



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2018, n. 2

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Cattedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna
Ennio Triggiani, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Casseti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (Coordinatore), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo



Indice-Sommario **2018, n. 2**

NUMERO TEMATICO

A tre anni dall'Agenda europea sulla migrazione: la tutela dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale nel contesto dello sviluppo delle politiche 'comuni' di immigrazione e di asilo

Editoriale

Giancarlo Guarino p. 1

Saggi e Articoli

Il *Global Compact* sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea
Cristiana Carletti, Marco Borraccetti p. 7

¿Donde están los niños sirios? ¿Y dónde están sus derechos? La Unión Europea no puede olvidar sus principios ni traicionarse a sí misma
Ángeles Gutiérrez Zarza p. 47

No room for you in here? The past and the future of the asylum seekers' reception conditions in Italy
Eugenio Zaniboni p. 80

Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico
Rossana Palladino p. 104

Operation EUNAVFOR MED *Sophia* in the Framework of the European Agenda on Migration: Practical Aspects and Questions of International Law
Eugenio Carli p. 135

Il diritto al gratuito patrocinio nella riforma del Sistema europeo comune di asilo (SECA): un passo avanti e due indietro?
Silvia Favalli p. 152

Commenti e Note

Il diritto penale "contro" lo straniero. Teoria e pratica delle politiche d'integrazione
Maria Ilia Bianco p. 171

L'Agenda europea sulla migrazione dal punto di vista delle migrazioni dei lavoratori qualificati: una valutazione sociologica
Mattia Vitiello p. 201



Editoriale

Giancarlo Guarino*

Non può non colpire, e quindi indurre a complimentarsi con il Direttore di questa Rivista, che questo numero tematico sulle migrazioni, sia pure dal punto di vista prevalentemente europeo, veda la luce - come prodotto del lancio di un *Call for papers* - in questo momento. Un momento in cui in Europa in generale, e in Italia in maniera particolare e particolarmente violenta, delle migrazioni si discute, innanzitutto sotto due profili: la minaccia che i migranti portano, o meglio porterebbero, alla vita dello stato in cui sono accolti, sia del punto di vista economico che della sicurezza, e il, conseguentemente presunto, diritto dello stato a decidere liberamente se e quali persone ammettere sul proprio territorio, indipendentemente da condizionamenti esterni.

1. Per quanto attiene al primo punto, è ben noto che la questione legata alla “sicurezza” è della massima delicatezza, ma non può essere affrontata altro che in termini di prevenzione. L’idea che attraverso i migranti, che giungono via mare nelle condizioni che tutti conosciamo, arrivi il terrorismo è molto diffusa anche se del tutto infondata.

Se, indubbiamente, è possibile che terroristi addestrati (perché il problema è quello) giungano in Europa e in particolare in Italia, è presumibile che giungano con mezzi meno aleatori di un gommone semi sgonfio. Un “terrorista”, il cui addestramento non costa poco, difficilmente mette a repentaglio la propria vita in un viaggio pericoloso. Sta in fatto, comunque, che, come la storia degli ultimi anni dimostra, il fenomeno più preoccupante in Europa non riguarda i terroristi venuti da fuori, ma quelli che vivono già stabilmente nel territorio dei vari stati, o che più semplicemente sono addirittura nati su quel territorio e ne sono quindi (almeno secondo le legislazioni più civili) cittadini; per tacere dei cdd. *foreign fighters* per così dire “di ritorno”, per lo più anche essi cittadini dello stato in cui poi agiscono, e però spesso noti e sorvegliati proprio perché recatisi all’estero per “combattere”.

Il fenomeno, cioè, non attiene al controllo delle migrazioni, ma al controllo della società in generale, alla cultura ed agli strumenti sociali per lo sviluppo di una comunità ordinata al riparo dal terrorismo. In questo ambito, beninteso, è del tutto ovvio che non

* Ordinario di Diritto Internazionale f.r., Università degli Studi di Napoli Federico II. Indirizzo e-mail: giancarlo.guarino@unina.it

si possa prescindere da un controllo sui modi di diffusione di ideologie di odio o comunque conflittuali a base religiosa: oggi è questa la tendenza principale ma è facile ricordare come, fino a non molto tempo fa, un fenomeno perfettamente analogo derivava dalla diffusione di ideologie “rivoluzionarie” tutt’altro che religiose e provenienti dall’estero. Le Brigate Rosse in Italia e la *Rote Armee Fraktion* tedesca, con la loro ideologia “di sinistra”, oppure Ordine Nuovo e Avanguardia Nazionale in Italia e lo NPD tedesco o anche il Partito del *Reich* nordico svedese, con la loro ideologia “di destra”, non camminavano sulle gambe di persone migranti o provenienti dall’estero.

Il problema, in altre parole è di controllo di polizia, certo, ma principalmente culturale e quindi di civiltà generale e dunque non fondato sul disprezzo o, peggio, sulla incomprendenza, come invece sempre più spesso si ha l’impressione che sia.

Del resto, come noto, la legislazione italiana “anti migranti”, dalla cd. legge Turco-Napolitano alla legge Bossi-Fini, ha finito per creare più problemi di quanti ne abbia risolto, fino a costringere ad intervenire la stessa Corte Costituzionale italiana a contrastare il fenomeno nascente del cd. *diritto penale del nemico*¹.

Insomma, almeno a mio parere, legare come spesso accade il fenomeno migratorio al terrorismo è nonché errato, pericoloso perché impedisce di individuare e quindi controllare il problema reale². Sarà un caso, spero di no, ma sta in fatto che finora l’Italia, quasi unico paese europeo, ha potuto restare indenne da attentati seri del cd. terrorismo islamico e, se mi è permessa una valutazione, non solo per la efficienza dei nostri servizi di sicurezza, ma anche, anzi principalmente, per una tradizionale nostra valutazione “laica” delle idee altrui, oltre al fatto, non irrilevante, per cui l’Italia non ha un significativo passato colonialista. Ciò almeno fino a qualche tempo fa!

1.1. L’aspetto del pericolo che i migranti rappresentano per il mercato del lavoro è, a sua volta, più teorico che reale. A parte il fatto che molto spesso quei migranti svolgono lavori non graditi alla popolazione autoctona, sempre più frequentemente i migranti sono “usati” proprio dagli imprenditori per calmierare il costo del lavoro, attraverso una vera e propria concorrenza sleale, non priva di aspetti preoccupanti di vera e propria riduzione in schiavitù dei lavoratori stranieri, specie se “ricattabili” in quanto non regolari. E dunque, anche qui, il problema è di natura interna, sia di ordine - lo ribadisco - culturale e di civiltà, che di ordine istituzionale.

2. Un altro dei temi che sono oggetto di dibattito, spesso molto accanito, in materia di migrazioni è quello della sovranità. Più precisamente si sente ripetutamente affermare, e sempre più spesso in Europa, che, stante una presunta “invasione” di stranieri, ogni stato deve poter decidere, e quindi talvolta decide *tout court*, se e quali

¹ Sul punto mi permetto di rinviare ad un mio piccolo lavoro G. GUARINO, *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. DI STASI, L. KALB (a cura di), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Atti del Convegno del 24 maggio 2012, Napoli, 2013, p. 27 ss.

² Cfr. IOM-INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *International Terrorism and Migration*, Geneva, 2010, 6, in www.iom.int.

migranti ammettere e, se del caso, di non ammetterne affatto. Secondo una logica definita - spesso con un orrendo e incomprensibile termine giornalistico - sovranista, in nome, cioè, del principio di sovranità, ogni stato sarebbe in sostanza padrone assoluto dei propri comportamenti, in ogni campo, ma in particolare in quello delle migrazioni.

Sul punto, credo, qualche precisazione si impone: *Rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*, la famosa Decretale di Callisto III, fa, per dir così, stato nel diritto internazionale anche contemporaneo. Il senso della frase è evidente e fa eco ad una analoga affermazione nella famosissima Decretale di Innocenzo III (1202) *Per venerabilem*. Che vi si trattasse del riconoscimento di figli “atipici” del signore di Montpellier Guglielmo VIII da parte del Papa³ è irrilevante, anche se attesta di una certa liberalità di comportamenti di un’epoca spesso immaginata di grande “compostezza”. Se non fosse che nella citata Decretale Innocenzo III, si rifiuta di intervenire⁴ e afferma in una frase famosa che la decisione spetta al re che ha, nella specie, la potestà temporale⁵.

Si dimentica, però, spesso di ricordare che il principio di sovranità, o meglio la norma di diritto internazionale in materia di sovranità, in quanto tale e nella sua estrema complessità e articolazione storica⁶, deve necessariamente essere coordinata, e non solo in termini interpretativi, con le altre norme, a cominciare da quelle in materia di diritti

³ Sostanzialmente per tagliare la strada al figlio il futuro Guglielmo IX, nato da Agnese di Castiglia, peraltro sposa adulterina.

⁴ Secondo me anche per evitarsi una polemica mostruosa atteso che non sarebbe certo la prima volta nella storia che fatti importanti sono il frutto di esigenze del tutto casuali.

⁵ V. *Decretalium D. Gregori Papae IX Compilatio*, p. 1425 ss.: «*Ex quo verisimilius creditur et probabilius reputatur, ut eos ad actus legitimare valeat saeculares, praesertim si praeter Romanos Pontifices inter homines superiorem alium non cognoscant, qui legitimandi habeat potestatem; quia, quum maior in spiritualibus tam providentia quam auctoritas et idoneitas requiratur, quod in maiori conceditur licitum esse videtur et in minori... Tu vero uxori tuae nihil, quod divortium induceret ... obiecasti quum, etsi fides tui sit unum de tribus bonis coniugii, non tamen ipsius violatio coniugale vinculum violasset. De filiis ergo eiusdem regis, utrum legitimi vel illegitimi fuerint, quamdiu pendet quaestio affinitatis obiectae, potest non immerito dubitari ... De tuis vero, quod sint legitimi nati, nec tu ipse proponis, nec ulla praesumitur ratione. Insuper quum rex ipse superiorem in temporalibus minime recognoscat, sine iuris alterius laesione in eo se iurisdictioni nostrae subiicere potuit et subiicit ... quod non solum in ecclesiae patrimonio, super quo plenam in temporalibus gerimus potestatem, verum etiam in aliis regionibus, certis causis inspectis, temporalem iurisdictionem casualiter exercemus, non quod alieno iuri praeiudicare velimus, vel potestatem nobis debitam usurpare, quum non ignoremus, Christum in evangelio respondisse: “Reddite quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei Deo. Propter quod postulatus, ut hereditatem divideret inter duos, quis,” inquit, “constituit me iudicem super vos?” ... Tria quippe distinguit iudicia: primum inter sanguinem et sanguinem, per quod criminale intelligitur et civile; ultimum inter lepra et lepra, per quod ecclesiasticum et criminale notatur; medium inter causam et causam, quod ad utrumque refertur, tam ecclesiasticum quam civile, in quibus quum aliquid fuerit difficile, vel ambiguum, ad iudicium est sedis apostolicae recurrendum...».*

⁶ Mi limito a citare il ben noto “attacco” di H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen (Mohr), 1928, p. 1 ss.: «*Der Begriff der Souveränität, den die moderne Staatsrechtslehre zu ihren schwierigsten und meist umstrittenen zählt, hat einen...Bedeutungswandel durchgemacht. Seit das Wort „Souveränität“...ist es nicht nur zu verschiedenen Zeiten, sondern auch innerhalb derselben Periode in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht worden...so daß gerade seine Geschichte ein klassisches Beispiel für den die Rechtswissenschaft in ihren theoretischen Charakter bedrohenden Methodenanarchismus, speziell für die verhängnisvolle Vermengung moralisch-politisch und juristischer, aber auch juristischer und soziologisch-psychologischer Betrachtung liefern kann».*

dell'uomo. Coordinare, implica la impossibilità di considerare le due norme (o meglio i due complessi di norme) in termini gerarchici o, peggio, ritenere che la norma in materia di sovranità, prevalga su quelle in tema di diritti dell'uomo, se non altro in ragione del fatto che, lo si voglia o no, il diritto, e quindi anche il diritto internazionale è dell'uomo, dall'uomo e per l'uomo⁷.

Quello che, con qualche sorpresa, la nostra Corte Costituzionale ha definito un "bilanciamento" tra diritti in apparente contrasto è, almeno in termini teorici, impossibile, se non illecito. Nessuno, men che mai una suprema corte, ma nemmeno un legislatore interno può "bilanciare" diritti non gerarchizzati, specie quando non di diritti interni si tratti. E i diritti dell'uomo, e tra essi in particolare quello alla migrazione, non sono diritti bilanciabili con altri, ivi compreso quello alla sovranità territoriale. Limitandomi dunque a rinviare a quanto ho già avuto modo di scrivere in passato⁸, ribadisco che diritto alla migrazione e sovranità vanno coordinati non bilanciati, posto che il contenuto del principio di sovranità non è, né può essere, un diritto assoluto dello stato a decidere come crede senza limiti. Anche perché, sia pure sul piano strettamente logico, se è vero - come è vero - che il diritto di ogni individuo a lasciare il proprio paese, specialmente se i suoi diritti sono compressi, è un diritto incontrovertibile e assoluto (nel senso di essere inderogabile, rientri o meno nella, a mio parere fantasiosa, categoria del cd. *ius cogens*) non è tecnicamente possibile negare il corrispondente obbligo: quello a ricevere. L'obbligo, cioè, è altrettanto assoluto quanto il diritto e non potrebbe essere altrimenti.

Il che non vuol dire che un determinato stato *debba* accogliere chiunque, ma che esiste un *obbligo assoluto* di accogliere, e quindi per i soggetti stati quello che si definisce tecnicamente un *obbligo de contrahendo*. Dove la parola rilevante è obbligo. Tenuto conto, inoltre, che si tratta di esseri umani, uomini cioè, dei quali non solo vanno rispettati i diritti, ma, nei limiti del possibile, anche la volontà di destinazione, ma inoltre e comunque i diritti che gli competono come esseri umani, quale ne sia il colore, la religione e la nazionalità⁹. Infine, non si può dimenticare che queste persone, siano o meno legittimate ad entrare nello stato in cui chiedono di farlo, *non sono in alcun modo* dei criminali, ragione per la quale la loro detenzione, sia pure in condizioni di relativa libertà di movimento, è di assai dubbia legittimità, anche se il fatto di tentare di accedere ad un determinato stato in violazione delle regole che quello stato impone per consentire gli accessi, è legittimo che venga considerato un reato.

Il problema viene reso più complicato anche dal fatto che moltissimi di questi migranti sono in realtà profughi delle non poche guerre e dei non pochi regimi

⁷ Mi prendo la libertà di citarmi di nuovo: *Per una analisi critica delle basi dell'Ordinamento internazionale come sistema*, in G. GUARINO (a cura di), *Il diritto internazionale alla prova del caos: alla ricerca di una logica giuridica*, Napoli, 2016, p. 399 ss.

⁸ V., oltre allo scritto citato in precedenza: G. GUARINO, *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di U. LEANZA*, Napoli, 2009, p. 279 ss.; ID., *Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU*, in *Grotius*, 2008, p. 27 ss.; ID., *Sovranità dello Stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Studi in onore di E. BOCCHINI*, Padova, 2016, p. 553 ss.

⁹ Scrivo (tra il 15 e il 18 giugno 2018) sotto l'impressione del discutibile comportamento del nostro governo nelle recenti vicende di immigrazione e di salvataggi in mare.

dittatoriali in atto, specialmente in Medio Oriente e in Africa. E qui si inserisce il tema, certamente delicatissimo del *diritto* all'asilo, presente in varie costituzioni europee a cominciare dall'italiana.

Infine, ad evitare equivoci sulle numerose e spesso confuse proposte di cui si sente parlare anche a livello europeo come nell'ultima riunione del Consiglio del 28/29.6.2018, non credo sia né comprensibile né accettabile l'idea per cui, allo scopo di controllare gli accessi ad un determinato territorio o area geografica, si possano creare dei "centri di raccolta" in stati "terzi" rispetto a quelli di partenza e di destinazione. Non si vede, infatti, quale motivo possa legittimare la detenzione o anche solo il fermo o addirittura il "respingimento" di persone che, in nome del diritto internazionale generale, hanno tutto il diritto di uscire dal proprio paese. Per dirla in tutta chiarezza: l'idea diffusa per la quale si possano costituire centri di raccolta e di detenzione o respingimento di migranti diretti in Europa in stati non europei di transito, è del tutto illegittima, a mio parere, sia dal punto di vista del diritto internazionale che del diritto interno di quasi tutti gli stati europei, a cominciare dall'Italia. Finché non giunga alla propria destinazione (almeno a quella desiderata e dichiarata) il migrante è a tutti gli effetti un libero cittadino di uno stato terzo, che vuole liberamente esercitare il proprio diritto di lasciare il proprio paese.

2.1. È appena il caso di aggiungere che, almeno per la Costituzione italiana, l'asilo è un *diritto* per chiunque e dovunque si trovi in una condizione di privazione delle libertà e dei diritti politici garantiti in Italia agli italiani. Quindi il parametro è quello del diritto, costituzionale innanzitutto, italiano, ma trattandosi di un diritto dello straniero, l'unico suo limite può essere il mancato accertamento della sussistenza delle condizioni per la concessione dell'asilo, che, pertanto a voler essere puntigliosi, non può legittimamente essere definita una vera e propria "concessione".

Ciò premesso, il problema reale è quello di gestire in modo civile i flussi di migranti, più o meno sfruttati dalle organizzazioni criminali che si arricchiscono sulla loro pelle, tenendo presente che la gestione di questi flussi non può non esser affidata ad una cooperazione internazionale effettiva ed efficace. Finora, mi sembra, non si è andati gran che oltre le affermazioni di carattere esortativo, sia a livello generale (penso alla risoluzione 71/1 dell'AG delle NU) che a livello europeo, in particolare con la Agenda europea sulla migrazione e con i progetti operativi di Frontex, nella più recente versione Themis. Il problema, come ovvio, è quello, da un lato di garantire la salvezza in mare di chi naufraghi¹⁰, ma anche la "sicurezza in terra", nel senso di garantire che ai migranti ai quali, con il nuovo strumento, non si garantisca l'arrivo in un paese europeo, sia assicurato in Libia un trattamento rispettoso dei diritti dell'uomo¹¹ e del diritto

¹⁰ Posto che si intenda davvero farlo. V. L. VOSYLIŪTE, *Is "Saving Lives at Sea" still a Priority for the EU?*, in <https://eu.boell.org/en/2018/04/19/saving-lives-sea-still-priority-eu>

¹¹ V. sul punto S. CECININI, *Frontex: Operazione Themis sostituisce Triton ed istituisce nuove regole*, in <http://sicurezzainternazionale.luiss.it/2018/02/01/frontex-operazione-themis-sostituisce-triton-istituisce-nuove-regole/>, v. anche le forti perplessità espresse da F. CAFFIO, *Migranti: Frontex da Triton a Themis: UE prova a regionalizzare*, in <http://www.affarinternazionali.it/2018/02/migranti-frontex-triton-themis->

internazionale generale che *non* fa di quell'individuo un criminale, trattandosi di un individuo che esercita il proprio legittimo diritto a viaggiare.

Vale la pena di sottolineare, del tutto in via incidentale, come uno dei temi in discussione sia quello della definizione effettiva di “porto più vicino sicuro”, se non altro per l'ovvio motivo che è solo nascondersi dietro un dito, negare il dato di fatto per il quale i migranti in fuga dalle coste libiche, hanno ovviamente come porti più vicini Malta e l'Italia e spesso innanzitutto Malta. Ma quest'ultima è un'isola di 316 km quadrati con circa 500.000 abitanti: immaginare che possa accogliere le decine di migliaia di migranti che fuggono attraverso la Libia e che trovano Malta come luogo più vicino, è fuori della realtà e pretenderlo è del tutto strumentale.

2.2. Considerata, infine, la forte valenza esortativa delle iniziative in corso, comprese quelle di cui al paragrafo precedente, merita di essere approfondito il tema del valore delle decisioni esortative nella formazione di norme generali di diritto internazionale, per definire anche, in conseguenza, il modo in cui poter legittimamente pretendere dagli stati un comportamento conseguente ai principi elaborati in sede NU, Organizzazione delle Migrazioni e UE.

In tema soccorre certamente l'opinione dissidente del giudice CANÇADO TRINDADE nella Sentenza sulla controversia tra le Marshall Islands e l'India¹², dove l'illustre Autore ricostruisce in maniera approfondita il meccanismo di formazione di norme di diritto internazionale generale (e quindi della *opinio iuris* che le determina) attraverso le risoluzioni, in sé solo esortative della AG delle NU¹³.

Ovviamente il tema andrebbe molto approfondito, ma non è questo il luogo per farlo. Costituisce però un dato di fatto che la gran parte delle disposizioni e delle azioni in materia, inclusa Themis, hanno una valenza esortativa o non formalmente obbligatoria. A parte il fatto che ciò facilita i tentativi di aggiramento e di elusione delle norme stesse, facilita anche l'affermazione della loro non obbligatorietà con ciò che ne consegue. Sarebbe invece molto importante approfondire il discorso in termini giuridici generali, alla luce di quanto detto qui sopra circa i meccanismi di formazione delle norme non scritte, obbligatorie!

ue/; A.G. DIBENEDDETTO, *Operation Themis and its meaning for Italy*, in <https://www.cesi-italia.org/contents/Operation%20Themis%20impaginato%20Eng.pdf>

¹² CIG, *Obligations concerning negotiations, relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament*, 5.10.2016, JCI Reports, 2016, p. 255 ss.

¹³ Sul punto, di recente, v. B.S. CHIMNI, *Customary international law: a third world perspective*, in *American Journal of International Law*, 2018, p. 1 ss.