degli accordi di soft law. – 4.2. Un principio idoneo: equilibrio istituzionale e accordi di soft law. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

La *soft law* sta prendendo piede rapidamente in diversi settori di azione dell'Unione nell'ambito del più ampio fenomeno denominato *new governance*¹. Benché non sia semplice fornire una definizione precisa di tale istituto, con l'espressione *soft law* ci si riferisce per lo più a strumenti non vincolanti dotati comunque di un certo grado di forza normativa². Tale

* Questo testo contiene una versione tradotta e rielaborata di un saggio apparso per la prima volta in inglese, col titolo *EU readmission deals and constitutional allocation of powers: parallel paths that need to cross*, nel volume *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum. Global Europe: Legal and Policy Issues of the EU's External Action* pubblicato da T.M.C. Asser Press nel 2022. La ricerca utile ai fini della sua stesura è stata condotta grazie al supporto finanziario della Research Foundation - Flanders (FWO).

** Caterina Molinari è *affiliated member* del KU Leuven Institute for European Law (Tiensestraat 41, 3000 Lovanio, Belgio (caterina.molinari@kuleuven.be, +3216372865) e *policy officer* presso la Commissione europea. Disclaimer: l'elaborato riflette unicamente le opinioni personali dell'autrice ed è pubblicato sotto la sua sola responsabilità.

1. In particolare, l'espressione *soft law* pone l'accento su una delle varie caratteristiche del metodo di *new governance*, in particolare il carattere non vincolante delle norme che essa produce. Cfr. J. Scott e D.M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, n. 8.2002, pp. 2 e 6; G. de Búrca e J. Scott, *Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, pp. 2-4.

2. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford e Portland, Hart, 2004, pp. 109-111; D.M. Trubek, P. Cottrell e M. Nance, *'Soft Law', 'Hard Law' and EU Integration*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, p. 65; G. Weeks, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford e Portland, Hart, 2016, pp. 1-2; S. Garben, *Competence Creep Revisited*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 57.2019, p. 207.

forza normativa può poi variare in funzione dei meccanismi coercitivi e persuasivi disponibili in relazione ad ogni specifico strumento. Da ciò si può quindi desumere che il carattere più o meno vincolante degli strumenti normativi non sia caratterizzato da una natura binaria, ma piuttosto si declini in una gamma più ampia³, spaziando da meccanismi dotati di un limitato potere coercitivo e sanzionatorio sino a meccanismi del tutto vincolanti. In seno all'UE la *soft law* si è concretizzata, a mero titolo esemplificativo, in linee guida emesse in base al metodo di coordinamento aperto nel settore dell'occupazione e della politica sociale⁴; in «documenti orientativi, note [e] comunicazioni interpretative della Commissione»⁵ nel settore ambientale e in indirizzi di massima per le politiche economiche in quello fiscale⁶. Nell'ambito dell'azione esterna dell'Unione intesa in senso ampio, dagli scambi commerciali alla gestione della migrazione, la *soft law* ha preso la forma di *memoranda d'intesa* (MI)⁷,

3. M. Brus, *Soft Law in Public International Law: A Pragmatic or a Principled Choice? Comparing the Sustainable Development Goals and the Paris Agreement*, in *Legal Validity and Soft Law*, a cura di P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, A.R. Mackor, Cham, Springer, 2018, pp. 263-264 parla di un *continuum* tra *hard law* e *soft law*. Cfr. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Bobek del 12 dicembre 2017 sul caso *Belgio c. Commissione*, C-16/16 P, EU:C:2017:959, pt. 4 e 82.

4. Cfr. C. de la Porte, *Is the Open Method of Coordination Appropriate for Organising Activities at European Level in Sensitive Policy Areas*, in *European Law Journal*, n. 8.2002; D. Friedrich, *Policy process, governance and democracy in the EU: the case of the Open Method of Coordination on social inclusion in Germany*, in *Policy & Politics*, n. 34 2006; D.M. Trubek *et al.*, *op. cit.*, pp. 76-82; C. Kilpatrick, *New EU Employment Governance and Constitutionalism*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006; M. Büchs, *New governance in European social policy: the open method of coordination*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007.

5. M. Eliantonio, *Soft Law in Environmental Matters and the Role of the European Courts: Too Much or Too Little of It?*, in *Yearbook of European Law*, 2018, p. 497.

6. D.M. Trubek *et al.*, *op. cit.*, p. 82 ss.; S. Deroose, D. Hodson, J. Kuhlmann, *The Broad Economic Policy Guidelines: Before and after the Re-launch of the Lisbon Strategy*, in *Journal of Common Market Studies*, n. 46.2008.

7. Cfr. *memorandum d'intesa* su un contributo finanziario svizzero ai nuovi Stati membri https://www.eda.admin.ch/dam/europa/en/documents/abkommen/MoU-erweiterungsbeitrag-2007_en.pdf accesso in data 12 maggio 2021; *memorandum d'intesa* tra l'Unione europea e l'Ucraina in materia di macro-assistenza finanziaria all'Ucraina per 1 miliardo di euro del 14 settembre 2018 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/mou_protocol_version_eu.pdf accesso in data 12 maggio 2021; *memorandum d'intesa* tra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea del 23 maggio 2007, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680597b32> accesso in data 12 maggio 2021.

partenariati⁸, dichiarazioni⁹ e altri strumenti di cooperazione non vincolanti¹⁰. Ci si riferirà collettivamente a tali strumenti con l'espressione «accordi di *soft law*».

Gli interrogativi che si pongono a fronte del ricorso alla *soft law* da parte delle istituzioni dell'UE sono numerosi, dato che l'aumento dei casi di ricorso alla *soft law* e agli strumenti di *new governance* mina alla base i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in particolare la sua natura autosufficiente e gerarchica¹¹, la completezza del suo sistema di rimedi giurisdizionali¹² e, di conseguenza, la sua autonomia¹³. In altri termini, la natura “sperimentale”¹⁴ della *soft law* implica il rischio di una progressiva perdita di

8. Es. *addendum* del 2011 del segretariato generale del Consiglio alla nota punto 'I/A', dichiarazione congiunta su un partenariato di mobilità tra l'Unione europea e l'Armenia, doc. 14963/11; *addendum* del 2008 del segretariato generale del Consiglio alla nota punto 'I/A', dichiarazione congiunta su un partenariato di mobilità tra l'Unione europea e la Repubblica di Moldavia, doc. 9460/08.

9. Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa del Consiglio europeo e del Consiglio 144/16. Tale dichiarazione è stata qualificata come accordo degli Stati membri – piuttosto che dell'UE – dal Tribunale dell'Unione europea (ordinanza del 28 febbraio 2017 in *N.F. c. Consiglio europeo*, T-192/16, EU:T:2017:128). Tuttavia, la suddetta qualificazione è stata ampiamente – e correttamente, ad avviso di chi scrive – contestata dalla dottrina maggioritaria (es. E. Cannizzaro, *Denialism as the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, *European Papers*, n. 2.2017; S. Carrera, L. Den Hertogh e M. Stefan, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, CEPS Policy Insight 2017/15; M. Gatti e A. Ott, *The EU-Turkey Statement: legal nature and compatibility with EU institutional law*, in *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, a cura di S. Carrera, J. Santos Vara e T. Strik, Rochester, Edward Elgar, 2019).

10. Es. azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie, 4 ottobre 2016, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en; allegato I del 2017 della Commissione alla decisione C(2017) 6137 final relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare; allegato del 2017 alla nota punto 15762/17 alle procedure di ammissione per il rimpatrio di cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea, 15762/17.

11. N. Walker, *EU Constitutionalism and New Governance*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, p. 20; C. Eckes, *The autonomy of the EU legal order, Europe and the World: A law review*, p. 2.

12. Il concetto di sistema completo di rimedi giurisdizionali è stato ripetuto plurime volte dalla Corte, *inter alia* in Corte giust., sentenza del 25.6.2020, *CSUE c. KF*, C-14/19 P, ECLI:EU:C:2020:492, pt. 60; Corte giust., sentenza del 5.11.2019, *Banca centrale europea c. Trasta Komerbanka*, C-663/17 P, ECLI:EU:C:2019:923, pt. 54; Corte giust., sentenza del 28.3.2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, pt. 66-67; Corte giust., sentenza del 3.10.2013, *Inuit c. Parlamento e Consiglio*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, pt. 92; Corte giust., sentenza del 3.9.2008, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, pt. 81; Corte giust., sentenza del 23.4.1986, *Les Verts*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, pt. 23.

13. In merito al rapporto tra completezza, gerarchia, sistema giudiziario e autonomia dell'ordinamento giuridico dell'UE cfr. ad esempio B. Kunoy e A. Dawes, *Plate Tectonics in Luxembourg: the ménage à trois between EC law, international law and the European Convention on Human Rights following the UN sanctions cases*, in *Common Market Law Review*, n. 46.2009; C. Eckes, *op. cit.* I. Govaere, *Interconnecting Legal Systems and the Autonomous EU Legal Order: A Balloon Dynamic*, in *The Interface Between EU and International Law: Contemporary Reflections*, a cura di I. Govaere e S. Garben, Oxford e Portland, Hart, 2019; I. Govaere, *Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, a cura di C. Hillion e P. Koutrakos, Oxford e Portland, Hart 2010.

14. In merito all'utilizzo dell'espressione «sperimentalismo democratico» come sinonimo di *new governance* cfr. M.C. Dorf e C.F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, *Columbia Law review*, n. 98.1998.

efficacia di quei meccanismi e principi propri dell'ordinamento giuridico dell'Unione concepiti affinché il potere non venga esercitato arbitrariamente. Questa circostanza allontana ulteriormente la realtà della produzione normativa dell'Unione dall'idea di una UE fondata sullo stato di diritto¹⁵.

Dal momento che mette in discussione le fondamenta dei valori dell'ordinamento giuridico dell'Unione, la *soft law* merita di essere analizzata dal punto di vista del diritto costituzionale dell'UE. Ciò è tanto più vero quando la *soft law* è utilizzata in settori, come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), caratterizzati da un lato da uno stretto legame con la sovranità nazionale¹⁶ e dall'altro dalla "natura costituzionale"¹⁷ del loro oggetto, essenzialmente correlato ai diritti fondamentali¹⁸.

La correlazione diretta tra i diritti fondamentali e gli aspetti esterni dello SLSG emerge chiaramente se si pensa ad episodi degli ultimi anni, come quello in cui la guardia costiera libica ha sparato a tre migranti sudanesi¹⁹ o quello relativo all'incendio divampato nell'*hotspot* di Moria in Grecia, che ha lasciato migliaia di migranti all'addiaccio e abbandonati a se stessi²⁰.

15. S. Carrera, J.S. Vara e T. Strik, *The external dimensions of EU migration and asylum policies in times of crises*, in *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, a cura di S. Carrera, J. Santos Vara e T. Strik, Rochester, Edward Elgar, 2019; C. Molinari, *The EU and its Perilous Journey through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns*, in *European Law Review*, n. 44.2019; L. Marin, *Policing the EU's External Borders: A Challenge for the Rule of Law and Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice? An Analysis of Frontex Joint Operations at the Southern Maritime Border*, in *Journal of Contemporary European Research*, 7.2011.

16. J. Monar, *Justice and Home Affairs in the EU Constitutional Treaty. What Added Value for the 'Area of Freedom, Security and Justice'?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 1.2005, p. 226.

17. Tradizionalmente, nell'ambito del costituzionalismo europeo, rappresentato innanzitutto dalle Costituzioni nazionali degli Stati membri dell'UE, i diritti fondamentali sono concepiti quali elementi essenziali dei testi costituzionali (P. Craig, *Constitutions, Constitutionalism, and the European Union*, *European Law Journal*, n. 7.2001, p. 141; K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 16). A partire dalla riforma di Lisbona dei Trattati (Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, GUUE C 306, 17.12.2007, p 1-271), la Carta dei diritti fondamentali dell'UE fa ufficialmente parte del diritto primario dell'Unione e l'impegno a rispettare i diritti fondamentali è inserito nell'elenco dei valori fondamentali dell'UE di cui all'art. 2 TUE.

18. La gestione della migrazione, in particolare, incide su numerosi diritti fondamentali, tra cui il diritto assoluto a non essere sottoposti a torture e a trattamenti inumani o degradanti (integrato dal principio di non respingimento (*non-refoulement*)), il diritto di richiedere protezione internazionale, il diritto alla libertà, il diritto alla vita privata, nonché alla tutela giudiziaria effettiva di tutti questi diritti.

19. Il 27 luglio tre migranti sudanesi avevano tentato di fuggire al momento dello sbarco sulla costa della Libia, dopo essere stati respinti mentre cercavano di raggiungere l'Europa. La guardia costiera libica aprì il fuoco contro di loro, uccidendoli (Alexander Morgan, l'UE condanna l'uccisione in Libia di tre migranti diretti in Europa, 29.7.2020. <https://www.euronews.com/2020/07/29/un-deplores-deadly-shooting-of-three-europe-bound-migrants-in-libya> accesso in data 12 maggio 2021).

20. AP, migranti sfollati a Lesbo protestano in seguito all'incendio divampato nel campo profughi di Moria, 14.9.2020. <https://www.euronews.com/2020/09/12/displaced-migrants-on-lesbos-island-protest-in-wake-of-fire-at-moira-camp> accesso in data 12 maggio 2021.

Nel *background* giuridico di entrambi gli episodi rientrano degli accordi di *soft law*. Infatti alla guardia costiera libica sono assicurati finanziamenti e formazione con il sostegno sia dell'Italia che dell'UE²¹, in base al MI tra Italia e Libia²², recentemente rinnovato²³. Per quanto concerne il campo profughi di Moria, la sua popolazione è aumentata sensibilmente in seguito alla dichiarazione UE-Turchia²⁴, trasformandosi *de facto* in un Centro di detenzione per i migranti che attendono di essere rimpatriati in Turchia²⁵.

Tutto ciò proietta una luce inquietante sull'incremento del ricorso agli accordi di *soft law* nello SLSG, sia che tali accordi siano “semplicemente” sostenuti dall'UE, sia che, più frequentemente, siano conclusi direttamente a livello dell'UE, come nel caso della azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro (*EU- Afghanistan Joint Way Forward – JWF*)²⁶ (2016), della successiva Dichiarazione congiunta UE-Afghanistan (Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU)²⁷ (2021), delle procedure operative standard UE-Bangladesh (*EU-Bangladesh Standard Operating Procedures – SOP*)²⁸ (2017) e delle procedure di ammissione UE-Etiopia (*EU-Ethiopia Admission Procedures – AP*)²⁹ (2018). Tali accordi fanno sorgere interrogativi di non poco conto. Molto dibattute in dottrina sono, ad esempio, le questioni relative alla tutela giurisdizionale

21. Comunicato stampa della Commissione Fondo fiduciario dell'UE per l'Africa adotta un programma di 46 milioni di euro a sostegno della gestione integrata della migrazione e delle frontiere in Libia, 28.7.2017. file:///C:/Users/u0116137/Zotero/storage/CHL2UA2C/IP_17_2187.html accesso in data 12 maggio 2021.

22. *Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana. <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf> accesso in data 12 maggio 2021. Per una versione in lingua inglese cfr. *memorandum of understanding on cooperation in the fields of development, the fight against illegal immigration, human trafficking and fuel smuggling and on reinforcing the security of borders between the State of Libya and the Italian Republic*. https://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf accesso in data 12 maggio 2021.

23. Euronews, Libia-Italia: scattato il rinnovo del *memorandum* sui migranti, 2.2.2020. <https://it.euronews.com/2020/02/02/libia-italia-scattato-il-rinnovo-del-memorandum-sui-migranti> accesso in data 12 maggio 2021.

24. Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa del Consiglio europeo e del Consiglio 144/16.

25. In merito alla correlazione tra la dichiarazione UE-Turchia e la trasformazione degli *hotspot* greci in Centri di detenzione cfr. Maria Margarita Mentzelopoulou e Katrien Luyten, *Hotspots at EU external borders State of play, briefing* del Servizio Ricerca del Parlamento europeo (*European Parliamentary Research Service – EPRS*) del 2018. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623563/EPRS_BRI\(2018\)623563_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623563/EPRS_BRI(2018)623563_EN.pdf) accesso in data 12 maggio 2021.

26. Azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie, 4 ottobre 2016, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en.

27. Dichiarazione Congiunta UE-Afghanistan sulla cooperazione in materia di migrazione, 26 aprile 2021.

28. Allegato I del 2017 della Commissione alla decisione C(2017) 6137 final relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare.

29. Allegato alla nota punto 15762/17 procedure di ammissione UE-Etiopia per il rimpatrio dei cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea, 15762/17.

effettiva dei diritti dei migranti coinvolti³⁰ e alla responsabilità giudiziaria delle istituzioni, degli organi e delle Agenzie dell'UE che hanno un ruolo nella conclusione degli accordi di *soft law*³¹.

Per ragioni di economia, il presente contributo si sofferma solo su uno dei numerosi interrogativi di ordine costituzionale di particolare rilevanza: la *giustificazione* che si cela dietro il ricorso agli accordi di *soft law* nel settore della riammissione. Dopo una breve introduzione agli accordi di *soft law* in materia di rimpatri (sezione 2) il presente saggio svilupperà due considerazioni in materia.

In primo luogo, il presente contributo ipotizza che la giustificazione a supporto del ricorso ad accordi di *soft law* nel settore dei rimpatri sia stata sinora unicamente l'elusione delle garanzie costituzionali, diventata ormai un fine in sé per il ricorso alla *soft law* in questo ambito. In un ordinamento giuridico fondato sullo stato di diritto questo specifico utilizzo degli accordi di *soft law* è criticabile *tout court* (sezione 3).

In secondo luogo, il presente contributo sostiene che, sebbene alcuni vincoli costituzionali possano effettivamente venir meno ricorrendo ad accordi di *soft law*, altri devono necessariamente restare operanti per garantire che i poteri pubblici non siano esercitati arbitrariamente. Tra questi, il presente articolo esamina il principio dell'equilibrio istituzionale, la cui rigorosa applicazione agli accordi di *soft law* impedirebbe che questi ultimi vengano utilizzati come strumento per escludere alcuni attori istituzionali in favore di altri (sezione 4).

2. Gli accordi di *soft law* nel settore della riammissione

L'uso della *soft law* in materia di questioni migratorie non è un fenomeno nuovo. Già nel 2007, pochi anni dopo aver acquisito la competenza di concludere accordi internazionali in materia di rimpatri (i cosiddetti accordi di riammissione), l'UE identificava i partenariati per la mobilità come lo strumento principale tramite il quale inquadrare la cooperazione estera su questioni migratorie³². Tali partenariati sono precisamente strumenti di *soft law* e

30. Tra gli altri, C. Molinari, *EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2019/2, p. 8; V. Moreno-Lax *The Migration Partnership Framework and the EU-Turkey Deal: Lessons for the Global Compact on Migration Process?*, in: *What is a Compact? Migrants' Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, RWI Working Paper 2017/1.

31. Tra gli altri, J. Santos Vara, *Soft international agreements on migration cooperation with third countries: a challenge to democratic and judicial controls in the EU*, in *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis: legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*, a cura di S. Carrera, J. Santos Vara e T. Strik, Rochester, Edward Elgar, 2019, pp. 33-35.

32. Comunicazione della Commissione COM(2007) 248 definitivo del 16.5.2007 in materia di migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i Paesi terzi.

tracciano linee guida in merito alla cooperazione tra UE e Paese terzo firmatario in materia non solo di rimpatri, ma anche di controllo delle frontiere, immigrazione regolare ed integrazione. Questi strumenti di *soft law* sono intesi come un primo passo verso la conclusione di due Trattati internazionali veri e propri da negoziare, di volta in volta ed in parallelo, col Paese terzo: un accordo di riammissione, in genere nell'interesse dell'Unione, ed un accordo di facilitazione del rilascio dei visti, in genere nell'interesse del Paese terzo³³. Quest'uso della *soft law* come tappa propedeutica alla negoziazione di strumenti vincolanti di diritto internazionale non desta particolari preoccupazioni, poiché i diritti e gli obblighi assunti dalle parti in questione, formalizzati proprio al momento della conclusione di tali strumenti secondo le procedure prescritte dal quadro costituzionale (nel caso di specie, dall'art. 218 TFUE), rimangono soggetti al livello di scrutinio democratico e giurisdizionale prescritto da tale quadro. Lo stesso non può dirsi degli accordi informali di riammissione che si sono moltiplicati negli ultimi anni a seguito della crisi migratoria del 2015 sul modello della dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016³⁴. Quest'ultima è stata concepita come risposta emergenziale all'aumento del flusso migratorio osservato a partire dal 2014-2015 e contiene impegni riguardanti non solo i rimpatri (come evidenziato dalla ben nota frase di apertura: «Tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche a decorrere dal 20 marzo 2016 saranno rimpatriati in Turchia»), ma anche il controllo delle frontiere ed i reinsediamenti. Pur non trattandosi di un accordo vincolante, tale dichiarazione ha avuto conseguenze notevoli sia sulla gestione dei migranti arrivati in Grecia a seguito della sua conclusione sia sul rafforzamento delle frontiere tra Grecia e Turchia, anche grazie al notevole impegno economico assunto dall'Unione e dai suoi Stati membri in favore del partner turco con la creazione dello Strumento per i rifugiati in Turchia³⁵, che ha comportato un esborso da 6 miliardi di euro a sostegno degli sforzi sostenuti dalla Turchia per limitare il flusso di immigrati irregolari verso la Grecia. La dichiarazione in sé non altera i diritti riconosciuti agli immigrati irregolari ed, in particolare, ai richiedenti asilo. Le parti si impegnano a rimpatriare verso la Turchia coloro che non hanno diritto di restare sul suolo europeo, a seguito di una determinazione fatta seguendo le procedure dettate dalla legislazione interna. Tuttavia, è innegabile che l'enfasi posta sui rimpatri abbia avuto conseguenze notevoli sulla gestione degli arrivi in Grecia, con la trasformazione del campo di Moria in un *hotspot* chiuso e sovraffollato che ha comportato un notevole deterioramento delle condizioni di vita dei richiedenti asilo e degli immigrati

33. COM (2011) 743 definitivo del 18.11.2011, *L'approccio globale in materia di migrazione e mobilità*.

34. Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, comunicato stampa del Consiglio europeo e del Consiglio 144/16.

35. Si veda la scheda informativa pubblicata dalla Commissione (Factsheet: The EU Facility for Refugees in Turkey https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/frit_factsheet.pdf/).

irregolari ivi bloccati e con l'emergere di notevoli ostacoli pratici nel garantire loro il sostegno e l'assistenza necessarie al fine di esercitare i propri diritti³⁶. Ciò nonostante, grazie alla sua – reale o percepita – efficacia nella riduzione della pressione migratoria sulla Grecia, la dichiarazione UE-Turchia è diventata velocemente, nella narrativa istituzionale dell'UE, un modello di cooperazione riuscita in materia migratoria. Nel contesto della comunicazione programmatica emessa dalla Commissione nel 2016 in merito al nuovo quadro di cooperazione in materia migratoria in risposta alla crisi, la dichiarazione UE-Turchia viene esplicitamente indicata come un modello da seguire³⁷ ed il ricorso alla *soft law* in sostituzione, piuttosto che in preparazione, dei Trattati internazionali di riammissione viene esplicitamente avallato³⁸. Questa manovra estrapola la dichiarazione dal quadro emergenziale nel quale era nata e la normalizza, trasformandola in un nuovo standard. Dal 2016 in poi, con l'eccezione dell'accordo di riammissione concluso con la Bielorussia nel 2020³⁹ sulla base di un mandato risalente al 2011 e quasi immediatamente sospeso⁴⁰, l'Unione non ha concluso alcun nuovo Trattato vincolante di riammissione. Si sono invece moltiplicati gli accordi *di soft law* in materia. Esempi in tal senso sono l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro (*EU- Afghanistan Joint Way Forward – JWF*)⁴¹ (2016), recentemente sostituita dall'analoga Dichiarazione congiunta (Joint Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU)⁴² (2021), le procedure operative standard UE-Bangladesh (*EU-Bangladesh Standard Operating Procedures – SOP*)⁴³ (2017), e le procedure di ammissione UE-Etiopia (*EU-Ethiopia Admission Procedures – AP*)⁴⁴ (2018). La Commissione afferma di aver concluso accordi di questo tipo anche con Guinea, Gambia e Costa d'Avorio, anche se il relativo testo non è stato pubblicato, nemmeno in forma di comunicato stampa.

36. E. Córdova Morales, *The Black Holes of Lesbos: Life and Death at Moria Camp: Border Violence, Asylum, and Racisms at the Edge of Postcolonial Europe*, in *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, 7.2021.

37. Comunicazione della Commissione COM(2016) 385 definitivo del 7.6.2016 sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione.

38. *Ibid.*

39. Accordo, tra l'Unione europea e la Repubblica di Bielorussia relativo alla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 181, 9 giugno 2020.

40. Consiglio, Bielorussia: il Consiglio sospende le disposizioni sulla facilitazione del rilascio dei visti per i funzionari del regime bielorusso, comunicato stampa del 9.11.2021, <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/11/09/belarus-council-suspends-visa-facilitation-provisions-for-officials-of-the-belarus-regime/>.

41. Azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie, 4 ottobre 2016, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/11107/joint-way-forward-on-migration-issues-between-afghanistan-and-the-eu_en.

42. Dichiarazione Congiunta UE-Afghanistan sulla cooperazione in materia di migrazione, 26 aprile 2021.

43. Allegato I del 2017 della Commissione alla decisione C(2017) 6137 final relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare.

44. Allegato alla nota punto 15762/17 procedure di ammissione UE-Etiopia per il rimpatrio dei cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea, 15762/17.

Gli accordi di *soft law* appena menzionati hanno un contenuto in tutto analogo a quello dei Trattati di riammissione conclusi dall'Unione negli anni precedenti la crisi migratoria: essi (i) stabiliscono l'impegno del Paese terzo a riammettere i propri cittadini⁴⁵ – e, nel caso della dichiarazione UE-Turchia, i cittadini di Paesi terzi⁴⁶ – ; (ii) indicano quali documenti saranno accettati come mezzi di prova ai fini di stabilire la cittadinanza e quali come validi documenti di viaggio⁴⁷; e (iii) determinano quanti rimpatriati o voli di rimpatrio possano essere ammessi dal Paese terzo nell'arco di un determinato lasso di tempo⁴⁸. Il rispetto di tutte queste norme di dettaglio è garantito dalla creazione di gruppi di lavoro congiunti per monitorarne l'attuazione⁴⁹. Inoltre, il testo di tali accordi di *soft law* spesso contiene disposizioni in merito alla data di inizio della cooperazione in materia di riammissione ed alle condizioni per eventuali sue modifiche o sospensioni⁵⁰.

Date queste premesse, non sembra esservi alcuna differenza di sostanza tra accordi di *soft law* in materia di riammissione e Trattati internazionali aventi lo stesso oggetto. Soprattutto nel quadro delle relazioni esterne, dove il rispetto degli obblighi è determinato da questioni di reputazione e rapporti di forza più che dalla possibilità concreta di una sanzione in sede giudiziaria, è difficile pensare che simili accordi di *soft law*, che pure si considerano esplicitamente come non vincolanti, abbiano realmente una forza normativa inferiore a quella dei Trattati in materia di rimpatri. In questo contesto, è naturale chiedersi quale sia la giustificazione alla base del ricorso alla *soft law* in questo settore e se tale giustificazione sia in qualche modo legittima, sulla base del quadro costituzionale di riferimento, dal momento che molte delle garanzie da esso approntate a proposito della conclusione di strumenti di diritto vincolanti vengono meno rispetto agli accordi di *soft law*, come discusso in seguito. Le prossime sezioni si occupano di proporre degli elementi di risposta a tale quesito.

45. AP UE-Etiopia sezione 1.2; JWF UE-Afghanistan.

46. Dichiarazione UE-Turchia e piano d'azione pt. 1.

47. JWF UE-Afghanistan, parte II; SOP UE-Bangladesh pt. 1-4; AP UE-Etiopia sezioni 2-4.

48. JWF UE-Afghanistan, parte III; SOP UE-Bangladesh pt. 5.

49. JWF UE-Afghanistan, parte IV; SOP UE-Bangladesh punto 6; dichiarazione UE-Turchia dal secondo all'ultimo paragrafo; AP UE-Etiopia sezione 5(2).

50. JWF UE-Afghanistan, parti IV, VIII e IX; SOP UE-Bangladesh pt. 6; Dichiarazione UE-Turchia e piano d'azione pt. 1 e 6; AP UE-Etiopia sezione 6.

3. Giustificazione del ricorso alla *soft law* nel settore dei rimpatri

3.1. Motivazioni addotte a favore del ricorso alla *soft law* in altri settori

Il rapporto tra *soft law* e garanzie costituzionali ha attirato in misura sempre maggiore l'attenzione della dottrina, dato che l'utilizzo della *soft law* è diventato un fenomeno dilagante nell'ordinamento giuridico dell'Unione.

I sostenitori del ricorso alla *soft law* ne esaltano diverse qualità⁵¹ che la rendono uno strumento particolarmente idoneo per la gestione della *governance* interna. La *soft law*, quando è prodotta da meccanismi modellati sulla base del metodo di coordinamento aperto (*Open Method of Coordination* – OMC)⁵², ha il vantaggio di essere *partecipativa e non gerarchica*, dato che è il frutto del coordinamento transnazionale tra reti di soggetti posti sullo stesso livello che si impegnano a raggiungere determinati obiettivi e controllano l'uno il comportamento dell'altro. Tale impostazione rende probabilmente alcuni tipi di strumenti di *soft law* più *trasparenti*, dato che il processo decisionale non solo è visibile, ma è anche aperto agli *input* di tutte le parti interessate⁵³. Inoltre, la *soft law* è in grado di *adattarsi alle peculiarità dei contesti nazionali*, basandosi su vari tipi di impegni da parte dei diversi Stati membri o su linee guida generiche piuttosto che su norme dettagliate. Infine, la *soft law* è uno *strumento flessibile su cui è più semplice trovare un accordo*. Per natura, non prevede l'espletamento di lunghe procedure (come ad esempio la procedura di ratifica a cui sono tipicamente sottoposti gli accordi internazionali vincolanti). Inoltre, la *soft law* è connotata da un costo reputazionale contenuto (proprio a fronte della sua natura non vincolante) e non assoggetta i suoi autori ai classici meccanismi di responsabilità⁵⁴.

La capacità della *soft law* di generare sinergie tra gli esperti e la società civile e di orientare l'azione, consentendo al contempo di operare opportune differenziazioni, è considerata il suo principale punto di forza in ambiti quali la politica sociale e la tutela dell'ambiente. Sicuramente, per raggiungere determinati obiettivi, come il coordinamento delle politiche nazionali o il sostegno degli Stati membri dell'UE nell'applicazione di

51. Cfr ad esempio l'elenco dei potenziali vantaggi della *soft law* in M. Eliantonio e O. Stefan, *Soft Law Before the European Courts: Discovering a 'common pattern'?*, in *Yearbook of European Law*, 2018, pp. 457-458; D.M. Trubek *et al.*, *op. cit.*, pp. 73-74.

52. A tale riguardo cfr. ad esempio L. Tholoniati, *The Career of the Open Method of Coordination: Lessons from a 'Soft' EU Instrument*, *West European Politics*, 33.2010; E. Szyzszak, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, *European Law Journal*, 12.2006.

53. G. de Búrca e J. Scott, *Introduction: New Governance*, *op. cit.*, p. 3. Ma cfr. altresì l'opposto punto di vista – che dà conto della diversità di approccio dei decisori in materia di *soft law* nei diversi contesti – che lamenta la carenza di trasparenza degli strumenti di *new governance* e della *soft law* in particolare (M. Eliantonio, *op. cit.*, p. 497, che cita L. Senden, *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, *European Law Journal*, 19.2013, p. 65).

54. Dal punto di vista democratico (L. Senden, *Soft Post-Legislative Rulemaking*, *op. cit.*, p. 71) e giudiziario (M. Eliantonio e O. Stefan, *op. cit.*, pp 459-460).

normative tecniche, la *soft law* vanta un potenziale di cui la *hard law* è sprovvista. In particolare, la *soft law* è in grado di raggiungere settori impervi per la normativa vincolante, anche per ragioni legate alla limitatezza delle competenze attribuite all'Unione in certe materie, nonché di integrare la legislazione quadro che necessita di un'attuazione incrementale e di *input* costanti da parte di esperti⁵⁵. Conseguendo tali obiettivi, la *soft law* perfeziona il quadro normativo creato dalle norme vincolanti tradizionali senza prevalere su di esse.

Queste riflessioni non sembrano però in grado di giustificare il ricorso ad accordi di *soft law* nell'ambito esterno dello SLSG e, in particolare, nel settore della riammissione.

3.2. Assenza di capacità esplicativa di tali motivazioni nel settore della riammissione

In primo luogo, il ricorso ad accordi di *soft law* nel settore della riammissione non rende i negoziati né più trasparenti, né più partecipativi. Al contrario, la negoziazione di accordi di *soft law* esclude attori che invece avrebbero voce in capitolo, come ad esempio il Parlamento europeo (il Parlamento), ed è condotta in modo opaco. A questo punto è importante sottolineare che l'art. 218 TFUE prevede una procedura specifica da seguire per la negoziazione e la conclusione di accordi internazionali formali, che garantisce da un lato una serie di importanti prerogative a favore del Parlamento⁵⁶ e dall'altro lato un certo livello di trasparenza⁵⁷. Per contro, all'interno dei Trattati non è prevista alcuna procedura per l'adozione di accordi di *soft law* e questa assenza ha sino ad ora fatto sì che tali accordi venissero conclusi da (gli Stati membri in seno al) Consiglio europeo⁵⁸ o dalla Commissione⁵⁹. Il Parlamento non è stato coinvolto nei negoziati e non è stato tenuto informato durante lo svolgimento degli stessi⁶⁰. Inoltre, spesso non è consentito neppure l'accesso *ex post* ai

55. Operando in tal modo, la *soft law* può integrare la *hard law*, dando vita a quadri ibridi, come quello descritto da de Búrca in relazione alla direttiva sull'uguaglianza razziale (G. de Búrca, EU Race Discrimination Law: A Hybrid Model?, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006).

56. In base all'art. 218(6) (v) TFUE, letto unitamente all'art. 79(2) TFUE, gli accordi nel settore della politica comune in materia di immigrazione, compresa la riammissione, necessitano del consenso del Parlamento europeo. Inoltre, l'art. 218(10) TFUE prevede che il Parlamento sia «immediatamente e pienamente informato in tutte le fasi della procedura».

57. La trasparenza *ex ante* è limitata, ma assicurata, dall'attività di "supervisione" svolta dal Parlamento in qualità di istituzione rappresentativa dei cittadini dell'UE. La trasparenza *ex post* è garantita dalla possibilità di accedere al testo definitivo della decisione di concludere un accordo internazionale e dell'accordo internazionale stesso, dato che tali testi sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'UE, in base a quanto previsto dall'art. 297 TFUE.

58. È il caso della dichiarazione UE-Turchia (sulla paternità della quale cfr. nota 9).

59. È il caso delle SOP UE-Bangladesh e delle AP UE-Etiopia.

60. Cfr. ad esempio il paragrafo introduttivo delle interrogazioni parlamentari con richiesta di risposta scritta E-000957-18, formulata dal membro del Parlamento europeo Judith Sargentini alla Commissione in data 15 febbraio 2018 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-000957_EN.html accesso in data 12 maggio 2021), in cui si legge che «in data 29 gennaio 2018, il Consiglio ha approvato le procedure per rimpatriare i cittadini etiopi nel proprio

documenti dei negoziati o, talvolta, al testo definitivo degli accordi di *soft law*. Ad esempio, nella sentenza *Access Info Europe*⁶¹, il Tribunale dell'Unione europea ha confermato il diniego da parte della Commissione di consentire l'accesso alla documentazione preparatoria relativa alla dichiarazione UE-Turchia, invocando una delle eccezioni alla regola generale relativa all'accesso ai documenti di cui all'art. 4(1) del regolamento trasparenza⁶².

In virtù della medesima eccezione e, in particolare, dell'esistenza di un interesse pubblico alla non divulgazione con riguardo alle relazioni internazionali dell'Unione⁶³, all'autrice del presente contributo è stato negato l'accesso al testo definitivo di altri accordi informali non pubblicati, come ad esempio le buone pratiche UE-Guinea per l'efficiente funzionamento delle procedure di rimpatrio⁶⁴.

Paese di origine. Né il Consiglio, né la Commissione hanno pubblicato il testo e quindi il Parlamento europeo si è visto costretto a basare la propria valutazione su una versione non ufficiale. Da quella versione si evince chiaramente che tali procedure di rimpatrio si applicano sia al rimpatrio volontario in Etiopia che a quello forzato, nonché alla riammissione in tale Paese» (corsivo aggiunto) e E-002443/2020, formulata dai membri del Parlamento europeo Bettina Vollath e Birgit Sippel alla Commissione in data 22 aprile 2020, in cui si legge che «l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie è stata negoziata nel 2016 senza la partecipazione ufficiale del Parlamento e formalmente non ha efficacia giuridica» (corsivo aggiunto). Cfr. altresì il punto 73 della risoluzione non legislativa del Parlamento europeo del 13 marzo 2019 (15093/2016 – C8-0107/2018 – 2015/0302M(NLE) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0170_EN.html accesso in data 12 maggio 2021, in base al quale il Parlamento «deplora la mancanza di supervisione parlamentare e controllo democratico rispetto alla conclusione dell'azione congiunta per il futuro») e il punto 19 della risoluzione del Parlamento europeo del 14.12.2017 relativa alla situazione in Afghanistan (2017/2932(RSP)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-8-2017-0678_EN.html accesso in data 12 maggio 2021), in cui si legge che il Parlamento «prende atto della conclusione dell'accordo informale di riammissione tra l'UE e l'Afghanistan previsto dall'azione congiunta per il futuro; deplora la mancanza di vigilanza parlamentare e di controllo democratico sulla conclusione di tale accordo; invita i governi della regione ad astenersi dal rimpatriare gli afgani; segnala che ciò costituisce una violazione diretta del diritto internazionale umanitario e che il crescente numero di rifugiati che subiscono tale trattamento non fa che rafforzare i gruppi terroristici e creare maggiore instabilità nella regione; sottolinea che i rimpatri in Afghanistan mettono a grave rischio la vita dei rimpatriati, in particolare delle persone sole che non dispongono di una rete familiare o di amici in Afghanistan e che hanno poche possibilità di sopravvivenza; sottolinea che l'assistenza e la cooperazione dell'UE devono essere mirate a conseguire lo sviluppo e la crescita nei Paesi terzi e a ridurre e, infine, eliminare la povertà, e non a incentivare i Paesi terzi a cooperare alla riammissione dei migranti irregolari, dissuadere con la coercizione le persone dal mettersi in viaggio o arrestare i flussi verso l'Europa» (corsivo aggiunto).

61. Sentenze del 7 febbraio 2018, *Access Info Europe c. Commissione*, T-851/16 e T-852/16, EU:T:2018:69 e EU:T:2018:71.

62. 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, GUUE L 145, 31.5.2001, pp. 43-48.

63. *Access Info Europe c. Commissione*, causa T-851/2016, cit., pt. 41-42 e 43; *Access Info Europe c. Commissione*, causa T-852/2016, cit., pt. 41-42 e 45. Per un commento cfr. C. Molinari, *The General Court's Judgments in the Cases Access Info Europe v. Commission (T-851/16 and T-852/16): A Transparency Paradox?*, in *European Papers*, 3.2018).

64. Il segretariato generale del Consiglio ha sottolineato che il documento richiesto «costituisce una delle modalità pratiche relative al rimpatrio e alla riammissione tra l'UE e i Paesi terzi. Le prese di posizione contenute in quei documenti sono volte ad attuare gli impegni assunti da entrambe le parti per sviluppare una cooperazione nel settore del rimpatrio e della riammissione, definendo congiuntamente le procedure, le *best practice* e le disposizioni operative dettagliate per l'efficiente funzionamento del processo di riammissione. Con riferimento alle summenzionate questioni sensibili, la loro divulgazione rivelerebbe ad altri *partner* negoziali l'approccio strategico all'attuazione del mandato dell'UE, in tal modo

In secondo luogo, per quanto attiene all'azione esterna, la *soft law* non è più adattabile alla diversa natura dei contesti nazionali di quanto non lo siano i Trattati internazionali vincolanti, dato che questi ultimi sono negoziati con singoli Paesi terzi e, quindi, diversificati in base agli interessi ed ai rapporti che l'Unione intrattiene con ciascuno di essi. In effetti, il ricorso a strumenti quali i partenariati per la mobilità⁶⁵, che prevedono la partecipazione a fianco dell'Unione solo di alcuni Stati membri e non di tutti, ha consentito l'introduzione di una geometria variabile⁶⁶, allineando la partecipazione e gli incentivi al legame bilaterale tra i vari Stati membri e il relativo Paese terzo⁶⁷. Inoltre, nell'ambito del diritto vincolante, gli accordi misti già consentono la partecipazione di alcuni Stati membri e non altri ad un Trattato internazionale negoziato dall'UE⁶⁸, risolvendo al contempo il problema di doversi rapportare esplicitamente con il confine tra competenze nazionali e sovranazionali durante i negoziati con i Paesi terzi, dal momento che i rispettivi ambiti di azione sono stabiliti dall'Unione internamente⁶⁹.

indebolendo la posizione negoziale di quest'ultima, complicando gli ulteriori sviluppi dei meccanismi di riammissione attualmente in corso e compromettendo altresì la conclusione di ulteriori accordi dello stesso tipo. Altri *partner* negoziali, qualora avessero accesso ai suddetti documenti, potrebbero utilizzare gli accordi già raggiunti come leva per i negoziati. La garanzia di riservatezza è fondamentale per il successo di questa complessa operazione, finalizzata a preservare sia gli interessi che i valori dell'UE. La divulgazione [del documento] metterebbe quindi a repentaglio la tutela dell'interesse pubblico con riguardo alle relazioni internazionali. Di conseguenza, il segretariato generale deve negare l'accesso a tale documento.».

65. Strumenti informali di cooperazione tra UE, determinati Stati membri e un Paese terzo volti a regolare tutti i settori di cooperazione con tale Paese terzo in materia di migrazione, dalla riammissione alla migrazione legale. Sono stati presentati come strumento nella comunicazione della Commissione COM(2007) 248 final del 16.5.2007 in materia di migrazione circolare e partenariati per la mobilità tra l'Unione europea e i Paesi terzi.

66. In merito al concetto di geometria variabile e all'aumento dell'importanza di tale "struttura" per l'ordinamento giuridico dell'UE cfr. De Witte, *Variable geometry and differentiation as structural features of the EU legal order*, in *Between Flexibility and Disintegration The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Rochester, Edward Elgar, 2017.

67. In merito al funzionamento dei partenariati per la mobilità cfr. C. Alberola e S. Langley, *Independent Evaluation of the Mobility Partnerships between the European Union and Cape Verde, Georgia and Moldova*, Maastricht Graduate School of Governance, International Centre for Migration Policy Development, 2018; L. Den Hertog, *Funding the EU-Morocco 'Mobility Partnership': Of Implementation and Competences*, in *European Journal of Migration and Law*, 18.2016; S. Brocza e K. Paulhart, *EU mobility partnerships: a smart instrument for the externalization of migration control*, in *European Journal of Futures Research*, 3.2015.

68. Gli accordi misti consistono in accordi internazionali conclusi sia dall'Unione che dai suoi Stati membri (tutti o solo alcuni di essi). Sono necessari quando l'accordo riguarda sia materie che rientrano nell'ambito di competenza dell'Unione, sia materie che rientrano nell'ambito di competenza esclusiva degli Stati membri, mentre sono facoltativi (come riaffermato recentemente da Corte giust. nella sentenza del 5.12.2017, *Germania c. Consiglio (COTIF)*, C-600/14 EU:C:2017:935, pt. 68) quando riguardano settori oggetto di competenza concorrente. In quest'ultima ipotesi, l'Unione può agire da sola, ma tale azione risulta spesso difficile o impossibile dato che gli Stati membri non intendono farsi da parte (come nel caso oggetto della controversia presentata alla Corte in Corte giust., parere 2/15 del 16.5.2017 (*Accordo di libero scambio con la Repubblica di Singapore*), EU:C:2017:376, pt. 243-44); di conseguenza, nella pratica, l'*impasse* si risolve con il ricorso ad un accordo misto. Gli accordi misti sono oggetto di numerosi approfondimenti in dottrina. *Inter alia*, C. Hillion P. e Koutrakos, *op. cit.*; Cremona, *External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law*, EUI Working Paper 2006/22.

69. G. De Baere, *Constitutional Principles of EU External Relations*, 2008, p. 235.

In terzo luogo, gli accordi di *soft law* non consentono di raggiungere obiettivi che non possono essere negoziati nell'ambito di accordi di riammissione vincolanti. In realtà, come osservato in precedenza, accordi informali quali la dichiarazione UE-Turchia, l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro, le procedure operative standard UE-Bangladesh e le procedure di ammissione UE-Etiopia hanno un contenuto del tutto analogo a quello degli accordi di riammissione vincolanti.

In conclusione, gli unici elementi che differenziano gli accordi di *soft law* dagli accordi formali consistono nella loro flessibilità (spesso a scapito dell'Unione, come dimostrano le minacce turche di non attenersi più alla dichiarazione UE-Turchia)⁷⁰ e nei costi di negoziazione più contenuti (dovuti anche alla carenza di trasparenza che connota i negoziati).

Sulla base di quanto esposto *supra*, si potrebbe sostenere che la *soft law* non rivesta un ruolo complementare nel settore della riammissione se messa a confronto con la *hard law*, ma offra più che altro, come principale vantaggio, la possibilità di eludere in ottica strategica⁷¹ i vincoli di carattere procedurale e sostanziale propri dell'ordinamento giuridico dell'UE, che opererebbero nei confronti dei Trattati internazionali vincolanti.

3.3. Stato di diritto e aggiramento strategico dei vincoli costituzionali

In un ordinamento giuridico che pretende di configurarsi come autonomo e fondato su una serie di valori tra cui il rispetto dello stato di diritto, il ricorso a forme alternative di *governance* con lo scopo precipuo di eludere la legge, piuttosto che di migliorarla o integrarla, risulta problematico e potrebbe indurre a concludere che tale utilizzo della *soft law* sia incostituzionale *tout court*.

L'esistenza di un'UE intesa come ordinamento giuridico distinto sia dal diritto nazionale che da quello internazionale si basa sulla rivendicazione di autonomia formulata ormai da tempo immemore dalla Corte di giustizia UE (Corte o Corte giust.)⁷². A sua volta, l'idea dell'Unione come ordinamento giuridico autonomo riposa in particolare sul presupposto del suo rispetto dello stato di diritto ossia del rispetto dei meccanismi di attribuzione delle

70. Reuters, Il presidente della Turchia Erdogan minaccia di inviare i rifugiati siriani in Europa, 10 ottobre 2019. <https://www.reuters.com/article/us-syria-security-turkey-europe/turkeys-erdogan-threatens-to-send-syrian-refugees-to-europe-idUSKBN1WP1ED> accesso in data 12 maggio 2021.

71. C. Molinari, *The EU and its Perilous Journey*, *op. cit.*, p. 826; S. Carrera *et al.*, *It wasn't me!*, *op. cit.*, p. 2; V. Moreno-Lax, *op. cit.*, p. 32.

72. Cfr. Corte giust., parere 1/91 del 14.12.1991 (accordo SEE), EU:C:1991:490, pt. 35; Corte giust., parere 1/00 del 18.4.2002 (accordo SACE), EU:C:2002:231, pt. 11-12; Corte giust., sentenza del 30.5.2006, *Commissione c. Irlanda*, C-459/03, EU:C:2006:345, pt. 123; Corte giust., sentenza del 3.9.2008, *Kadi c. Consiglio*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, pt. 282; Corte giust., parere 2/13 del 18.12.2014 (Accesso alla CEDU), EU:C:2014:2454, pt. 168-200; Corte giust., parere 1/17 del 30.4.2019 (CETA), EU:C:2019:341, pt. 106-111.

competenze previsti nei Trattati e dei valori fondamentali di cui all'art. 2 TUE⁷³. In assenza del presupposto fondamentale dello stato di diritto, la rivendicazione di autonomia dell'Unione non solo sarebbe difficile da comprendere, ma sarebbe altresì pericolosa, dato che i principi del primato e dell'applicabilità diretta sarebbero in grado di minare alla base lo stato di diritto anche negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri⁷⁴.

La Commissione ha fornito una definizione propria all'UE di stato di diritto nel 2014, quando ha affermato che lo stato di diritto come valore dell'Unione ricomprende al proprio interno una serie di principi, tra cui i «principi di legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge.»⁷⁵.

Gli accordi di *soft law* conclusi in assenza di un controllo democratico, in modo opaco, senza rispettare le relative procedure previste dalla legge e nel tentativo di eludere il controllo giurisdizionale sembrano porsi in palese contrasto con tale definizione di stato di diritto. E ciò è tanto più vero quando i suddetti accordi di *soft law* incidono in modo

73. In base a quanto affermato dalla Corte al pt. 110 del suo parere 1/17, la «autonomia [dell'Unione] consiste [...] nella circostanza che l'Unione è dotata di un quadro costituzionale che le è proprio. Rientrano in tale quadro i valori fondatori enunciati nell'articolo 2 TUE, ai sensi del quale l'Unione “si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani”, i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta, nonché le disposizioni dei Trattati UE e FUE, che contengono, segnatamente, le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme sul funzionamento delle istituzioni dell'Unione e del sistema giurisdizionale di quest'ultima, nonché le norme fondamentali nei settori specifici». Al pt. 316 della sentenza *Kadi I* della Corte giust., quest'ultima sottolinea nuovamente la correlazione tra stato di diritto e autonomia: «il controllo da parte della Corte della validità di qualsiasi atto comunitario sotto il profilo dei diritti fondamentali deve essere considerato come l'espressione, in una comunità *di diritto*, di una garanzia costituzionale derivante dal Trattato CE, quale sistema giuridico *autonomo*, che non può essere compromessa da un accordo internazionale». Analogamente, i pt. 168-170 del parere 2/13 affermano che la «costruzione giuridica [dell'Unione] poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e *giustifica* l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori [...]. Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta [...]. [L]'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale *esige* che l'interpretazione di tali diritti fondamentali *venga garantita* nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione». Il ragionamento della Corte in merito all'autonomia fa emergere una caratteristica basilare dell'ordinamento giuridico dell'Unione: quest'ultimo è stato creato tramite la legge (i Trattati) e non può permettersi alcuna rivendicazione di sovranità (o di autonomia) preesistente, sia essa precedente o ulteriore rispetto all'attribuzione di cui ai Trattati. Di conseguenza, l'UE può esistere solo come ordinamento fondato sullo stato di diritto, come previsto dai Trattati con il loro sistema di bilanciamento dei poteri e le loro garanzie per la separazione delle competenze.

74. Questo aspetto è stato acutamente evidenziato da D. Kochenov, *EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?*, *Yearbook of European Law*, 34.2015, p. 94), il quale afferma altresì nel medesimo contributo che l'Unione *non è e non è mai stata* una comunità fondata sullo stato di diritto, affermazione su cui l'autrice del presente contributo non si trova d'accordo.

75. Commissione, *Comunicazione COM(2014) 158 final «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo stato di diritto»*, 11 marzo 2014, p. 4.

significativo – benché indiretto – su una serie di diritti fondamentali dei soggetti coinvolti senza predisporre alcuna garanzia in merito ad un’effettiva tutela di questi diritti da parte del giudice⁷⁶.

Tuttavia, quanto esposto *supra* non implica che la *soft law* sia sempre incostituzionale e incompatibile con lo stato di diritto, semplicemente perché non è prevista dai Trattati. Le modalità con cui i valori fondamentali di un sistema di governo sono tutelati al meglio possono ben evolvere nel tempo⁷⁷. Di conseguenza, gli strumenti di *new governance*, tra cui la *soft law*, possono essere concepiti in modo da non minare alla base l’essenza stessa dello stato di diritto, evitando in particolare che i poteri pubblici siano esercitati in maniera arbitraria⁷⁸.

A tal fine, la *soft law* non deve celare una mera strategia volta ad aggirare il quadro costituzionale dell’Unione, ma deve piuttosto tentare di perseguire obiettivi di flessibilità, celerità ed efficacia, rispettando al contempo i vincoli imposti per lo meno da alcuni parametri costituzionali. Riflettere su quali questi possano essere risponde all’invito formulato da Neil Walker di integrare *soft law* e *hard law* all’interno di un paradigma coerente di *governance*, tramite quello che egli definisce «costituzionalismo riflessivo»⁷⁹, in una perenne ricerca di soluzioni in grado di perseguire l’obiettivo fondamentale di un autogoverno *responsabile*⁸⁰, all’interno di un panorama mutevole sia dal punto di vista fattuale che giuridico⁸¹.

4. Conciliazione tra accordi di *soft law* e il principio-base di ordine costituzionale della *governance responsabile*

4.1. I confini inevitabili degli accordi di *soft law*

Se rivendicare autonomia significa accettare la responsabilità derivante dall’autogoverno, allora le norme costituzionali da cui non si può prescindere anche qualora si faccia

76. Come sottolineato dalla Commissione stessa, i principi riconducibili al concetto di stato di diritto «non sono meri requisiti procedurali e formali, bensì il mezzo per garantire il rispetto della democrazia e dei diritti dell’uomo.» (*Ibid.*).

77. G. de Búrca e J. Scott, *Epilogue: Accountability Without Sovereignty*, in *Law and New Governance in the EU and the US*, a cura di G. de Búrca e J. Scott, Oxford e Portland, Hart, 2006, p. 396.

78. T. Konstantinides, *The Rule of Law in the European Union : The Internal Dimension*, Oxford, Hart, 2017, p. 12.

79. N. Walker, *op. cit.*, 2006, pp. 35-36.

80. Indicato da Walker come aspirazione ultima del costituzionalismo europeo, inestricabilmente correlato alla rivendicazione dell’Unione di essere un ordinamento giuridico autonomo (*ivi*, p. 34) L’idea essenzialmente corrisponde all’essenziale rivendicazione di responsabilità individuata, ad esempio, da de Búrca e Scott come il cuore dell’ideale dello stato di diritto (Búrca e Scott 2006b, p. 400).

81. Walker osserva a riguardo che «un modello binario [volto a contrapporre una *new governance* ad una *old governance*] potrebbe spingerci a favorire religiosamente uno solo dei due modelli in una serie di contrapposizioni intrecciate tra nuovo e vecchio, progressismo e conservatorismo, mettendo da parte il merito, in termini di resilienza, di alcuni dei vecchi valori dello “stato di diritto”» (*ivi*, p. 22).

ricorso a strumenti di *new governance* sono proprio le norme volte a garantire che le istituzioni si assumano la responsabilità delle proprie azioni. Si tratta delle norme che separano e attribuiscono competenze e funzioni in modo tale da introdurre un sistema di bilanciamento dei poteri nel sistema di *governance* dell'Unione, conseguendo l'obiettivo fondamentale dello stato di diritto, vale a dire evitare l'esercizio arbitrario e non controllato dei poteri pubblici. L'individuazione di tutti i principi atti ad espletare tale funzione e l'analisi delle loro implicazioni per gli accordi di *soft law* è un'operazione che esula dall'ambito del presente contributo. Tuttavia, si ritiene che, tra tali principi, l'equilibrio istituzionale sia particolarmente idoneo per imbrigliare gli accordi di *soft law* all'interno di confini accettabili dal punto di vista costituzionale, così da offrire un certo margine di flessibilità senza incorrere nel rischio di un'elusione strategica delle norme di legge. Segue un breve approfondimento per spiegare il motivo di tale affermazione.

4.2. Un principio idoneo: equilibrio istituzionale e accordi di *soft law*

Il principio dell'equilibrio istituzionale è tradotto⁸² dall'art. 13(2) TUE, in base al quale «[c]iascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai Trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste». Nessun elemento all'interno del testo dei Trattati impedisce di applicare il principio dell'equilibrio istituzionale agli accordi di *soft law*. Al contrario, il principio si applica ogni qual volta un'istituzione dell'UE «agisca», anche per il tramite di accordi di *soft law*⁸³.

La Corte ha interpretato tale principio come garanzia per le prerogative di ciascuna istituzione, in particolare nell'ambito delle reciproche relazioni⁸⁴.

Il principio dell'equilibrio istituzionale definisce le rispettive funzioni degli attori istituzionali dell'UE, tracciando confini flessibili tra questi ultimi e predisponendo un

82. La Corte stessa utilizza il termine «traduce» in questo caso (es. Corte giust., sentenza del 16.7.2015, *Commissione c. Consiglio*, C-425/13, EU:C:2015:483, pt. 69), dato che il principio dell'equilibrio istituzionale non è interamente codificato all'interno di tale articolo, come sottolineato da S. Platon, *The Principle of Institutional Balance: Rise, Eclipse and Revival of a General Principle of EU Constitutional Law*, in *Research Handbook on General Principles of EU Law*, a cura di K. Ziegler, P. Neuvonen, V. Moreno-Lax, Rochester, Edward Elgar, 2022.

83. Come confermato da Corte giust., sentenza del 28.7.2016, *Consiglio c. Commissione* (memorandum d'intesa con la Svizzera), C-660/13, EU:C:2016:616.

84. Nella propria sentenza del 22.5.1990, *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa 70/88, EU:C:1990:217, pt. 21-22, la Corte giust. ha precisato che le «prerogative [del Parlamento] costituiscono uno degli elementi dell'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati. Questi hanno infatti instaurato un sistema di ripartizione delle competenze fra le varie istituzioni della Comunità secondo il quale ciascuna svolge una propria specifica funzione nella struttura istituzionale della Comunità e nella realizzazione dei compiti affidati. Il rispetto dell'equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. Esso impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola.». Cfr. altresì Corte giust., sentenza del 14.4.2015 *Consiglio c. Commissione*, C-409/13, EU:C:2015:217, pt 64; Corte giust., sentenza del 6.5.2008, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-133/06, EU:C:2008:257, pt. 57.

sistema di reciproco bilanciamento dei poteri. Non è un caso che la struttura istituzionale dell'UE, caratterizzata dall'equilibrio istituzionale⁸⁵, sia definita come una *caratteristica essenziale del diritto dell'Unione*, strettamente correlata all'autonomia del suo ordinamento giuridico nella giurisprudenza della Corte⁸⁶. L'attribuzione alle varie istituzioni di una serie predefinita di ruoli e di compiti rappresenta una condizione per un auto-governo responsabile, nonché una delle modalità con cui le competenze sono suddivise all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in modo da evitarne un esercizio arbitrario e non controllato.

L'equilibrio istituzionale riguarda sia la produzione della *hard law* che della *soft law* ed è applicabile nei confronti di entrambe. Ad avviso di chi scrive, tale principio dispiega la propria forza normativa in tutta la sua portata in particolare quando nei Trattati dell'UE non sia prevista alcuna procedura decisionale per l'adozione di determinati atti⁸⁷, come nel caso degli accordi di *soft law*. In realtà, le norme dei Trattati che definiscono procedure decisionali in modo dettagliato cristallizzano e, quindi, tutelano una variegata pluralità di prerogative istituzionali. Ad esempio, descrivendo la procedura per concludere un accordo internazionale vincolante, l'articolo 218 TFUE specifica già la modalità con cui le varie istituzioni sono chiamate ad interagire. Di conseguenza, con riferimento agli accordi formali negoziati in base alla procedura prevista nel suddetto articolo, il principio dell'equilibrio istituzionale svolge tutt'al più una funzione interpretativa complementare⁸⁸. Per contro, in assenza di una procedura codificata, l'equilibrio istituzionale diventa fondamentale per impedire alle istituzioni di agire arbitrariamente, ricordando che ad ognuna di esse è

85. *Inter alia*, Corte giust., sentenza del 6.9.2017, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, EU:C:2017:631, pt. 145.

86. Cfr. P.-J. Loewenthal, *Article 13 TFEU: Commentary*, in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, a cura di M. Kellerbauer, M. Klamert, J. Tomkin, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 129; e Corte giust., parere 2/13, *cit.* pt. 158 e 165. Curiosamente, la Corte afferma che «le attribuzioni che i Trattati UE e FUE conferiscono a tali istituzioni» devono essere rispettate anche quando le istituzioni agiscono al di fuori del quadro dell'Unione, in qualità di istituzioni «prese in prestito» (Corte giust., sentenza del 27.11.2012, *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, pt. 158).

87. In generale le procedure decisionali sono stabilite in base ai relativi fondamenti giuridici, che consentono essenzialmente di affermare se al Consiglio e al Parlamento debba essere attribuito il medesimo peso nel processo decisionale in un determinato settore di competenza. Si noti che il peso delle due istituzioni delineato con riferimento al processo legislativo interno è essenzialmente riprodotto nel settore delle relazioni esterne dall'art. 218 TFUE, che istituisce una simmetria tra procedura legislativa ordinaria a livello interno e necessario consenso del Parlamento per la conclusione di un accordo internazionale a livello esterno (Corte giust., sentenza del 4.9.2018, *Commissione c. Consiglio*, C-244/17, EU:C:2018:662, pt. 22; Corte giust., parere 1/15 del 26.7.2017 (Codice di prenotazione), EU:C:2017:592, pt. 146; Corte giust., sentenza del 24.6.2014, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-658/11, EU:C:2014:2025, pt. 56).

88. S. Prechal, *Institutional Balance: A Fragile Principle with Uncertain Contents*, in *The European Union after Amsterdam*, a cura di T. Heukels, N. Blokker and M. Brus, 1998, pp. 277-278. Come sottolineato da B. Bertrand, *Le principe de l'équilibre institutionnel: la double inconstance*, in *Europe: actualité du droit de l'Union européenne*, 2016, p. 4, in questi casi la funzione normativa dell'equilibrio istituzionale è già svolta dal principio di legalità.

attribuita una serie di prerogative nell'ambito dell'architettura generale dell'UE, nonché in ciascun settore di competenza della stessa, compreso quello della riammissione⁸⁹.

Le prerogative in capo a ciascuna istituzione nel settore della riammissione possono essere dedotte da una lettura combinata delle disposizioni generali relative alle istituzioni (articoli 13-19 TUE) e della base giuridica relativa al settore della riammissione (articolo 79(3) TFUE). Benché non direttamente applicabile, l'articolo 218 TFUE va tenuto in conto, nella misura in cui fornisce indicazioni utili in merito al ruolo che le varie istituzioni sono tenute a svolgere nell'ambito delle relazioni esterne dell'UE dopo Lisbona.

La lettura combinata delle suddette disposizioni induce a concludere che la Commissione è chiamata a rappresentare l'Unione esternamente e a condurre negoziati sulla base delle decisioni politiche adottate dal Consiglio. Al Parlamento spetta un'importante funzione di controllo politico nel settore. Esso deve quindi essere tenuto informato in merito ai principali sviluppi dei negoziati, nonché essere consultato dal Consiglio prima che quest'ultimo assuma una decisione definitiva⁹⁰. Inoltre, il ruolo decisionale del Consiglio deve integrarsi nell'attività di orientamento del Consiglio europeo, ma non deve essere sostituito dalla stessa. Infine, la ripartizione delle competenze tra le istituzioni deve essere oggetto di una rigorosa attività di sorveglianza da parte della Corte, a sua volta soggetta al principio di equilibrio istituzionale⁹¹ e, al contempo, incaricata di garantirne il rispetto.

In base al principio dell'equilibrio istituzionale, i singoli attori sono tenuti a rispettare tale ripartizione dei ruoli, per quanto tramite intese procedurali flessibili, anche al momento della conclusione di accordi di *soft law* in materia di riammissione. Sino ad oggi non è stato così.

89. Per una prima riflessione sulla potenziale funzione dell'equilibrio istituzionale nel delimitare la *soft law* cfr. S. Prechal, *op. cit.*, pp. 289-294.

90. La competenza del Parlamento è stata interpretata in maniera estensiva dalla Corte con riferimento alla conclusione di accordi internazionali formali (cfr. ad esempio, Corte giust., sentenza del 14.6.2016, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-263/14, EU:C:2016:435, pt. 70-76 e Corte giust., sentenza del 24.6.2014, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-658/11, EU:C:2014:2025, pt. 85). La Corte ha evidenziato altresì l'esistenza di una simmetria tra il ruolo decisionale del Parlamento a livello interno e le sue competenze a partecipare al processo decisionale a livello esterno e ha osservato che gli autori del Trattato hanno optato per tale scelta nell'intento di tutelare l'equilibrio istituzionale (sentenza del 4 settembre 2018, *Commissione c. Consiglio*, C-244/17, EU:C:2018:662, pt. 22 e 30; sentenza del 24 giugno 2014, *Parlamento europeo c. Consiglio*, C-658/11, EU:C:2014:2025, pt. 56. Inoltre, la Corte ha sottolineato spesso che «la partecipazione effettiva del Parlamento al processo decisionale, conformemente alle procedure previste dal Trattato, rappresenta un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal trattato medesimo. Tale competenza costituisce l'espressione di un principio democratico fondamentale, secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa» (Corte giust., *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, pt. 160 e relativa giurisprudenza citata all'interno).

91. Come la Corte ha costantemente ricordato, il principio è volto a tutelare le prerogative di ciascuna istituzione e, al contempo, a delinearne i rispettivi limiti di azione (cfr. ad esempio la sentenza sul *memorandum* d'intesa con la Svizzera, Corte giust., C-660/13, cit., pt. 31-32). Cfr. altresì S. Prechal, *op. cit.*, p. 281, in particolare la giurisprudenza citata alla nota 40; J.-U. Franck, *Striking a Balance of Power between the Court of Justice and the EU Legislature: The Law on Competition Damages Actions as a Paradigm*, *European Law Review*, n. 43.2018.

L'esempio più eclatante di sovvertimento di tale equilibrio istituzionale è la dichiarazione UE-Turchia, negoziata (dagli Stati membri all'interno del) Consiglio europeo senza tenere in alcuna considerazione la ripartizione dei ruoli tra le istituzioni⁹².

Tuttavia, l'elusione dell'attribuzione costituzionale delle competenze caratterizza anche gli altri accordi summenzionati. In realtà, l'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro, le procedure operative standard UE-Bangladesh e le procedure di ammissione UE-Etiopia sono state tutte negoziate dalla Commissione sulla base delle direttive precedentemente fornite dal Consiglio⁹³. In questo modo il Parlamento è stato escluso sia dalla loro negoziazione che dalla loro conclusione, in aperto contrasto con quanto disposto dalla giurisprudenza della Corte, in base alla quale «la prassi [di un'istituzione] non potrebbe in effetti sottrarre alle altre istituzioni una prerogativa loro attribuita dagli stessi Trattati»⁹⁴.

La qualificazione di tali accordi come non vincolanti ha – di per sé – implicato la possibilità di escludere un controllo diretto da parte della Corte in base all'articolo 263 TFUE, dato che quest'ultimo è limitato agli atti «destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi». Naturalmente, il controllo diretto degli accordi di *soft law* dipende in parte dall'interpretazione dell'articolo 263 TFUE fornita dalla Corte. Il Consiglio e la Commissione possono tentare di eludere il controllo politico da parte del Parlamento e il controllo giudiziale da parte della Corte tramite il ricorso ad accordi di *soft law*, ma è in ultima analisi la Corte a decidere se la forza normativa dei suddetti accordi sia sufficiente per consentire di operare un controllo di legittimità. Inoltre, resta sempre possibile operare un controllo indiretto per il tramite del procedimento pregiudiziale.

Sino ad ora la Corte non ha chiarito del tutto quali siano i criteri volti a stabilire se un'eventuale misura di *soft law* possa essere o meno sottoposta a controllo giurisdizionale⁹⁵.

92. In merito alla paternità della dichiarazione cfr. nota 9. La procedura di negoziazione della dichiarazione è stata caratterizzata dal ruolo predominante del presidente del Consiglio europeo, dal mancato coinvolgimento del Parlamento e del Consiglio e dal ruolo limitato della Commissione. Si noti che la Commissione aveva peraltro rivestito un ruolo essenziale nella conclusione del piano d'azione (Commissione (2015) MEMO/15/5860, piano d'azione comune UE-Turchia) sulla base del quale è stata elaborata la dichiarazione e che il suo presidente era peraltro presente al momento della conclusione della dichiarazione.

93. Come emerge dagli scambi istituzionali relativi ai progetti di testo dei suddetti accordi (cfr. segretariato generale del Consiglio, «Nota punto al Comitato dei rappresentanti permanenti n. 12191/1 6, 22 settembre 2016, progetto di adozione di un'azione congiunta UE-Afghanistan per il futuro in materia di questioni migratorie»; Commissione, «Decisione C(2017) 6137 relativa alla firma delle procedure operative standard UE-Bangladesh per l'identificazione e il rimpatrio delle persone prive di autorizzazione a soggiornare»; segretariato generale del Consiglio, «Nota punto al Comitato dei rappresentanti permanenti n. 15762/17, 18 dicembre 2017, procedure di ammissione UE-Etiopia per il rimpatrio dei cittadini etiopi dagli Stati membri dell'Unione europea»).

94. Sentenza del 10 luglio 1986, *Wybot*, causa 149/85, EU:C:1986:310, pt. 23; cfr. P.-J. Loewenthal, *op. cit.*, p. 130 e la relativa giurisprudenza citata all'interno (nota 11).

95. Ad esempio cfr. C. Molinari, *EU Institutions in Denial*, *op. cit.*, p. 8 in merito alla manifesta contraddizione tra il criterio del controllo giurisdizionale degli strumenti di *soft law* nelle sentenze del Tribunale dell'Unione europea *Stanze di compensazione* (Corte giust., sentenza del 4.3.2015, *Regno Unito c. Banca centrale europea*, T-496/11,

Parte della dottrina ha chiesto apertamente alla Corte di indicare più chiaramente quale sia l'ambito della propria giurisdizione nei confronti della *soft law* ogni qual volta quest'ultima sia volta a produrre effetti dal punto di vista giuridico⁹⁶. Tali esigenze sono state avvertite anche dalla Corte stessa, come dimostra il suggerimento dell'avvocato generale Bobek di adottare un'interpretazione estensiva del requisito di cui all'art. 263 TFUE, alla luce della «proliferazione dei vari strumenti di *soft law*»⁹⁷.

Benché ancora lontana dalla chiarezza auspicata dagli osservatori, la Corte ha già sottoposto a controllo alcuni accordi di *soft law* e ha ribadito la centralità del principio dell'equilibrio istituzionale sanzionando l'ingerenza della Commissione nella funzione decisionale propria del Consiglio⁹⁸. Si auspica che, qualora alla Corte si presenti l'occasione di ribadire la rilevanza delle prerogative del Parlamento nella negoziazione degli accordi di *soft law*, non se la lasci sfuggire.

Se si considera sino a che punto la Corte si è spinta in passato per tutelare le prerogative del Parlamento alla luce del principio dell'equilibrio istituzionale, talvolta in aperto contrasto con i Trattati⁹⁹, non si può non concludere che sarebbe possibile una presa di posizione in merito all'esclusione del Parlamento tramite gli accordi di *soft law*. Ad avviso di chi scrive, l'interpretazione dei Trattati operata dalla Corte sembra spingersi oltre e suggerire, in particolare, che tutelare il ruolo del Parlamento sarebbe non solo possibile, ma addirittura necessario, anche quando lo stesso Parlamento sembri volersi spogliare volontariamente del proprio diritto di contestare la propria esclusione¹⁰⁰. Naturalmente, la mancata iniziativa parlamentare in tal senso limita in pratica le possibilità che la Corte sia chiamata a pronunciarsi in merito, data la limitata natura dei ricorsi disponibili, in particolare, alle parti private¹⁰¹.

EU:T:2015:133, pt. 40-48) ed *E-control* (Corte giust., sentenza del 19.10.2016, *E-Control c. ACER*, T-671/15, EU:T:2016:626, pt. 83).

96. M. Eliantonio e O. Stefan, *op. cit.*, p. 15.

97. Conclusioni dell'avvocato generale Bobek in C-16/16 P, *cit.*, pt. 4. Cfr. altresì le conclusioni dell'avvocato generale Bobek del 15.4.2021 sul caso *Fédération bancaire française (FBF)*, C-911/19, EU:C:2021:294, pt. 107 e 144.

98. Sentenza sul *memorandum d'intesa con la Svizzera*.

99. *Parlamento europeo c. Consiglio*, causa 70/88, *cit.*, pt. 25-26: è compito della Corte «garantire la piena applicazione delle disposizioni dei Trattati sull'equilibrio istituzionale, e far sì che al pari delle altre istituzioni il Parlamento non possa subire lesioni delle sue prerogative senza disporre di un ricorso giurisdizionale, tra quelli previsti dai Trattati, esperibile in modo certo ed efficace. Il fatto che nei Trattati non vi sia una disposizione che attribuisca al Parlamento il diritto di agire con ricorso per annullamento può costituire una lacuna procedurale, ma è un elemento che non può prevalere sull'interesse fondamentale alla conservazione ed al rispetto dell'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati istitutivi delle Comunità europee.» (corsivo aggiunto).

100. Dato che l'attribuzione delle competenze alle istituzioni prevista dai Trattati non può essere modificata dalle istituzioni stesse (cfr. ad esempio Corte giust., sentenza del 28.4.2015, *Commissione c. Consiglio*, C-28/12, EU:C:2015:282, 42 e la relativa giurisprudenza citata all'interno).

101. La lettura restrittiva data dalla Corte in merito alla ricevibilità dei ricorsi in annullamento presentati da privati sulla base dell'art. 263 TFEU è stata rilevata già da tempo. Le voci critiche al riguardo non mancano e trovano propria formulazione più nota nelle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs sul caso *UPA*, C-50/00 P, EU:C:2002:197.

5. Conclusione

La prima parte del presente contributo ha individuato la giustificazione a supporto degli accordi di *soft law* nell'ordinamento giuridico dell'Unione, giungendo alla conclusione secondo cui, sino ad ora, tali accordi sono stati adottati con lo scopo precipuo di aggirare i vincoli costituzionali. In un ordinamento giuridico autonomo basato sullo stato di diritto tale obiettivo è chiaramente incostituzionale, soprattutto quando implica l'utilizzo di strumenti in grado di incidere sui diritti fondamentali.

Il presente saggio ha ipotizzato che gli accordi di *soft law* possano essere conclusi in modo compatibile con la struttura costituzionale dell'Unione. In particolare, tali accordi potrebbero perseguire legittimamente gli obiettivi di flessibilità e celerità senza rinnegare gli imperativi fondamentali imposti dal principio dello stato di diritto: responsabilità nell'esercizio della *governance* pubblica e assenza di arbitrarietà nell'esercizio dei poteri pubblici.

Per rispettare i suddetti imperativi, gli accordi di *soft law* dovrebbero essere adottati in ossequio ai principi dell'ordinamento giuridico dell'UE che garantiscono l'attribuzione di responsabilità senza vincolare necessariamente le istituzioni al rispetto di rigide procedure. Tra tali principi, l'equilibrio istituzionale è particolarmente idoneo al compito di garantire un inquadramento sufficientemente duttile, poiché offre un certo grado di flessibilità e, al contempo, è in grado di indirizzare le azioni e le interazioni istituzionali.

La seconda parte del presente articolo ha esaminato più nel dettaglio il potenziale insito nel principio dell'equilibrio istituzionale in relazione agli accordi di *soft law*, sottolineando che quelli conclusi sino ad ora dall'Unione nel settore della riammissione non hanno rispettato il suddetto principio, avendo escluso sistematicamente il Parlamento ed avendo tentato di eludere lo scrutinio della Corte. Quest'ultima è stata individuata come l'istituzione incaricata di garantire il rispetto del principio dell'equilibrio istituzionale. A tale riguardo, il contributo ha ipotizzato, in particolare, che la tutela giudiziaria delle prerogative del Parlamento sarebbe possibile e auspicabile¹⁰².

In conclusione, il presente saggio ha evidenziato l'esigenza di un approccio agli accordi di *soft law* nel settore della riammissione basato sul rispetto di una serie di principi necessari per tutelare il fondamentale istituto dello stato di diritto, con particolare riferimento alla responsabilità correlata all'esercizio dei poteri pubblici. Si sostiene che quest'ultima non

102. La Corte stessa ha sottolineato l'importanza di tutelare il ruolo del Parlamento all'interno della struttura istituzionale dell'Unione, dato che «la partecipazione effettiva del Parlamento al processo decisionale [...] costituisce l'espressione di un principio democratico fondamentale, secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa» (*Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, cit., pt. 160 e relativa giurisprudenza citata all'interno).

debba essere accantonata con leggerezza in nome della flessibilità, della celerità o dell'efficacia.