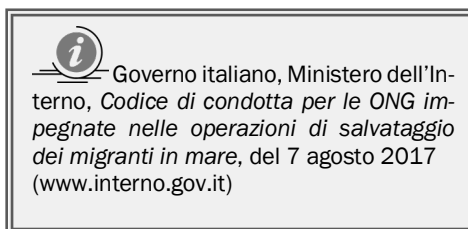


Immigrazione e asilo

Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. Principali contenuti del ‘Codice di condotta delle ONG’ – 3. Natura del Codice e connessioni con il diritto UE – 4. Sull’obbligo internazionale di soccorso in mare – 5. Segue: sull’obbligo di non-refoulement – 6. Rilievi conclusivi.

1. Nel vasto panorama delle tensioni su scala UE nella gestione delle migrazioni, si è recentemente verificata una situazione inedita, che trae origine da eventi accaduti in Italia. A seguito di indagini compiute da procure siciliane si è diffuso il sospetto che alcune ONG attive lungo la rotta del Mediterraneo centrale fossero a vario titolo responsabili di favorire l’immigrazione irregolare verso l’Italia o persino di fornire aiuto ai responsabili di traffico di migranti e tratta di esseri umani.



La posizione assunta dal Governo italiano è stata netta, al punto che il Ministero dell’Interno ha pubblicato un ‘Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare’ (di seguito ‘Codice di condotta delle ONG’ o ‘Codice’, disponibile su www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf). Il Codice elenca una serie di oneri per soggetti che fino a quel momento erano sempre stati sostenuti nelle loro attività di soccorso ai migranti in condizioni di pericolo nel Mediterraneo. Addirittura, alla fine del documento si legge che «(l)a mancata sottoscrizione di questo Codice di Condotta o l’inosservanza degli impegni in esso previsti può comportare l’adozione di misure da parte delle Autorità italiane nei confronti delle relative navi, nel rispetto della vigente legislazione internazionale e nazionale, nell’interesse pubblico di salvare vite umane, garantendo nel contempo un’accoglienza condivisa e sostenibile dei flussi migratori».

Non stupisce che il Codice di condotta delle ONG abbia suscitato clamore e critiche tanto dai diretti interessati quanto a livello nazionale e UE (ad esempio, ASGI, Posizione sulla bozza di “Codice di condotta per le ONG coinvolte nel salvataggio di migranti in mare”, disponibile su www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/07/Draft-ASGI-Position-Paper_Final_IT.pdf; si veda anche la lettera indirizzata da alcuni eurodeputati a vari vertici dell’Unione europea, disponibile su www.skakeller.de/en/topics/refugees-migration/open-letter-to-european-interior-ministers-and-the-european-commission.html).

Pertanto, l’obiettivo del presente contributo è cercare di fare luce su natura e possibili ripercussioni di carattere giuridico del Codice: a tale proposito, l’analisi sarà condotta soprattutto dal punto di vista dei diritti dei migranti protagonisti delle traversate del Mediterraneo centrale e si concluderà con alcune osservazioni sulla risposta dell’Unione europea alla crisi migratoria in atto.

2. Anzitutto, occorre illustrare i contenuti chiave del Codice di condotta delle ONG.

Il testo è suddiviso in tredici punti, dal cui insieme emerge l’intenzione del Governo italiano di scongiurare le partenze via mare dai porti della Libia di migranti diretti in Italia

e comunque transitanti per le acque del Mediterraneo centrale. Tra i molteplici impegni enunciati dal Codice spicca la richiesta alle ONG di non entrare nelle acque territoriali libiche, eccezion fatta per situazioni di pericolo grave e imminente (punto 1). Oltre a ciò, viene specificato che le imbarcazioni delle ONG non dovranno ostacolare l'attività di ricerca e soccorso della Guardia costiera libica, cosa che sottintende l'intenzione dell'Italia di proseguire nella frammentaria cooperazione con la Libia, rinnovata con il *Memorandum* d'intesa del febbraio 2017 (il testo del *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, è disponibile su www.governo.it/sites/governoNEW.it/files/Libia.pdf). Vi sono poi limitazioni alle potenziali forme di contatto tra le imbarcazioni delle ONG e quelle dei migranti. Il Ministero dell'interno si è premurato di indurre le ONG firmatarie a non effettuare comunicazioni o inviare segnalazioni luminose per agevolare la partenza e l'imbarco di natanti che trasportano migranti, se non per compiere operazioni di ricerca e soccorso (punto 3). Oppure (punto 7), si prevede che le navi delle ONG accettino di non trasferire su altre navi i migranti soccorsi, tranne che in caso di richiesta al Centro di coordinamento per il salvataggio in mare e sotto il suo coordinamento.

Il Codice contiene anche vari oneri di cooperazione che i comandanti delle imbarcazioni e i rispettivi Stati di bandiera devono osservare nei confronti delle autorità statali competenti nell'arco dell'intero processo di salvataggio dei migranti in mare: dalle segnalazioni e informazioni dettagliate sulle attività che stanno per essere eseguite, all'osservanza delle istruzioni ricevute, alle comunicazioni da indirizzare alle autorità di pubblica sicurezza dei luoghi di sbarco, anche a scopo investigativo. Tra i contenuti più criticati del Codice vi è il punto 10, nel quale si menziona la possibilità che le autorità italiane competenti inviino a bordo funzionari di polizia giudiziaria per raccogliere informazioni e prove finalizzate alle indagini sul traffico di migranti e/o la tratta di esseri umani (senza pregiudizio per lo svolgimento delle attività umanitarie in corso).

3. Per quanto riguarda le caratteristiche giuridiche salienti del Codice di condotta delle ONG, gli aspetti da approfondire sono essenzialmente due: la tipologia dell'atto e la sua riconducibilità al diritto UE.

Il Codice delle ONG è un atto adottato dal Ministero dell'interno della Repubblica italiana: certamente non ha valore di legge, ma non è neppure una disposizione regolamentare. Manca quindi di obbligatorietà giuridica ed è inidoneo a fare sorgere vincoli diretti per le ONG o degli Stati di bandiera delle imbarcazioni coinvolte nel recupero di migranti nel Mediterraneo centrale. In questo senso, ci si sente di escludere che il Codice sia una misura in contrasto con la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 ('UNCLOS', in specie l'art. 92, par. 1): la natura dell'atto è tale per cui in nessun caso potrebbe risultare compromessa la sovranità dello Stato costiero sulle proprie acque territoriali o la giurisdizione in alto mare dello Stato di bandiera sulle rispettive imbarcazioni. Nei rapporti tra Stati della Comunità internazionale il Codice di condotta delle ONG, indipendentemente dall'avvenuta sottoscrizione, non può avere conseguenze giuridiche immediate e non solleva l'Italia, né qualsiasi altro Stato, dal rispetto dei propri obblighi internazionali.

Al di là di queste notazioni sostanziali, il Codice del Ministero dell'interno resta un testo di dubbia collocazione nella sistematica delle fonti formali del diritto italiano, pur essendo evidentemente destinato a rivolgersi a soggetti afferenti ad altri Stati nel tentativo di pervenire a una cooperazione volontaria.

Ciò posto, sarebbe tuttavia erroneo pensare che il Codice di condotta delle ONG rappresenti un'iniziativa puramente unilaterale dell'Italia, oltre che un atto contemplato solo ed esclusivamente dall'ordinamento italiano. Benché elaborato dal Ministero italiano dell'interno, il Codice di condotta delle ONG è stato appoggiato anche dagli esecutivi di altri Stati membri e dall'Unione europea: lo si può constatare agevolmente dai contenuti della Dichiarazione di Tallin del 3 luglio 2017, resa in occasione del vertice informale sulle migrazioni, e della Dichiarazione di Parigi, rilasciata il 28 agosto 2017 al termine del vertice sui flussi migratori nel Mediterraneo centrale. Con il primo documento i Ministri dell'interno di Italia, Francia e Germania, assieme al Commissario europeo per le migrazioni e gli affari interni, hanno concordato che l'Italia predisponesse un Codice di condotta per le ONG, volto a migliorare il coordinamento con le ONG che operano nel Mediterraneo; il Codice è stato poi formalmente avallato dall'Unione il 13 luglio 2017 alla riunione tra i rappresentanti dell'Italia, di Frontex e della Commissione europea. Nella seconda dichiarazione i capi di Stato e di governo di Francia, Germania, e Spagna e l'Alta Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza hanno accolto «con favore» il Codice, invitando tutte le ONG che agiscono nella rotta del Mediterraneo centrale a firmarlo e a rispettarlo.

Quello che non viene esplicitato negli atti e nei documenti UE di riferimento sono le linee guida che l'Italia avrebbe dovuto seguire nella redazione del Codice o le modalità di applicazione cui lo stesso dovrebbe essere soggetto. Ne deriva, pertanto, un margine di discrezionalità piuttosto elevato per l'Italia, aspetto che comprova la peculiare natura giuridica di uno strumento a dir poco ibrido.

Alla luce di quanto esposto sinora, malgrado il Codice di condotta delle ONG non possa essere qualificato anche come atto dell'Unione europea, va comunque ricompreso tra le misure con cui sta ricevendo impulso il 'processo di esternalizzazione' delle frontiere dell'Unione. Come si evince dalla citata Dichiarazione di Parigi, il Codice è infatti parte di una più ampia strategia dell'Unione volta a ridurre l'afflusso di migranti irregolari mediante interventi svolti al di fuori del territorio UE; e tale strategia, cristallizzatasi nel 2015 con l'Agenda europea sulle migrazioni e il Piano d'azione de La Valletta, viene di fatto affidata alla guida degli Stati membri e attuata con atti di carattere prevalentemente politico. Tra questi si segnalano la Dichiarazione UE-Turchia del marzo 2016 (C. Favilli, "La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?", in questa *Rivista* 2016, p. 405 ss.), così come le piattaforme di dialogo in Africa o altri strumenti di cooperazione e sviluppo finalizzati a combattere l'immigrazione irregolare verso l'UE. Per quanto concerne la Libia, è sufficiente ricordare che il *Memorandum* siglato con l'Italia all'inizio del 2017 è divenuto immediatamente oggetto di 'endorsement' da parte dell'Unione europea (per considerazioni più diffuse sull'argomento, v. F. Casolari, "L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2018, p. 11 ss.).

Questi strumenti sono ritenuti all'origine di problemi che possono avere anche risvolti giuridici, come un impatto negativo sui diritti dei migranti (cfr. anche G. Carella, "Il sonno della ragione genera politiche migratorie", in SIDIBlog, 11 settembre 2017, disponibile su www.sidiblog.org/2017/09/11/il-sonno-della-ragione-genera-politiche-migratorie). Per di più, trattandosi di atti di *soft law* adottati nel quadro di competenze concorrenti, ci si attende che riescano a sottrarsi più facilmente al controllo delle istituzioni UE (v., ad esempio, la giurisprudenza sulla Dichiarazione UE-Turchia: *NF*, causa T-192/16, ordinanza del 28 febbraio 2017; *NG*, causa T-193/16, ordinanza del 28 febbraio 2017; *NM*, causa T-257/16, ordinanza del 28 febbraio 2017). Perciò, l'attuazione che di essi viene data può

facilmente condurre alla violazione di norme internazionali sulla salvaguardia della vita in mare o relative ai diritti fondamentali dei migranti diretti verso i confini dell'Unione europea. È su questi aspetti, peraltro forieri di perduranti incertezze interpretative a livello UE (per maggiori considerazioni, v. V. Moreno-Lax, "Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member States' Obligations Accruing at Sea", in *International Journal of Refugee Law* 2011, p. 176 ss.), che preme ora soffermarsi.

4. L'elemento di rischio forse più lampante che si può cogliere ragionando sulle prospettive di attuazione del Codice delle ONG risiede nelle eventuali omissioni o carenze relative al soccorso dei migranti che si trovino in stato di bisogno nelle acque del Mediterraneo centrale.

Il timore percepito è che, in forza dei contenuti del Codice, l'Italia si rifiuti di prestare la dovuta assistenza alle navi di ONG riluttanti a osservare i vari punti del testo; similmente, si è sostenuto che il Codice potrebbe indurre i comandanti delle navi di ONG a non svolgere operazioni di soccorso appropriate, se apparisse probabile l'intenzione delle autorità italiane di non collaborare. Pertanto, il primo complesso di norme da considerare in relazione al Codice delle ONG concerne l'obbligo di soccorso nei confronti delle persone che si trovano in mare in condizioni di pericolo (sul punto, si veda anche I. Papanicolopulu, "Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2017, p. 1 ss.).

Si tratta di un obbligo enunciato in più convenzioni e ormai assunto al rango di diritto consuetudinario (v. S. Trevisaunt, "Immigrazione clandestina via mare e cooperazione fra Italia e Libia dal punto di vista del diritto del mare", in questa *Rivista* 2009, p. 611). La base di tale obbligo è oggi rappresentata, come noto, dall'art. 98 UNCLOS, che postula un duplice regime di responsabilità internazionale in alto mare. Il primo paragrafo dell'art. 98 UNCLOS si rivolge allo Stato di bandiera della nave che si imbatte nei migranti bisognosi di aiuto: lo Stato dell'imbarcazione risponderà se il comandante evita di prestare adeguato soccorso. Senza che vi sia l'esigenza di indugiare sul concetto di pericolo (o *distress*) con riferimento alle fattispecie che sottintende il Codice di condotta delle ONG quando allude all'obiettivo di salvare le vite dei migranti in mare, conviene piuttosto rappresentare che la responsabilità dello Stato di bandiera sorge anche se il comandante dell'imbarcazione che deve intervenire non si sia attivato il più velocemente possibile. L'art. 98, co. 1, UNCLOS riecheggia il reg. 33, par. 1, cap. V, della Convenzione di Londra per la salvaguardia della vita umana in mare del 1974 ('SOLAS') e l'art. 10 della Convenzione di Londra sul salvataggio del 1989.

Più specifico, invece, è il secondo paragrafo dell'art. 98 UNCLOS, che ricalca in buona parte la regola 15, cap. V, SOLAS: esso è rivolto agli Stati costieri e stabilisce, tra le altre cose, che questi debbano promuovere la costituzione e il funzionamento permanente di un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima.

Gli obblighi appena richiamati vanno poi letti assieme alle disposizioni più pertinenti della Convenzione internazionale di Amburgo sulla ricerca ed il salvataggio marittimo del 1979 ('SAR'), specie a seguito degli emendamenti apportati nel 2004. Tra tutte, rilevano quelle relative alla responsabilità del coordinamento dei soccorsi che uno Stato ha entro la zona SAR di competenza (par. 2.1.9 e 2.1.10 dell'allegato alla Convenzione SAR), nonché quelle che obbligano lo 'Stato SAR' interessato a cooperare con il comandante della nave intenta a prestare soccorso e a fare in modo che le persone tratte in salvo possano essere trasferite in un posto sicuro: ai sensi della versione corrente del par. 3.1.9 dell'allegato alla Convenzione SAR, «(t)he Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination

and cooperation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety (...)». La circostanza è tutt'altro che secondaria e non a caso parte della dottrina scorge in questo rafforzamento delle operazioni di soccorso in mare un obbligo di risultato (E. Papastavridis "Rescuing 'Boat People' in the Mediterranean Sea: The Responsibility of States under the Law of the Sea", in *EJIL: Talk!*, del 31 maggio 2011, disponibile su www.ejiltalk.org/rescuing-boat-people-in-the-mediterranean-sea-the-responsibility-of-states-under-the-law-of-the-sea/).

Le norme di diritto internazionale cui si sta facendo cenno sono contenute in accordi dei quali l'Italia è parte e che, come si vede, formano un quadro giuridico che le misure di attuazione del Codice di condotta delle ONG devono rispettare. Segnatamente, occorre prestare attenzione al punto del Codice riguardante l'impegno per l'ONG che abbia prestato soccorso a migranti in pericolo di non trasferirli su altre navi (punto 7); così facendo, aumenta il rischio di violazione delle norme internazionali che dispongono obblighi di cooperazione tra Stati di bandiera e Stati SAR in materia di salvataggio. Va detto, però, che il punto in commento viene chiuso da una dicitura che enuncia una condotta più che altro 'suggerita', in quando si aggiunge che «le navi delle ONG dovrebbero, di norma, completare l'operazione sbarcando le medesime in un porto sicuro (...)».

Anche la più volte manifestata intenzione del Governo italiano di impedire l'accesso ai propri porti alle navi delle ONG non firmatarie che abbiano prestato soccorso a migranti che si suppone possano divenire irregolari emerge quale iniziativa di dubbia compatibilità con le suddette norme internazionali di soccorso in mare. Ciò vale non tanto perché dalle medesime possa desumersi un obbligo incondizionato di garantire alla nave giunta in soccorso l'accesso ai porti ricadenti sotto la sovranità italiana (anche perché di regola ciò sarebbe escluso dall'art. 25 UNCLOS), ma piuttosto in considerazione dell'obbligo di garantire lo sbarco delle persone soccorse in un posto sicuro. Infatti, anche se l'individuazione del posto sicuro non implica necessariamente l'ingresso dei migranti nel territorio dello Stato SAR, dovrà avvenire tenendo conto delle esigenze spazio-temporali contingenti (v. anche Resolution MSC.167(78), *Guidelines on the Treatment of the Persons Rescued at Sea*, adopted on 20 May 2004, in particolare punti 6.12 ss.); alle autorità italiane non sarebbe quindi consentito negare assistenza a qualsivoglia imbarcazione che abbia compiuto un salvataggio a ridosso delle acque territoriali italiane. Oltretutto, lo Stato del Mediterraneo centrale più coinvolto nelle partenze dei migranti, vale a dire la Libia, non ha mai ratificato la UNCLOS e, in ogni caso, non sarebbe certo in grado di soddisfare quanto richiesto dall'art. 98, par. 2. Sicché, non sorprende che il Codice di condotta delle ONG, lungi dal prevedere la chiusura dei porti, circoscriva il novero delle possibili misure nazionali contro le ONG non firmatarie (o che si siano discostate dagli impegni assunti siglando il Codice) a iniziative vaghe e comunque nient'affatto automatiche; tra l'altro, le risposte italiane rimarrebbero vincolate all'interesse pubblico di salvare vite umane, ragion per cui l'Italia non potrebbe sottrarsi agli obblighi internazionali applicabili in materia (v. anche le osservazioni formulate – e la giurisprudenza richiamata in - P. De Sena, F. De Vittor, "La 'minaccia' italiana di 'bloccare' gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale", in *SIDIBlog*, 1 luglio 2017, disponibile su www.sidiblog.org/2017/07/01/la-minaccia-italiana-di-bloccare-gli-sbarchi-di-migranti-e-il-diritto-internazionale/).

Da ultimo, un ruolo talvolta decisivo può essere attribuito all'estremo pericolo, quale circostanza che esclude l'illiceità della condotta, laddove il trasferimento delle persone soccorse venga effettuato verso i porti italiani in aderenza all'art. 24 del Progetto sulla responsabilità degli Stati del 2001.

5. Spostando ora il parametro di indagine da un insieme di norme suscettibili di avere ripercussioni sui diritti dell'individuo a norme appositamente previste per riconoscere e garantire diritti fondamentali, il riferimento va inevitabilmente al principio di *non-refoulement*: in primo luogo all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, ma anche all'art. 3, co.1, della Convenzione di New York contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, del 1984.

Invero, un effetto illecito suscettibile di manifestarsi in virtù dell'esigenza, per l'imbarcazione coinvolta, di ottemperare alle richieste del Codice di condotta delle ONG è il respingimento di migranti verso i confini di territori in cui rischierebbero di essere sottoposti a tortura o in cui la loro vita o la loro libertà sarebbero minacciate per ragioni legate alla razza, alla religione, alla cittadinanza, all'appartenenza a un gruppo sociale o alle opinioni politiche. Sebbene né il diritto internazionale, né il diritto dell'Unione europea riconoscano un diritto soggettivo per il migrante ad essere accolto nel territorio di altro Stato, resta il fatto che gli individui respinti rischiano pur sempre di trovarsi nelle situazioni che il principio di *non-refoulement* mira a scongiurare. Questo vale soprattutto per i rifugiati (e i richiedenti asilo, dal momento che lo *status* di rifugiato deve considerarsi preesistente al suo riconoscimento): d'altronde, atteso che la Convenzione di Ginevra dichiara esplicitamente quando una norma in essa contenuta debba essere applicata solo ai rifugiati 'regolari', come nel caso dell'art. 32, è pacifico che l'art. 33, sottraendosi a questa eventualità, si applica pure ai richiedenti asilo che si trovino sotto la giurisdizione di uno Stato diverso da quello di origine (M. Balboni, *Protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere: aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Bologna, 2012, p. 40), anche in alto mare (UNHCR, *Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967*, del 26 gennaio 2007, punto 24; si rinvia altresì alle considerazioni di P. De Sena, *La nozione di giurisdizione universale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Bologna, 2002, p. 166). In aggiunta, è bene sottolineare che, per effetto della Convenzione contro la tortura, il principio di *non-refoulement* ad oggi non tutela solo rifugiati e richiedenti asilo, ma viene esteso a tutte le persone (I. Papanicolopulu, *op cit.*, p. 18, nota 79). Dunque, uno Stato è responsabile anche delle sorti dei migranti rinvii altrove da parte di una sua imbarcazione che abbia compiuto un recupero in alto mare. Ecco che allora condotte illecite potrebbero verificarsi se dei migranti presunti irregolari venissero trasferiti al porto di partenza dall'imbarcazione di una ONG che non abbia firmato il Codice; o da altra nave battente bandiera straniera che non sia in grado di collaborare con le autorità italiane; oppure da mezzi italiani, soprattutto funzionari italiani di polizia che abbiano intercettato quelle persone fuori dalle acque territoriali italiane e dopo che sono state prese a bordo dall'imbarcazione di una ONG.

Poiché tra gli Stati terzi direttamente interessati vi è la Libia, allo stadio attuale della cooperazione con essa si ripropongono profili di contrasto con il diritto internazionale già sollevati in passato con riguardo a casi paragonabili (v., ad esempio, F. De Vittor, "Soccorso in mare e rimpatri in Libia: tra diritto del mare e tutela internazionale dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale* 2009, p. 804 ss, B. Nascimbene, "Il respingimento degli immigrati e i rapporti tra Italia e Unione europea", in *Istituto Affari Internazionali, Documenti IAI 09/22*, 2009, p. 1 ss., A. Terrasi, "I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani", in questa *Rivista* 2009, p. 591 ss.). In altri termini, è indubbio che le probabilità di violazione del principio in esame aumentino esponenzialmente se i migranti diretti verso le coste italiane sono rinvii in Libia, così espo-

nendo gli Stati UE interessati alla trasgressione di obblighi di protezione di rifugiati e richiedenti asilo (in generale, si veda anche G. S. Goodwin-Gill, "The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of *Non-Refoulement*", in *International Journal of Refugee Law* 2011, pp. 443-457, in particolare p. 445; per riferimenti al caso italiano, si veda C. Marchetti, "Expanded Borders: Policies and Practices of Preventive Refoulement in Italy", in *The Politics of International Migration Management*, M. Geiger, A. Pécoud (a cura di), Basingstoke, 2010, p. 160 ss.). In effetti, da un lato la Libia stessa non è parte della Convenzione di Ginevra del 1951 e ad oggi viene annoverata tra gli Stati contrassegnati da carenze diffuse e sistemiche per quanto attiene al sistema di asilo: perciò, nell'alveo delle problematiche sottese alla fattispecie, va specificato che un eventuale respingimento verso la Libia di un'imbarcazione di migranti pone gli stessi nelle condizioni di subire le persecuzioni su base individuale di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra. Per altro verso, considerato che molti migranti in transito nel Mediterraneo centrale provengono da Stati africani assoggettati a regimi, dittature o conflitti di lunga data, un respingimento effettuato per dare (distorta) attuazione al Codice di condotta delle ONG potrebbe divenire strumentale al rimpatrio di numerosi individui dalla Libia verso paesi d'origine insicuri: si pensi al Sudan o all'Eritrea, da anni al centro di denunce per i trattamenti riservati ai migranti in transito o rimpatriati.

E ancora, si è detto nel paragrafo precedente che in materia di soccorso in mare vige l'obbligo (minimo, a dire il vero) per il comandante dell'imbarcazione di condurre le persone soccorse in mare presso un posto sicuro. Di conseguenza, giova chiedersi cosa accadrebbe alle autorità di taluni Stati rivieraschi UE laddove i migranti fossero condotti verso i confini di uno Stato terzo che, pur essendo in grado di fornire assistenza nell'immediato (ad esempio, salvando le vite delle persone trasferite), diverrebbe esso stesso autore di una violazione al principio di *non-refoulement* o di persecuzioni individuali ai danni dei migranti.

Se poi si dirige l'attenzione sul sistema della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU"), si noterà che, nonostante la Convenzione sia priva di norme espressamente dedicate al diritto di asilo, la giurisprudenza di Strasburgo ha ricavato il divieto di *refoulement* come effetto di altri diritti espressamente protetti; in particolare, ci si riferisce all'art. 3 CEDU, che recita «(n)essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» (di recente, si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, sentenza del 4 novembre 2014, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012 e *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011). L'affermazione di questo meccanismo addizionale di protezione *par ricochet* ha determinato la progressiva riconduzione del principio di *non refoulement* alla categoria degli obblighi di prevenzione (v. F. Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 103, ss.).

Muovendo infine verso il diritto dell'Unione europea, si segnala come le tutele offerte dal principio di *non-refoulement* siano coperte anche dal diritto primario e derivato UE; in particolare, stante la coincidenza tra il disposto dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 3 CEDU, vengono in rilievo gli art. 52, par. 3, e 53 della Carta medesima, con la conseguenza che le suddette conquiste della giurisprudenza CEDU si applicano *mutatis mutandis* anche nell'ordinamento UE. Inoltre, l'applicazione *ratione personae* del principio di *non-refoulement* si dilata ulteriormente, dal momento che ne diviene destinatario anche il cittadino di Stato terzo o l'apolide che non possa fare ritorno nel proprio paese d'origine per via del rischio di subire un grave danno: insomma, tale diritto, mutuato dalle forme di protezione previste dall'ordinamento internazionale per rifugiati e richiedenti asilo, ai sensi

del diritto dell'Unione europea viene accordato anche a chi abbia richiesto lo *status* di protezione sussidiaria o già ne benefici (v. direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta).

6. Le considerazioni esposte nei paragrafi anteriori permettono di giungere ad alcune conclusioni sul Codice di condotta delle ONG 'alla prova' del diritto internazionale e, più nello specifico, sulla contraddittorietà del diritto dell'Unione europea in materia di migrazioni.

Ad avviso di chi scrive è opportuno premettere che il Codice in quanto tale non pretende di disciplinare la navigazione di imbarcazioni battenti bandiere di Stati terzi e non prelude ad alcuna iniziativa vincolante nelle porzioni di territorio di altri Stati; diversamente, il Codice si limita a dettare oneri che le ONG saranno chiamate a ottemperare per poter contare sulla cooperazione italiana nelle operazioni di soccorso. Tuttavia, anche se non pare affatto che il Codice costituisca di per sé un atto illecito con cui viene violata la sovranità della Libia, tale strumento potrebbe determinare il sorgere di antinomie con il diritto internazionale e 'cortocircuiti' nel diritto dell'Unione europea.

Intanto, rimane incerta la ragion d'essere del Codice, almeno finché non saranno opportunamente circostanziati alcuni dei concetti alla base dell'iniziativa. Il codice alterna le espressioni «tratta di esseri umani» e «tratta di migranti»; in più, non chiarisce con esattezza come debba essere intesa l'espressione «traffico», lasciando supporre un'equiparazione con la fattispecie comunemente nota come *smuggling*. Le lacune concettuali del Codice non sono marginali, poiché minano alle fondamenta la sua reale funzione, rendendola oltremodo ambigua: a fronte di concetti dubbi, sussistono le premesse per un'attuazione discutibile del Codice. Proprio l'applicazione che potrà essere data al Codice di condotta delle ONG sembra la questione più problematica. Ad essere messi a repentaglio non sono tanto i poteri sovrani degli Stati rivieraschi, quanto i diritti fondamentali dei migranti, nella misura in cui eventuali futuri rifiuti di cooperazione fattiva con le ONG impegnate in operazioni di soccorso potranno pregiudicare il rispetto degli obblighi internazionali sulla salvaguardia della vita in mare e del principio di *non-refoulement*.

In definitiva, il Codice di condotta delle ONG potrebbe essere visto come un tentativo di uno Stato membro di richiamare l'Unione europea al rispetto dei propri obblighi di solidarietà. Eppure, il fatto che l'Unione abbia dapprima raccomandato la redazione del Codice delle ONG e successivamente ricondotto questo testo alla nuova (e controversa) strategia UE sulle migrazioni, senza però esercitare competenze traducibili in atti giuridicamente vincolanti, evidenzia una volta per tutte un ritorno surrettizio al metodo intergovernativo nella gestione dei flussi migratori. A subirne le conseguenze più negative saranno soprattutto i migranti in posizione vulnerabile, cui sarà impedito di esercitare validamente i diritti multilivello di protezione internazionale (ciò si somma alle debolezze che parte della dottrina rinviene nella normativa UE su immigrazione e asilo adottata in prossimità della riforma di Lisbona: si veda N. Pérez Sola, "Indebolimento delle garanzie nella recente legislazione comunitaria sull'immigrazione e sull'asilo", in *Immigrazione e diritti fondamentali: fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, S. Gambino, G. D'Ignazio (a cura di), Milano, 2010, p. 138 ss.; analogamente, e in materia di tratta, si veda M. Borraccetti, "Human Trafficking, Equality, and Access to Victims' Rights", in *The Principle of Equality in EU Law*, L.S. Rossi, F. Casolari (eds.), Springer, 2017, p. 281 ss.). Si

pensi alle consistenti difficoltà procedurali che il migrante che si suppone essere stato illegittimamente allontanato incontrerebbe se volesse rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di invocare una norma come l'art. 3 CEDU; o alle barriere che si frapporrebbero tra chi volesse presentare un ricorso diretto alla Corte di giustizia dell'Unione europea e l'ottenimento di una pronuncia di accoglimento. Ai fini della tutela dei diritti dei migranti diviene ancora più cruciale la figura del giudice interno, che con lo strumento del rinvio pregiudiziale potrebbe talora stimolare la CGUE a 'condannare' pratiche statali anti-giuridiche. Certo, affidare al giudice interno un così ampio potere (quasi sempre discrezionale) al cospetto di misure rinforzate da una robusta connotazione politica può apparire piuttosto rischioso; nondimeno, questo resta il sistema più efficace per riuscire a valutare sotto la lente del diritto UE talune prassi abilitate dal Codice.

La realtà è che di fronte alle tragedie consumatesi nel Mediterraneo centrale, l'Unione europea predilige soluzioni slegate dai Trattati istitutivi a causa della mancanza di chiari obblighi di solidarietà tra Stati membri. L'art. 80 TFUE continua ad essere limitato dalla rigidità delle regole di base del 'sistema di Dublino' (regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 in GU L 180 del 29 giugno 2013), al punto che l'equa ripartizione delle responsabilità tra Stati membri ha da tempo ceduto il posto a un autentico '*burden shifting*', che si ripercuote in misura sempre più intensa su pochi Stati UE di frontiera (sui limiti relativi all'attuazione della solidarietà nel diritto UE si parla ormai da tempo: v., ad esempio, F. V. Paleologo, "Obblighi di protezione e controlli delle frontiere marittime", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2007, p. 32; sulla distanza tra posizioni di Stati membri si segnala anche *Slovacchia e Ungheria/Consiglio*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, sentenza del 6 settembre 2017). Accanto a ciò, il perdurante ritardo nella definizione e realizzazione di canali migratori regolari e l'infruttuoso dibattito sulla possibilità di perseguire soluzioni che consentano ai migranti di presentare domande di protezione internazionale anche al di fuori del territorio UE non fanno che aggravare il contesto attuale. Ciò è vero tanto più se la CGUE non cessa di concepire i pilastri del sistema UE di asilo alla stregua di 'monoliti' e di interpretarli come se fossero stati previsti per operare anche in situazioni di crisi migratoria (e umanitaria): tale ambiguità affiora in maniera lampante dalle divergenti conclusioni di Corte e Avvocato Generale nel caso *X. e X.*, prima (*X. e X.*, causa C-638/16 PPU, conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 7 febbraio 2017 e sentenza del 7 marzo 2017), e nelle cause *Jafari e A.S.*, poi (*Jafari*, causa C-646/16, sentenza del 26 luglio 2017, e *A.S.*, causa C-490/16, sentenza del 26 luglio 2017; si vedano anche *Jafari e A.S.*, cause riunite C-646/16 e C-490/16, conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston dell'8 giugno 2017).

Senza un'inversione di tendenza all'insegna della solidarietà il tema della gestione dei flussi migratori nelle strategie UE sarà ulteriormente assorbito nell'azione esterna e, in questo modo, finirà per accelerare l'ormai avviato processo di esternalizzazione delle frontiere, invece di essere declinato nell'interesse dei diritti fondamentali dei migranti. Ecco perché il Codice di condotta delle ONG, visto in una prospettiva sovranazionale, simboleggia la profonda crisi dei valori *ex art. 2 TUE* di un'Unione alle prese con criticità che stanno affliggendo le proprie basi 'costituzionali'.

Federico Ferri*

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna, Dipartimento di Scienze giuridiche, Via Zamboni, 27-29 – 40126 Bologna, federico.ferri5@unibo.it.

ABSTRACT. Italy's Code of Conduct for NGOs and the Rights of Migrants: Between International Law and European Policies

Last July, the Italian Ministry of the Interior adopted a Code of conduct for NGOs operating in the Mediterranean. This text is intended to pave the way for the application of new rules on NGOs performing search and rescue operations in the Mediterranean, due to the suspect that some of them could somehow be responsible of transferring irregular migrants from third countries to Italy; in particular, the code focuses on the sea routes connecting Libya and Southern Italy. The Code of conduct for NGOs has so far led to protests, primarily raised by the NGOs concerned. Therefore, it is interesting to assess some legal aspects of such new legal instrument. Accordingly, the present paper is aimed at envisaging how and to what extent the Italian Code of conduct for NGOs can give rise to breaches to the applicable norms of international law, especially where the rights of migrants crossing the Mediterranean are at stake. Furthermore, the link between the domestic measure in question and the European Union with a view to reflecting on the evolution and the controversial aspects of the EU's approach on migrations.

Keywords: NGOs; Mediterranean; migrations; rescue; refoulement; Libya.