

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 2/2018

### IMMIGRAZIONE IRREGOLARE E TUTELA DEI DIRITTI: IL CASO AUSTRALIANO DEGLI *OFFSHORE DETENTION CENTERS*

di Davide Bacis

**Abstract:** *I fenomeni migratori di massa, che hanno segnato il secolo scorso e quello corrente, hanno spinto i Legislatori nazionali a doversi confrontare con una sfida epocale. Diverse sono state le misure adottate per gestire quella che è stata percepita come una vera e propria emergenza. Tuttavia, a fronte di flussi migratori massicci, le soluzioni prescelte non sono sempre state tra le più efficaci. Proprio questa è la ragione che porta il presente lavoro a guardare all'Australia con particolare attenzione. Il Commonwealth, infatti, sembrerebbe aver trovato la soluzione più efficace al problema degli sbarchi irregolari. Questa però, a seguito di una più attenta analisi focalizzata non solo sul dato pratico, bensì anche sui profili più prettamente costituzionali, si è dimostrata efficace, ma a grave scapito della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Il sistema australiano della Pacific Solution presenta forti criticità e gravi dubbi di legittimità costituzionale. Ciononostante, pur sottoposta al vaglio della High Court in diverse circostanze l'approccio eccessivamente formale e deferente dei giudici ha portato al rigetto delle istanze sollevate. Questo articolo ha il fine di dimostrare che l'approccio del Legislatore e dei giudici australiani, sembra agevolmente assimilabile a quello delle c.d. democrazie mature nella risoluzione delle emergenze, in cui la sicurezza e l'incolumità pubblica prevalgono sempre sul rispetto dei diritti fondamentali.*

**Abstract:** *National Legislators have been faced with an epochal challenge posed by the mass phenomenon of immigration, which has characterized both the current and the previous centuries. Parliaments have adopted a variety of measures to deal with what has been perceived as an emergency. Nonetheless, said measures have proved to be ineffective. This is the reason that lies underneath the choice of focusing with peculiar attention to Australia. As a matter of fact, the Australian Commonwealth appears to have found the most efficient solution to the issue at hand. However, following a more attentive analysis that takes into due consideration the substantial and constitutional aspects of the matter, rather than the pragmatic ones, the aforementioned solution is efficient, but to the detriment of fundamental rights. The Australian system, the so called Pacific Solution, suffers from grave criticalities. As a consequence, the legislation has been reviewed by the High Court in multiple occasions. Nonetheless, the Court has adopted a formal and deferent approach, thus saving the illegitimate dispositions. This paper's objective is to show how the Australian Legislator and the High Court have maintained an approach easily comparable to that of the so called mature democracies when facing emergencies, where national security and public safety always prevail on fundamental rights.*

# IMMIGRAZIONE IRREGOLARE E TUTELA DEI DIRITTI: IL CASO AUSTRALIANO DEGLI *OFFSHORE DETENTION CENTERS*

---

di Davide Bacis\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *Migration Act* e i relativi emendamenti. – 3. Il sistema di gestione dei migranti: la *Pacific Solution*. – 4. Il giudizio di legittimità costituzionale sulla *Pacific Solution*. – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. Introduzione

I fenomeni migratori di massa hanno segnato il XX secolo, anzi sono destinati a caratterizzare fortemente anche il secolo corrente. La loro gestione si è rivelata tra i compiti più gravosi con cui le democrazie moderne si sono da sempre dovute confrontare<sup>1</sup>; trovare soluzioni efficaci, praticabili e al contempo rispettose dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti ha costituito una vera e propria sfida, di portata epocale. Ed è proprio l'intrinseca complessità del compito che grava in capo ai Paesi riceventi ad aver portato all'adozione di misure tra le più disparate<sup>2</sup>.

---

\* Dottorando in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Pavia.

1. Cfr. L. Einaudi, *Le migrazioni: sfida e risorsa nel 21° secolo*, in *Atlante Geopolitico*, Treccani, 2012. Sullo stesso tema si rimanda anche a K. Tamas e J. Palme, *Globalizing Migration Regimes. New Challenge to Transnational Cooperation*, New York, Routledge, 2006; D. Thym, *La "crisi dei rifugiati" come sfida per il Sistema giuridico e la legittimità istituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2017, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it>. Nel corso del 2017, il numero di migranti (da intendersi in senso ampio, dovendo quindi includere migranti economici, profughi e rifugiati) registrato dalle Nazioni Unite, nel mondo, ha raggiunto la cifra di 258 milioni. Di questi, il 64% si è stabilito in Paesi ad alto reddito. Da un punto di vista geografico, le aree maggiormente interessate dal fenomeno sono l'Asia e l'Europa che, insieme, accolgono il 60% dei migranti, contro l'Oceania che è stata la destinazione d'arrivo del solo 8,4%. Secondo i dati dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, nel 2016 quasi 66 milioni di persone sono state costrette a fuggire dal proprio Paese e a più di 22 milioni tra queste è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato. In merito, si rimanda ai rapporti ufficiali delle Nazioni Unite, UN Department of Economic and Social Affairs, *International Migration Report, 2017* e UNHCR, *Global Trends, Forced Displacement in 2016, 2017*.

2. Si fa riferimento, tra gli altri, al c.d. *relocation plan* e al sistema degli *hotspot* adottati in ambito europeo, al fine di fronteggiare l'attuale crisi migratoria che il vecchio continente sta affrontando. Le misure citate sono state introdotte con l'obiettivo di condividere gli oneri di accoglienza tra tutti i membri dell'Unione Europea, sgravando quindi i Paesi che, per ragioni geografiche, erano maggiormente interessati dai frequenti sbarchi. Sul punto si rimanda a M. Borracetti, *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it>. M. Savino, *L'Italia, l'Unione Europea e la crisi migratoria*, in *il Mulino*, n. 2.2017, p. 273 ss. e S. Penasa, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE Online*, n. 31.2017, p. 735

Come ben evidenziato dalla recente esperienza europea, le misure adottate dalle istituzioni comunitarie e nazionali non hanno resistito quando messe concretamente alla prova. Sovente, si sono rivelate poco adatte a garantire procedimenti celeri, riconoscimenti tempestivi e, nel contempo, si sono dimostrate poco adatte alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti<sup>3</sup>.

Benché l'esempio europeo offra significanti spunti di riflessione, in questa sede si è ritenuto di concentrare l'attenzione, in ottica comparata, su un ordinamento extraeuropeo, attualmente impegnato a far fronte ad un simile fenomeno, con risultati, però, apparentemente diversi. Invero, anche l'Australia si trova tuttora a dover affrontare un sempre crescente flusso di sbarchi lungo le sue coste. Le criticità cui è andato incontro il vecchio continente, però, non si sono riproposte in seno al *Commonwealth* australiano. Questo, infatti, sembra aver individuato una risposta efficace ai fenomeni migratori di massa che interessano i suoi territori, al punto da far percepire il sistema australiano come un modello da imitare<sup>4</sup>.

A prima vista, non v'è dubbio che gli strumenti predisposti dal Legislatore australiano si siano dimostrati efficaci ed è evidente che, a fronte delle gravi difficoltà cui l'Europa è andata incontro, il sistema si presenti ad occhi estranei come "allettante", sebbene concretamente poco praticabile<sup>5</sup>. Tuttavia, un'analisi più attenta, che non guardi solo al dato pratico, dimostrerebbe come l'efficacia del modello sia ottenuta a scapito del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo e in palese violazione degli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 1951.

Il sistema australiano merita un approfondimento anche alla luce del mutato contesto sociale autoctono. Questo è stato, infatti, fortemente influenzato dalla percezione che la

ss., <http://www.dpceonline.it>. Si pensi, inoltre, alle più recenti novità introdotte dall'amministrazione Trump, tra cui merita di essere ricordato il c.d. *Muslim Ban*, per un commento sul quale si rinvia ad A. Liguori, *Il Muslim Ban di Trump alla luce del diritto internazionale*, in *Dir. Um. e Dir. Int.*, n. 11.2017, p. 173 ss. Da ultimo, si pensi alla previsione, nell'ordinamento italiano, del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, introdotto dall'art. 1, co. 16 lett. a), l. 94/2009. Sul punto, G.L. Gatta, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. e processo*, n. 11.2009, p. 1323 ss. Sui più recenti sviluppi in tema di (mancata) depenalizzazione, si veda C. Ruggiero, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 2.2017, p. 135 ss., <https://www.penalecontemporaneo.it>.

3. Si pensi, nello specifico, al sistema italiano dei c.d. *hotspot* e alla disciplina dei Centri d'accoglienza, per cui si rimanda a C. Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in questa *Rivista*, n. 3.2017, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it> e dottrina ivi citata; si veda, inoltre, B. Gornati, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall'evoluzione dei CIE all'introduzione dei c.d. hotspot*, in *Dir. Um. e Dir. Int.*, n. 2.2016, p. 472 ss.

4. A. Loewenstein, *Australia's refugee policies: a global inspiration for all the wrong reasons*, in *The Guardian*, 18 gennaio 2016, <https://www.theguardian.com>.

5. Cfr. D. McDougall, *The Syrian Refugee Crisis in Europe: Is the Australian Approach to Asylum Seekers and Refugees Relevant?*, in *The Commonwealth Journal of International Affairs*, n. 105.2016, p. 77 ss.

comunità australiana ha dei fenomeni migratori, inquadrati dalla società civile e dalla politica come vere e proprie emergenze.

La *Pacific Solution* è stata adottata a partire dal 2001 e ha visto l'inasprimento di un già severo sistema di deterrenti e sanzioni (*infra*, par. 3). Fino al 2001, infatti, la normativa in materia – il *Migration Act* del 1958 e la successiva riforma del 1992<sup>6</sup> (*infra*, par. 2) – disponeva che i migranti giunti clandestinamente in Australia venissero detenuti in strutture collocate entro i confini statali. Il regime introdotto con la complessa riforma del 2001, invece, prevedeva che chiunque giungesse irregolarmente, via mare, su territorio australiano venisse trasferito in un Centro di permanenza fisicamente collocato nel territorio di un Paese terzo, selezionato discrezionalmente dal Ministro per l'immigrazione e la cui cooperazione era assicurata dalla conclusione di accordi di natura economica<sup>7</sup>.

Largamente apprezzata soprattutto a livello politico, la *Pacific Solution* non è andata però esente da critiche, che ne hanno messo in evidenza più di un aspetto problematico<sup>8</sup>. Infatti, in più occasioni, il sistema di accoglienza dei migranti è stato sottoposto al giudizio dell'Alta Corte australiana, chiamata a pronunciarsi sulla sua potenziale illegittimità costituzionale<sup>9</sup>. Nonostante a più voci si sia evidenziata l'incompatibilità di un siffatto apparato di non-accoglienza con le norme di diritto internazionale in materia di tutela dei diritti umani e di protezione dei rifugiati, così come dei principi cardine della *rule of law*<sup>10</sup>, la Corte si è espressa, salvo rare eccezioni, nel senso di voler salvare le disposizioni in dubbio di legittimità costituzionale (*infra* par. 4).

---

6. *Migration Act No. 62, 1958, (Cth); Migration Reform Act No.4, 1992 (Cth)*.

7. A titolo di esempio si pensi alla Repubblica di Nauru, per la quale la gestione dei migranti per conto dell'Australia è diventata una delle principali fonti di entrate del bilancio statale. I costi dall'inizio delle operazioni nel 2001 hanno superato il miliardo di dollari. Cfr. S. Keenan, *The Blurring of Australian and Nauruan Jurisdiction*, in *U.K. Const. L. Blog*, 2018, <https://ukconstitutionallaw.org>; P. Farrell, *Australia has paid Nauru \$29m in visa fees to keep asylum seekers in detention*, in *The Guardian*, 22 maggio 2015, <https://www.theguardian.com>. La scelta è ricaduta su Paesi geograficamente collocati nelle prossimità delle isole australiane, nell'Oceano Pacifico. Da qui il nome *Pacific Solution*.

8. Sul punto si vedano, *ex multis*, S. Taylor, *The Pacific Solution or a Pacific Nightmare?: The Difference Between Burden Shifting and Responsibility Sharing*, in *Asian-Pacific Law and Policy Journal*, n. 6.2005, p. 1 ss.; R. Mansted, *The Pacific Solution – Assessing Australia's Compliance with International Law*, in *Bond University Student Law Review*, n. 3.2007; T. Magner, *A Less than "Pacific" Solution for Asylum Seekers in Australia*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 16.2004, p. 53 ss.

9. S. Malik, *High Court Asked to Limit Detention of Asylum Seekers in Australia for Care*, in *The New York Times*, 7 marzo 2017, <https://nyti.ms/2nah8Db>.

10. Interessante in merito il commento di K. Morales, *Australia's Guantanamo Bay: How Australian Migration Laws Violate the United Nations Convention Against Torture*, in *American University International Law Review*, n.32.2016, p. 327 ss. Si veda inoltre, P. van Berlo, *The Protection of Asylum Seekers in Australian-Pacific Offshore Processing: The Legal Deficit of Human Rights in a Nodal Reality*, in *Human Rights Law Review*, n. 17.2017, p. 33 ss.

Come si avrà modo di approfondire nel corso della presente ricerca, la condotta dell'Alta Corte australiana, deferente rispetto alle ragioni rappresentate dall'esecutivo, riflette quella delle Corti costituzionali di altre democrazie c.d. mature che, nel corso degli ultimi anni, si sono dovute misurare con la gestione di fenomeni emergenziali e la conseguente restrizione dei diritti fondamentali.

Premessa una ricostruzione diacronica dell'evoluzione normativa in materia di immigrazione e accogliimento dei rifugiati, necessaria al fine di dimostrare come le criticità del sistema vigente non costituiscano un elemento di novità in seno all'ordinamento australiano, ci si concentrerà sull'assetto in vigore. Di questo, si darà conto degli aspetti che hanno incontrato le maggiori critiche e si tenterà di evidenziarne gli elementi che più si discostano dagli obblighi di diritto internazionale e dal rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

In seguito, ci si soffermerà su alcune tra le più recenti pronunce dell'Alta Corte, che hanno avuto ad oggetto proprio quegli aspetti fortemente criticati in dottrina ma che, come si vedrà, hanno ricevuto l'avallo da parte dei membri della Corte.

Da ultimo, si evidenzieranno gli elementi che contribuiscono a ricondurre i fenomeni migratori al più generale concetto di emergenza – generalmente assimilato, nella giurisprudenza più recente, ai pericoli posti dal terrorismo internazionale<sup>11</sup>. Questa ridefinizione dell'immigrazione irregolare nell'ambito della gestione dell'emergenza, unitamente ad uno degli aspetti di maggior peculiarità<sup>12</sup> del costituzionalismo australiano (*infra* par. 4), sembra aver indotto la Corte a mostrarsi deferente nei confronti delle ragioni dell'esecutivo. Come si vedrà, analizzando le più significative pronunce, i giudici di Canberra hanno avvallato pratiche di dubbia legittimità costituzionale, attraverso il ricorso ad argomentazioni di natura meramente formale. Focalizzandosi sulla lettera della legge, la Corte ha deciso di non adottare una più articolata ed estensiva interpretazione. In tal modo, l'attenzione è stata posta sui soli principi relativi alla separazione dei poteri, omettendo invece lo studio dei diritti fondamentali dell'individuo e della loro tutela; elementi, questi, inevitabilmente in gioco in situazioni tanto delicate, in cui la Corte avrebbe potuto operare uno scrutinio più severo ed ergersi, quindi, a garante delle libertà fondamentali del singolo.

---

11. Si vedano in merito, K.J. Betts, *Boat people and public opinion*, in *People and Place*, n. 9. 2001, p. 34 ss, A. Schloenhardt, *Australia and the Boat-People: 25 Years of Unauthorised Arrivals*, in *University of New South Wales Law Journal*, n. 23.2000, p. 33 ss.

12. Sulle ragioni di tale peculiarità si veda C. Saunders, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011 e, in chiave comparata, F. Duranti, *Tutela dei diritti fondamentali e giustizia costituzionale negli ordinamenti di matrice anglosassone*, in *Bocconi Legal Papers*, n. 1.2013, p. 67 ss. e dottrina ivi citata.

## 2. Il *Migration Act* e i relativi emendamenti

Nell'ordinamento australiano, la nascita di una disciplina dell'immigrazione la si può far risalire al momento dell'adozione, nel 1951, della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati<sup>13</sup>, a cui l'Australia ha prontamente aderito. La ratifica della Convenzione – i cui elementi di maggior rilievo sono senz'altro la definizione dello *status* di rifugiato e gli obblighi che da esso discendono in capo alle parti contraenti – ha spinto il Legislatore a dare avvio a un lungo processo di riforma, volto al definitivo superamento della *policy* in vigore sin dai tempi della fondazione della Federazione. È noto, infatti, che a partire dalla fine del diciannovesimo secolo, e in modo più sistematico con la formale costituzione di uno Stato indipendente, le politiche di accoglienza adottate dagli esecutivi succedutisi nel tempo hanno perseguito la realizzazione della c.d. *White Australia Policy* (WAP). Inizialmente nata con il fine di ridurre considerevolmente il numero di migranti economici provenienti dalla Cina, la WAP è stata poi estesa fino a ricomprendere, con il tacito consenso del Governo britannico, chiunque provenisse dai Paesi del Pacifico.

Con l'approvazione, nel 1901, dell'*Immigration Restriction Act*, il Parlamento della neocostituita Federazione ha formalmente recepito i principi della WAP. Seppure, in questo caso, il Governo britannico avesse esercitato pressioni al fine di impedire l'adozione di sistemi che fossero palesemente discriminatori, la normativa introdotta, di fatto, istituiva un sistema che lo era fortemente. Oltre a prevedere intere categorie di soggetti alle quali era automaticamente escluso<sup>14</sup> l'accesso in Australia – stabilendo al contempo categorie per le quali l'accesso era garantito altrettanto automaticamente<sup>15</sup> – la legge istituiva una prova a cui gli appartenenti alle categorie non escluse avrebbero dovuto sottoporsi al fine di ottenere la possibilità di entrare in Australia. Chiunque non l'avesse sostenuta, o avesse fallito la prova, sarebbe stato considerato un *prohibited immigrant* e, qualora si fosse illegalmente trattenuto nel territorio del *Commonwealth* sarebbe stato passibile di reclusione o di deportazione<sup>16</sup>. Dal test previsto *ex lege*, dunque, dipendeva la possibilità di entrare in Australia per tutti gli stranieri che non fossero ricompresi nelle categorie automaticamente escluse.

Lo svolgimento dell'esame era alquanto elementare: un ufficiale dello Stato aveva il compito di dettare un testo di non più di cinquanta parole in una lingua europea a sua discrezione. Sebbene la legge non facesse distinzioni, gli ufficiali erano soliti scegliere, per

---

13. Per una più approfondita analisi della disciplina della Convenzione, si rimanda a P. Benvenuti, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pinechi, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 151-172.

14. Cfr. section 3, lett. b-g, *Immigration Restriction Act No. 17, 1901*, (Cth).

15. Cfr. section 3, lett. h-n, *Immigration Act*, cit.

16. Cfr. section 7, *Immigration Act*, cit.

individui di origine asiatica o africana, una lingua che, per evidenti ragioni personali note all'intervistatore, il soggetto non conosceva. Fallita la prova, il soggetto la poteva ripetere, ma era chiaro che gli sarebbero state sottoposte sempre lingue sconosciute. Di fatto, lo strumento del dettato forniva all'amministrazione un mezzo apparentemente neutrale attraverso cui selezionare i migranti in funzione della propria provenienza<sup>17</sup>.

Come brevemente anticipato, la ratifica della Convenzione sullo *status* dei rifugiati ha portato il Legislatore ad inaugurare un processo di riforma volto all'abrogazione della normativa previgente e, con essa, della WAP. Nel 1958, il Parlamento australiano ha quindi approvato il *Migration Act*, che ha sostituito l'*Immigration Restriction Act*, abolendo in via definitiva la prova del dettato, sostituita da un meno discrezionale sistema di visti<sup>18</sup>. Merito della riforma introdotta sul finire degli anni '50 è quello di aver fatto propri i principi della Convenzione sullo *status* dei rifugiati. La legge stabiliva, infatti, che chiunque fosse giunto in territorio australiano, prescindendo dalle modalità, avrebbe potuto avanzare richiesta di protezione internazionale, accolta nel caso di fondato timore di essere sottoposto a persecuzioni nel Paese di provenienza<sup>19</sup>.

Era il 1976 quando il primo gruppo di richiedenti asilo, in fuga dal Vietnam del Sud dopo la vittoria del fronte comunista, sbarcava in Australia. Di fronte allo sbarco di circa duemila individui, il Governo, intimorito dagli arrivi incontrollati di stranieri sulle proprie

---

17. Cfr. K. Robertson, *Dictating to One of "Us": The Migration of Mrs Freer*, in *Macquarie Law Journal*, n. 5.2005, p. 241 ss.; A.T. Yarnwood, *The Dictation Test – Historical Survey*, in *Australian Quarterly*, n. 30.1958, p. 19 ss. Emblematico, al fine di comprendere la totale discrezionalità del sistema descritto è il caso di Egon Kisch, cittadino ceco, di origine ebrea e affiliato al Partito Comunista. A causa delle sue posizioni politiche e dei suoi sentimenti anti-fascisti espressi in alcuni suoi scritti, Kisch è stato prima arrestato e poi espulso dalla Germania nazista. In seguito a questi avvenimenti, alcuni esponenti della sinistra australiana hanno deciso di averlo come oratore ad un evento il cui tema era la condanna al fascismo. In ragione della fiducia, che all'epoca – gli avvenimenti susseguiti si sono verificati nel 1934 – in Australia, buona parte della collettività nutriva nel fascismo, in netta contrapposizione alle istanze comuniste di cui l'unico esempio era la Russia sovietica, il Governo tentò di impedire a Kisch l'ingresso nel Paese. Dopo un primo tentativo – che comprendeva la dichiarazione da parte del Ministro per l'immigrazione con cui lo si dichiarava un soggetto "indesiderabile" – Kisch è stato sottoposto alla prova del dettato. Consci della sua padronanza di ben undici lingue, il dettato è stato svolto in lingua gaelica scozzese e, naturalmente, il test non è stato superato. Il caso è, dunque, giunto dinanzi la *High Court*, che, a maggioranza, ha dichiarato l'invalidità della prova, non contestando la legittimità costituzionale dell'istituto in sé, bensì argomentando che la lingua scelta non potesse ritenersi appartenente al gruppo delle lingue europee contemplate dalla norma (R. v. Wilson, ex parte Kisch (1934) 52 CLR 234). Per una trattazione esaustiva della vicenda si rimanda a H. Zogbaum, *Kisch in Australia: The Untold Story*, Melbourne, Scribe Publications, 2004 e N. Hasluck, *The legal labyrinth: the Kisch case and other reflections on law and literature*, Claremont, Freshwater Bay Press, 2003. Si rimanda, inoltre, a E.E. Kisch, *Australian landfall* (trad. J. Fisher, I. Fitzgerald, K. Fitzgerald), Londra, Secker & Warburg, 1937.

18. A onor del vero, sebbene la riforma del 1958 abbia notevolmente ridotto i limiti all'immigrazione, la WAP non aveva cessato di esistere, e per i soggetti di origine non europea le condizioni di accesso in Australia continuavano ad essere estremamente restrittive. Questo fino alle modifiche apportate al *Migration Act* nel 1966, a cui è seguita l'abolizione definitiva della WAP nel 1973, quando il fattore razziale è stato definitivamente eliminato dai criteri per la valutazione dell'accesso in Australia. Si veda K. Windschuttle, *The White Australia Policy*, Paddington, Macleay Press, 2004 e G. Tavan, *The Long, Slow Death of White Australia*, Melbourne, Scribe Publications, 2005.

19. Cfr. sections 5H, 5J, 5LA, 35A e 36 *Migration Act*, cit.

coste, ha preferito istituire un ambizioso, ma efficace, programma di accoglienza che consentiva ai rifugiati di richiedere protezione direttamente nei Consolati australiani siti nel proprio Paese di provenienza<sup>20</sup>.

Il sistema di ricollocamento, che dalla sua istituzione ha sempre avuto appoggio *bipartisan*, ha funzionato per più di un decennio. Tuttavia, sul finire degli anni '80, l'inaspettata ripresa di sbarchi irregolari lungo le coste, questa volta provenienti dalla Cambogia, ha fortemente minato il diffuso sentimento di accoglienza che fino ad allora prevaleva nell'opinione pubblica, nonostante l'esiguità del numero di richiedenti asilo giunti con mezzi irregolari. La risposta dell'esecutivo non si è fatta attendere e, se da un lato ha mantenuto il programma di collocamento per i richiedenti asilo regolari, dall'altro ha fortemente spinto per l'approvazione, da parte del Parlamento, di una serie di modifiche al *Migration Act*. Così, il legislatore introduceva, come misura temporanea ed eccezionale, un regime di detenzione nei confronti di una ristretta categoria di soggetti (*i.e.* i cittadini cambogiani arrivati via mare)<sup>21</sup>. Successivamente, la natura eccezionale della neoistituita detenzione è stata superata. Il Parlamento ha, infatti, approvato un'ulteriore modifica del *Migration Act*<sup>22</sup>, con la quale ha autorizzato l'amministrazione a trattenere in custodia chiunque fosse un *unlawful non-citizen*<sup>23</sup>, senza che fosse necessaria alcuna pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria<sup>24</sup>.

Uno tra gli aspetti più controversi<sup>25</sup> di questa riforma era senz'altro individuabile nella durata del periodo di detenzione: il soggetto che fosse stato qualificato, sulla base del mero sospetto di un agente dello Stato, un *unlawful non-citizen* sarebbe stato trattenuto fino al momento della sua eventuale deportazione o fino al momento in cui avesse ottenuto un regolare visto<sup>26</sup>. A questo, si aggiunga il divieto per le Corti di ordinare il rilascio un individuo, a meno che questi non avesse dato inizio alle procedure previste per l'ottenimento di un visto e prevedendo, inoltre, che il soggetto dovesse soddisfare tutti i requisiti stabiliti *ex lege* per la concessione dello stesso<sup>27</sup>.

---

20. Cfr. G. Nicholls, *Unsettling Admissions: Asylum Seekers in Australia*, in *Journal of Refugee Studies*, n. 11.1998, p. 61 ss. e T. Magner, *op.cit.*, p. 47 ss.

21. Cfr. *Migration Amendment Act No. 24, 1992 (Cth)*.

22. Cfr. *Migration Reform Act*, cit.

23. Cfr. sections 13(1), 14(1), *Migration Act*, cit. Sono da considerarsi *unlawful non-citizens* tutti coloro non in possesso di regolare visto.

24. Cfr. sections 189 ss., *Migration Act*, cit.

25. Per un commento critico circa la detenzione preventiva, senza limiti di tempo, si rimanda a P. Billings, *Whither Indefinite Immigration Detention in Australia? Rethinking Legal Constraints on the Detention of Non-Citizens*, in *University of New South Wales Law Journal*, n. 38.2015, p. 1386 ss. e D. Burke, *Preventing Indefinite Detention: Applying the Principle of Legality to the Migration Act*, in *Sydney Law Review*, n. 37.2015, p. 159 ss.

26. Cfr. section 196, *Migration Act*, cit.

27. Cfr. section 196(3), *Migration Act*, cit. Si noti che anche qualora una Corte ritenga che la detenzione sia illegittima, la legge prevede una compensazione simbolica pari a solo 1\$ al giorno.

Fortemente criticate in ambito internazionale<sup>28</sup>, le disposizioni in esame sono state oggetto del giudizio della *High Court*, chiamata a pronunciarsi sulla loro legittimità costituzionale nell'ormai noto caso *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*<sup>29</sup>.

La questione principale, sottoposta all'attenzione dei giudici, può ricondursi alla categoria dei conflitti tra poteri. Alla Corte si chiedeva di determinare se il potere, esercitato dall'esecutivo, di detenere un individuo, senza accuse e senza che si passasse per i tradizionali gradi di giudizio, rappresentasse una prerogativa tipicamente propria del potere giurisdizionale. Se, da un lato, la reclusione di un cittadino è per sua natura decisa in via esclusiva dall'autorità giudiziaria, in quanto strumento intrinsecamente penale e punitivo, dall'altro, l'opinione della maggioranza dei membri della Corte era che tale garanzia costituzionale opererebbe esclusivamente per i cittadini<sup>30</sup>. Pertanto, la Costituzione autorizzerebbe la privazione della libertà personale dello straniero, finalizzata al rimpatrio o nelle more della concessione del visto di soggiorno. La detenzione in questione, infatti, è un istituto che esula dall'ambito penal-punitivo e, quindi, si colloca al di fuori dalla sfera di competenza esclusiva del potere giudiziale, essendo invece un atto di competenza dell'esecutivo, ai sensi della *section 51(xix)* della Costituzione<sup>31</sup>.

Pur ammettendo come costituzionalmente legittimo che sia l'esecutivo a limitare la libertà personale di un individuo, l'istituto, ha sostenuto la Corte, ha carattere eccezionale; pertanto, la validità della norma dipende fortemente dal suo essere limitata a quanto ragionevolmente ritenuto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato<sup>32</sup> – *i.e.* un debole test di proporzionalità<sup>33</sup>.

Date le circostanze specifiche del caso in esame<sup>34</sup>, la Corte ha ritenuto che il limite citato fosse pienamente rispettato, in virtù della previsione normativa di una durata massima<sup>35</sup>.

---

28. In merito si rimanda a UN Human Rights Committee, *A (name deleted) v. Australia*, C. no. 560/1993, HRC, 30 aprile 1997 e N. Poynder, *A (name deleted) v. Australia: a milestone for asylum seekers*, in *Australian Journal of Human Rights*, n. 4.1997, p. 155 ss.

29. *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1992) 176 CLR 1. Per un commento esaustivo si rimanda a M. Crock, *Climbing Jacob's Ladder: The High Court and the Administrative Detention of Asylum Seekers in Australia*, in *Sydney Law Review*, n. 15.1993, p. 338 ss.

30. Cfr. *Chu Kheng Lim*, cit., par. 28 ss. (opinione dei giudici Brennan, Deane e Dawson).

31. Cfr. *Chu Kheng Lim*, cit. par. 32 (opinione dei giudici Brennan, Deane, e Dawson).

32. Cfr. *Chu Khen Lim*, cit. par. 33 (opinione dei giudici Brennan, Deane, e Dawson).

33. Si veda, inoltre, J. Chia, *Back to the Constitution: The Implications of Plaintiff S4/2014 for Immigration Detention*, in *University of New South Wale Law Journal*, n. 38.2015, p. 637ss.

34. Oggetto del contendere era la detenzione introdotta dal *Migration Amendment Act* del 1992 che, come accennato, aveva una durata massima prestabilita *ex lege*.

35. Cfr. *Chu Khen Lim*, cit. par. 33 (opinione dei giudici Brennan, Deane, e Dawson).

Più recente è un altro caso con cui la *High Court* ha avuto modo di esprimersi sulla detenzione dei migranti irregolari, così come ampliata dalla seconda riforma del 1992. Oggetto della pronuncia nel caso *Al-Kateb v. Godwin*<sup>36</sup> era la vicenda di Al-Kateb, cittadino palestinese a cui era stata negata la richiesta di protezione internazionale da parte dell’Australia. Tuttavia, proprio a causa della sua cittadinanza, nessun altro Paese si era dichiarato disposto ad accoglierlo, rendendo pertanto impossibile un suo trasferimento e condannandolo, di fatto, alla detenzione a tempo indeterminato. Detenzione di cui Al-Kateb ha contestato la legittimità.

Alla base delle doglianze del ricorrente stava l’assunto secondo cui il *Migration Act* non avrebbe autorizzato la detenzione per tutti i casi in cui il trasferimento dell’individuo non fosse stato ragionevolmente praticabile<sup>37</sup>. La Corte, con una decisione presa a maggioranza di 4 a 3, ha invece ritenuto che la detenzione a durata indefinita fosse legittima. Alla base del *decisum* stava l’estrema chiarezza ed inequivocabilità del dettato normativo: il soggetto arrivato irregolarmente in Australia avrebbe dovuto essere trattenuto fino all’ottenimento del visto o fino al momento del suo trasferimento altrove. Ciò che non convince del tutto delle argomentazioni del caso in esame è che i giudici della Corte, seppur abbiano a più riprese fatto riferimento al principio di legalità, hanno mancato di darne una corretta applicazione<sup>38</sup>. A tal proposito, va precisato anzi tutto che nell’ambito del costituzionalismo australiano – e più in generale di quello di derivazione britannica – il principio di legalità assume una connotazione parzialmente differente rispetto a quella generalmente attribuitagli dagli ordinamenti di *civil law* e, più nello specifico, in seno al sistema costituzionale italiano<sup>39</sup>. Invero, il principio di cui si parla, così come elaborato dalla giurisprudenza di legittimità australiana, si estrinseca nella presunzione *iuris tantum* che il Legislatore abbia adottato norme giuridiche la cui *ratio legis* non sia quella di intervenire modificando il contenuto, il godimento o la tutela di diritti e libertà fondamentali, salvo che siffatta intenzione sia stata dichiarata espressamente, in modo incontestabilmente chiaro ed univoco<sup>40</sup>. Pertanto, in sede di

---

36. *Al-Kateb v. Godwin* (2004), 219 CLR 562. Si veda anche D. Meagher, *The “Tragic” High Court Decisions in Al-Kateb and Al Khafji: the Triumph of the “Plain Fact” Interpretative Approach and Constitutional Form Over Substance*, in *Constitutional Law and Policy Review*, n. 7.2007, p. 69 ss.

37. Cfr. *Al-Kateb*, cit., par. 564.

38. Cfr. D. Burke, *op. cit.*, p. 173.

39. Elemento fondante dello stato di diritto, il principio di legalità impone che ogni attività del potere statale trovi fondamento nella legge – *rectius* nella Costituzione – non solo da un punto di vista procedurale (legalità formale), ma soprattutto da un punto di vista del contenuto stesso del potere esercitato (legalità sostanziale). Sul punto si rimanda a V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, Padova, CEDAM, 1976; F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, Giappichelli, 2007; G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 247 ss.

40. Si vedano in merito *Daniels Corporation International Pty Ltd v. Australian Competition and Consumer Commission* (2002), 213 CLR 443, par. 563; D. Meagher, *The Common Law Principle of Legality in the Age of Rights*,

giudizio, dando concreta applicazione al principio di legalità, graverà in capo al c.d. potere costituito il compito di dimostrare di aver intenzionalmente operato interventi modificativi in ambito di diritti.

Nel caso di specie, quindi, la Corte avrebbe dovuto indagare approfonditamente la *ratio* della disposizione e, di conseguenza, avrebbe dovuto insistere affinché il Legislatore dimostrasse di aver intenzionalmente provveduto a restringere l'ambito di applicazione di un diritto fondamentale, quale è la libertà personale. La Corte, invece, non solo si è limitata ad analizzare il tenore letterale della norma che, di fatto, consentiva la restrizione della libertà personale, ma ha inaspettatamente invertito l'onere della prova, facendolo gravare sul ricorrente, il quale si è trovato a dover svolgere l'arduo compito di dimostrare l'intenzione del Legislatore di non voler intaccare il contenuto fondamentale del citato diritto<sup>41</sup>. In altre parole, solo la prova che la palese efficacia restrittiva della prescrizione non rispondesse ad un'intenzione del Legislatore, ma operasse in automatico e a prescindere, l'avrebbe resa illegittima. Vieppiù, la Corte sembra non aver tenuto in debita considerazione il precedente da essa stessa stabilito nella sentenza *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration*. Nella pronuncia citata, infatti, i giudici ancoravano la legittimità dalla detenzione amministrativa al suo essere strumento ragionevolmente necessario per il raggiungimento di uno scopo legittimo – *i.e.* la deportazione o la concessione del visto. Alla luce di ciò, è ravvisabile una macroscopica sproporzione tra periodi detentivi senza limite e gli obiettivi prefissatisi dal Legislatore nazionale, nei casi in cui, come quello di specie, la deportazione è, di fatto, impraticabile.

### 3. Il sistema di gestione dei migranti: la *Pacific Solution*

Le restrittive riforme introdotte nel 1992 si sono rivelate essere molto meno efficaci di quanto il Legislatore avesse previsto; la minaccia posta dallo strumento detentivo non ha, infatti, portato ad una sensibile riduzione degli sbarchi lungo le coste australiane che, al contrario, hanno mostrato un *trend* in costante aumento per tutto il decennio successivo<sup>42</sup>. La crisi dell'agosto 2001, nota come "*Tampa incident*"<sup>43</sup>, ha comportato un ulteriore inasprimento.

---

in *Melbourne University Law Review*, n. 35.2011, p. 449 ss.; B. Lim, *The Normality of the Principle of Legality*, in *Melbourne University Law Review*, n. 37.2013, p. 372 ss.

41. Cfr. D. Burke, *op. cit.*, p. 173.

42. Si è passati dalle 216 persone nel 1992, sino alle 5516 nel 2001. A tal proposito si veda J. Philips e H. Spinks, *Boat arrivals in Australia since 1976, Research Paper-Social Policy Section*, 2013, Parliament of Australia, Department of parliamentary services, <http://www.aph.gov.au>.

43. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda si vedano M. Flynn e R. La Forgia, *Australia's Pacific Solution to Asylum Seekers*, in *Lawasia Journal*, 2002, p. 31 ss.; S. Blay e P. Ryszard, *The case of MV Tampa: state and refugee rights collide at sea*, in *Australian Law Journal*, n. 76.2002, p. 12 ss.; M. Crock, *In the Wake of the Tampa: Conflicting*

Il 26 agosto 2001, le autorità australiane hanno localizzato un peschereccio nelle acque internazionali tra l'Indonesia e l'Isola di Natale<sup>44</sup>. La nave, peraltro in pessime condizioni, trasportava più di 400 individui di origine afghana. Le autorità australiane, pertanto, individuata una nave cargo norvegese, la *MV Tampa*, ne hanno richiesto l'intervento. In seguito alla tempestiva operazione, il capitano della nave ha fatto rotta per l'Indonesia. I passeggeri si sono opposti, desiderosi di essere condotti sull'Isola di Natale, al fine di poter richiedere asilo. Il giorno successivo, mentre la *MV Tampa* era ancora in navigazione, le autorità di Canberra hanno fatto sapere che la nave norvegese non avrebbe dovuto per alcun motivo entrare nelle acque territoriali australiane, tanto meno attraccare all'isola. Se, inizialmente, il capitano ha rispettato l'ordine, trascorse 48 ore, in forza delle precarie condizioni di salute dei profughi, si è visto costretto a proseguire il viaggio verso la terraferma. Poco prima che la nave potesse raggiungere l'Isola di Natale, un corpo speciale della marina militare australiana ne ha preso il controllo. I rifugiati sono stati trasferiti in Nuova Zelanda e sull'isola di Nauru, dove hanno potuto procedere con le richieste di asilo e, una volta ottenuto, sono stati ricollocati in Australia.

La vicenda *Tampa* ha spinto il Governo Howard a istituzionalizzare la pratica, nota oggi come *Pacific Solution*, di rimuovere i richiedenti asilo dalle acque territoriali australiane, per ricollocarli in Paesi terzi – selezionati dal Ministro per l'immigrazione e con i quali venivano conclusi appositi accordi – nel Pacifico. In breve tempo, il Parlamento ha approvato un complesso pacchetto di riforme che hanno ulteriormente modificato il *Migration Act*<sup>45</sup>. La nuova legislazione derogava al principio generale secondo cui chiunque giungesse in territorio australiano potesse accedere alla protezione internazionale. Al fine di garantire il raggiungimento dello scopo, è stato introdotto nell'ordinamento un meccanismo che consta di quattro fasi<sup>46</sup>. Anzi tutto, il legislatore ha creato una nuova categoria di luoghi che prende il nome di *excised offshore places*<sup>47</sup>. Trattasi, in concreto, di alcune isole facenti parte del territorio australiano che, tuttavia,

---

*Visions of International Refugee Law in the Management of Refugee Flows*, in *Pacific Rim Law and Policy Journal*, n. 12.2003, p. 49 ss.

44. L'Isola di Natale – *Christmas Island* – è un territorio australiano che si trova a circa 1500 km dalla madre patria.

45. Cfr. *Border Protection (Validation and Enforcement Powers) Act No.126, 2001 (Cth)*; *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act No.127, 2001 (Cth)*; *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act No.128, 2001 (Cth)*; *Migration Legislation Amendment (Judicial Review) Act No.134, 2001 (Cth)*; *Migration Legislation Amendment Act (No.1) No.129, 2001 (Cth)*; *Migration Legislation Amendment Act (No.6) No.131, 2001 (Cth)*.

46. Cfr. M. Flynn e R. La Forgia, *op.cit.*, pp. 39-40; P.D. Fox, *International Asylum and Boat People: The Tampa Affair and Australia's "Pacific Solution"*, in *Maryland Journal of International Law*, n. 25.2010, pp. 367-372.

47. Cfr. section 5(1), *Migration Act*, cit. Fanno parte della menzionata categoria: l'Isola di Natale, le Isole Ashmore e Cartier e le Isole Cocos.

sono fisicamente più vicine alle coste del Sud-Est asiatico. Pertanto, in virtù della prossimità con i Paesi da cui partono le navi di migranti, queste sono da sempre la destinazione principale per gli sbarchi.

In secondo luogo, il Legislatore ha creato una nuova categoria di soggetti a cui è stato attribuito il nome di *offshore entry person*. Altro non sono che richiedenti asilo introdottisi via nave e senza aver seguito l'ordinaria procedura di visti e controlli, in un *excised offshore place*<sup>48</sup>. Inoltre, la riforma ha previsto che alle *offshore entry person* non sia consentito richiedere alcun tipo di visto, così da escluderne l'accesso anche alla protezione internazionale<sup>49</sup>. Infine, è stato dato mandato alle forze dell'ordine di trasferire<sup>50</sup> i richiedenti asilo irregolari in centri di detenzione collocati in Paesi terzi che la legge definisce *declared countries*<sup>51</sup>. La norma attribuiva il potere di selezionare i Paesi più adatti per il ricollocamento al Ministro per l'immigrazione. Questi, con un proprio atto, dichiarava che il Paese selezionato garantisse efficienti *standards* di protezione internazionale e che fornisse un sufficiente grado di tutela dei diritti fondamentali. L'Australia ha, sulla base della determinazione del Ministro competente, concluso accordi con Papua Nuova Guinea e con la Repubblica di Nauru per il trasferimento e la gestione dei rifugiati.

La *Pacific Solution* ha continuato ad operare fino agli inizi del 2008, quando il neoeletto Governo Rudd, di stampo laburista, ha optato per la sua sospensione. Si è, dunque, cessato di trasferire i migranti irregolari presso Centri di detenzione siti in Paesi terzi, optando invece per un Centro di detenzione temporanea sull'Isola di Natale, dove i richiedenti asilo avrebbero aspettato il completamento delle procedure per il riconoscimento del visto. L'esponentiale aumento del numero di sbarchi e il decesso, a causa di un tragico naufragio, di circa cinquanta richiedenti asilo ha spinto il Governo Gillard, sempre di stampo laburista, nel 2010, a ripristinare i deterrenti che solo quattro anni prima il suo partito aveva fermamente condannato<sup>52</sup>. A seguito di un accordo raggiunto nel 2011, Australia e Malesia hanno dato il via alla c.d. *Malaysian Solution* consistente, di fatto, nello scambio di esseri umani. Il Governo malese si sarebbe fatto carico di circa 800 richiedenti asilo, all'epoca trattenuti in custodia in Australia, e in

---

48. Cfr. section 5(1), *Migration Act*, cit.

49. Cfr. section 46A, *Migration Act*, cit.

50. Letteralmente, il testo della norma dispone la rimozione, si veda la *section 198, Migration Act*, cit. rubricata «Removal from australia of unlawful non-citizens».

51. Cfr. section 198A, *Migration Act*, cit. Con *declared country* si intende un Paese terzo che il Ministro per l'immigrazione abbia ritenuto, con dichiarazione scritta, idoneo ad ospitare i rifugiati in quanto dotato di procedure effettive al fine di garantire la protezione internazionale.

52. Cfr. J.L. Lacertosa, *Unfriendly Shores: An Examination of Australia's "Pacific Solution" under International Law*, in *Brooklyn Journal of International Law*, n. 40.2014, p. 333 ss.

cambio il Governo del *Commonwealth* avrebbe ricollocato sul proprio territorio circa quattromila individui il cui *status* di rifugiato era già stato accertato<sup>53</sup>. A tal fine, il Ministro per l'immigrazione ha incluso la Malesia nell'elenco delle *declared countries*<sup>54</sup>. Prima ancora che potesse essere concretamente attuata, la soluzione ideata dal Governo Gillard è arrivata dinanzi la *High Court*, che ne ha celermente segnato la fine con la decisione nel caso *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship*<sup>55</sup>. La Corte ha, quindi, stabilito che la dichiarazione del Ministro non possa essere fatta nei confronti di Paesi che non rispettino alcuni requisiti ritenuti fondamentali. Lo Stato selezionato deve essere legalmente obbligato, in virtù di vincoli internazionali liberamente assunti o in forza di normative interne, a garantire ai richiedenti asilo l'accesso a procedure volte all'esame della loro richiesta di protezione internazionale; fornire protezione nelle more del procedimento di determinazione dello *status* di rifugiato; infine, tutelare coloro il cui *status* sia stato riconosciuto, fintantoché non vorranno far ritorno al Paese d'origine. Inoltre, ai fini della dichiarazione, è necessario che il Ministro tenga conto del grado di tutela dei diritti umani nel Paese di destinazione<sup>56</sup>. In ragione del fatto che la Malesia non è parte della Convenzione sullo *status* dei rifugiati del 1951, né che la normativa nazionale reca una disciplina in materia, non accettando, quindi, il principio del *non refoulement*, la dichiarazione del Ministro è da ritenersi invalida, in quanto non autorizzata dalla *section 198A* del *Migration Act*<sup>57</sup>.

Noncurante della sentenza citata, il Governo ha ritenuto di proseguire sulla via della restaurazione della *Pacific Solution* e, al fine di poterlo fare senza il timore di un'ulteriore censura da parte della Corte, ha "spinto" affinché il legislatore modificasse il *Migration Act*, in modo da consentire al Ministro un più ampio margine di manovra<sup>58</sup>. Investito del potere di trasferire i richiedenti asilo in Paesi terzi, ora prescindendo dal loro aderire agli

---

53. Cfr. Editoriale, *Julia Gillard gambles on Malaysian "Solution"*, in *Herald Sun News*, 8 maggio 2011, [www.heraldsun.com.au](http://www.heraldsun.com.au). Si veda inoltre J. McKenzie e R. Hasmath, *Deterring the "boat people": Explaining the Australian government's People Swap response to asylum seekers*, in *Australian Journal of Political Science*, n. 48.2013, p. 417 ss.

54. Minister for Immigration and Citizenship, *Instrument of Declaration of Malaysia as a Declared Country under Subsection 198A(3) of the Migration Act 1958*, 25 luglio 2011.

55. *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship* (2011), 244 CLR 144. Per un commento esaustivo si rimanda a M. Foster, *The Implications of the Failed "Malaysian Solution": The Australian High Court and Refugee Responsibility Sharing at International Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, n. 13.2012, p. 395 ss.; S. Lowes, *The Legality of Extraterritorial Processing of Asylum Claims: The Judgment of the High Court of Australia in the "Malaysian Solution" Case*, in *Human Rights Law Review*, n.12.2012, p. 168 ss.

56. Cfr. *Plaintiff M70/2011 v. Minister of Immigration*, cit., parr. 60 ss.

57. Cfr. *Plaintiff M70/2011 v. Minister of Immigration*, cit., parr. 67 ss.

58. Cfr. *Migration Legislation Amendment (Regional Processing and Other Measures) No.113, 2012 (Cth)*. Si rimanda a S. Constand, *Implications for Offshore Processing in Australia: The Case of Plaintiff M70/2011*, in *Migration Australia Journal*, n. 3.2013, p. 43 ss.

obblighi di diritto internazionale in materia di rifugiati, il Ministro per l'immigrazione ha rapidamente concluso nuovi accordi con la Repubblica di Nauru e con Papua Nuova Guinea per riprendere quanto interrotto agli inizi del 2008<sup>59</sup>. Va ricordato, in merito alle modifiche apportate dal Parlamento con il dichiarato scopo di evitare la “scure” della Corte, che la riforma è stata prontamente sottoposta al vaglio dei giudici di Canberra, i quali ne hanno riconosciuto la legittimità costituzionale<sup>60</sup>. Più nello specifico, il ricorrente dubitava che le disposizioni in esame<sup>61</sup> potessero considerarsi «laws with respect to the head of power concerning aliens, which is conferred by s 51(xix)»<sup>62</sup>. Se, da un lato, non v'è dubbio che i richiedenti asilo fossero *aliens* e che la disposizione costituzionale invocata garantisca il potere di escludere lo straniero, dall'altro, il ricorrente lamentava che la legge, per considerarsi costituzionalmente legittima, non potesse limitarsi ad avere una connessione con il rispettivo potere costituzionalmente previsto, bensì che dovesse superare il test di proporzionalità. A tal proposito, la Corte ha ritenuto che il test di proporzionalità fosse superfluo e che la riforma rientrasse perfettamente nel campo di applicazione della *section 51(xix)*<sup>63</sup>.

Nel luglio del 2013, il Governo Rudd ha ulteriormente inasprito il sistema in vigore. Contrariamente a quanto avveniva nella prima fase della *Pacific Solution*, le istanze di protezione dei richiedenti asilo, una volta ricollocati fuori dall'Australia, sarebbero state trattate ai sensi della legge rispettivamente di Nauru o Papua Nuova Guinea. Al termine del procedimento, in caso di riconoscimento dello *status* di rifugiato, i richiedenti asilo sarebbero stati accolti dal Paese che aveva proceduto ad esaminare la richiesta e non più dall'Australia. Nessun richiedente asilo che avesse tentato di “bypassare” il sistema di ricollocamento ordinario, approdando in Australia via mare, avrebbe avuto la possibilità di essere accolto dal *Commonwealth*<sup>64</sup>. Ciononostante, non è insolito che alcuni richiedenti

---

59. Cfr. *Memorandum of Understanding between the Government of the Independent State of Papua New Guinea and the Government of Australia, Relating to the Transfer to and Assessment of Persons in Papua New Guinea*, 2012; *Regional Resettlement Arrangement between Australia and Papua New Guinea*, 2013; *Memorandum of Understanding between the Government of the Independent State of Papua New Guinea and the Government of Australia, Relating to the Transfer to, and Assessment and Settlement in, Papua New Guinea of Certain Persons, and Related Issues*, 2013; *Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Nauru and the Government of Australia, Relating to the Transfer to and Assessment of Persons in Nauru and Related Issues*, 2013.

60. Plaintiff S156/2013 v. Minister for Immigration and Border Protection (2014), HCA 22.

61. Nello specifico, il ricorrente muove per la censura costituzionale delle *sections 198AB e 198AD* del riformato *Migration Act*. La disciplina in materia di *declared countries* viene sostituita da una meno garantista. La normativa introduce la figura delle *regional processing countries* e attribuisce al Ministro il potere di selezionare i Paesi adatti allo scopo. In questo caso, però, la dichiarazione del Ministro non dovrà più tenere conto degli standard di protezione internazionale e di tutela dei diritti, ma solo dell'interesse nazionale australiano.

62. Cfr. Plaintiff S156/2013 v. Minister for Immigration, cit., parr.22-23.

63. Cfr. Plaintiff S156/2013 v. Minister for Immigration, cit., parr.24 ss.

64. Cfr. J.L. Lacertosa, *op.cit.*, pp. 336-338; A. Dastyari, *Detention of Australia's Asylum Seekers in Nauru: Is Deprivation of Liberty by any Other Name Just as Unlawful?*, in *University of New South Wales Law Journal*, n.

asilo vengano temporaneamente condotti in Australia. I Centri di detenzione a Nauru e Papua Nuova Guinea sono materialmente gestiti e amministrati da organizzazioni australiane che, conscie delle precarie condizioni igienico-sanitarie dei Centri stessi, provvedono a trasferire i richiedenti asilo ogniqualvolta il loro stato di salute lo imponga. Tuttavia, in forza del sistema di detenzione introdotto agli inizi degli anni '90 e ancora in vigore, coloro che si trovino temporaneamente sul suolo australiano verranno detenuti fino al loro ricollocamento a Nauru o Papua Nuova Guinea.

#### 4. Il giudizio di legittimità costituzionale sulla *Pacific Solution*

Il sistema illustrato è, ad oggi, ancora in vigore e continua ad essere il principale strumento di gestione dell'immigrazione irregolare. Innumerevoli sono però le critiche<sup>65</sup> tant'è che la normativa istitutiva della *Pacific Solution* è stata più volte oggetto del sindacato della *High Court*.

Due, in particolare, sono le decisioni che meritano di essere approfondite, ai fini della presente trattazione. Nello specifico, il riferimento è alle pronunce nei casi *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection*, e *Plaintiff M96A/2016 v. Commonwealth of Australia*<sup>66</sup>. Vieppiù, la politica di gestione dei richiedenti asilo è stata portata all'attenzione della Corte Suprema di Papua Nuova Guinea, che si è pronunciata sul caso *Namah v. Pato*<sup>67</sup>. La decisione della Corte Suprema di Papua ha sancito l'illegittimità costituzionale del Centro di detenzione sito sull'isola di Manus e ne ha

---

38.2015, p. 669 ss.; A. Dastyari e M. O'Sullivan, *Not for Export: The Failure of Australia's Extraterritorial Processing Regime in Papua New Guinea and The Decision of PNG Supreme Court in Namah (2016)*, in *Monash University Law Review*, n. 42.2016, p. 308 ss.

65. Human Rights Law Ctr., *Torture and Cruel Treatment in Australia: Joint NGO Report to the United Nations Committee Against Torture 51*, 2014.

66. *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection* (2016), HCA 1; *Plaintiff M96A/2016 v. Commonwealth of Australia* (2017), HCA 16. Per un commento sulla prima decisione, si veda J.I. Goldenziel, *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection*, in *American Journal of International Law*, n. 110.2016, p. 547 ss.; D. Hume, *Plaintiff M68-2015 – offshore processing and the limits of Chapter III*, in *Australian Public Law*, 2016, <http://auspublaw.org>. Sullo scrutinio delle Corti in merito all'azione dell'esecutivo, si rimanda a M. Aronson, *Between Form and Substance: Minimising Judicial Scrutiny of Executive Action*, in *Federal Law Review*, n. 45.2017, p. 519 ss.

67. *Namah v. Pato* (2016), PGSC 13. Va ricordato che nell'ambito della *Pacific Solution*, il Governo australiano aveva concluso accordi con Papua Nuova Guinea, proprio al fine di creare un Centro di detenzione per immigrati irregolari sull'isola di Manus. Il 17 agosto 2017, la *High Court* australiana si è pronunciata nella causa *Plaintiff S195/2016 v. Minister for Immigration and Border Protection* (2017), HCA 31. Il ricorrente ha lamentato che, in forza della decisione della Corte Suprema di Papua, ogni accordo – passato o futuro – concluso dal *Commonwealth* con Papua sarebbe illegittimo. Il ricorrente, infatti, ha sostenuto che la Costituzione australiana impedisce agli organi costituzionali di esercitare i propri poteri al fine di compiere atti in Paesi terzi, vietati dall'ordinamento di quegli stessi Paesi. Nel rigettare il ricorso, la Corte ha affermato con forza che il diritto internazionale, e tantomeno il diritto straniero limitino il *Commonwealth* nell'esercizio delle proprie prerogative costituzionali (par. 20).

ordinato la chiusura. La Costituzione papuana reca, contrariamente a quella australiana, un'esplicita enumerazione di diritti, *i.e.* un *bill of rights*. Tra le previsioni a garanzia dei diritti dell'individuo deve annoverarsi la *section 42*. Questa dispone che nessuno – cittadino o straniero – possa essere privato della propria libertà personale. La norma, inoltre, enumera tassativamente le circostanze in cui la limitazione della libertà personale è costituzionalmente legittima. Il legislatore papuano, al fine di garantire copertura costituzionale al centro, aveva aggiunto all'elenco già fissato dalla disposizione un'ulteriore clausola tesa a consentire la restrizione della libertà personale, in ottemperanza ad obblighi derivanti da accordi internazionali<sup>68</sup>. La Corte, tuttavia, ha ritenuto che la modifica introdotta dal Legislatore in sede di revisione costituzionale non potesse considerarsi legittima, in quanto la restrizione prevista non poteva ritenersi necessaria, proporzionale e ragionevole in una società democratica che avesse cura per il rispetto dei diritti fondamentali, come sancito dalle *sections 38 e 39* della Costituzione. In merito, la Corte si è limitata ad osservare che il Legislatore non ha dato prova della necessità della restrizione, tantomeno ha fornito elementi che consentissero di ritenerla giustificabile in una società democratica<sup>69</sup>. I giudici hanno quindi provveduto a dichiarare l'illegittimità dell'emendamento e, di conseguenza, hanno ritenuto che la detenzione dei richiedenti asilo fosse in palese violazione del divieto di restrizione della libertà personale sancito dalla *section 42* della Costituzione<sup>70</sup>.

Di portata diametralmente opposta sono, invece, le pronunce della Corte australiana, sia con riferimento all'esito, sia con riferimento alle argomentazioni sostanziali dei giudici. Invero, in *Plaintiff M68/2015*, la *High Court* è stata chiamata a decidere se l'esecutivo avesse agito nei limiti delle proprie attribuzioni costituzionali. Si dubitava che la *section 61* della Costituzione – che sancisce le prerogative proprie del potere esecutivo –, autorizzasse la conclusione e l'esecuzione del *Memorandum of Understanding* firmato con il Governo di Nauru. La condotta dell'esecutivo avrebbe potuto considerarsi costituzionalmente legittima solo nel caso in cui fosse stata attuativa di una disposizione legislativa approvata dal Parlamento. A tal proposito, la Corte ha ritenuto che l'amministrazione avesse preso accordi con Nauru e che avesse poi attivamente partecipato alla gestione del Centro di detenzione sulla base della *section 198AHA* del *Migration Act* che, ha affermato la Corte, è di per sé legittimo, in quanto espressione del

---

68. *Constitutional Amendment (No. 37) (Citizenship) Law 2014*.

69. *Namah v. Pato* (2016), PGSC 13, parr. 53 ss.

70. Cfr. A. Dastyari e M. O'Sullivan, *op.cit.*; D. Bacis, *Australia – La detenzione off-shore degli immigrati al vaglio della Alta Corte d'Australia e della Corte Suprema di Papua Nuova Guinea*, in *DPCE Online*, n. 27.2016, p. 255 ss., <http://www.dpceonline.it>.

potere di cui alla *section 51(xix)*<sup>71</sup>; pertanto, il *Commonwealth* ha agito nei limiti del proprio mandato costituzionale.

Esaminando con attenzione le argomentazioni della Corte, tra gli elementi di interesse della decisione, se ne riscontra uno che risulta poco condivisibile. La disposizione su cui si fonda l'intera argomentazione dell'esecutivo, e che è stata usata dalla Corte per fondare il proprio convincimento e aderire, quindi, alle ragioni governative, è stata approvata solo nel 2015, con il *Migration Amendment (Regional Processing Arrangements) Act*<sup>72</sup>. Il *Memorandum* con la Repubblica di Nauru, invece, è stato concluso il 29 agosto 2012. Il legislatore, mentre la Corte ancora doveva pronunciarsi, ha approvato una disposizione con efficacia retroattiva, che esplicava i suoi effetti a partire dal 18 agosto 2012. La disposizione, dunque, autorizzava il Governo a concludere e partecipare attivamente all'esecuzione dell'accordo in oggetto. In forza di un'interpretazione esclusivamente formale, la Corte ha ritenuto che una *fiction juris* fosse sufficiente ad ancorare l'operato del Governo al dettato costituzionale.

Altro aspetto di rilievo che emerge dalla citata sentenza concerne più specificatamente la legittimità della detenzione, sull'isola di Nauru, dei ricorrenti. Benché la decisione della Corte sia stata pressoché unanime – con una sola opinione dissenziente<sup>73</sup> – la questione dell'effettiva responsabilità per la detenzione ha suscitato un vivo dibattito in seno alla Corte, dimostrando quanto la questione oggetto di sindacato fosse nebulosa. Invero, quattro giudici hanno ritenuto che i ricorrenti fossero detenuti per iniziativa del Governo di Nauru e che, pertanto, i principi costituzionali sanciti in *Chu Kheng Lim v. Minister for Immigration* non avevano alcuna rilevanza nel caso di specie<sup>74</sup>. Di avviso diverso, tre giudici della Corte hanno ritenuto che la detenzione fosse, invece, attribuibile al Governo australiano e che, di conseguenza, i principi di cui al caso *Lim* fossero applicabili al caso in esame. Tuttavia, solo l'autore dell'opinione dissenziente ha riconosciuto una patente violazione dei principi costituzionali<sup>75</sup>.

Diverso nell'oggetto, ma simile nell'esito, è il secondo e più recente caso su cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi.

In *Plaintiff M96A/2016*, la Corte è stata chiamata a decidere sulla legittimità del regime detentivo, previsto dalla normativa vigente per tutti i casi in cui un richiedente asilo "ospite" nel Centro sito sull'isola di Nauru fosse stato temporaneamente trasferito in

---

71. Cfr. *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration*, cit., parr. 42 ss.

72. Cfr. *Migration Amendment (Regional Processing Arrangements) Act No.104, 2015 (Cth)*.

73. *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration*, cit., par. 266 ss.

74. *Plaintiff M68/2015 v. Minister for Immigration*, cit., par. 39 ss.

75. Cfr. M. Gleeson, *Case Note. Plaintiff M 68/2015 v. Minister for Immigration and Border Protection & Ors*, in *Andrew & Renata Kaldor Centre for International Refugee Law*, 2016, <http://www.kaldorcentre.unsw.edu.au>.

Australia per ragioni mediche. Al fine di potersi considerare legittimo, questo doveva rispondere ai requisiti di necessità e di proporzionalità, così come stabilito dalla giurisprudenza consolidata della Corte<sup>76</sup>.

Con riferimento al criterio di necessità, la Corte già in precedenza aveva stabilito la legittimità del regime di detenzione istituito dal *Migration Act*. Alla base di tale decisione stava la previsione di un fine specifico a cui ancorare la detenzione. Infatti, la restrizione della libertà personale trovava spazio all'interno dell'ordinamento solo in quanto funzionale a due diverse istanze: la rimozione dello straniero dal territorio australiano oppure lo svolgimento delle indagini necessarie al fine di poter concedere allo straniero un regolare visto<sup>77</sup>. Sul punto, il ricorrente ha evidenziato che, essendo stato trasferito in Australia per ragioni mediche, su iniziativa delle autorità, i motivi della propria detenzione non coincidessero con quelle legittime previste dalla giurisprudenza della Corte. Tuttavia, la Corte ha dissentito, affermando come sia doveroso distinguere tra i motivi per cui un individuo si trova nel *Commonwealth*, dai motivi per cui questi venga trattenuto<sup>78</sup>. Di conseguenza, che i ricorrenti fossero stati temporaneamente trattenuti in attesa di poterli ricondurre a Nauru e che, quindi, la detenzione rispondesse al fine della deportazione, era indubbio.

In merito al secondo criterio, ovvero il requisito di durata, invece, i ricorrenti hanno richiamato un principio stabilito dalla giurisprudenza della Corte, ai sensi del quale il periodo di detenzione debba poter essere determinato in ogni momento e di volta in volta<sup>79</sup>. In base al citato principio, i ricorrenti hanno argomentato l'illegittimità della detenzione, in quanto protrarre la detenzione fino a quando questi non avessero più avuto necessità di rimanere in Australia equivarrebbe a stabilire un limite, di fatto, indeterminabile.

Sul punto, i membri della Corte hanno dato un'interpretazione della norma che risulta essere fin troppo letterale. Nell'opinione dei giudici, il Parlamento non può evitare lo scrutinio delle Corti prevedendo criteri tanto vaghi da non poter essere determinati oggettivamente, rendendo la durata della detenzione un elemento di mera discrezionalità governativa. La Corte, tuttavia, ha affermato che non v'è alcuna difficoltà nel determinare in qualsiasi momento quando il periodo detentivo, di un individuo temporaneamente sul suolo australiano ai sensi della *section 189* del *Migration Act*, giungerà a un termine. La normativa, infatti, prevede la cessazione della detenzione ogniqualvolta il soggetto faccia

---

76. Cfr. *Chu Kheng Li*, cit.

77. Cfr. *Plaintiff M96A/2016 v. Commonwealth*, cit., par. 22; si veda inoltre *J. Chia*, *op.cit.*

78. *Plaintiff M96A/2016 v. Commonwealth*, cit., par. 24.

79. *Plaintiff S4/2014 v. Minister for Immigration and Border Protection* (2014), 253 CLR 219, par. 232.

richiesta, per iscritto, di essere trasferito altrove, ovvero cessino le ragioni mediche che ne hanno imposto la permanenza temporanea in Australia<sup>80</sup>. Pertanto, anche una lettura superficiale della norma consentirebbe di affermare la quasi perenne praticabilità della deportazione. Inoltre, essendo le circostanze di fatto idonee a decretare il termine della detenzione, estranee al controllo dell'esecutivo, non v'è ragione, nell'opinione della Corte, per ritenere il termine di questa possa arbitrariamente essere stabilito dall'amministrazione.

Come ben si evince dalle sue stesse argomentazioni, la giurisprudenza della *High Court* in materia di gestione e trattamento dei richiedenti asilo irregolari manifesta un'eccessiva deferenza nei confronti dell'esecutivo. Salvo rare eccezioni – di cui la citata pronuncia sulla *Malaysian Solution* costituisce un esempio – la Corte si è eretta a baluardo delle ragioni del *Commonwealth*, a discapito dei diritti dei ricorrenti. Se, da un lato, è evidente che i giudici abbiano adottato un approccio formalmente corretto e di lunga tradizione, che li ha visti ricorrere in via esclusiva ad un'interpretazione – troppo – letterale delle disposizioni in dubbio di illegittimità costituzionale<sup>81</sup>; dall'altro, a giudizio di chi scrive, la Corte ha ommesso dal proprio *reasoning* elementi sostanziali non meno rilevanti. È indubbio che, considerata la dimensione ristretta del parametro costituzionale – che si estrinseca nella clausola federale e nel principio di separazione dei poteri – il compito della Corte, in casi simili, sia estremamente complesso. Tuttavia, se non sorprende che la *High Court* non abbia assunto su di sé il ruolo di “corte dei diritti”, deve contestualmente darsi conto di un temporaneo abbandono anche della sua funzione di “corte dei poteri”. Emblematico è l'aver ritenuto legittimo il *Memorandum* concluso con Nauru, nonostante l'autorizzazione legislativa operasse in via retroattiva e fosse stata concessa col palese intento di impedire il giudicato della Corte. L'esecutivo aveva, dunque, esercitato una competenza che non gli apparteneva, ma la Corte, seguendo la strada dell'interpretazione letterale, ha ritenuto che una *fiction juris* fosse più che sufficiente a dare copertura ad una condotta tenuta in violazione del dettato costituzionale.

Le ragioni principali che fondano una così strenua difesa dell'operato del Governo possono articolarsi, anzitutto, nella percezione, da parte dell'opinione pubblica, che l'immigrazione irregolare costituisca una vera e propria minaccia alla sicurezza del Paese;

---

80. Plaintiff M96A/2016 v. Commonwealth, cit., parr. 32 ss.

81. Trattasi, invero, del c.d. *legalistic approach* che ha a lungo caratterizzato il lavoro della *High Court* e che, a partire dagli anni '90 del XX secolo ha ripreso ad essere il criterio di giudizio più largamente utilizzato. In merito si veda, L. Zines, *The High Court and The Constitution*, Sydney, The Federation Press, 2008. Per un'interessante ricostruzione della giurisprudenza della *High Court* si rimanda a M. McHugh, *The Constitutional Jurisprudence of the High Court: 1989-2004*, in *Sydney Law Review*, n. 30.2008, p. 5 ss. Più in generale si veda J. Goldsworthy, *Australia: Devotion to Legalism*, in *Interpreting Constitutions. A Comparative Study* a cura di J. Goldsworthy, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 106-161.

in secondo luogo, da un punto di vista più propriamente giuridico, nella mancanza nel testo della Costituzione australiana, di un formale *bill of rights*<sup>82</sup>.

L'assenza di un esplicito catalogo di diritti non deve portare a ritenere che l'ordinamento australiano sia estraneo alla disciplina dei diritti fondamentali. Infatti, in qualche misura, l'ordinamento costituzionale riconosce una limitata gamma di diritti, in ragione della plurisecolare tradizione di *common law* di derivazione britannica<sup>83</sup>. Tuttavia, trattandosi di principi generali di matrice giurisprudenziale e non espressamente recepiti a livello costituzionale, il Parlamento ha il potere di discostarsene o di disporre la disapplicazione, per via legislativa. Le Corti, d'altro canto, si sono trovate nell'impossibilità di poter dichiarare l'invalidità di leggi che contrastino con questi. Inoltre, nei rari casi in cui la *High Court* ha ricavato dal dettato costituzionale l'esistenza di diritti impliciti<sup>84</sup>, quest'ultimi sono stati elaborati non tanto come una prerogativa del singolo, direttamente azionabile in sede giudiziaria, quanto come un limite formale operante nei confronti del legislatore<sup>85</sup>.

Ripercorrendo, poi, le argomentazioni della Corte svolte con specifico riferimento alla detenzione degli stranieri irregolari, viene alla luce un ulteriore aspetto di indubbia problematicità, dovuto all'assenza di un vero e proprio *bill of rights*. Infatti, la tutela dei pochi diritti previsti in Costituzione e di quelli sanciti dalla *common law* in sede giudiziaria sembra essere garantita ai soli cittadini del *Commonwealth*, potendo quindi il Parlamento operare in via di deroga nel gestire l'applicazione dei medesimi in capo agli stranieri<sup>86</sup>. Poco condivisibile è anche l'approccio con cui la Corte risolve la questione dell'oggettiva determinabilità della durata della detenzione. Se, da un lato, la premessa da cui parte la

---

82. Va precisato che alcuni diritti trovano espressa menzione nel testo della Costituzione australiana, senza però costituire un vero e proprio *Bill of Rights*. Ci si riferisce al diritto di voto, s. 41; il diritto alla proprietà, s. 51(xxxi); il diritto ad essere processati dinanzi una giuria, s. 80; il diritto alla libertà di culto, s. 116; e, infine, la libertà di circolazione, s. 92. Si rimanda, sul punto, a G. Williams e D. Hume, *Human Rights under the Australian Constitution*, Melbourne, Oxford University Press, 2013. Si segnala, inoltre, che sono solo due gli Stati Membri ad essersi dotati di un *bill of rights*. L'Australia Capital Territory ha approvato nel 2004 *The Human Rights Act 2004* e nel 2006 lo Stato di Victoria ha approvato la *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*. Trattasi, in entrambi i casi, di legislazione ordinaria e che si limitano a fornire tutela ad una ristretta gamma di diritti, derivati dall'*International Covenant on Civil and Political Rights*. Sul dibattito sviluppatosi in dottrina sul tema si veda *infra* nota 88.

83. Cfr. G. Williams, *Human Rights and the Second Century of the Australian Constitution*, in *University of New South Wales Law Journal*, n. 24.2001, p. 63 ss.; R. French, *Protecting Human Rights Without a Bill of Rights*, in *The John Marshall Law Review*, n. 43.2010, p. 769 ss.

84. *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth* (1992), 177 CLR 106. Si veda A. Stone, *The Limits of Constitutional Text and Structure: Standards of Review and the Freedom of Political Communication*, in *Melbourne University Law Review*, n. 28.1993, p. 842 ss. Dello stesso autore, *Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretative Disagreement*, in *Sydney Law Review*, n. 27.2005, p. 29 ss.

85. Cfr. R. French, *The Constitution and the Protection of Human Rights*, presentazione tenuta presso la Edith Cowan University, 20 novembre 2009, Perth.

86. Cfr. Chu Kheng Lim, cit., parr. 28 ss. (opinione dei giudici Brennan, Deane e Dawson).

Corte è corretta e sembra andare nella giusta direzione – i criteri di durata devono essere sufficientemente precisi da non lasciare che sia l'amministrazione a stabilire discrezionalmente la durata della detenzione – dall'altro, la conclusione cui giungono i giudici può difficilmente ritenersi coerente.

Il termine finale della detenzione coinciderebbe con la concreta praticabilità della deportazione. Vero è che, se ci si limita ad un'analisi in astratto, la norma stabilisce con un criterio sufficientemente preciso quando l'individuo dovrà essere liberato. L'errore in cui sembra incorrere la Corte sta proprio nel valutare la praticabilità della deportazione esclusivamente in astratto. Siffatta valutazione, porterebbe sempre ad una pronuncia di legittimità dell'azione dell'amministrazione. Astrattamente, infatti, è impossibile determinare la sussistenza di ostacoli alla deportazione. Tuttavia, una valutazione che venisse effettuata sulla concreta e oggettiva possibilità di ricorrere allo strumento in esame, porterebbe a soluzioni variabili al variare delle circostanze di fatto in gioco. Ove il soggetto, infatti, fosse in fuga dal serio rischio di essere sottoposto a tortura, è evidente che la concreta praticabilità della deportazione verrebbe meno.

Le argomentazioni della Corte si pongono in palese contrasto con la cultura della tutela dei diritti fondamentali che ha caratterizzato il costituzionalismo del XX secolo. Non v'è dubbio, però, che il modo di interfacciarsi ai diritti fondamentali da parte della Corte rispecchi la percezione che la società e la politica australiana hanno del loro grado di tutela dei diritti<sup>87</sup>. Non a caso, in più di un secolo di storia costituzionale, ogni tentativo di introdurre un catalogo dei diritti in Costituzione è stato vano. L'orientamento prevalente in sede legislativa, in prevalenza condiviso in sede giurisdizionale, come ben dimostra la fondamentale giurisprudenza della Corte in materia di diritti, è che la tradizione giuridica di *common law* garantisca un più che soddisfacente grado di tutela dei diritti fondamentali, soprattutto se letta in combinato disposto con gli obblighi che l'Australia ha liberamente assunto in sede internazionale, aderendo a numerose Convenzioni in materia<sup>88</sup>. Tuttavia, è bene precisare che, non trovando esplicita copertura nel testo costituzionale, né la *common law* né gli obblighi internazionali possono fungere da limite all'attività legislativa,

---

87. Cfr. R. French, *The Constitution and the Protection of Human Rights*, cit.; R. French, *Protecting Human Rights*, cit.

88. Per un commento circa le ragioni per cui l'Australia non ha una carta dei diritti e non intende dotarsene si rimanda a J. Allan, *Why Australia Does Not Have, and Does Not Need, a National Bill of Rights*, in *Giornale Di Storia Costituzionale*, n. 24.2012, p. 35 ss. Più in generale, sul dibattito dottrinale circa l'ipotesi di adozione di un *bill of rights*, si vedano F. Brennan, *Legislating liberty: a bill of rights for Australia?: a provocative and timely proposal to balance the public good with individual freedom*, St. Lucia, University of Queensland Press, 1998; B. Galligan, *Australia's rejection of a bill of rights*, in *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, n. 28.1990, p. 344 ss.; R. McClelland, *How is a Bill of Rights relevant today?*, in *Australian Journal of Human Rights*, n. 9.2003, p. 11 ss. Ancora, si veda in merito il contributo di B. Harris, *The Bill of Rights Debate in Australia – A Study in Constitutional Disengagement*, in *Journal of Politics and Law*, n. 2.2009, p. 2 ss.

risultando rimessi alla derogabilità parlamentare. Tantomeno potrebbero, in forza della loro subalternità alla Costituzione, fungere da parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi.

## 5. Osservazioni conclusive

La legislazione in materia di gestione dei migranti oggetto del presente lavoro, e l'approccio formale dei giudici di Canberra che ne hanno confermato la validità, consentono di svolgere una più ampia riflessione circa il complesso rapporto tra diritti – *rectius*, la loro tutela – e l'emergenza.

Nel corso della trattazione si è menzionato come la gran parte dell'opinione pubblica australiana abbia percepito, per decenni, il fenomeno dell'immigrazione irregolare come una vera e propria minaccia alla sicurezza del proprio Paese. Gli sbarchi sulle coste di migliaia di richiedenti asilo sono, dunque, stati avvertiti come un'emergenza da affrontare con misure restrittive, gravose e straordinarie. Posto nelle condizioni di doversi confrontare con un sentimento di inquietudine tanto diffuso, l'esecutivo ha risposto con prontezza e determinazione alle esigenze dell'elettorato, forte dell'indiscusso appoggio della maggioranza parlamentare e l'avallo da parte della *High Court*. Su iniziativa del Governo, il Legislatore australiano ha quindi approvato misure straordinarie che si sono qualificate, sin da subito, per il loro carattere restrittivo, fortemente discriminatorio e, pertanto, tali da far insorgere dubbi circa la loro legittimità costituzionale. Innegabili, dunque, sono le similitudini con i sistemi di risposta all'emergenza adottati dalle altre democrazie c.d. mature; non tanto con riferimento alle specifiche soluzioni proposte, quanto per le criticità da queste condivise<sup>89</sup>.

Non sono mancati esempi in tal senso nel corso dell'ultimo decennio, segnato, come noto, da innumerevoli attentati terroristici in quasi ogni parte del mondo, e caratterizzato dal susseguirsi di sbarchi di migranti che hanno travolto le coste europee. A fronte di entrambi i casi, la risposta del Legislatore dell'emergenza è stata quella di approvare misure eccezionali, per loro natura limitate nel tempo, ma concretamente destinate a diventare permanenti a causa del perenne stato di inquietudine ingeneratosi nella

---

89. Sul tema dell'emergenza e della sua disciplina costituzionale si rimanda a A. Vidaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e principi fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni* a cura di S. Staiano, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 163-360; Id., *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, *il Mulino*, 2006. Ancora, sul difficile rapporto tra emergenza, sicurezza e libertà si vedano G. de Vergottini, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2.2004, p. 427 ss; A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2004 e A. Di Giovine, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2005.

collettività<sup>90</sup>. Inoltre, le medesime misure emergenziali sono state sovente utilizzate come strumento derogatorio alla ordinaria tutela dei diritti sanciti dalle Carte costituzionali e dagli strumenti sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali.

Più che la prevedibile risposta severa, volta alla tutela della sicurezza pubblica, da parte delle istituzioni tradizionalmente deputate alla concreta gestione dell'emergenza, a suscitare perplessità è la non-reazione da parte delle giurisdizioni costituzionali. Sostenere che i Tribunali e le Corti costituzionali abbiano “salvato” ogni disposizione illegittima – che in tempi meno tumultuosi sarebbe stata dichiarata, *sic et simpliciter*, in aperta violazione dei precetti costituzionali – in virtù di un supremo principio volto a tutelare la sicurezza nazionale costituirebbe un'approssimazione troppo semplicistica. Invero, numerose sono le pronunce che hanno tentato di ricondurre l'iperattività del legislatore a ragionevolezza<sup>91</sup>. Altrettanto numerose sono, però, le decisioni con cui le Corti hanno abdicato il loro ruolo di garanti dello stato di diritto in nome di un superiore interesse pubblico alla sicurezza<sup>92</sup>, spesso “calando un sipario nero” su pratiche ben al di là del consentito<sup>93</sup>. Con queste decisioni, le Corti hanno rimodulato la sicurezza nazionale rendendola un principio generale, fondamentale e irrinunciabile, inadatto, in virtù della propria assolutezza, ad essere bilanciato con altri diritti e, pertanto, sempre destinato a prevalere<sup>94</sup>.

Il medesimo *modus operandi*, da parte del Legislatore, europeo e nazionale, si è manifestato nella gestione della recente “crisi dei rifugiati”<sup>95</sup>. All'ingente flusso di

---

90. Per un *excursus* sulle ragioni di questa trasformazione si rinvia a *The Long Decade, How 9/11 Changed the Law*, a cura di D. Jenkins, A. Jacobsen e A. Henriksen, New York, Oxford University Press, 2014; si veda, inoltre, G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004.

91. *E.g.* A and others v. Secretary of State for the Home Department (2005), UKHL 71.

92. Si veda, *ex multis*, A. Vidaschi, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, in *Giur. cost.*, n. 1.2014, p. 394 ss.; C. Newton Lyons, *The State Secrets Privilege: Expanding its Scope Through Government Misuse*, in *Lewis & Clark Law Review*, n. 11.2007, p. 99 ss. Si veda inoltre A. Pace, *Le due Corti e il caso Abu Omar*, in *Giur. cost.*, n. 1.2014, p. 389 ss. Ancora, per una lettura critica sullo squilibrio tra diritti e sicurezza si veda M. Barberis, *Liberté, égalité, sécurité. Gli equivoci della guerra al terrore*, in *il Mulino*, n. 4.2016, p. 565 ss; da ultimo, A. Vidaschi, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Giur. Cost.*, n. 4.2017, p. 1913 ss.

93. Si fa riferimento alle pratiche delle *extraordinary renditions* e dei *targeted killings*. L'espressione citata è mutuata da A. Vidaschi, *La Cassazione solleva il “sipario nero” calato dalla Consulta: il caso Abu Omar si riapre*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1.2013, p. 163 ss.

94. Per un interessante approfondimento in merito, si veda M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, il Mulino, 2017.

95. Cfr. S. Penasa, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli*, in questa *Rivista*, n. 1.2017, <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it>; F. Biondi dal Monte, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Università degli studi di Milano-Bicocca*, 10-11 giugno 2011, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 229-242. Sull'equiparazione tra emergenza ed immigrazione si veda anche P. Bonetti, *L'accoglienza nell'emergenza: gli ultimi sviluppi*, in *Modelli di disciplina*

migranti, si è risposto istituendo i c.d. Centri di accoglienza che ricordano in qualche misura i Centri di detenzione istituiti dall'Australia e della cui legittimità costituzionale, quindi, non può che dubitarsi.

La gestione delle citate emergenze, che hanno portato la sicurezza nazionale a prevalere sui diritti, ha portato, in Europa, all'attivazione della giurisdizione sovranazionale della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima ha, da un lato, censurato le condotte deferenti tenute dalle Corti nell'avvallare le sistematiche violazioni dei diritti fondamentali e, dall'altro, ha condannato l'operato dei Legislatori, "colpevoli" di aver introdotto disposizioni in contrasto con i diritti protetti dalla Convenzione<sup>96</sup>.

Gli esempi fin qui riportati hanno dimostrato come gravi violazioni dei diritti fondamentali si possano verificare anche in presenza di Costituzioni rigide, contenenti ampi cataloghi di diritti e all'interno di un sistema – quale è quello europeo – in cui la tutela delle libertà fondamentali trova un ulteriore garante in una Corte sovranazionale creata con il precipuo scopo di sanzionarne la violazione. Il sistema australiano è tuttavia privo di siffatte garanzie. Non solo, infatti, la Costituzione australiana è costruita in via quasi del tutto esclusiva intorno alla clausola federale e al principio di separazione dei poteri, tantomeno esiste un sistema regionale simile a quelli europeo, africano e latino americano. La tutela dei diritti sembra, quindi, rimanere nella piena discrezionalità del Parlamento – *rectius* della maggioranza parlamentare – che ne può disporre senza essere soggetto a vincoli significativi.

Il ruolo chiave deve, quindi, essere necessariamente affidato alla Corte, il cui intervento è di fondamentale importanza. L'approccio deferente nei confronti delle istanze dell'esecutivo, dimostrato dall'utilizzo preponderante della sola interpretazione formale e letterale, dalla mancanza di un rigoroso test di proporzionalità e dal raro utilizzo della tecnica del bilanciamento, dovrebbe lasciare il passo ad un giudizio di legittimità costituzionale più stringente.

La Corte, in passato, si è arrogata il diritto di esercitare la *judicial review*, pur mancando un'espressa previsione in merito nel dettato costituzionale<sup>97</sup>. È, pertanto,

---

*dell'accoglienza nell'emergenza immigrazione. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* a cura di J. Woelk, F. Guella e G. Pelacani, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 113-161.

96. E.g. A. Vedaschi, *Cronaca di una condanna annunciata: Abu Omar a Strasburgo, l'ultimo atto*, in *DPCE Online*, n. 25.2016, p. 267 ss., <http://www.dpceonline.it>; D. Bacis, *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *DPCE Online*, n. 30.2017, p. 401 ss., <http://www.dpceonline.it>; P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia, l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattamenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, n. 1.2017, p. 176 ss.

97. Si vedano K.E. Foley, *Australian Judicial Review*, in *Washington University Global Studies Law Review*, n. 6.2007, p. 281 ss.; B. Galligan, *Judicial Review in the Australian Federal System: its Origin and Function*, in *Federal Law Review*, n.10.1979, p. 367 ss. Necessario, inoltre, un richiamo alla decisione *Austl. Communist Party v. Commonwealth* (1951), 83 CLR 1. Eminente dottrina ritiene che la pronuncia menzionata rientri nel novero delle più

auspicabile che lo stesso avvenga in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Nelle more di un quasi inesistente processo di revisione costituzionale che dovrebbe portare all'approvazione di un *bill of rights*, dovrebbe essere la Corte a leggere quei diritti impliciti, già riconosciuti nella sua giurisprudenza, e i principi generali ricavabili dalla *common law* così da porli alla base del costituzionalismo australiano, oltreché fissarli quali limite all'esercizio del potere politico (legislativo ed esecutivo). Al tempo stesso, la Corte dovrebbe esortare il Parlamento ad adempiere il proprio compito e dotare il sistema costituzionale australiano di un esaustivo ed espresso catalogo dei diritti.

---

importanti decisioni mai prese dall'Alta Corte australiana. Invero, sebbene il testo costituzionale non attribuisca espressamente a quest'ultima alcun potere circa il sindacato di costituzionalità delle leggi, la Corte lo ha ricavato in via interpretativa da una lettura combinata di più disposizioni costituzionali, circa le quali, tuttavia, manca univocità. Nel caso citato, la Corte richiama la *section 107* che limita i poteri del *Commonwealth* a quelli espressamente conferitigli dal dettato costituzionale ed è la Corte stessa ad attribuirsi il compito di stabilire se un potere rientri o meno tra le prerogative della Federazione. Sul punto, si rimanda a G. Winterton, *The Significance of the Communist Party Case*, in *Melbourne University Law Review*, n.18.1992, p. 630 ss.; E. McWhinney, *Judicial Positivism in Australia: The Communist Party Case*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 2.1953, p. 36 ss.