

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 2/2024

### TUTELARE I DIRITTI OLTRE I CONFINI: IL RUOLO DEI GIUDICI DI FRONTE ALLE POLITICHE STATALI DI CONTROLLO DELL'IMMIGRAZIONE

di Daniele Camoni e Paola Pannia

**Abstract:** *Questo articolo si inserisce nel dibattito sulle politiche di esternalizzazione annunciate, elaborate e implementate, in Europa e altrove, con l'obiettivo di indagarne modalità e implicazioni, soprattutto per ciò che concerne il rapporto giudici-legislatori. L'analisi si concentra sulle misure di esternalizzazione delle frontiere approvate in Regno Unito e Australia, al fine di cogliere somiglianze e differenze nelle strategie sostanziali, nei meccanismi procedurali e nei discorsi usati dai rispettivi governi per arginare, ridimensionare o escludere il controllo giudiziario. Le evidenze mostrano come le divergenze in punto di cornice costituzionale e contesto istituzionale risultino decisive nel configurare l'assetto dei rapporti giudici-legislatori sullo sfondo delle politiche di esternalizzazione delle frontiere.*

**Abstract:** *Although they may appear as an old tool, externalization policies are more and more vowed, designed and implemented by governments in Europe and beyond. This paper contributes to the debate by exploring what are the main implications of those policies on the relationship between judges and legislators. The analysis looks at externalization measures approved in the United Kingdom and Australia, to capture similarities and differences of substantial strategies, procedural mechanisms and discourses deployed by respective governments to reduce, short-circuit or exclude judicial control. Findings show that different constitutional frameworks and institutional contexts play a big role in shaping the relationship between judges and legislators against the backdrop of externalization policies.*

# TUTELARE I DIRITTI OLTRE I CONFINI: IL RUOLO DEI GIUDICI DI FRONTE ALLE POLITICHE STATALI DI CONTROLLO DELL'IMMIGRAZIONE

---

di Daniele Camoni e Paola Pannia\*

SOMMARIO: 1. Note introduttive: l'oggetto, la rilevanza e l'impostazione dello studio. – 2. La nozione di “esternalizzazione” e il quadro internazionale e nazionale di tutela dell’asilo nel prisma del diritto comparato. – 3. Il *Memorandum of Understanding (MoU)* tra Regno Unito e Ruanda di fronte ai giudici nazionali: tanto rumore per nulla (per ora)? – 3.1. La decisione della *Supreme Court* e le peculiarità del costituzionalismo britannico nel rapporto giudici-legislatori. – 3.2. Il seguito della sentenza, nella risposta dei poteri politici e nel rapporto tra questi e il potere giudiziario. – 4. La controversa disciplina australiana del sistema di immigrazione e asilo, tra legislatore e giudice. – 4.1. La “*Pacific Solution*”. – 4.2. L’avvio di un “approccio regionale” all’esame delle domande di asilo. – 4.3. La “*Operation sovereign borders*”. – 5. Un’analisi comparata tra Regno Unito e Australia. – 6. Una piccola postilla: l’approccio francese. – 7. Osservazioni conclusive.

## 1. Note introduttive: l'oggetto, la rilevanza e l'impostazione dello studio

La gamma degli strumenti di governo delle migrazioni va ampliandosi sempre di più. Attraverso l’impiego di strumenti sempre più sofisticati, quali quelli offerti dall’intelligenza artificiale – si pensi all’utilizzo di droni o all’evasione automatizzata delle pratiche di visto<sup>1</sup> – gli Stati cercano di interdire l’arrivo degli stranieri sul territorio anticipando sempre di più il controllo ed evitando che un incontro fisico, effettivo, abbia luogo, in una sorta di radicale esclusione della dimensione corporea. Nonostante questi sviluppi, le politiche di esternalizzazione delle frontiere, ovvero tutte quelle misure adottate dagli stati per bloccare o prevenire, al di fuori dai propri confini, l’arrivo non autorizzato di rifugiati, richiedenti asilo e migranti<sup>2</sup>, non sono state dismesse. Anzi, queste misure hanno continuato ad essere promesse, elaborate, implementate, in Europa e altrove. Questo articolo intende analizzare le politiche di esternalizzazione promosse da Regno Unito e Australia, recentemente portate all’attenzione da due sentenze delle rispettive alte Corti nazionali, sullo sfondo delle complesse dinamiche costituzionali che contraddistinguono il rapporto tra giudici e legislatori. Infatti, partendo dall’osservazione per cui le strategie di esternalizzazione mirano, tra le altre finalità, a «short-circuiting judicial constraints on migration control»,<sup>3</sup> questo lavoro vuole comprendere con quali modalità e con quali implicazioni ciò si verifichi, servendosi dell’utilizzo del metodo comparato.

---

\* Daniele Camoni e Paola Pannia sono Ricercatori in diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Milano. Sebbene lo scritto sia frutto di riflessioni condivise, Daniele Camoni ha redatto i paragrafi 2, 3, 3.1 e 3.2; Paola Pannia i paragrafi 1, 4, 4.1, 4.2, 4.3 e 5. I paragrafi 6 e 7 sono stati redatti congiuntamente.

1. C. Aradau, *Borders have always been artificial: Migration, data and AI*, in *International migration*, n. 1.2023, pp. 303-306 e O.E. Topak, *Drones: Robot eyes on racialized migrant bodies*, in *International migration*, n. 1.2023, pp. 313-317.

2. Si veda in proposito A. Dastyari, A. Nethery, A.L. Hirsch, *Refugee externalisation policies. Responsibility, legitimacy and accountability*, London, Routledge, 2023, p. 3.

3. V. Giraudon, *Before the EU Border: Remote Control of the “Huddled Masses”*, in K. Groenendijk, E. Guild, P. Minderhoud (a cura di), *In Search of Europe’s Borders*, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2003, p. 194.

La scelta dei casi di studio non deriva soltanto dalla loro attualità, e dagli incessanti sviluppi, ma soprattutto dalla presenza di rilevanti elementi simmetrici<sup>4</sup>. Gli ordinamenti di Australia e Regno Unito, infatti, esibiscono una cultura giudiziale di *self-restraint*, tradizionalmente molto attenta a non esondare dai confini del proprio ruolo né ad avventurarsi in interpretazioni teleologiche o sistematiche. *Plain reasoning* è la parola d'ordine, in pieno ossequio al codice genetico dell'operazione del "rendere giustizia" nel contesto anglosassone. Al tempo stesso, i Paesi selezionati mostrano però anche una profonda divergenza: il Regno Unito, infatti, a differenza dell'Australia, aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è sottoposto alla giurisdizione della Corte EDU.

Fino a poco tempo fa, inoltre, in quest'ultimo Paese, anche l'*acquis* comunitario popolava il quadro delle obbligazioni rilevanti in materia. Questa differenza qui rileva sotto due aspetti. Oltre ad aumentare il novero dei vincoli cui devono soggiacere le politiche di controllo della migrazione, questa circostanza ha assunto via via un fondamentale portato evolutivo nella formazione e cultura dei giudici britannici. L'esperienza con il diritto europeo e con la CEDU, infatti, ha influenzato il modo di "dire il diritto" dei giudici britannici, le cui decisioni hanno progressivamente cominciato ad acquisire familiarità, pur tra importanti cautele e limitazioni, con un ragionamento "per principi".

Per testare questa ipotesi, l'articolo comincia innanzitutto col chiarire la natura polisemantica della nozione di esternalizzazione e col tratteggiare la più ampia cornice di riferimento in cui si sviluppa questa analisi: il rapporto giudici-legislatori nella *governance* della migrazione (par. 2). Le sezioni successive si dedicano invece ad approfondire le politiche di esternalizzazione elaborate e poste in essere dal Governo britannico e australiano nonché le principali decisioni giudiziali intervenute in merito (par. 3 e 4). A quest'analisi seguiranno delle riflessioni comparate, volte a mettere in luce le somiglianze e le differenze che contraddistinguono i due contesti, concentrandosi in particolare sulle strategie sostanziali, i meccanismi procedurali e i discorsi usati dai Governi britannico e australiano per arginare, ridimensionare o escludere il controllo giudiziario (par. 5). Dopo una piccola postilla sull'esperienza francese e le dinamiche del rapporto giudici-legislatori proprie di questo contesto (par. 6), nelle conclusioni le evidenze emerse serviranno ad una breve lettura iniziale, in chiave comparata, dell'accordo tra Italia e Albania, ratificato il 15 febbraio 2024 dal Parlamento italiano (par. 7)<sup>5</sup>.

## **2. La nozione di "esternalizzazione" e il quadro internazionale e nazionale di tutela dell'asilo nel prisma del diritto comparato**

Prima di entrare nel vivo dell'analisi, si rendono necessarie alcune osservazioni di contesto che illustrino, attraverso la prospettiva del diritto costituzionale comparato, la nozione di "esternalizzazione" che sarà utilizzata ai fini del presente lavoro nonché le principali disposizioni che a livello internazionale e costituzionale tutelano il diritto di asilo.

---

4. R. Hirschl, *Case Selection and Research Design in Comparative Constitutional Studies*, in R. Hirschl (a cura di), *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 224-281.

5. Nella Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2024 è stata pubblicata la legge n. 14 del 21 febbraio 2024, recante la ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, sottoscritto a Roma il 6 novembre 2023. Per una descrizione, vedi il dossier congiunto dei Servizi studi di Camera dei Deputati e Senato (<https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/AC0200a.pdf?1705925054822>).

In tempi recenti, il tema delle politiche migratorie – con riferimento alle richieste di protezione internazionale e, nello specifico, all’esercizio del diritto di asilo – ha in parte abbandonato la dimensione meramente interna agli Stati per assumere caratteri sempre più transnazionali, come ben dimostrato dalla diffusa sottoscrizione di accordi interstatali di “esternalizzazione”<sup>6</sup>.

Sul punto, «la c.d. dimensione esterna delle politiche d’immigrazione e asilo»<sup>7</sup> – può essere inquadrata nella sua doppia dimensione strutturale. Da un lato, è possibile considerare una esternalizzazione “diretta”, la quale implica che le persone che richiedono asilo vengano forzatamente trasferite, una volta arrivate in un determinato Paese, in un altro Paese (terzo) – considerato *a priori* “sicuro” dallo Stato che dispone il trasferimento<sup>8</sup> – e solo lì possano avviare le procedure per ottenere la corrispondente protezione<sup>9</sup>: si può parlare, a questo proposito, di un’esternalizzazione del diritto (soggettivo) di asilo<sup>10</sup>.

Dall’altro, si osserva anche una parallela esternalizzazione “indiretta”, che comporta la creazione di frontiere “duttili” ed “esterne” in Stati terzi<sup>11</sup>, non per forza confinanti o territorialmente “vicini”, per effetto della sottoscrizione degli Accordi tra gli Stati “di transito” dei flussi migratori (ad esempio, gli Stati del continente africano o la Turchia, quest’ultima quale porta d’accesso all’Europa dal Medio Oriente) e quelli “di destinazione” (nel caso dell’Europa: Italia, Spagna, Grecia e Malta). In questo secondo caso, si osserva anche un’esternalizzazione del limite (oggettivo) dei confini territoriali tra Stati, la quale implica lo sviluppo di una “dimensione esterna” delle tradizionali entità statali e sovranazionali (l’UE, su tutte) e una nuova configurazione – esclusivamente a questi fini – del concetto di sovranità territoriale, il quale si estende oltre il territorio “fisico” su cui uno Stato esercita la stessa<sup>12</sup>.

Tale nuova realtà giuridico-politica si sovrappone con una più ampia regolazione nazionale/interna dei fenomeni migratori e del contrasto alle forme di immigrazione illegale

---

6. Cfr. A. Algostino, *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), n. 1.2017, pp. 139-182; C. Boswell, *The ‘External Dimension’ of EU Immigration and Asylum Policy*, in *International Affairs*, n. 79(3).2013, pp. 619-638 e A. Geddes, *Europeanisation Goes South: The External Dimension of EU Migration and Asylum Policy*, in *Journal for Comparative Government and European Policy*, n. 3(2).2005, pp. 275-293. Si v. D. Camoni, *La “externalización” de las políticas de asilo en el continente europeo*, in V. Faggiani (dir.), F.J. Garrido Carrillo (a cura di), *La necesaria reconfiguración del derecho de asilo. Entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 187-212.

7. C. Favilli, *La politica dell’Unione in materia d’immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2.2018, *passim*.

8. Cfr. art. 38 della Direttiva “procedure” (2013/32/UE); in precedenza, art. 27 della Direttiva “procedure” 2005/85/CE. In dottrina, B.N. Osso, *Unpacking the Safe Third Country Concept in the European Union: B/orders, Legal Spaces, and Asylum in the Shadow of Externalization*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 20.2023, pp. 1-32.

9. In questo caso, a seconda dello stato che assume la responsabilità dell’analisi delle domande di asilo, M. Savino, F.V. Virzi, *Il Protocollo tra Italia ed Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell’extraterritorialità*, in [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), novembre 2023, p. 4, distinguono tra «una strategia di extraterritorializzazione, che lascia impregiudicata la responsabilità sulle domande di asilo delle autorità ospitate nel Paese terzo» e «una strategia di esternalizzazione, che delega la responsabilità sulle domande di asilo alle autorità del Paese terzo ospitante».

10. F. Cherubini (a cura di), *Le migrazioni in Europa. UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Roma, Bordeaux Edizioni, 2015 e J. Valluy, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l’asile*, Bellecombe-en-Bauges, Éditions du Croquant, 2009, p. 277.

11. Cfr. R. García Mahamut, *La ductilidad del derecho a la protección internacional (refugio y protección subsidiaria) ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el Sistema Común de Asilo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38.2016, pp. 211-238 e A. Del Valle Gálvez, *Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 55.2016, pp. 759-777.

12. Vedi C. Siccardi, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del mediterraneo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.

nel territorio dello Stato di riferimento, ciascuna con proprie specificità circa le condizioni di accesso e respingimento, le modalità amministrative attraverso cui richiedere protezione internazionale una volta entrati illegalmente o nei pressi del confine e le garanzie<sup>13</sup> giurisdizionali previste.

Nel merito, la questione istituzionale si intreccia, soprattutto a partire dall'ultimo profilo, con i diritti fondamentali delle persone coinvolte – in una prospettiva nella quale, tra «diritti in frontiera e frontiera dei diritti»<sup>14</sup>, la normativa costituzionale dei singoli Stati è legata a doppio filo alla regolamentazione europea ed internazionale<sup>15</sup> – e con la possibilità (quando non il dovere) di riceverne una tutela effettiva in sede giudiziaria<sup>16</sup>: esiste quindi un «nesso inscindibile esistente tra le forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona [...] ed il diritto di adire il giudice»<sup>17</sup>, a maggior ragione in relazione ad un procedimento così peculiare quale è quello di protezione internazionale (inteso in senso ampio), attraverso cui «viene definita l'intera condizione di una persona, la sua identità giuridica e sociale integrale»<sup>18</sup>.

In relazione ai profili sostanziali, il diritto migratorio e di asilo si articola a partire da un quadro multilivello di disposizioni normative<sup>19</sup>. Limitando l'attenzione alle fonti principali, a livello internazionale bisogna innanzitutto menzionare la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 (art. 14.1), la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951, la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 (art. 22.7), la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 (art. 12.3) e la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989 (art. 22)<sup>20</sup>. Tali sfaccettature dell'internazionalizzazione trovano un'ideale punto di incontro nella *International Association of Refugee and Migration Judges* (IARMJ), creata nel 1997 con l'obiettivo di perseguire un'interpretazione del diritto dell'immigrazione quanto

---

13. Cfr. V. Federico, M. Moraru, P. Pannia, *The growing but uneven role of European courts in (im)migration governance: a comparative perspective*, in *European Journal of Legal Studies*, special issue, 2022, pp. 1-20.

14. P. Oddi, *La tutela giurisdizionale dei migranti e il ruolo dell'avvocato "immigrazionista"*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), n. speciale 2.2019, p. 117.

15. Le due dimensioni sovranazionali indicate si tengono insieme: cfr. A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo* e F. Cherubini, *L'asilo della convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2012.

16. Cfr. G. Famiglietti, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino, Giappichelli, 2021. Come ha ricordato A. Natale, *Il giudice e lo straniero. I diritti fondamentali presi sul serio*, in questa *Rivista*, n. 2.2015, p. 18, «la partita della garanzia dei diritti inviolabili e fondamentali dello straniero non si gioca solo sul piano normativo o sul piano della giurisprudenza costituzionale. Il primo luogo di tutela dei diritti fondamentali dei non cittadini si gioca – all'evidenza – sul piano della giurisdizione e, spesso, della giurisdizione di merito».

17. M. Flamini, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Questione Giustizia*, n. 2.2018, p. 176. Per V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Questione Giustizia*, n. 1.2015, p. 37, «[è] difficile chiamare diritto una pretesa che in nessun modo può farsi valere davanti ad un giudice»; infine, V. Carlino, *Dell'indispensabile ruolo del giudice nel riconoscimento della protezione internazionale, in Italia e in Francia*, in [DPCE online](http://DPCEonline.it), n. speciale 2021, p. 1116, ha parlato di un «diritto necessariamente giurisprudenziale, nel senso che, più che in altre materie, l'attività dei giudici è imprescindibile a colorare di significato le fattispecie normative».

18. N. Zorzella, *Il ruolo dell'avvocato nel processo di protezione internazionale*, in *Questione Giustizia*, n. 2.2018, p. 185.

19. F. Biondi Dal Monte, *Le fonti nel diritto dell'immigrazione*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 343-372.

20. J.C. Hathaway, *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021 e F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009.

più possibile uniforme al livello dei singoli Stati<sup>21</sup> ed un dialogo tra giudici più che mai necessario in una materia così complessa e geograficamente trasversale.

A livello europeo, è opportuno distinguere la dimensione più ampia del Consiglio d'Europa e quella più ristretta dell'Unione europea. Nel primo caso, sebbene il testo originario della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) non contenesse alcuna disposizione circa i diritti specifici degli stranieri o il diritto di asilo, una rete di tutele è stata progressivamente garantita attraverso l'interpretazione analogica di altre disposizioni convenzionali, volte «da un lato, a consentire l'applicazione dei diritti convenzionali agli stranieri presenti sul territorio dei Paesi vincolati al rispetto della CEDU e, dall'altro, a limitare la discrezionalità statale in materia di politiche migratorie, rendendo lo Stato parte indirettamente responsabile per le violazioni della Convenzione cui lo straniero sarebbe verosimilmente esposto nel Paese d'origine»<sup>22</sup>.

Nel secondo, si osserva una complessa stratificazione di normative riconducibile – all'indomani delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (1999) – al quadro giuridico complessivo del Sistema Europeo Comune di Asilo (CEAS), oggi strutturato sui pilastri fondamentali delle Direttive “Qualifiche” (2011/95/UE), “Accoglienza” (2013/33/UE) e “Procedure” (2013/32/UE), nonché dei Regolamenti “Dublino III” ed “Eurodac” (603/2013)<sup>23</sup> e, a sua volta, chiamata ad interfacciarsi con le legislazioni e, soprattutto, le scelte politiche adottate dagli Stati membri<sup>24</sup>.

Infine, una breve comparazione a livello nazionale evidenzia come «oltre un terzo delle Costituzioni vigenti garantisca, in varie forme, il diritto di asilo», secondo tendenze che variano dalla sua costituzionalizzazione formale a una «progressiva estensione in chiave umanitaria del modello di asilo, quale risposta preordinata non solo ai fenomeni di persecuzione ‘politica’ ma rivolta anche ad altre forme di privazione della dignità e libertà della persona», per arrivare infine ad un «avvicinamento delle garanzie statali a quelle internazionali e sovranazionali, tarate sulla figura convenzionale del ‘rifugiato’»<sup>25</sup>.

---

21. Come è stato ricordato da J.C. Hathaway, M. Foster, *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination*, in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (a cura di), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 358, «in so many areas of refugee law and policy, the viability of a universal commitment to protection is challenged by divergence in State practice». Sulla possibile creazione di un organo giurisdizionale sovranazionale, cfr. A.M. North, J. Chia, *Towards Convergence in the Interpretation of the Refugee Convention: A Proposal for the Establishment of an International Judicial Commission for Refugees*, in *Australian Yearbook of International Law*, n. 25.2006, pp. 105-138.

22. G. Ciliberto, A.M. Roşu, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, in *Questione Giustizia*, n. speciale 1.2019, p. 385. Cfr. anche B. Çali, L. Bianku, I. Motoc, *Migration and the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

23. Sulla tutela dei migranti nell'ambito dell'UE, V. Faggiani, *La protección internacional de los migrantes en la UE. Estandares de tutela, límites y perspectivas de reforma del derecho de asilo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023; B. Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU. An Analysis of Illegality in EU Migration Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2018; K. Hailbronner, D. Thym (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016 e P. Bonetti, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 143-250.

24. Aleggja sullo sfondo il raggiungimento di un accordo tra Parlamento europeo e Consiglio (20 dicembre 2023) per l'implementazione di un nuovo *Pact on Migration and Asylum*, potenzialmente in grado di incidere sulle diverse fonti normative indicate e sui principi fondamentali sino ad oggi applicati. Cfr. C. Panzera, *Considerazioni sparse intorno al Nuovo Patto UE su migrazioni e asilo*, in *Rivista AIC*, La Lettera 04/2024 - Europa e migrazioni.

25. C. Panzera, *L'accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, in questa *Rivista*, n. 3.2023, p. 1 e nota 1. Per una panoramica comparata sul diritto di asilo in Costituzione, L. Kowalczyk, M. Versteeg, *The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum*, in *Cornell Law Review*, n. 5.2017, pp. 1219-1318.

Parafrasando il celebre aforisma del mugnaio di Sanssouci, al quale il Re di Prussia Federico il Grande voleva espropriare in modo illegittimo il suo mulino, alcuni tra i più recenti casi giudiziari in materia di diritti richiedenti asilo – dal Regno Unito all’Australia (per tacer dell’Accordo tra Italia e Albania)<sup>26</sup> – dimostrano che, nell’intarsio tra sovranità politica e legalità giuridica, per fortuna «c’è ancora un giudice» (non a Berlino, bensì a Londra e Camberra). In questo senso, i giudici hanno riconosciuto come tali accordi siano stati spesso costruiti in violazione dei Trattati internazionali e delle Costituzioni nazionali, evidenziando che da queste fonti non si può prescindere nemmeno in un contesto di crisi quale è quello della gestione globale dei flussi migratori<sup>27</sup>.

In definitiva, si tratta di comprendere come si attegga in questo specifico ambito il rapporto tra potere politico (con particolare riferimento a quello legislativo) e giudiziario, sia con riferimento alla “reazione” del secondo rispetto al quadro normativo disegnato dal primo, sia a fronte della “controreazione” del primo in relazione a decisioni giudiziarie che ciclicamente sconfessano politiche migratorie statali. Sullo sfondo, aleggia l’ulteriore inquadramento delle politiche di esternalizzazione nella *governance* dell’immigrazione, oscillante tra le restrizioni di accesso al diritto di asilo e l’aumento del margine di manovra degli Stati nazionali a fronte delle obbligazioni imposte dal Trattato internazionale.

### **3. Il Memorandum of Understanding (MoU) tra Regno Unito e Ruanda di fronte ai giudici nazionali: tanto rumore per nulla (per ora)?**

Il caso britannico si presenta senza dubbio come un caso paradigmatico, sia per i contenuti di merito, sia per le possibili ricadute politiche e giurisdizionali. Il 15 novembre 2023 – poco più di un anno e mezzo dopo l’entrata in vigore dell’Accordo (*Memorandum of Understanding-MoU*) tra Regno Unito e Ruanda (13 aprile 2022) sul trasferimento in quest’ultimo stato dei migranti giunti irregolarmente in terra britannica<sup>28</sup> – la corte suprema del Regno Unito ha (per ora) posto termine, almeno a livello giudiziario, alla aspra controversia sorta circa la sua compatibilità con l’ordinamento internazionale<sup>29</sup>.

In questa sede, è innanzitutto doveroso ripercorrere in breve i contenuti dell’Accordo stesso e le argomentazioni spese nelle sentenze nazionali che hanno caratterizzato i diversi

---

26. Per una prima lettura critica, si vedano L. Masera, *Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità*, in *Sistema Penale*, 28 dicembre 2023; M. Savino, F.V. Virzì, *Il Protocollo tra Italia ed Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell’extraterritorialità*, cit. e E. Testi, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania e ASGI, Il Protocollo italo-albanese in materia migratoria prevede norme incerte ed illegittime*, in *Questione Giustizia*, 22 novembre 2023. In termini analoghi si è pronunciato anche il Consiglio d’Europa: cfr. CommHR(2023)37, 21 November 2023, §§51-62. Infine, a livello giudiziario, il 13 dicembre 2023 la Corte costituzionale albanese ha sospeso in via cautelare – ai sensi dell’art. 52.3 della legge 8577/2000 – la ratifica dell’Accordo: con decisione del 29 gennaio 2024, quest’ultimo è stato giudicato conforme a Costituzione.

27. Da ultimo, F. Vassallo Paleologo, *La giurisdizione riuscirà ad arginare gli attacchi dei governi allo stato di diritto?*, in [www.a-dif.org](http://www.a-dif.org), 20 dicembre 2023, il quale ha parlato di «procedure che svuotano l’effettività dei principi fondamentali» e «proposte politiche che [...] appaiono evidentemente orientate a sterilizzare il controllo giurisdizionale di legittimità sugli atti amministrativi, fino al punto di svuotare la portata residua del diritto di asilo».

28. Cfr. M. Gower, P. Butchard, C.J. McKinney, *The UK-Rwanda Migration and Economic Development Partnership*, HC Library Research Briefing, Number 9568, 6 December 2023.

29. Sulle politiche migratorie del Regno Unito, si veda *amplius* D. Camoni, E. Celoria, *Nuove norme in materia di immigrazione e asilo nel Regno Unito dopo la Brexit: applicazioni amministrative e giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 1.2023, pp. 163-205. Infine, sugli sviluppi successivi alla citata sentenza della Corte suprema, cfr. *infra*, nel testo, §3.2.

gradi di giudizio, anche in relazione agli svolgimenti futuri (invero già in corso)<sup>30</sup>. Il fulcro dell'Accordo si basava sulla creazione di un meccanismo di ricollocamento in Ruanda – considerato dal Governo britannico un Paese terzo sicuro – dei richiedenti asilo le cui domande non sarebbero state prese in considerazione nel Regno Unito qualora giudicate *prima facie* inammissibili<sup>31</sup>; tali richieste sarebbero state invece esaminate in Ruanda, in conformità con le disposizioni giuridiche del suo ordinamento, la Convenzione di Ginevra del 1951 e le regole del diritto internazionale, dando luogo all'ottenimento dello *status* di rifugiato unicamente in Ruanda, ovvero di una condizione soggettiva differente (sempre d'accordo con la legislazione ruandese).

L'intervento delle corti britanniche in sede di sindacato dell'Accordo si è snodato in varie fasi e con decisioni tra loro contrapposte. In un primo momento, la *High Court* respingeva l'esistenza di violazioni strutturali e generali nel contenuto dell'Accordo<sup>32</sup>, escludendo sia l'esistenza di una valutazione erronea – da parte del Governo britannico – circa la qualificazione del Ruanda come stato terzo sicuro, sia che le decisioni di inammissibilità e il trasferimento in Ruanda dei richiedenti asilo costituissero una sanzione illegittima *ex art.* 31.1 della Convenzione di Ginevra<sup>33</sup>. In questo modo, il giudice britannico ha mantenuto fede al principio di *self-restraint* che abitualmente ne caratterizza le pronunce giurisdizionali rispetto a determinate decisioni (considerate meri atti politici) del Governo<sup>34</sup>.

Ciononostante, con riferimento alle richieste di asilo avanzate dai singoli ricorrenti, in otto casi la *High Court* ha ritenuto che lo *Home Office* (Ministero dell'Interno) e le autorità amministrative non avevano valutato in modo corretto (sul piano materiale) e sufficientemente approfondito le specifiche circostanze volta a volta allegate, annullando le corrispondenti decisioni e rinviando agli organi deputati per una nuova valutazione.

In sede di impugnazione, tuttavia, la corte d'appello ha annullato (per due voti a uno) la decisione adottata in primo grado, dichiarando che esistevano ragioni sostanziali per ritenere che: (a) il Ruanda non poteva essere considerato un Paese terzo sicuro; (b) esistevano rischi reali di respingimento illegittimo o di violazioni dell'art. 3 CEDU; (c)

---

30. In parallelo, la questione circa la possibile illegittimità (rispetto alla normativa di diritto internazionale) dell'Accordo è stata affrontata per la prima volta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *K.N. v. the United Kingdom* (Application no. 28774/22), ECHR 197 (2022), 14.06.2022. Con provvedimento cautelare (art. 39, Regolamento della Corte), essa ha ritenuto che il ricorrente – destinato ad essere trasferito in Ruanda – non avrebbe ragionevolmente avuto diritto in quello stato ad un procedimento giusto in ordine alla valutazione circa il suo *status* di richiedente asilo e che la qualificazione dello Stato africano quale terzo Stato sicuro sollevava serie incertezze.

31. I nuovi requisiti di inammissibilità (a partire dal 20 luglio 2023) sono oggi contenuti nell'*Illegal Migration Act 2023* – sul quale *infra*, nel testo – Section 2.

32. [2022] EWHC 3230 (Admin), *AAA & Ors. v SSHD CO/2032/2022 & Ors.*

33. Secondo cui «gli Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari». Per una ricostruzione, Guy S. Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees: Nonpenalization, Detention and Protection. A paper prepared at the request of the Department of International Protection for the UNHCR Global Consultations*, October 2001.

34. Cfr. [2022] EWHC 3230 (Admin), §5: «The court is not responsible for making political, social or economic choices – for example to determine how best to respond to the challenges presented by asylum seekers seeking to cross the Channel in small boats or by other means. Those decisions, and those choices, are ones that Parliament has entrusted to ministers. The approach of ministers is a matter of legitimate public interest and debate and, in this instance, has stirred public controversy about whether the relocation of asylum seekers to a third country such as Rwanda is an appropriate response to the problems that the government has identified. But those matters are not for the court. The role of the court is only to ensure that the law is properly understood and observed, and that the rights guaranteed by Parliament are respected».

esisteva, inoltre, il rischio che le richieste di asilo non sarebbero state adeguatamente esaminate alla luce del sistema normativo previsto dall'ordinamento ruandese<sup>35</sup>.

I profili così analizzati hanno trovato infine conferma (all'unanimità) nella sentenza della corte suprema, la quale stigmatizzava altresì il metodo e merito degli argomenti impiegati in primo grado<sup>36</sup>. Con riferimento alla questione del divieto di *refoulement*<sup>37</sup>, la corte evidenzia innanzitutto come la deficiente gestione delle domande di asilo da parte delle autorità ruandesi, sulla base di un analogo accordo concluso nel 2013 con Israele<sup>38</sup>, avrebbe dovuto essere adeguatamente considerata (quale precedente) dal Governo britannico<sup>39</sup>. Inoltre, la dimostrazione che il Ruanda aveva alle spalle diverse esperienze di respingimenti illegali verso Paesi non sicuri e numerose carenze nel sistema di asilo – come dimostrato dall'UNHCR – era rilevante al fine di valutare se i richiedenti asilo trasferiti in Ruanda fossero o meno a rischio di respingimento<sup>40</sup>.

Nel merito, erano ripresi i profili critici già censurati in sede d'appello, quali la situazione generale dei diritti umani in Ruanda; l'(in)adeguatezza del sistema di asilo, compresi i casi accertati di *refoulement* e il mancato rispetto delle garanzie fornite nell'ambito dell'accordo di esternalizzazione stipulato con Israele<sup>41</sup>. Infine, in relazione a possibili violazioni dell'art. 3 CEDU, la corte suprema ha ritenuto tale questione assorbita dalla decisione già assunta in ordine al *periculum in mora* in materia di *refoulement*<sup>42</sup>. Sul punto, la dottrina non ha mancato di evidenziare – anche in una prospettiva che può essere estesa all'intero impianto argomentativo – come la sentenza si caratterizzi per alcuni silenzi "strategici": in questo senso, ad esempio, la corte suprema ha abilmente eluso di pronunciarsi circa l'eventuale esistenza di un obbligo di valutare le richieste di asilo secondo le norme e la giurisdizione dello stato di arrivo, nonché a proposito della rilevanza dell'obbligo di non penalizzazione (art. 31.1, Convenzione di Ginevra) o del principio di non discriminazione (artt. 3, Convenzione di Ginevra e 14 CEDU)<sup>43</sup>.

In definitiva, l'impressione (provvisoria) che se ne ricava è che, sebbene questo specifico Accordo sia stato dichiarato illegale – quale MoU di esternalizzazione del diritto di asilo con il Ruanda – esso abbia ancora il potenziale per diventare conforme alla legge in via sopravvenuta (anche con lo stesso stato), se i rischi di respingimento indicati puntualmente

35. [2023] EWCA Civ 745, §109. *Contra*, l'opinione dissenziente del *Lord Chief Justice* (Lord Burnett of Maldon), il quale contesta in particolare (cfr. §§494-517) l'esistenza di un «real risk of *refoulement*».

36. Cfr. [2023] UKSC 42, §50.

37. Definito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, ove si afferma che «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

38. *Ivi*, §96: «There is no dispute that persons who were relocated under the agreement suffered serious breaches of their rights under the Refugee Convention. UNHCR found that asylum seekers who arrived in Rwanda under the arrangement were routinely moved clandestinely to Uganda [...] In three cases, *refoulement* to Eritrea (via Kenya) had only been prevented by UNHCR's intervention. The Rwandan government's response to this evidence lacked substance. It merely said that Rwanda had entered into other transfer arrangements for the international protection of refugees that differed from the Israel/Rwanda scheme».

39. *Ivi*, §100: «Its apparent failure to fulfil that undertaking is relevant to an assessment of the risk of *refoulement* under the arrangements entered into with the government of the United Kingdom».

40. *Ivi*, §§60-63.

41. *Ivi*, §74.

42. *Ivi* §106.

43. Cfr. C. Briddick, C. Costello, *Supreme Judgcraft*, in *Verfassungsblog.de*, 20 November 2023.

nella sentenza dovessero essere eliminati in futuro sulla base di una diversa normativa<sup>44</sup> alla quale, peraltro, il Governo ha iniziato a lavorare in modo urgente nelle more di un'eventuale pronuncia avversa della corte suprema<sup>45</sup>.

*Medio tempore*, non si deve dimenticare che il 20 luglio 2023 è stato promulgato l'*Illegal Migration Act 2023*<sup>46</sup>, il quale dilata ulteriormente i poteri dello *Home Secretary* nel contrasto all'immigrazione irregolare e restringe in modo significativo le libertà fondamentali dei migranti e la loro possibilità di richiedere asilo. In particolare, è previsto che lo *Home Secretary* sottoscriva accordi per l'espulsione di tutti coloro che: (i) siano entrati illegalmente nel Regno Unito dopo il 7 marzo 2023; (ii) non abbiano il diritto di rimanervi e (iii) non provengano direttamente da un luogo in cui temono di subire persecuzioni. Tale disciplina deve trovare applicazione indipendentemente dal fatto che la persona abbia o meno hanno presentato un ricorso (anche in sede giudiziaria) contestando la decisione di rimozione<sup>47</sup>.

In parallelo, è stabilito che, qualora tale persona sia sottoposta ad un regime detentivo in territorio britannico, per i primi ventotto giorni essa non avrà alcun diritto alla corrispondente richiesta di cauzione (*immigration bail*) o alla possibilità di impugnare il provvedimento limitativo della propria libertà personale in sede giurisdizionale<sup>48</sup>. La restrittività delle limitazioni così imposte ai richiedenti asilo è di tale grado che l'UNHCR ha parlato di un vero e proprio "divieto di asilo" (*asylum ban*), in chiaro contrasto con le garanzie minime fornite dal diritto internazionale<sup>49</sup>.

### 3.1. *La decisione della Supreme Court e le peculiarità del costituzionalismo britannico nel rapporto giudici-legislatori*

A margine dei contenuti dell'Accordo, il caso qui analizzato dimostra in modo plastico come il vero *elephant in the room* sia rappresentato da una mai celata insofferenza politica per il ruolo dei giudici rispetto alle decisioni del Governo<sup>50</sup>, come rivelato dall'introduzione

---

44. Tale lettura restrittiva è stata comunque criticata in dottrina, poiché la Corte suprema ha «avuto il pregio di riaffermare la centralità del ruolo del giudice e di evidenziare i limiti attuali del sistema ruandese, ma ha perso un'occasione per stabilire, anche sfruttando quel margine di creatività giuridica di cui dispone il giudice nei sistemi di *common law*, che non è possibile trasferire all'estero chi si trova già sul suolo di un altro paese dichiarandosi come rifugiato, senza violare i suoi diritti fondamentali» (A. Pasquero, *La Corte suprema britannica blocca (per ora) il trasferimento di richiedenti asilo in Ruanda*, in *Sistema Penale*, 14 dicembre 2023).

45. In questo senso, «the UKSC, like the Court of Appeal and the High Court, did not find the policy of removing asylum-seekers to a third country for their claims to be processed unlawful, only that *Rwanda* is not currently a safe country to do so» (A. Donald, J. Grogan, *Defeat in the Supreme Court*, in *Verfassungsblog.de*, 17 November 2023). Sui contenuti del nuovo Trattato, cfr. *infra*, nel testo, §3.2.

46. Cfr. M. Gower, C.J. McKinney, J. Dawson, D. Foster, *Illegal Migration Bill 2022-23*, HC Library Briefing Paper, Number CBP-9747, 10 March 2023.

47. Art. 5(1).

48. Art. 13.3(b): «A person who is being detained [...] must not be granted immigration bail by the First-tier Tribunal until after the end of the period of 28 days beginning with the date on which the person's detention [...] began» e art. 13(4): «the supervisory jurisdiction does not extend to, and no application or petition for judicial review may be made or brought in relation to, the decision».

49. Cfr. *UNHCR legal observations on the Illegal Migration Bill*, 02 May 2023 (Updated), *passim*.

50. In termini generali, A. De Luca, *Enemies of the people o custodi della rule of law? Recenti sviluppi nei rapporti fra potere esecutivo e corti in Inghilterra*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 32.2022, pp. 405 ss.

progressiva di specifiche *ouster clauses*<sup>51</sup> dirette a limitarne (quando non direttamente ad impedirne) il potere di sindacato<sup>52</sup>. Tale approccio si spiega soprattutto alla luce delle specificità del *British constitutionalism* e del loro modo di intendere la separazione tra poteri – in particolare, tra legislativo e giudiziario – in modo assai netto<sup>53</sup>.

In questo senso, tale “reazione” politica – nella quale si contrappongono la forza (ritenuta prevalente) della sovranità parlamentare, espressione della volontà popolare e la funzione “garantista” degli organi giudiziari<sup>54</sup>, considerata recessiva, in quanto prodotto di un *unelected body* – trova un duplice fondamento ideale: da un lato, in relazione all’applicazione del diritto interno, il restringimento di questi confini (soprattutto a seguito della sentenza *Miller II* (o *Miller/Cherry*) della Corte suprema)<sup>55</sup> è stato implementato nel *Judicial Review and Courts Act 2022*<sup>56</sup>; dall’altro, non deve essere neppure trascurato il tentativo, sempre latente, di limitare l’influenza delle decisioni della Corte EDU sull’ordinamento britannico (“filtrate” nel Regno Unito attraverso lo *Human Rights Act-HRA* del 1998)<sup>57</sup>, come dimostrato dalla presentazione presso la Camera dei Comuni di un apposito *Bill of Rights Bill* (22 giugno 2022)<sup>58</sup> e, in relazione alla specifica questione migratoria, del *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill* (7 dicembre 2023).

---

51. «An ouster clause is a clause in legislation which seeks to deny, or ‘oust’, the courts’ supervisory jurisdiction over the exercise of public power. This means that the subject matter of the ouster clause cannot be challenged in the courts» (Joint Committee on Human Rights, *Legislative Scrutiny: Judicial Review and Courts Bill*, published 7 December 2021, §42). Per A. Butelli, “Rwanda policy” e UK Supreme Court: riflessioni sparse sul ruolo del potere giudiziario nel Regno Unito alla luce dei recenti avvenimenti, in *Questione Giustizia*, 23 dicembre 2023, p. 6, «gli attacchi al potere giudiziario rappresentano ormai una costante sistematica nel meccanismo istituzionale del Regno Unito, in cui la vicenda della “Rwanda policy” costituisce soltanto la manifestazione più recente».

52. Del resto, lo stesso Governo ha dichiarato (HM Government, *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill 2023: legal position*, 11 December 2023, p. 2) che l’obiettivo del combinato disposto delle diverse leggi applicabili (*Illegal Migration Act*, *Rwanda Treaty* e *Safety of Rwanda Bill*, sulle quali *infra*, §3.2) «is to preclude almost all grounds for individual challenge that could be used to suspend or frustrate removal».

53. Cfr. *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Fire Brigades Union*, [1995] UKHL 3 (05 April 1995), p. 26 (Lord Mustill): «It is a feature of the peculiarly British conception of the separation of powers that Parliament, the executive and the courts each have their distinct and largely exclusive domain. Parliament has a legally unchallengeable right to make whatever laws it thinks right. The executive carries on the administration of the country in accordance with the powers conferred on it by law. The courts interpret the laws, and see that they are obeyed».

54. Cfr. PM remarks on Supreme Court Judgement, 15 November 2023.

55. Cfr. 2019 UKSC 41. Come è noto, a fronte di una sospensione dell’attività della *House of Commons* di cinque settimane – nel mezzo delle turbolenze parlamentari per l’approvazione dell’Accordo di recesso del Regno Unito dall’UE – molto più lunga rispetto al termine abituale, la Corte suprema dichiarò all’unanimità che il potere di *prorogation* era “giustiziabile” e che il suo esercizio (*rectius*, l’*advice* del Primo Ministro al Sovrano) doveva considerarsi illegittimo, poiché «ha[d] the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive» ([2019] UKSC 41, §50).

56. G. Cowie, J. Dawson, C. Fairbairn, D. Ferguson, S. Lipscombe, *Judicial Review and Courts Bill 2021-22*, HC Library Briefing Paper, Number 09253, 12 October 2021.

57. «[I]n a manner which subordinates Convention rights to constitutional principle and democratic tradition» (K.D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, in *Modern Law Review*, n. 62(1).1999, p. 98). Si tratta quindi di preservare «la tradizionale configurazione del ruolo del giudiziario [...] mediante l’intervento, stimolato ma pur sempre, almeno formalmente, discrezionale, del Parlamento e soprattutto del Governo» (G.F. Ferrari, *La Convenzione europea e la sua “incorporation” nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, n. I, p. 132).

58. In particolare, con riferimento alla rilevanza nazionale delle misure cautelari della Corte di Strasburgo, era previsto che «for the purposes of determining the rights and obligations under domestic law of a public authority or any other person, no account is to be taken of any interim measure issued by the European Court of Human Rights» (art. 24(1))

La stringente attualità dell'*iter* per la sottoscrizione di un nuovo Trattato con il Ruanda rinforza ulteriormente l'impressione circa la posizione assai belligerante assunta dal potere esecutivo nei confronti di quello giudiziario (nazionale ed europeo)<sup>59</sup>, in una vocazione sempre più restrittiva delle prerogative di quest'ultimo che rischia di ripercuotersi in modo negativo – nonché contrario ai minimi standard internazionali – sulla imprescindibile tutela dei diritti fondamentali.

Se è vero che, soprattutto alla luce delle peculiarità britanniche, si tratta di «tenere in equilibrio le ragioni, da un lato, della superiore razionalità della *iuris-dictio* delle Corti supreme o costituzionali, e, dall'altro, le permanenti, fortissime ragioni democratiche della *legis-latio*»<sup>60</sup>, in questo caso l'azione politica del Governo sembra essersi spinta ben oltre. Si tenga comunque presente che, in forza di un *obiter dictum* enunciato dalla Corte suprema nella sentenza sul *MoU*, il principio di *non-refoulement* è comunque vincolante – al di là di ogni possibile riforma – in quanto norma di diritto internazionale consuetudinario, «binding upon all states in international law, regardless of whether they are party to any treaties which give it effect»<sup>61</sup>. Il riferimento a tale profilo giuridico non pare affatto casuale e sembra rappresentare un avvertimento *pro futuro* rispetto a qualsiasi legislazione britannica che possa limitare i poteri dei giudici nazionali e/o europei o modificare il quadro normativo interno in senso ulteriormente restrittivo<sup>62</sup>.

### 3.2. *Il seguito della sentenza, nella risposta dei poteri politici e nel rapporto tra questi e il potere giudiziario*

Il 5 dicembre 2023 il Regno Unito ha sottoscritto – in risposta alla sentenza della Corte suprema – un nuovo Accordo di esternalizzazione con il Ruanda<sup>63</sup>. In attesa della conclusione del procedimento di ratifica ai sensi del *Constitutional Reform and Governance Act 2010* (CRAG), è possibile sottolineare in breve alcune differenze rispetto al *MoU* del 2022.

A livello strutturale, l'Accordo assume la veste formale di un tipico Trattato di diritto internazionale, in tal modo superando le criticità ed ambiguità circa la vincolatività del *MoU* e la corrispondente assenza di controllo parlamentare. Nel merito, l'art. 3 del Trattato specifica che i diritti delle persone ricollocate si applicano «regardless of their nationality, and without discrimination». Detta precisazione – assente nel *MoU* – non è casuale e sembra rispondere alle critiche contenute nella sentenza della Corte suprema, laddove si fa

---

e che «the Court may not have regard to any interim measure issued by the European Court of Human Rights» (art. 24(3)). Il progetto di legge è stato ritirato dal Governo il 27 giugno 2023. In dottrina, S. Gianello, *Il Bill of Rights (bill): la ratio di un progetto di riforma controverso*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 26.2022, pp. 32-56; B. Barbisan, *Il nuovo British Bill of Rights e la public ownership dei diritti nel Regno Unito*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3.2022, pp. 791-825.

59. In questo senso, si vedano le parole della *Home Secretary* Suella Braverman all'indomani della sua rimozione dalla carica (14 novembre 2023), la quale ha insistito sulla necessità di «exclude the operation of the European convention on human rights, Human Rights Act and other international law that had thus far obstructed progress on this issue».

60. N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 3.2017, p. 16.

61. [2023] UKSC 42, §25.

62. Cfr. D. Owen, *Magical Thinking and Obsessive Desires*, in [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de), 19 November 2023: «the court mak[es] clear that it would understand itself to be required to make a ruling on this matter [...] Because legal challenges to this course of action are virtually guaranteed».

63. Cfr. Home Office, *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership to strengthen shared international commitments on the protection of refugees and migrants*.

riferimento (sulla base delle indicazioni dell'UNHCR) a modalità di respingimento senza eccezioni, da parte del Ruanda, dei richiedenti asilo procedenti da Afghanistan, Siria e Yemen<sup>64</sup>.

Inoltre, mentre l'art. 10(4) *MoU* prevedeva che le persone a cui era stato rifiutato l'asilo in Ruanda potessero essere allontanate «to a country in which they have a right to reside», l'art. 10 del Trattato lo esclude esplicitamente, stabilendo che a chiunque non abbia i requisiti per chiedere asilo sarà garantita una regolarizzazione della sua situazione personale «so as to ensure a right to remain in Rwanda in the form of a permanent residence permit».

In relazione alle possibilità di ritorno presso il Regno Unito, d'accordo con l'art. 11(1) del Trattato esso può ora chiedere che una persona sia riportata indietro per qualsiasi motivo, superando lo schema precedente, in forza del quale le persone ricollocate potevano essere riportate indietro dal Ruanda «should the United Kingdom be legally obliged to facilitate that person's return»<sup>65</sup>.

Con riferimento alla valutazione delle domande di asilo e dei corrispondenti ricorsi, il Trattato configura un sistema a due livelli, con una prima fase di carattere amministrativo – incardinata presso un *First Instance Body*<sup>66</sup> – e una seconda di natura giurisdizionale dinanzi ad un *Appeal Body*<sup>67</sup>. In quest'ultima fase, è prevista una doppia Presidenza della Corte corrispondente (da parte di un giudice ruandese e di uno proveniente da uno stato del Commonwealth, per i primi cinque anni), una composizione giudiziaria mista e la necessità di consultare – per i primi dodici mesi di funzionamento – esperti indipendenti in materia di diritto migratorio e asilo.

Sempre sul piano istituzionale, i poteri del *Monitoring Committee* (composto da soggetti indipendenti) sono stati ampliati, essendo questo chiamato a svolgere attività di monitoraggio dell'intero procedimento di ricollocamento, riferendo allo *Joint Committee* e potendo anche pubblicare i *Report* delle ispezioni compiute (il che, ad esempio, non è consentito all'ispettorato dell'immigrazione del Regno Unito da parte dello *Home Secretary*). Infine, è prevista l'istituzione di un sistema di reclami «of alleged failures to comply with the obligations in this Agreement (including as to the treatment of a Relocated Individual)»<sup>68</sup>. Per quanto riguarda la risoluzione di controversie sull'applicazione del Trattato, accanto al meccanismo di risoluzione politica in seno allo *Joint Committee* è previsto (in caso di esito negativo) il ricorso allo strumento arbitrale.

In parallelo alla sottoscrizione del Trattato, il 7 dicembre 2023 è stato presentato dallo *Home Secretary* presso la Camera dei Comuni il *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill*. A titolo di premessa, è indicativo il fatto che, in ordine al giudizio della sua compatibilità rispetto alla CEDU, lo *Home Secretary* non abbia dato risposta positiva, ricorrendo invece alla formula dubitativa dell'art. 19(1)(b) HRA 1998<sup>69</sup>.

Nel merito, l'art. 2.1 introduce innanzitutto una presunzione legislativa e di fatto in forza della quale il Ruanda deve essere considerato «a safe country»; tale presunzione di Paese

64. [2023] UKSC 42, §85.

65. Art. 11, *MoU*.

66. Art. 3.

67. Art. 4.

68. Art. 15.9.

69. Cfr. art. 19: «A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill— (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill».

sicuro<sup>70</sup> deve intendersi *iuris et de iure*, essendo espressamente vietato alle Corti britanniche di valutare qualsiasi ricorso o impugnazione contro decisioni del Segretario di Stato per l'immigrazione «relating to the removal of a person to the Republic of Rwanda to the extent that the review or appeal is brought on the grounds that the Republic of Rwanda is not a safe country»<sup>71</sup>. Quest'ultimo aspetto è particolarmente controverso in ordine alla sua stessa adottabilità e non da escludersi che possa essere sottoposto a controllo giurisdizionale, se è vero che «it is ultimately for the courts, not the legislature, to determine the limits set by the rule of law to the power to exclude review»<sup>72</sup>.

Sul punto, inoltre, la critica in sede parlamentare è stata duplice, sia in relazione al profilo strettamente fattuale (l'identificazione del Ruanda come Paese sicuro)<sup>73</sup>, sia rispetto all'impossibilità di far valere una presunzione contraria in sede giurisdizionale<sup>74</sup>. In particolare, deve essere menzionata una strenua (ed inedita) opposizione a tale legislazione da parte della Camera dei Lord mediante una batteria di emendamenti approvati il 20 marzo 2024, tra i quali la richiesta al Governo «to have “due regard” to domestic and international law» e quello secondo cui il Ruanda «will be a safe country when the arrangements provided for in the Rwanda Treaty have been fully implemented and for so long as they continue to be so»<sup>75</sup>.

Infine, assai articolato è il sistema di *ouster clauses* rispetto all'applicazione della CEDU (via HRA 1998) ed al corrispondente ruolo della Corte EDU. Nel primo caso, l'applicazione della legge in esame (nonché del Trattato) è ritenuta sempre prevalente rispetto allo HRA, da intendersi disapplicato in relazione alle esigenze di considerare – nell'implementazione del diritto britannico – la giurisprudenza convenzionale (art. 2: *interpretation of Convention rights*) e di interpretare in senso convenzionalmente orientato le disposizioni nazionali (art. 3: *interpretation of legislation*)<sup>76</sup>.

Con riferimento al secondo profilo, il progetto di legge esclude – “memore” della prima sospensione del *MoU* a Strasburgo, ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della corte (14 giugno 2022) – l'applicabilità delle decisioni cautelari adottate dalla Corte EDU da parte dei giudici, lasciando invece uno spiraglio di discrezionalità circa il loro seguito al Ministro competente.

In ogni caso, per un verso rimane ferma nel nuovo Trattato l'impostazione di fondo del *MoU*, basata su una problematica «strategia di esternalizzazione, che delega la responsabilità

70. Già applicata, a livello europeo, dall'art. 59(3) dell'*Illegal Migration Act 2023*.

71. Art. 2.3.

72. *R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal*, [2019] UKSC 22 (Lord Carnwath), §131.

73. Cfr. Lord Clarke (Lords Hansard, HL Deb 4 March 2024, vol 836, c1332: «I cannot recall a precedent in my time where a Government of any complexion has produced a Bill which asserts a matter of fact-facts to be fact. It then goes on to say that it should be regarded legally as a fact interminably, until and unless the Bill is changed, and that no court should even consider any question of the facts being otherwise») e Lord Goldsmith (Lords Hansard, HL Deb 22 January 2024, vol 835, c600: «it would be constitutionally inappropriate for Parliament to seek through statute to overturn findings of fact by the Supreme Court; I underline findings of fact because that is what the Supreme Court did»).

74. House of Commons House of Lords Joint Committee on Human Rights, *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill*, Second Report of Session 2023–24 Report, HC 435 HL 62, 12 February 2024, p. 23, §79: «by denying access to a court to challenge the safety of Rwanda the Bill is not compatible with the UK's international obligations, most obviously Article 13 ECHR – the right to an effective remedy».

75. Lords Hansard, HL Deb 20 March 2024, vol 837, cc212 and 225.

76. Sulla possibile “reazione” delle Corti rispetto alle indicate *ouster clauses*, cfr. P. Butchard, J. Dawson, C.J. McKinney, *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill: legal commentary*, Research Briefing Number 9931, 12 January 2024, §3.2 (How would the courts respond to the ousters in the bill?), p. 13 ss.

sulle domande di asilo alle autorità del Paese terzo ospitante»<sup>77</sup>; per l'altro, l'ampio articolato normativo e di rassicurazioni formali circa il rispetto di tutte le garanzie (sostanziali e procedurali) da parte del Ruanda non sembra essere a questo fine sufficiente, se è vero che «assurances in themselves are not proof of Rwanda's current ability to fulfil them»<sup>78</sup>.

Finalmente, il 22 aprile 2024 – dopo cinque turni di *ping-pong* parlamentare, nei quali la Camera dei Lord si è contrapposta in modo pugnace a quella dei Comuni<sup>79</sup>, a suon di emendamenti volta a volta respinti dalla seconda – il *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill* è stato approvato in via definitiva: in particolare, a seguito della mancata accettazione di un ultimo emendamento dei Lord che subordinava la condizione di *safe country* del Ruanda ad una dichiarazione del Segretario di Stato dopo aver consultato il *Monitoring Committee*, la Camera Alta ha onorevolmente deciso di alzare bandiera bianca – riconoscendo la primazia della volontà contraria della Camera elettiva – e non bloccare a tempo indefinito l'adozione della legge<sup>80</sup>. La promulgazione finale è intervenuta il 25 aprile 2024.

#### 4. La controversa disciplina australiana del sistema di immigrazione e asilo, tra legislatore e giudice

Sebbene non sia stato il primo Paese ad applicare politiche di esternalizzazione<sup>81</sup>, l'Australia, può certamente essere eletta tra i principali e storici promotori di questo approccio. Questa posizione le ha attirato critiche e contestazioni da più parti: numerose sono state le violazioni del diritto internazionale e dei diritti umani, le contraddizioni e i limiti, anche a livello di costi ed efficacia nella *governance*, che queste politiche hanno generato. Al tempo stesso, tuttavia, le politiche di esternalizzazione australiane hanno guadagnato anche supporto e adesione. In tal senso, come si potrà osservare, sono evidenti i rimandi tra la politica dell'asilo australiana e quella intrapresa, tra gli altri, dal Regno Unito, sia nei discorsi che negli strumenti giuridici adottati<sup>82</sup>.

Il contesto in cui interviene la sentenza dell'8 novembre 2023 della Corte suprema australiana sembra riflettere questo paradosso, che da tempo si ripropone identico, in una sorta di “coazione a ripetere”. Questa, e altre sentenze in precedenza, hanno tentato di porre

77. M. Savino, F.V. Virzi, *Il Protocollo tra Italia ed Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità*, cit., p. 4.

78. International Agreements Committee, *Scrutiny of international agreements: UK– Rwanda Agreement on an Asylum Partnership*, HL Paper 43, 17 January 2024, §17. Sulla scia di tale critica, il 22 gennaio 2024 la *House of Lords* ha approvato una mozione secondo cui «His Majesty's Government should not ratify the UK-Rwanda Agreement on an Asylum Partnership until the protections it provides have been fully implemented, since Parliament is being asked to make a judgement, based on the Agreement, about whether Rwanda is safe».

79. Tale “resistenza” ha trovato fondamento anche nella inapplicabilità della *Salisbury-Addison Convention*, per la quale la Camera dei Lord non si oppone all'approvazione del programma legislativo contenuto nel *Manifesto* del partito di Governo in seconda e terza lettura: infatti, la legislazione sul Ruanda non era contenuta nel *Conservative Manifesto* del 2019.

80. Nelle parole di Lord Anderson of Ipswich (autore dell'emendamento), «time has now come to acknowledge the primacy of the elected House and to withdraw from the fray» (Lords Hansard, HL Deb 22 April 2024, vol 837, c1359).

81. Ben prima che in Australia, è possibile osservare negli Stati Uniti l'applicazione di misure quali la determinazione dello *status* di rifugiato fuori dai confini nazionali e l'automatica imposizione di lunghi periodi di detenzione ai richiedenti asilo (cfr. D. Ghezelbash, *Refugee Lost. Asylum Law in an Interdependent World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018).

82. Per una approfondita esplorazione di queste similitudini si veda M. Matera, T. Tubakovic, P. Murray, *Is Australia a Model for the UK? A Critical Assessment of Parallels of Cruelty in Refugee Externalization Policies*, in *Journal of refugee studies*, n. 36(2).2023, pp. 271-293.

rimedio ai numerosi i profili di illegittimità contestati alla politica delle esternalizzazioni australiana. Tra questi, in particolare, spicca la creazione di un *legal limbo*, ovvero di un regime di eccezione permanente in cui i basilari principi democratici, quale quello di legalità, non trovano applicazione per i richiedenti asilo e i rifugiati arrivati via mare. Questi interventi giudiziari, tuttavia, non hanno trovato seguito. Le misure che disciplinano la politica dell'asilo australiana, nel corso del tempo, sono state limare e aggiustate, ma senza che un vero cambiamento di paradigma sia mai stato apportato.

Al fine di comprendere le ragioni e le radici di queste contraddizioni, che accomunano l'esperienza australiana e quella britannica (e non solo), è necessario ripercorrere le tappe principali che hanno contrassegnato il tumultuoso rapporto giudici-legislatori sullo sfondo della disciplina australiana dell'immigrazione<sup>83</sup>.

Quest'analisi procederà a ritroso, partendo dalla recente sentenza della *High Court* del 28 novembre del 2023<sup>84</sup>. Il ricorrente è un apolide Rohingya proveniente da Myanmar e arrivato in Australia via mare nel settembre 2012. All'esito di una condanna a 5 anni di prigione, nel 2015, il suo visto temporaneo (*bridging visa*) gli viene ritirato<sup>85</sup> e, al suo rilascio, è trasferito in un Centro di detenzione per il sospetto di essere un «unlawful non-citizen»<sup>86</sup>. In base alla disciplina australiana, la detenzione correlata alla migrazione dura fino a che non si verifica una delle circostanze individuate nell'art. 196 del *Migration Act*, quali il rilascio di un visto oppure l'espulsione dall'Australia. Il ricorrente nel 2017 fa domanda per ottenere un visto di protezione. Pur riconoscendo il suo *status* di rifugiato e gli obblighi di protezione che da ciò derivano in capo all'Australia, nel 2020 il ricorrente riceve una decisione di diniego del rilascio del visto, in ragione della sua pericolosità per la società australiana<sup>87</sup>. La decisione è considerata legittima sia dal Tribunale amministrativo regionale che dal Tribunale federale competente per la revisione.

Il ricorrente decide così di rivolgersi alla *High Court* contestando la legittimità della sua detenzione, e la sua contrarietà sia con le norme poste a tutela dei rifugiati sancite dal *Migration Act*, sia con la Costituzione australiana che, nel capitolo III, attribuisce alle Corti il potere esclusivo di decidere e applicare una misura punitiva. Quest'ultima linea argomentativa, sostenuta anche dall'*Australian Human Rights Commission*, dallo *Human Rights Law Centre* e dal *Kaldor Centre for International Refugee Law*, ammessi come *amici curiae*, trova accoglimento nella decisione della Corte. La costante situazione di pericolo a Myanmar impedisce, infatti, qualsiasi prospettiva di rimpatrio mentre la possibilità di ottenere un titolo a rimanere nel territorio australiano è ugualmente esclusa, alla luce della condanna inflitta al ricorrente per il reato perpetrato. Pure le possibilità concrete di reinsediamento in un Paese terzo sono remote. L'assenza di opzioni praticabili in un «reasonably foreseeable future»<sup>88</sup> impedisce che la condizione di detenzione imposta al ricorrente dal *Migration Act* possa essere rimossa, violando i limiti costituzionali che presidiano la libertà personale di fronte al potere pubblico. La *High Court*, così, ribalta un

83. Per una costruzione storica di questi rapporti, S. Kneebone, *The Australian Story: Asylum Seekers Outside the Law*, in S. Kneebone (a cura di), *Refugees, Asylum Seekers and The Rule of Law: Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

84. [2023] HCA 37.

85. Section 116(1)(g) Migration Act 1958 ("the Act"); Reg 2.43(1)(p)(ii), Migration Regulations 1994.

86. Section 189(1), Migration Act.

87. Sections 36(2)(a) e 36(2C), Migration Act.

88. [2023] HCA 37, *passim*. La Corte afferma come le espressioni di *practicability* e *reasonably foreseeable future* «are essential to anchoring the expression of the constitutional limitation in factual reality» ([2023] HCA 37, §57).

proprio precedente<sup>89</sup>, giustificando l'*overruling* con l'«evolving understanding of the Constitution»<sup>90</sup>. In conseguenza di ciò, la Corte disapplica gli articoli 189(1) e 196(1) del Migration Act<sup>91</sup>, e dichiara l'illegittimità della detenzione del ricorrente che risulta ormai priva di una valida base legislativa, come richiesto dal principio di legalità.

In risposta alla sentenza il Governo approva una serie di emendamenti al *Migration Act* con l'esplicito obiettivo «to keep the community safe, and to strengthen relevant migration laws to respond to the decision in *NZYQ*»<sup>92</sup>. Per gli stranieri che rientrano nel *target* definito dalla *High Court* è introdotto un nuovo visto temporaneo (*bridging visa*) che impone una serie di condizioni, quali l'obbligo di rimanere nel proprio domicilio tra le 10 di sera e le 6 del mattino, pesanti limitazioni del diritto al lavoro, il cui accesso è subordinato alla previa autorizzazione del Ministro dell'immigrazione, la comunicazione delle proprie condizioni finanziarie, la sottoposizione ad un monitoraggio costante attraverso braccialetti elettronici. Peraltro, attraverso l'introduzione di nuove previsioni in materia penale, l'infrazione di queste misure integra automaticamente un reato. Le numerose criticità in punto di tutela dei diritti umani che queste disposizioni sollevano, subito denunciate, già durante il procedimento legislativo, dalla Commissione parlamentare sui diritti umani<sup>93</sup>, hanno rappresentato la base per un nuovo ricorso dinanzi alla *High Court*.

Il Governo laburista presieduto da Anthony Albanese, inoltre, ha annunciato una nuova legge, costruita sulla falsariga della normativa contro il terrorismo approvata dal Governo precedente, ora all'opposizione. Il modello utilizzato non serve solo ad assicurare un ampio supporto in Parlamento, ma anche a blindare la nuova legge contro possibili nuove censure di costituzionalità. La legge intende assicurare la possibilità di ottenere dal giudice un *continuing detention order* qualora un individuo appena rilasciato presenti un «unacceptable risk of reoffending». D'altra parte, la stessa *High Court* nella sentenza del 28 novembre 2023 precisa che la sua decisione non impedisce che il ricorrente possa essere detenuto sulla base di altre basi legislative «such as under a law providing for preventative detention of a child sex offender who presents an unacceptable risk of reoffending if released from custody».

Quella del *Judicial power of Commonwealth* (tra le parole chiave della sentenza) e, dunque, della definizione dei confini tra potere politico e giudiziario nella *governance* dell'immigrazione, si presenta come una questione costituzionale estremamente sensibile e cruciale. Essa traccia un filo rosso che, dagli inizi del XXI secolo, infiamma la storia della gestione dell'immigrazione in Australia, attraverso un susseguirsi di narrazioni politiche, interventi legislativi e revisioni giudiziali, i cui snodi principali ci si appresta ad illustrare, sulla base di una periodizzazione in tre fasi principali. Questo passaggio è necessario non solo per offrire un quadro completo delle dinamiche che caratterizzano il rapporto giudici-

---

89. *Al-Kateb v Godwin*, (2004) 219 CLR 562. Qui la Corte con una maggioranza risicata di 4 a 3 giudici affermò che ss 189(1) e 196(1) sono costituzionalmente conformi. La sentenza ha così legittimato la detenzione degli stranieri privi di titolo a rimanere sul territorio australiano.

90. [2023] HCA 37, §35.

91. Si richiama nello specifico la Section 3A, Migration Act.

92. Migration Amendment (Bridging Visa Conditions) Bill 2023, *Memorandum of explanation*: [https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/Bills\\_Search\\_Results/Result?bId=r7114](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r7114).

93. [Report 1 of 2024.pdf \(aph.gov.au\)](#). La lista dei diritti umani violati dalle disposizioni della nuova legge è lunghissimo e ricomprende anche il principio di proporzionalità e quello di legalità. Come statuito dalla Commissione, p. 61, «it has not been demonstrated that the imposition of this condition satisfies the “quality of law” test, which requires that any measures which interfere with human rights must be sufficiently certain and accessible, such that people understand the legal consequences of their actions or the circumstances under which authorities may restrict the exercise of their rights».

legislatore sullo sfondo delle politiche migratorie in Australia, ma anche per preparare il terreno alla successiva analisi comparata sulle misure sostanziali, le strategie procedurali e i discorsi messi in campo dagli attori interessati.

#### 4.1. La “Pacific Solution”

I meccanismi che contraddistinguono il sistema australiano di esternalizzazione delle frontiere vengono sperimentati per la prima volta nel 2001<sup>94</sup>, in un clima pre-elettorale fortemente segnato dal “caso Tampa”<sup>95</sup>, dal crescente avanzare del partito populista di estrema destra *One Nation* di Pauline Hanson<sup>96</sup>, e dal conseguente contesto di *near hysteria* creatosi attorno alla questione dei richiedenti asilo. Viene così approvato dal Governo australiano un pacchetto di leggi note come *Pacific solution*<sup>97</sup>, che inaugurano due principali strategie: l’espunzione di parti del territorio australiano, solo ed esclusivamente ai fini dell’applicazione delle politiche migratorie, così da consentire l’adozione di un regime speciale, e il trasferimento degli stranieri intercettati in Australia senza un regolare visto in altri Paesi perché lì venga esaminata la loro domanda d’asilo.

Alcuni porti e isole al nord dell’Australia, tra cui l’isola di Natale, vengono contrassegnati come *excised offshore places*<sup>98</sup> e i richiedenti asilo che approdano in questi luoghi come *offshore entry person* (OEP). Questa denominazione sottende uno *status* giuridico *ad hoc*, che esclude, per gli OEP, la possibilità di presentare domanda per ottenere una *protection visa*<sup>99</sup>

94. Ovviamente le prime misure di controllo delle frontiere, in Australia, sono decisamente più antiche. Esse sono state introdotte ancora prima che si costituisse la federazione australiana, per poi intensificarsi dopo la fine della guerra fredda. Per ulteriori dettagli si veda R. Zaiotti, *Mapping Remote Control: The Externalization of Migration Management in the 21st Century* in R. Zaiotti (a cura di), *Externalizing Migration Management: Europe, North America and the Spread of “Remote Control” Practices*, New York, Routledge, 2016, p. 3.

95. Nell’agosto del 2001, il capitano di un mercantile norvegese (MV Tampa) che soccorse 433 richiedenti asilo vicino alle coste della “Christmas Island” si scontrò con il netto rifiuto dello Stato australiano di far attraccare la nave intimando di portare i passeggeri soccorsi in Indonesia. Dopo cinque giorni di stallo, il 29 agosto la nave Tampa entra nelle acque territoriali australiane, decisa ad attraccare anche in ragione delle condizioni di salute di alcuni dei richiedenti asilo a bordo. Le autorità australiane chiusero i porti dell’isola di Natale e inviarono delle truppe aeree speciali per impedire l’ormeggio nel suo territorio. La vicenda si chiuse solo a seguito di un accordo con i governi della Nuova Zelanda e di Nauru che dichiararono la propria disponibilità ad accogliere i richiedenti asilo e a processare le loro domande nel proprio territorio. M. Fornari, *Soccorso di profughi in mare e diritto di asilo: questioni di diritto internazionale sollevate dalla vicenda della nave Tampa*, in *Comunità internazionale*, 2002, p. 61 ss.

96. B. Grant, T. Moore, T. Lynch (a cura di), *The Rise of Right-Populism: Pauline Hanson’s One Nation and Australian Politics*, Berlin, Springer, 2018.

97. Border Protection (Validation and Enforcement Powers) Act 2001; Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act 2001; Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act 2001; Migration Legislation Amendment Act (No. 1) 2001; Migration Legislation Amendment (No. 5) 2001; Migration Legislation Amendment Act (No. 6) 2001.

98. Con un’ulteriore disposizione, poi, il Governo Howard introduce la possibilità di creare nuove *excised offshore places* che, nel tempo, sono arrivate a ricomprendere più di 4891 piccole isole. Si tratta nello specifico del Migration Amendment Regulations (No. 6) 2005, che include tra gli *excised offshore places* «all islands that form part of Queensland and are north of latitude 21 degrees south; and all islands that form part of Western Australia and are north of latitude 23 degrees south; and all islands that form part of the Northern Territory and are north of latitude 16 degrees south».

99. L’Australia è l’unico Paese che impone un visto per tutti gli stranieri, inclusi i richiedenti asilo, dal 1° novembre 1979. La Section 42(1), Migration Act 1958 stabilisce che «a non-citizen must not travel to Australia without a visa that is in effect». Come osservato, da A.L. Hirsch, *The Borders Beyond the Border: Australia’s Extraterritorial Migration Controls*, in *Refugee Survey Quarterly*, n. 36(3).2017, p. 57, «those deemed to be “at risk” of seeking asylum, such as those coming from “refugee-producing” countries, are regularly denied a visa. This is also reflected in the visa requirements for most

in base alla legge australiana, a meno che non vi sia un'autorizzazione in tal senso da parte del Ministro dell'immigrazione in ragione dell'interesse pubblico<sup>100</sup>. Questo meccanismo di esternalizzazione "unilaterale" viene affiancato a delle forme di esternalizzazione "cooperative", ancora più radicali<sup>101</sup>. Grazie anche ad un'intensa attività diplomatica inaugurata nella regione con il c.d. Processo di Bali del 2002<sup>102</sup>, l'Australia comincia ad appaltare ai Paesi vicini l'implementazione di buona parte del proprio sistema di protezione per i rifugiati, in cambio di finanziamenti, formazione, condivisione di tecnologie, azioni diplomatiche<sup>103</sup>.

Vengono, così, introdotte nuove disposizioni che prevedono il trasferimento degli OEP in altri Paesi nei quali sarà esaminata la loro domanda, secondo una procedura di determinazione dello *status* di rifugiato (d'ora in avanti anche RSD) parallela e distinta da quella applicata nel territorio australiano e soggetta alla responsabilità di questi Paesi terzi<sup>104</sup>. I luoghi designati a tal fine dal Governo Howard sono le isole di Nauru e Manus, in Papua Nuova Guinea, Paesi che fino a quel momento non avevano mai accolto richiedenti asilo né avevano avuto esperienza delle procedure di RSD. Le criticità che emergono sono molte: gli standard di tutela sostanziali e procedurali sono inferiori a quelli garantiti quando la procedura di RSD ha sede in Australia. I richiedenti asilo, inoltre, difficilmente hanno accesso all'assistenza legale e, in attesa che si concluda la procedura, vengono privati della loro libertà, in uno stato di detenzione di fatto che perdura anche una volta ottenuto lo *status* di rifugiato, in attesa del loro reinsediamento, in Australia o in altri Paesi.

La politica degli *excised offshore places* viene difesa e promossa anche dai laburisti che salgono al Governo nel 2007<sup>105</sup>. In questo assetto, la posizione giuridica soggettiva degli OEP e, dunque, la gamma dei diritti sostanziali e procedurali ad essi attribuita, viene a dipendere da un'ampia discrezionalità ministeriale. Il Ministero dell'immigrazione, infatti, può decidere, caso per caso, di rilasciare l'autorizzazione a presentare domanda di asilo, oppure di sottoporre il richiedente asilo OEP alla procedura speciale di RSD che è stata istituita nell'isola di Natale dal 2008, oppure ancora di procedere al trasferimento in un Paese terzo, che assume la responsabilità della procedura.

---

temporary visas; the applicant must have a genuine intention to stay temporarily, a requirement that most refugees do not meet».

100. Section 46A, Migration Act.

101. A.L. Hirsch, *The Borders Beyond the Border*, cit., p. 69.

102. Nel 2002, i Governi australiano e indonesiano diedero inizio ad una conferenza ministeriale regionale a Bali «to address the growing scale and complexity of irregular migration in the Asia Pacific region» (S. Kneebone, *The Bali Process and Global Refugee Policy in the Asia-Pacific Region*, in *Journal of Refugee Studies*, n. 27(4).2014, p. 6.

103. Vi è chi parla in proposito di «incentivized policy transfer» (A. Nethery, C. Gordyn, *Australia-Indonesia Cooperation on Asylum-Seekers: A Case of 'Incentivised Policy Transfer*, in *Australian Journal of International Affairs*, n. 68(2).2014, p. 190.

104. Migration Act, ss. 198A(1), 198(2)(d), in cui si prevede che il trasferimento avvenga anche usando la forza, in una misura che sia necessaria e ragionevole. Rispetto alla decisione circa il trasferimento, l'art. 198A(3) stabilisce che «the Minister may: (a) declare in writing that a specified country: (i) provides access, for persons seeking asylum, to effective procedures for assessing their need for protection; and (ii) (iii) (iv) provides protection for persons seeking asylum, pending determination of their refugee status; and provides protection to persons who are given refugee status, pending their voluntary repatriation to their country of origin or resettlement in another country; and meets relevant human rights standards in providing that protection».

105. Le misure che vengono approvate dalla nuova compagine governativa presentano una forte ambiguità di fondo: il Governo, per un verso, vuole risollevarne la reputazione dell'Australia di fronte alla comunità internazionale, assicurando il rispetto della Convenzione di Ginevra, e procede così, da esempio, alla chiusura dei centri in Nauru e Papua Guinea. Tuttavia, per altro verso, il Governo non intende abbandonare la politica degli *excised offshore places* e individua l'isola di Natale quale nuova sede in cui sottoporre i richiedenti asilo OEP alla procedura di determinazione dello *status* di rifugiato.

Oltre a ciò, le disposizioni che disciplinano la procedura *offshore*, come più volte ribadito dal Governo, non hanno natura statutaria. L'assenza di una base giuridica, oltre a violare il principio di legalità, priva i richiedenti asilo OEP di rimedi effettivi. Peraltro, l'ente deputato a rivedere le decisioni di "primo grado" sulla determinazione dello *status* di rifugiato, ha poteri molto limitati<sup>106</sup>, mentre i suoi componenti, che non sono funzionari pubblici, ma individui assunti da una società appaltatrice, mancano dei basilari requisiti di indipendenza<sup>107</sup>.

Nel 2010, i molteplici profili di illegittimità di questo quadro normativo giungono all'esame della *High Court*<sup>108</sup>. Il carattere fortemente dualistico dei rapporti tra ordinamento domestico e ordinamento internazionale in Australia impedisce che, in assenza di un'esplicita trasposizione degli obblighi internazionali a livello interno, questi possano essere invocati come parametri per disapplicare la legislazione in materia di asilo. Tuttavia, la Corte fonda la propria giurisdizione sull'art. 75 Cost.<sup>109</sup>, e costruisce il proprio ragionamento sul carattere vincolante degli obblighi di diritto internazionale, e, in particolare della Convenzione di Ginevra, che risultano incorporati a livello interno nel *Migration Act*<sup>110</sup>. Inoltre, viene esclusa la natura non statutaria delle decisioni ministeriali, cui si impone il rispetto delle norme di *procedural fairness*<sup>111</sup>, dei principi sanciti dalla Convenzione di Ginevra, e dell'accesso ad un rimedio effettivo.

La *High Court* non emette alcun ordine di *mandamus* o *certiorari*<sup>112</sup>, ma un *declaratory relief*, con cui individua gli errori sostanziali e procedurali commessi dai funzionari nell'ambito delle procedure "offshores". In questo modo tenta di ricondurre le misure legislative che hanno promosso la logica dell'esternalizzazione nella cornice degli obblighi

106. Si tratta del *Refugee Status Assessment Review Panel*, istituito nel 2008, il cui intervento si concreta in meri "suggerimenti".

107. M. Foster, J. Pobjoy, *A Failed Case of Legal Exceptionalism? Refugee Status Determination in Australia's 'Excised' Territory*, in *International Journal of Refugee Law* n. 23(4).2011, pp. 583-631. Gli autori specificano come, invece, nelle procedure onshore, an RRT member «holds office for such period, not exceeding 5 years, as is specified in the instrument of appointment, but is eligible for re-appointment» (Migration Act, s. 461(1)). A member may only be removed during his or her term in certain specified circumstances including «on the ground of proved misbehavior or physical or mental incapacity» (Migration Act, s. 468(1)) and other specific grounds (Migration Act, s. 468(2)) (p. 595).

108. M61 (2010) 272 ALR 14.

109. *Ivi*, §51. I punti dell'art. 75 richiamati dalla Corte sono i seguenti: section 75(iii) («as a matter in which the Commonwealth or a person being sued on behalf of the Commonwealth is a party»); section 75(v) («as matters in which mandamus and injunction are sought against the Minister and either a departmental officer or the Secretary of the Department - all officers of the Commonwealth») and «even, perhaps, section 75(i) (as matters arising under a treaty - the Refugees Convention and the Refugees Protocol)».

110. M61 (2010) 272 ALR 14, §27: «read as a whole, the Migration Act [including section 46A] contains an elaborated and interconnected set of statutory provisions directed to the purpose of responding to the international obligations which Australia has undertaken in the Refugees Convention and the Refugees Protocol».

111. Nello specifico si afferma che «when a statute confers power to destroy, defeat or prejudice a person's rights, interests or legitimate expectations, principles of natural justice will generally regulate the exercise of that power» (M61 (2010) 272 ALR 14, §74). Questi principi, afferma la Corte, devono essere applicati anche al caso in oggetto, dal momento che la decisione ministeriale, prolungando lo stato di detenzione dei richiedenti asilo OEP finisce col limitare «the rights and interests of those who were the subject of assessment or review» (*Ivi*, §76).

112. Il *writ of certiorari* e il *writ of mandamus* costituiscono dei *constitutional writs* e trovano la loro base giuridica nell'art. 75(5) della Costituzione australiana e nelle sections 30-33 del Judiciary Act 1903 (Cth). Nello specifico, il *writ of certiorari* è un ordine (*writ*) emesso da una Corte superiore per riesaminare le decisioni prese da una Corte inferiore per eventuali irregolarità nel processo. Esso è ancillare al *writ of mandamus*, ovvero l'ordine che la Corte può rivolgere ad un funzionario del Commonwealth, ivi compresi alcuni giudici delle Corti inferiori, perché svolga la funzione pubblica rimasta inattuata. Si tratta, tuttavia, di un potere dai confini estremamente vaghi, e ciò ne riduce le possibilità di applicazione in concreto.

internazionali, trasposti nel *Migration Act*, intervenendo sulla dimensione applicativa. L'ampia discrezionalità amministrativa di cui gode il Ministro, però, rimane integra.

#### 4.2. L'avvio di un "approccio regionale" all'esame delle domande di asilo

Fatta eccezione per alcune misure introdotte per dar seguito alla pronuncia della Corte<sup>113</sup>, la politica australiana di esternalizzazione, fatta di *excisions* e procedure RSD *offshore*, rimane inalterata. Quest'ultima, anzi, nelle intenzioni del primo Ministro Gillard, è destinata a soppiantare completamente la procedura ordinaria *onshore*, aprendo la strada ad una nuova politica di "approccio regionale" all'esame delle domande di asilo. L'Australia procede a siglare una serie di accordi internazionali con i Paesi vicini, tra cui Papua Nuova Guinea e Malesia.

Nello specifico, il 25 luglio del 2011 l'Australia firma un *Arrangement* con la Malesia che prevede il trasferimento di 800 richiedenti asilo che sono stati intercettati senza un visto in Australia, mentre quest'ultima si impegna ad accogliere 4.000 rifugiati che hanno ottenuto lo *status* di rifugiato dai funzionari UNHCR in Malesia<sup>114</sup>. Sulla legittimità di questo accordo, e, nello specifico, del potere ministeriale di trasferire i richiedenti asilo senza alcuna possibilità di appello, la *High Court* è chiamata nuovamente ad esprimersi<sup>115</sup>. Dopo aver affermato la propria giurisdizione, la Corte nuovamente si appella agli obblighi che discendono sull'Australia dall'adesione alla Convenzione di Ginevra, il cui rispetto esclude che le decisioni ministeriali assunte ai sensi dell'art. 198A(3) del *Migration Act* possano sottrarsi al controllo giudiziale. Peraltro, sempre da quegli obblighi deriva che «a country specified in the Declaration will provide some of that which Australia would have provided had the asylum-seeker remained in its territory»<sup>116</sup>.

Queste condizioni non possono essere assicurate dalla Malesia, né possono derivare dall'Accordo che con essa l'Australia ha stipulato. La Corte osserva, innanzitutto, come la Malesia non solo non sia tra i Paesi firmatari della Convenzione di Ginevra, ma neppure risulta avere all'interno del proprio quadro giuridico delle previsioni che riconoscano e disciplinino lo *status* di rifugiato<sup>117</sup>. La Corte, inoltre, esclude che queste mancanze possano essere colmate dall'*Arrangement*. Esso, infatti, è un atto politico non vincolante, ben lontano, dunque, dall'assicurare la protezione di richiedenti asilo e rifugiati, secondo gli standard imposti dalla Convenzione di Ginevra, nel pieno rispetto del principio di legalità<sup>118</sup>. Né tantomeno, valgono ad assolvere gli obblighi internazionali di protezione, i procedimenti di determinazione dello *status* di rifugiato che in Malesia sono gestiti interamente da UNHCR<sup>119</sup>. D'altra parte, la Convenzione di Ginevra impone agli Stati che ne sono parte di assicurare ai rifugiati una protezione che va ben al di là del rispetto del principio di *non refoulement*, per ricomprendere piuttosto l'accesso a tutta una serie di diritti, quali, tra gli altri, il diritto di

113. Tra queste misure rientra l'obbligo di informare i richiedenti asilo del diritto ad impugnare la decisione e la nomina di due magistrati federali competenti delle decisioni di appello.

114. *Arrangement Between the Government of Australia and the Government of Malaysia on Transfer and Resettlement*, 25 luglio 2011, Clause 1.

115. M70 (2011) 280 ALR 18.

116. *Ivi*, 85.

117. *Ivi*, §33.

118. *Ivi*, §43.

119. *Ivi*, §86.

non essere discriminati, all'istruzione, al lavoro retribuito, la libertà di movimento, che in Malesia non sono garantiti<sup>120</sup>.

La Corte effettua, poi, ulteriori considerazioni: la decisione di trasferire un richiedente asilo in un altro Stato richiede una valutazione accurata, caso per caso, che escluda, ad esempio, il rischio che l'individuo possa subire persecuzioni in quel Paese, come accaduto ad alcuni dei ricorrenti<sup>121</sup>. Tale valutazione è impossibile da effettuare entro le 72 ore previste dall'Accordo Australia-Malesia, e soprattutto, impossibile da condurre quando si tratti di un richiedente asilo che presenti delle vulnerabilità, come i minori stranieri accompagnati. Questi ultimi, nello specifico, richiedono che il trasferimento venga deciso all'esito della procedura di valutazione e determinazione del *best interest* del minore, tenendo conto degli standard di tutela dei diritti del minore stabiliti dalla legge australiana, che richiama l'*Immigration (Guardianship of Children) Act 1946* vigente in Australia per la tutela dei minori stranieri non accompagnati.

#### 4.3. La "Operation sovereign borders"

Nonostante le illegittimità e i limiti del c.d. "approccio regionale" evidenziate dalla *High Court*, la politica di esternalizzazione australiana non conosce alcuna battuta d'arresto. Dopo un tentativo fallito di modificare il *Migration Act* per aumentare i margini della discrezionalità ministeriale<sup>122</sup>, il Governo nel 2013 dà avvio all'operazione militare *Sovereign Borders*. Attraverso operazioni di respingimento, realizzate in totale segretezza, e, qualora ciò non sia possibile, la sottoposizione dei richiedenti asilo a procedure RSD offshore<sup>123</sup>, si impedisce ai migranti intercettati lungo le coste o nelle acque territoriali australiane, senza un regolare visto, di raggiungere il territorio australiano e di accedere al sistema nazionale di asilo<sup>124</sup>. Peraltro, i richiedenti asilo che vedano accolta la loro domanda non saranno trasferiti in Australia, ma reinsediati in Paesi terzi, quali Nauru<sup>125</sup>, Papua Nuova Guinea<sup>126</sup>, Cambogia<sup>127</sup>, realizzando, così, un'ulteriore forma di esternalizzazione delle frontiere<sup>128</sup>. La procedura di asilo "onshore" continua ad essere applicata ai richiedenti asilo che arrivano in

120. *Ivi*, §§55-56.

121. *Ivi*, §36. Nello specifico, i ricorrenti hanno rilevato il rischio di persecuzioni su base religiosa cui avrebbero potuto andare incontro qualora trasferiti in Malesia.

122. Migration Legislation Amendment (Offshore Processing and Other Measures) Bill 2011, sch 1. Il disegno di legge, che avrebbe dovuto sostituire i criteri stabiliti dall'art. 198A(3) con l'unico criterio dell' "interesse nazionale" non è approvato dal Parlamento. Peraltro, il medesimo disegno di legge intendeva modificare in senso restrittivo anche l'*Immigration (Guardianship of Children) Act 1946*.

123. Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Act 2013.

124. Si veda per ulteriori dettagli V. Moreno-Lax, D. Ghezelbash, N. Klein, *Between Life, Security and Rights: Framing the Interdiction of 'Boat Migrants' in the Central Mediterranean and Australia*, in *Leiden journal of international law*, n. 32(4).2019, pp. 715-740.

125. Memorandum of Understanding between the Republic of Nauru and the Commonwealth of Australia, relating to the transfer to and assessment of persons in Nauru, and related issues (3 August 2013).

126. Regional resettlement arrangement between Australia and Papua New Guinea (19 July 2013).

127. Memorandum of Understanding between the Government of the Kingdom of Cambodia and the Government of Australia, relating to the settlement of refugees in Cambodia (26 September 2014).

128. È quanto sostiene S. Bar-Tuvia, *Australian and Israeli Agreements for the Permanent Transfer of Refugees: Stretching Further the (Il)legality and (Im)morality of Western Externalization Policies*, in *International Journal of Refugee Law*, n. 30(3).2018, pp. 474-511.

Australia in aereo. Solo questi ultimi, che pure costituiscono la stragrande maggioranza<sup>129</sup>, possono ancora ottenere una *permanent protection visa*.

Anche la politica inaugurata con la operazione *Sovereign Borders* conosce numerosi interventi della High Court, che, tuttavia, mostra un elevato *self-restraint* quando si tratta di decidere su elementi centrali della politica di esternalizzazione australiana: la legittimità del sistema degli *excised offshore places*<sup>130</sup> e delle operazioni militari governative, funzionali al trasferimento dei richiedenti asilo in Paesi terzi (e talvolta, al loro respingimento o rimpatrio), viene ripetutamente fatta salva dalla Corte<sup>131</sup>. Anzi, l'approccio regionale della politica di esternalizzazione australiana viene così giustificato dalla High Court: «a deterrent effect may be an intended consequence of the operation of regional processing arrangements, but the immediate purpose of s 198AHA is the facilitation of the removal of unauthorised maritime arrivals from Australia»<sup>132</sup>.

Nel frattempo, anche altre Corti si trovano a giudicare della politica di esternalizzazione australiana. Nel 2016, la Corte costituzionale della Papua Nuova Guinea dichiara l'incostituzionalità del quadro legislativo che disciplina il trasferimento e la detenzione dei richiedenti asilo sull'isola di Manus in virtù dei *memoranda of understanding* firmati con l'Australia<sup>133</sup>. La Corte ordina, dunque, che sia il Governo della Papua Nuova Guinea che quello australiano «take all steps necessary to cease and prevent unconstitutional detention and violation of human rights»<sup>134</sup>. Di fronte a questa decisione, l'Australia declina ogni responsabilità e se il Centro di Manus è chiuso nell'ottobre del 2017, peraltro realizzando nuove pesanti violazioni dei diritti dei richiedenti asilo<sup>135</sup>, quello di Nauru rimane ancora

---

129. Nel 2022, 22.916 persone hanno presentato domanda di asilo mentre il numero delle persone arrivate in Australia via mare è irrisorio in confronto. Dopo un picco nel 2001 e nel 2013 in cui si registrarono rispettivamente 5.516 e 20.587 persone, nel 2022 sono 199 i richiedenti asilo giunti in Australia via mare e 74 nel 2022.

130. Plaintiff M68/2015 v Minister for Immigration and Border Protection (2016) 257 CLR 42. La ricorrente è una donna richiedente asilo cingalese è stata trasferita a Nauru perchè lì si proceda alla valutazione della sua domanda di asilo. Nel frattempo, la donna, detenuta in un Centro di accoglienza a Nauru, è provvisoriamente condotta in Australia per ragioni mediche per poi essere nuovamente riportata a Nauru. La questione giuridica che, tra le altre, è al centro del caso è se l'Australia abbia il potere di limitare la libertà della ricorrente oppure di supportare lo Stato di Nauru a farlo. Nel decidere che la responsabilità della detenzione grava unicamente su Nauru e non sull'Australia, la High Court richiama numerosi argomenti, tra cui la sovranità statale di Nauru, il fatto che la detenzione non è prevista dal *Memorandum of understanding* siglato tra Australia e Nauru e che non vi siano funzionari australiani che hanno autorità all'interno dei Centri di accoglienza di Nauru, sulla base della cornice legislativa di Nauru che li disciplina (*Asylum Seekers (Regional Processing Centre) Act 2012*).

131. Si veda, tra gli altri, il caso *CPCF v Minister for Immigration and Border Protection*, Case No S169/2014, 30 September 2014.

132. M68 (2016) 257 CLR 42, 131 (Keane J). Si tratta della section 198AHA del Migration Act.

133. Si tratta del caso *Namah v Pato* [2016] PGSC 13; SC1497 (26 April 2016). Fondando il proprio ragionamento sull'art 42 Cost. che sancisce che «no person shall be deprived of his personal liberty», la Corte afferma che il potere di limitare la libertà personale può essere esercitato solo nei confronti di coloro che sono sul territorio della Papua Nuova Guinea senza visto (§38). Non è però questo il caso dei ricorrenti che hanno ottenuto un valido permesso dal *Minister for Foreign Affairs and Immigration*: di conseguenza, la Corte afferma l'incostituzionalità e illegittimità del trasferimento forzato e della detenzione dei ricorrenti (§39).

134. *Ivi* §74(6).

135. Come riporta S. Bar-Tuvia, *Australian and Israeli Agreements*, cit., p. 484, «the detainees refused to leave, citing fears for their safety if transferred to other places in PNG. The United Nations (UN) High Commissioner for Human Rights (OHCHR) called for food, water, and other services to be restored, noting that 'given there have been violent incidents in the past [directed against refugees in PNG], we believe these fears should be respected and satisfactorily addressed'. After a three week stand-off between police and detainees, all asylum seekers and refugees were removed from the centre. The removal reportedly included the use of force. The detainees were transferred to alternative accommodation on Manus Island, which, according to UNHCR, was not ready for use».

operativo, in virtù di un nuovo accordo. A seguito della sentenza, l’Australia viene raggiunta da una serie di *class actions* e condannata a risarcire i richiedenti asilo illegittimamente detenuti a Manus<sup>136</sup>. Nel 2020, il procuratore della Corte penale internazionale, pur affermando che non ci sono i presupposti per avviare un procedimento contro l’Australia, riconosce esplicitamente che il regime di detenzione all’interno dei Centri *offshore* di Nauru e Manus Island «constituted cruel, inhuman, or degrading treatment [...] such that it was in violation of fundamental rules of international law»<sup>137</sup>.

A dispetto di questi interventi, però, la politica australiana di esternalizzazione continua ad operare, con nuovi trasferimenti e continue detenzioni<sup>138</sup>. Senza dubbio, alcune decisioni della *High Court* sono state cruciali per riaffermare i limiti del potere esecutivo, e le violazioni da esso compiute rispetto ai principi della *rule of law*. Tuttavia, sembra che la lotta tra giudici e legislatori in Australia veda la preminenza di questi ultimi. L’indagine delle ragioni idonee a spiegare l’azione “spuntata” della *High Court* in materia di politiche migratorie richiede il supporto del metodo comparato.

## 5. Un’analisi comparata tra Regno Unito e Australia

L’analisi delle due esperienze offre molteplici spunti per la comparazione delle politiche di esternalizzazione adottate dal Regno Unito e dall’Australia. Nello specifico emergono evidenti simmetrie nelle strategie sostanziali, nei meccanismi procedurali e, infine, negli espedienti narrativi adottati dai due Governi per promuovere questo approccio e, al contempo, ridimensionare e aggirare il controllo giudiziario. La lettura comparata di queste misure sarà utile anche per leggere con la stessa lente (il conflitto istituzionale giudici-legislatori), altri accordi di questo tipo, come l’Accordo Italia-Albania recentemente approvato dal Parlamento italiano.

Se si osservano le politiche di esternalizzazione elaborate da Regno Unito e Australia, una delle principali strategie sostanziali comuni è la rimodulazione degli obblighi internazionali, operata attraverso due meccanismi: a) gli accordi di cooperazione con Paesi terzi cui viene delegato l’esame della domanda di asilo; b) la previsione di una discrezionalità ministeriale sempre più ampia. Queste misure servono ad aggirare gli obblighi che derivano dalla Convenzione di Ginevra. Spesso ciò accade senza che essi vengano apertamente e

---

136. La prima class action che è stata promossa, cui ne seguono altre, è Supreme Court of Victoria, *Kamasae v Commonwealth of Australia & Ors* S CI 2014 6770.

137. International Criminal Court, Letter from Ms Kate Allingham, Office of Andrew Wilkie MP, 12 February 2020. L’articolo di cui si contesta la violazione è l’art. 7 dello Statuto di Roma. Infatti, si osserva come «the information available indicates in this regard that migrants and asylum seekers living on Nauru and Manus Island were detained on average for upwards of one year in unhygienic, overcrowded tents or other primitive structures while suffering from heatstroke resulting from a lack of shelter from the sun and stifling heat. These conditions also reportedly caused other health problems – such as digestive, musculoskeletal, and skin conditions among others – which were apparently exacerbated by the limited access to adequate medical care. It appears that these conditions were further aggravated by an environment rife with sporadic acts of physical and sexual violence committed by staff at the facilities and members of the local population. The duration and conditions of detention caused migrants and asylum seekers – including children – measurably severe mental suffering, including by experiencing anxiety and depression that led many to engage in acts of suicide, attempted suicide, and other forms of self-harm, without adequate mental health care provided to assist in alleviating their suffering».

138. Nel febbraio 2024, più di 40 richiedenti asilo sono stati trasferiti a Nauru e, ancora a giugno 2023, 80 rifugiati e richiedenti asilo erano ancora detenuti in Papua Nuova Guinea, a Port Moresby.

formalmente contestati. Anzi, il rispetto di questi principi viene più volte invocato dai Governi per legittimare le operazioni poste in essere<sup>139</sup>.

Nello specifico, attraverso l'esternalizzazione Australia e Regno Unito delegano a Paesi terzi – privi del necessario quadro di tutele, esperienze e risorse – il rispetto degli obblighi internazionali a cui sono tenuti. Questi obblighi internazionali, peraltro, mancando di un'automatica efficacia a livello interno, sono stati sottoposti ad una sapiente e reiterata "riscrittura" all'interno delle disposizioni normative dedicate alla loro trasposizione a livello domestico. Così, in Australia, nel 2014, il quadro normativo in materia di immigrazione è stato epurato da molti dei riferimenti espliciti alla Convenzione di Ginevra che esso precedentemente conteneva<sup>140</sup>. Allo stesso modo, si è proceduto a ridefinire la nozione di rifugiato eliminando il diretto collegamento alla Convenzione di Ginevra<sup>141</sup>.

Ancora più incisive – e, questa volta, esplicite nell'eludere gli obblighi internazionali – sono le previsioni che disciplinano il dispiegamento della potenza marittima australiana. Nell'ambito di queste operazioni, infatti, a seguito di una modifica introdotta nel 2014, gli ufficiali non sono tenuti a conformarsi agli obblighi internazionali che vincolano l'Australia mentre le stesse disposizioni normative del *Maritime Powers Act* conservano validità anche se in conflitto con il quadro degli obblighi internazionali<sup>142</sup>. L'espressa rimozione degli obblighi internazionali si rinviene anche nelle previsioni del *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill*, che impone alle Corti britanniche di considerare il Ruanda un Paese sicuro, impedendo di giudicare su ricorsi che abbiano ad oggetto questo punto. Inoltre, più in generale, il disegno di legge restringe la giurisdizione delle Corti, che non potranno considerare, ad esempio, se l'espulsione decisa dal Ruanda sia o meno conforme agli obblighi internazionali, inclusa la Convenzione di Ginevra. Inoltre, si dispone che queste *ouster clauses* possano ricevere applicazione anche se vi sono norme contrarie stabilite dalla cornice domestica del diritto dell'immigrazione, dallo *Human Rights Act* e da «any interpretation of international law by the court or tribunal» (Section 2.5).

Questi richiami si collegano alla seconda strategia utilizzata da Australia e Regno Unito per rimodulare gli obblighi internazionali, ovvero l'attribuzione di uno spazio sempre maggiore alla discrezionalità governativa. Il caso australiano, e in particolare le misure approvate con la c.d. *Pacific Solution*, sono paradigmatiche in tal senso. Esse, infatti, assicurano alla discrezionalità ministeriale un potere molto ampio, come quello di decidere se e quando ammettere al sistema di protezione "ordinario" chi arrivi via mare, se e come gestire la domanda di asilo di chi arrivi via mare, se e quando disporre il rimpatrio anche in presenza di particolari esigenze di protezione, in aperta violazione del principio di *non-refoulement*<sup>143</sup>. Peraltro, né le decisioni della *High Court*, né gli emendamenti governativi successivamente intervenuti sono mai giunti a mettere in discussione questo potere.

Allo stesso modo, nel Regno Unito, le previsioni del recente *Nationality and Borders Act 2022* sono esemplificative della medesima strategia. Esse, infatti, hanno dilatato il potere di fermare, abordare o richiedere che una nave sia portata in un porto britannico e ivi trattenuta. Questi poteri possono essere esercitati in acque internazionali e nelle acque del

139. Si veda in proposito D. Ghezelbash, *Australia's boat push back policy. Hyperlegalism and obfuscation in action*, in A. Dastyari, A. Nethery, A. Hirsh, *Refugee externalisation policies. Responsibility, legitimacy and accountability*, cit., pp. 69-83, che fa rientrare queste azioni nella tattica del c.d. *hyper-legalism*.

140. Migration and Maritime Powers legislation Amendment (Resolving the Aylum Legacy caseload) Act 2014.

141. D. Ghezelbash, *Australia's boat push back policy*, cit, p. 76.

142. Section 22A (1)(a), (c), Maritime Powers Act.

143. Si veda in proposito il Migration Amendment (Clarifying international obligations for removal) Act 2021.

Regno Unito da qualsiasi funzionario che abbia ragionevoli motivi per sospettare la sussistenza di reati legati all'immigrazione<sup>144</sup>.

Quest'ultimo aspetto rimanda poi all'ampia congerie di meccanismi procedurali messi in campo per evadere il rispetto degli obblighi internazionali e il controllo giudiziale. A questo proposito, con riferimento all'Australia, viene in rilievo la natura non statutaria assegnata alle previsioni normative che disciplinano le procedure d'asilo nei c.d. "excised offshore places"<sup>145</sup>. Così, il compito di dettare la cornice regolatoria, nel tempo, è stato demandato a varie fonti non legislative. Si pensi ad esempio ai manuali, come il *Refugee Status Assessment Procedures Manual* e le *Guidelines for the Independent Merits Review of Refugee Status Assessments*, utilizzati come riferimento esclusivo per le attività dei funzionari responsabili delle procedure offshore. Questi manuali, sottoposti a riedizioni continue, nessuna delle quali accessibile pubblicamente, erano, come già illustrato, privi di efficacia vincolante. Al fine di sfuggire lo scrutinio, tanto dei giudici quanto della società civile<sup>146</sup>, l'Australia ha inoltre fatto ricorso frequente e reiterato anche ad un altro meccanismo procedurale: i *Memoranda of Understanding* siglati con Paesi terzi, quali Malesia, Nauru, Papua Nuova Guinea, Sri Lanka.

Questi accordi, di natura non vincolante, sono stati invocati a più riprese dal Governo australiano per schermarsi dalle accuse di mancato rispetto della Convenzione di Ginevra: la responsabilità per le violazioni contestate – l'assenza di basilari garanzie durante le procedure di esame delle domande di asilo, nonché durante la detenzione o il trattenimento di rifugiati e richiedenti asilo – andava imputata solo ed esclusivamente ai Paesi terzi e ai loro funzionari<sup>147</sup>. Va nella stessa direzione – aggirare il rispetto degli obblighi internazionali e il controllo giudiziale – anche la c.d. "Operation Isotrope", un'operazione militare costituita nel 2022 dal Governo britannico per gestire l'arrivo dei migranti attraverso il canale della Manica. Questa operazione, conclusasi nel 2023, è stata fortemente criticata dal *Defence Committee* che ne ha contestato «the absence of clarity over what precisely military operational control of channel operations would mean»<sup>148</sup>. Allo stesso modo, anche il Regno Unito ha fatto un ampio ricorso ai MoU nella gestione del fenomeno migratorio. Numerose sono state le critiche e le interrogazioni che hanno investito il Governo rispetto alla scelta di questo strumento<sup>149</sup>, soprattutto per l'assenza di trasparenza e la mancanza di uno scrutinio da parte del parlamento, impossibilitato a verificare se l'accordo «is compatible with the UK's

144. Nationality and Borders Act 2022: si veda in particolare la *Schedule 7*, "Maritime Enforcement", che modifica la Parte 3A dell' Immigration Act 1971.

145. Migration Act, s. 494AA.

146. M. Matera, T. Tubakovic, P. Murray, *Is Australia a Model for the UK? A Critical Assessment of Parallels of Cruelty in Refugee Externalization Policies*, in *Journal of Refugee Studies*, n. 36(2).2023, p. 285 che richiamano D. Ghezelbash, *Hyper-Legalism and Obfuscation: How States Evade Their International Obligations towards Refugees*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 68(3), 2020, pp. 479-516, che afferma come il Governo australiano abbia controllato e limitato l'accesso ai Centri di detenzione a giornalisti e osservatori indipendenti.

147. Si veda in particolare la sentenza della High Court M70 (2011) 280 ALR 18.

148. Defence Committee, *Operation Isotrope: the use of the military to counter migrant crossings*, Fourth Report of Session 2021-22, HC 1069, para 4.

149. Si veda in proposito l'House of Lords International Agreements Committee 7th Report of Session 2022-23 *Memorandum of Understanding between the UK and Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement*, <https://committees.parliament.uk/publications/30322/documents/175339/default/>, §46: «The UK government should not have chosen an MoU to facilitate this arrangement. Agreements that raise fundamental questions about individual rights should not be entered into through an MoU, but through a formal treaty» (par. 34), concludendo che: «It is unacceptable that the government should be able to use prerogative powers to agree important arrangements with other states that have serious human rights implications without any scrutiny by Parliament».

obligations under international law; whether the policy objectives are coherent and achievable, the financial implications, the basis in domestic law for its implementation; or whether any safeguards ought to have been introduced»<sup>150</sup>.

Merita segnalare un ulteriore meccanismo procedurale utilizzato dai Governi britannico e australiano per sottrarsi all'ottemperamento dei propri obblighi internazionali: l'appalto della fornitura dei servizi a società private. Si pensi, ad esempio, al *Memorandum of Understanding* tra il Governo di Nauru e il *Department of Immigration and Border Protection* australiano (in precedenza *Department of Immigration and Citizenship*: si noti il cambio di nome alquanto eloquente), sottoscritto anche da un'impresa privata fornitrice di servizi, la *Transfield Service*, responsabile delle operazioni di sicurezza, pulizia e catering. Questa impresa, che aveva, da contratto, anche il potere di gestire alcune linee guida, aveva successivamente subappaltato i servizi di sicurezza alla Wilson Security Pty Ltd. Questo assetto organizzativo è stato uno tra i principali argomenti utilizzati con successo dal Governo australiano dinanzi alla High Court per escludere ogni sua responsabilità in merito alle modalità di detenzione dei richiedenti asilo nei c.d. *Regional Processing Centres* di Nauru<sup>151</sup>. Il giudice Gageler, però, nella sua *dissenting opinion*, osserva invece che «Wilson Security staff [...] acted, in a relevant sense, as de facto agents of the Executive Government of the Commonwealth in physically detaining the plaintiff in custody»<sup>152</sup>. Allo stesso modo, nel Regno Unito, il sistema nazionale di accoglienza dei richiedenti asilo è gestito da tre imprese private, Clearsprings Ready Homes, Mears Group and Serco<sup>153</sup>. La privatizzazione dei servizi di accoglienza ha ridotto le tutele per i richiedenti asilo, aumentato i costi e complicato il coordinamento tra i vari attori coinvolti, incluse imprese subappaltanti, autorità locali, cittadini privati<sup>154</sup>. Nonostante la riforma del 2019, il National Audit Office ha sollecitato il Governo a collaborare con le società coinvolte al fine di assicurare una qualità del servizio in linea con gli standard normativi<sup>155</sup>.

La creazione di regimi speciali per gli stranieri, che sfuggono al rispetto ai basilari principi democratici valevoli per tutti i cittadini, richiama un ultimo meccanismo, già osservato da una voce autorevole<sup>156</sup>: la moltiplicazione di *status* e procedure che, mentre assicura spazi di manovra sempre più ampi a favore del Governo, affievolisce il principio di

---

150. *Ibidem*. In generale sull'ampio ricorso a questo strumento e sui problemi costituzionali che esso porta con sé si veda M. Giannelli, *I trattati internazionali in forma semplificata. Dinamiche del potere esterno, ruolo della giustizia costituzionale ed evoluzioni della forma di governo*, Torino, Giappichelli, 2023.

151. M68 (2016) 257 CLR 42.

152. *Ivi*, §108 (Gageler J).

153. Dal 2012 al 2019 il sistema di accoglienza dei richiedenti asilo nel Regno Unito era gestito attraverso 6 contratti (conosciuti come COMPASS). Nel 2019 questo sistema è sostituito con altri contratti regionali funzionali all'accoglienza e al trasporto che vengono affidati alle descritte imprese private.

154. Come osservano B. Glorius, J. Doomernik, *Jonathan Darling, Asylum in Austere Times: Instability, Privatization and Experimentation within the UK Asylum Dispersal System*, in *Journal of Refugee Studies*, n. 29(4).2016, pp. 483-505 che evidenziano «the transition of responsibility for asylum accommodation that came through COMPASS led to a loss of knowledge and expertise within the local authority. This 'institutional memory' was not only of the asylum system and its varied legal complexities and distinctions, but also of the local context of dispersal, community relations, and those practices and experiments that had made dispersal function more or less effectively in the past. With such memory lost, the ability to reflect on past mistakes, contextualize new policy approaches and crucially historicize what may, or may not, work within differing local contexts of support, community relations and demographics was dramatically reduced».

155. National Audit Office, *Asylum accommodation and support, 2020: Asylum accommodation and support - National Audit Office (NAO) Report*.

156. R. Zetter, *More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization*, *Journal of Refugee Studies*, Volume 20, Issue 2, June 2007, pp. 172-192.

certezza del diritto che dovrebbe presiedere qualsiasi azione del potere pubblico. L'incertezza istituzionale diventa strumento di governo<sup>157</sup> che legittima e giustifica qualsiasi violazione ai danni di chi non è più "essere umano", ma solo "migrante"<sup>158</sup>. D'altra parte, gli snodi in punto di politiche dell'immigrazione si accompagnano a passaggi altrettanto decisivi in punto di comunicazione politica.

A questo proposito, la lotta ai trafficanti di esseri umani (e, dunque, alla "sicurezza" degli stessi richiedenti asilo) si è sempre accompagnata a messaggi più espliciti: la rotta della Manica deve diventare *inviabile*<sup>159</sup>, e ancora, «we are not going to allow people to arrive on the mainland and to subvert the process»<sup>160</sup>. Questi richiami, nello specifico, rivelano come la narrazione anti-immigrati nell'esperienza anglosassone si sia servita di un elemento profondamente radicato in quella cultura: il rispetto dell'ordine, della "fila". Le politiche di esternalizzazione, in sostanza, sarebbero funzionali a ripristinare la procedura ordinaria, sovvertita dagli arrivi via mare. Ciò potrebbe contribuire a spiegare, inoltre, perché la politica delle esternalizzazioni sia trasversale a qualsiasi partito politico, quasi impossibile da dismettere se non al prezzo di pesanti ritorsioni a livello elettorale. La sua pressoché totale accettazione da parte dell'opinione pubblica consente, peraltro, di trasformare i migranti nel perfetto capro espiatorio, anche rispetto a problemi strutturali, quali l'aumento del prezzo delle case<sup>161</sup>. Accanto a ciò, ancora più indicativa, è la visibilità dei migranti che arrivano via mare che, a differenza di coloro che usano altri mezzi, sembrano mostrare con il proprio corpo tutte le insufficienze del sistema di controllo dei confini messo in atto dagli Stati<sup>162</sup>.

Il richiamo all'elemento del controllo è centrale. Non è un caso, infatti, che Australia e Regno Unito siano tra i Paesi che hanno aderito ai programmi di reinsediamento dei rifugiati con un gran numero di posti. Il reinsediamento sottende l'idea del controllo, della discrezionalità e della selezione. Addirittura, in Australia il collegamento tra il sistema d'asilo e i programmi di reinsediamento è conclamato: «since 1996, the Australian Government has numerically linked the onshore and offshore humanitarian programmes. For every

---

157. Sul concetto di "incertezza istituzionale" e sulla sua valenza nel campo del diritto delle migrazioni si consentito il rinvio a P. Pannia, *"Institutional uncertainty" as a technique of migration governance. A comparative legal perspective*, DPCE Online, [S.l.], v. 45, n. 4, jan. 2021. ISSN 2037-6677. Available at: <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1205>. Date accessed: 10 june 2024, doi:<http://dx.doi.org/10.57660/dpceonline.2020.1205>.

158. Sul punto M. B. Dembour, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, 2015.

159. House of Commons Committee report, Channel crossings, migration and asylum, First Report of Session 2022-23 [Channel crossings, migration and asylum - Home Affairs Committee \(parliament.uk\)](https://www.parliament.uk/publications/54244/summaries/23-channel-crossings-migration-and-asylum-home-affairs-committee).

160. P. Murray, Interview with Minister for Immigration and Border Protection Peter Dutton (Australian Agenda Sky News, 6 December 2015). Questa duplicità di argomenti ha accompagnato da sempre le politiche di esternalizzazione australiane. Si veda in proposito, il discorso che ha accompagnato, e giustificato, queste misure nelle relazioni di accompagnamento al testo di legge che ha formalizzato la politica della *Pacific solution*: Select Legislative Instrument 2005 No. 171; Explanatory *Memorandum*, Migration Amendment Regulations (No. 6) 2005 (Cth).

161. Si veda in Australia, di recente, *Migrants scapegoated as cause of Australia's housing crisis a 'disturbing' trend, advocates say Housing The Guardian*; *Australia's immigration spike not necessarily driving up housing prices, experts say Housing The Guardian*. E ancora le riflessioni condotte da P. Karp «perhaps it's precisely because the Australian public was so supportive of locking people up and throwing away the key that the search for better and more constitutionally sound alternatives ceased». Both sides of politics knew the indefinite detention regime was on shaky ground – and now taxpayers will pay Paul Karp The Guardian.

162. Afferma in proposito Committee of the House of commons, §21: «The visibility of small boat crossings of the English Channel should not prevent our remembering that migrants also use ferries, planes, trains and vehicles to enter the United Kingdom irregularly and by clandestine means».

permanent visa granted to an onshore asylum-seeker, one less place is available in Australia's resettlement programme»<sup>163</sup>. Le politiche di esternalizzazione, dunque, possono essere viste come l'ennesima manifestazione del "mito del controllo", ma anche il "canto del cigno" di uno Stato che intende a tutti i costi difendere la propria autorità, il proprio potere sugli individui, il controllo sul territorio, sull'identità nazionale, concetti dalla forte carica simbolica costantemente messi in discussione dai flussi migratori, soprattutto quando "non autorizzati". Allo stesso modo, le varie strategie sostanziali, procedurali e discorsive messe in atto dai Governi per aggirare, ridimensionare, delegittimare il potere giudiziario possono essere lette come l'ennesimo tentativo di recuperare controllo e legittimazione. Il conflitto instaurato con i giudici è, dunque, un conflitto "finto", artatamente messo in scena per scaricare su questi ultimi (e sulla controparte politica di turno) le responsabilità del mancato successo delle politiche migratorie. I giudici rispondono a questo "tranello" con attitudini e ragionamenti che variano molto nei due Paesi esaminati.

Si osserva in proposito come la *High Court* australiana, che pure ha pronunciato importanti decisioni volte a richiamare il Governo al rispetto della *rule of law*, non abbia mai intaccato l'ampia discrezionalità ministeriale né la complessa architettura di norme e prassi al servizio della politica di esternalizzazione australiana. Alcuni elementi utili a comprendere le ragioni di questo approccio provengono dalla cornice costituzionale, dagli equilibri istituzionali e dalla cultura giuridica che contraddistinguono il sistema di revisione giudiziale in Australia. Qui, infatti, la tradizionale reverenza nei confronti del Parlamento si intreccia alla mancanza di un esplicito Bill of Rights<sup>164</sup> che complica la tutela dei diritti, rimessa ad un «complex interplay of common law, statutory law, the influence of international legal standards and norms, and the presence of rights-protecting attitudes in political culture»<sup>165</sup>.

Oltre all'assenza di un *Bill of rights*, e, più in generale, di vincoli giuridici assimilabili allo *Human Rights Act 1998* che, insieme alla sottoposizione alla giurisdizione della Corte EDU, limitano il margine di manovra del potere politico britannico, ci sono altri aspetti da tenere in considerazione. Come visto, infatti, di fronte agli abusi del potere politico, la High Court si appella ai principi del diritto internazionale e dei diritti umani, che tuttavia, offrono un debole sostegno, anche in ragione del carattere fortemente dualistico del sistema australiano<sup>166</sup>. Di fronte a queste difficoltà, la Corte si mostra alquanto reticente nell'affrontare questioni centrali, quali la violazione sistematica degli obblighi internazionali e dei principi basilari della *rule of law*, perpetrata dai meccanismi di *offshore processing* e *detention*. Il suo potere di revisione, non solo nella materia delle migrazioni, tende a

---

163. A.L. Hirsch, *The Borders Beyond the Border*, cit., p. 58.

164. Si veda in proposito K. Gelber, *High Court Review 2004: Limits on the Judicial Protection of Rights*, in *Australian Journal of Political Science*, n. 40(2).2015, p. 308: «At Federation the decision not to include a bill of rights in the Constitution was deliberate, although differing reasons are cited for this, including a belief that the Westminster model of responsible government was sufficient to prevent gross abuses of human rights from occurring, and conversely an argument that a bill of rights was excluded in order to allow governments to continue to discriminate, especially against Indigenous peoples and Chinese immigrants to the goldfields».

165. A. Gauja, K. Gelber, *High Court Review 2010: The Resurgence of Rights?*, in *Australian Journal of Political Science*, n. 46(4).2011, pp. 683-698.

166. Peraltro, a seguito delle modifiche del Migration Act intervenute nel 2014, sono stati rimossi numerosi espliciti riferimenti alla Convenzione di Ginevra.

concentrarsi solo ed esclusivamente sulla validità formale delle misure legislative e delle pratiche amministrative, senza mai metterne in questione la legittimità sostanziale<sup>167</sup>.

Nel Regno Unito, invece, il ragionamento della Corte suprema introduce anche una dimensione sostanziale, allargando così il radar della sua censura: «[...] the court has to make its own assessment of whether there are substantial grounds for believing that there is a real risk of refoulement. It is not required to accept the government's evaluation of assurances unless there is compelling evidence to the contrary»<sup>168</sup>. La *Supreme Court* rivendica l'indipendenza del suo operato e le peculiarità del suo ruolo e del suo procedere, soprattutto di fronte all'Esecutivo<sup>169</sup> affermando come sia chiamata «to bear its own expertise and experience: weighing competing bodies of evidence, and assessing whether there are grounds for apprehending a risk, are familiar judicial functions»<sup>170</sup>. E ancora, risulta indicativo l'*obiter dictum* con cui la Corte prende in considerazione la natura del principio di *non-refoulement*: «the significance of non-refoulement being a principle of customary international law is that it is consequently binding upon all states in international law, regardless of whether they are party to any treaties which give it effect»<sup>171</sup>. Inoltre, pienamente consapevole della minaccia che incombe sullo *Human Rights Act*, nonché del pericolo che l'accordo UK-Ruanda, e le sue possibili ulteriori riformulazioni, rappresentano per i diritti di richiedenti asilo e rifugiati e per il rispetto della *rule of law*, la Corte suprema afferma: «the principle of non-refoulement is therefore given effect not only by the ECHR but also by other international conventions to which the United Kingdom is party. It is a core principle of international law, to which the United Kingdom government has repeatedly committed itself on the international stage, consistently with this country's reputation for developing and upholding the rule of law»<sup>172</sup>.

## 6. Una piccola postilla: l'approccio francese

La rilevanza del contesto e della particolare cultura giuridica e istituzionale che fa da sfondo all'equilibrio giudici-legislatori, nell'alveo delle politiche migratorie, sembrerebbe confermata pure da altri studi e pronunce. Risulta paradigmatica, in proposito, la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, di recente impostasi all'attenzione dei media e della dottrina per la decisione n° 2023-863 DC del 25 gennaio 2024<sup>173</sup>. La pronuncia ha stralciato buona parte della *Loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, adottata

167. Si veda in proposito K. Gelber, *High Court Review 2004*, cit., che richiama le affermazioni del giudice McHugh in *Al-Kateb v Godwin* (2004) 208 ALR 124, §45: «It is not for courts, exercising federal jurisdiction, to determine whether the course taken by Parliament is unjust or contrary to basic human rights. The function of the courts in this context is simply to determine whether the law of the Parliament is within the powers conferred on it by the Constitution».

168. *Ivi*, §52.

169. *Ivi*, §57: «The government's assessment of whether there is such a risk is an important element of that evidence, but the court is bound to consider the question in the light of the evidence as a whole and to reach its own conclusion».

170. *Ivi*, §55.

171. *Ivi*, §25.

172. Sul punto si veda D. Owen, *Magical Thinking and Obsessive Desires: Conservative Politics, Human Rights, and the Rwanda Judgment*, in [Verfassungsblog.de](https://www.verfassungsblog.de), 11 novembre 2023 e A. Butelli, "Rwanda policy" e UK Supreme Court, cit., che opportunamente richiama il *Judicial Review and Courts Act 2022* e la riforma dello *Human Rights Act 1998* ripetutamente annunciata dai governi conservatori che si sono recentemente susseguiti, cfr. A. De Luca, *Enemies of the people o custodi della rule of law?*, cit.

173. Décision n. 2023-863 DC du 25 janvier 2024. Per un primo commento si veda P. Piciacchia, *Dalle elezioni senatoriali alla legge sull'immigrazione, (guardando al nuovo governo Attal e alle sentenze del Conseil): l'Esecutivo francese in affanno e la continua ricerca di una strategia*, in *Nomos*, 3, 2023.

il 19 dicembre 2023 (d'ora in avanti anche legge Darmanin)<sup>174</sup>. Nonostante ciò, risulta difficile aderire all'idea di un "governo dei giudici", paventata, tra gli altri, da alcuni esponenti del partito di estrema destra *Rassemblement National*<sup>175</sup>.

La maggior parte delle disposizioni sottoposte al sindacato del *Conseil constitutionnel*, infatti, è stata censurata perché adottata in spregio alle regole procedurali sancite dall'art. 45 Cost.<sup>176</sup>. Ben 32 dei 35 articoli della legge Darmanin sono stati dichiarati incostituzionali come *cavaliers législatifs*, in quanto privi di un legame con il testo in discussione. La conformità a Costituzione del loro contenuto, dunque, non è stata messa in questione, ammettendo pacificamente, in futuro, una loro possibile riadozione. Al tempo stesso, quasi tutte le previsioni contenute del disegno di legge iniziale sono state fatte salve, incluse alcune previsioni fortemente restrittive dei diritti degli stranieri nell'alveo del contenzioso in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento, quali l'attribuzione generalizzata della competenza in questa materia in capo al giudice monocratico (prima era del Collegio)<sup>177</sup> o la contrazione dei tempi per l'impugnazione di alcune decisioni cruciali (ad esempio, quelle che negano, in tutto o in parte, al richiedente asilo il beneficio delle condizioni materiali di accoglienza o che vi pongono fine o le decisioni che dispongono la detenzione amministrativa)<sup>178</sup>.

È interessante osservare come le linee argomentative utilizzate dal *Conseil* ricalchino un approccio più in linea con la cultura giuridica francese – fatta di *self-restraint*, deferenza nei confronti del legislatore e ragionamento formalistico<sup>179</sup> – di quanto si potrebbe pensare a primo acchito. Questo giudizio risulterebbe confermato da un'altra decisione emessa dal *Conseil* in materia migratoria: la 2018-717/718 QPC sul c.d. "reato di solidarietà"<sup>180</sup>. Senza dubbio questa sentenza ha segnato una cesura nella storia della giurisprudenza costituzionale francese: per la prima volta fa la sua comparsa il principio costituzionale di *fraternité*, di cui viene affermata chiaramente la portata precettiva<sup>181</sup>. Su questa base, è stata

174. LOI n. 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

175. Q. Desjobert, *Censure de la loi immigration : le monde politique réagit à la décision du Conseil Constitutionnel*, CNews, 25 gennaio 2024, *Censure de la loi immigration: le monde politique réagit à la décision du Conseil constitutionnel* ([cnews.fr](https://www.cnews.fr)).

176. «Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis».

177. Art. L. 131-7: «A moins que, de sa propre initiative ou à la demande du requérant, le président de la Cour nationale du droit d'asile ou le président de formation de jugement désigné à cette fin décide, à tout moment de la procédure, d'inscrire l'affaire devant une formation collégiale ou de la lui renvoyer s'il estime qu'elle pose une question qui le justifie, les décisions de la Cour nationale du droit d'asile sont rendues par le président de la formation de jugement statuant seul».

178. Art. L. 921-2: «Lorsqu'une disposition du présent code prévoit qu'une décision peut être contestée selon la procédure prévue au présent article, le tribunal administratif peut être saisi dans le délai de quarante-huit heures à compter de la notification de la décision. Sous réserve de l'article L. 921-3, il statue dans un délai de quatre-vingt-seize heures à compter de l'expiration du délai de recours».

179. A. Dyevre, *The French Constitutional Council*, in A. Jakab, A. Dyevre G. Itzcovich (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 323-355.

180. Si tratta dell'art. L. 622-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers e du droit d'asile* (CESEDA), che punisce con la reclusione fino a 5 anni e con una pena pecuniaria di 30.000 euro chiunque, direttamente o indirettamente, faciliti o tenti di facilitare l'ingresso, la circolazione o il soggiorno irregolare di uno straniero sul territorio francese. L'art. 622-4 prevede vari casi di esenzione, stabilendo un'immunità penale per tutte le persone fisiche o giuridiche che abbiano favorito lo straniero, senza alcuna contropartita diretta o indiretta. La disposizione, tuttavia, – ed è questo il punto di cui si contesta la conformità a costituzione – richiama solo l'aiuto al soggiorno irregolare e non anche quello alla circolazione e all'ingresso dello straniero.

181. Il contenuto del principio viene definito dal *Conseil* «la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national» (par. 8).

così sancita l'incostituzionalità dell'art. L. 622-4, nella parte in cui non prevedeva l'immunità penale rispetto all'ausilio fornito alla circolazione dello straniero in situazione irregolare, motivato da uno scopo umanitario<sup>182</sup>. Tuttavia, le osservazioni di numerosi studiosi hanno suggerito di ridimensionare la portata "contro-maggioritaria" della decisione, evidenziandone, piuttosto, i numerosi punti di continuità con il tradizionale approccio pro-governativo del *Conseil*<sup>183</sup>.

Le due decisioni menzionate risultano, così, particolarmente emblematiche delle strategie argomentative già viste con riferimento ad altre Corti ed esperienze, come quella britannica e australiana. Nello specifico, emerge il tema comune dell'ampio margine di discrezionalità accordato al decisore pubblico, della rilevanza narrativa e giuridica attribuita alla lotta all'immigrazione irregolare, del ruolo defilato e marginale assegnato alle fonti normative di diritto internazionale. Con riferimento al primo punto, si ponga attenzione al passaggio in cui il *Conseil* dichiara la conformità a Costituzione della disposizione che amplia i casi in cui le tutele accordate a talune categorie di stranieri contro l'espulsione possono essere derogate<sup>184</sup>, così motivando: «Aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. Les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale»<sup>185</sup>. Attraverso queste considerazioni, peraltro già effettuate in altre sedi<sup>186</sup>, la decisione conferma una tendenza a confermare il bilanciamento compiuto dal legislatore tra ordine pubblico e diritti degli stranieri: «Between 1986 and 2019, in the thirty-three instances in which the Council balanced public order against rights, whether explicitly or implicitly, [...] only two were struck down»<sup>187</sup>.

---

182. Gli effetti della declaratoria di incostituzionalità sono stati differiti al 1° dicembre 2018, così da permettere al legislatore il tempo di modificare il quadro normativo.

183. Si veda tra gli altri, M. Daicampi, *Emersione di un principio costituzionale: il Conseil Constitutionnel su fraternité e azioni umanitarie a favore dei migranti*, in *DPCE online*, n. 3.2018, p. 671 ss.; S. Benvenuti, *Il Conseil constitutionnel cancella il délit de solidarité... o no? L'aiuto all'ingresso, al soggiorno e alla circolazione di stranieri irregolari nel territorio francese in una recente decisione del Conseil constitutionnel*, in *Questione Giustizia*, 7 settembre 2018.

184. Gli stranieri che rientrano in una delle categorie di cui all'art. L. 631-2 possono essere oggetto di una decisione di espulsione solo se essa costituisce una necessità imperativa per la sicurezza dello Stato o per la sicurezza pubblica e a condizione che l'art. L. 631-3 non vi osti. Coloro che rientrano in una delle categorie menzionate in quest'ultimo articolo possono essere espulsi solo nei casi di comportamenti idonei a ledere gli interessi fondamentali dello Stato, o connessi ad attività di natura terroristica, o che costituiscano atti di provocazione esplicita e deliberata alla discriminazione, all'odio o alla violenza nei confronti di una determinata persona o gruppo di persone. L'art. 35 della legge Darmanin prevede che, in deroga agli articoli L. 631-2 e L. 631-3 del CESEDA, uno straniero rientrante in una delle categorie menzionate in tali articoli possa essere oggetto di una decisione di espulsione qualora sia già stato oggetto di una condanna definitiva per determinati reati.

185. Décision n. 2018-717/718 QPC, par. 9.

186. *Ivi*, par. 10, in cui il *Conseil* afferma che «il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le principe de fraternité et la sauvegarde de l'ordre public».

187. L. Imbert, *Endorsing immigration policies in constitutional terms: the case of the French Constitutional Council*, in *European journal of legal studies*, n. 14(special issue).2022, pp. 63-95, in particolare p. 81.

Altro elemento che merita evidenziare, in linea con quanto già visto nell'esperienza britannica e in quella australiana, è l'utilizzo della lotta all'immigrazione irregolare quale grimaldello narrativo imbracciato dal legislatore, per promuovere politiche migratorie sempre più restrittive dei diritti degli stranieri<sup>188</sup>. Più volte, il *Conseil constitutionnel* ha affermato come «l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, objectif de valeur constitutionnelle»,<sup>189</sup> aggiungendo come il bilanciamento tra questo valore e i diritti degli stranieri spetti unicamente al legislatore, mentre il giudice ha il compito di verificare che il bilanciamento sia equilibrato. Tuttavia, come visto, questo controllo sembra limitarsi ad una minima "riduzione dei danni", attraverso ragionamenti scarni e per lo più formalistici, in linea con la tradizione giuridica francese. Eppure, lo scenario è particolarmente preoccupante: stando a quanto evidenziato dalla *Cour des comptes*, infatti, nell'ambito delle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare, il quadro legislativo è stato oggetto di 133 modifiche in meno di dieci anni, mentre il Ministero dell'interno tende a riaffermare le sue priorità attraverso circolari specifiche, senza disegnare una strategia globale. In contrasto con questa reiterazione delle istruzioni ministeriali, le amministrazioni e giurisdizioni responsabili della gestione delle persone in situazione irregolare fanno fatica a svolgere le loro attività<sup>190</sup>.

Infine, vi è un'ulteriore strategia utilizzata dal *Conseil* per ridurre i margini del suo sindacato, che emerge dalla decisione n° 2023-863 DC: l'assenza di richiami ai principi e alle norme di diritto internazionale poste a tutela degli stranieri, quali la Convenzione di Ginevra o la CEDU. Dal 1975, infatti, accedendo ad un'interpretazione restrittiva degli artt. 55 e 62 Cost., il *Conseil* ha escluso che le Convenzioni internazionali possano fungere da parametro ai fini del controllo di costituzionalità, esprimendo più volte questa posizione nelle decisioni assunte sulla conformità a Costituzione di disposizioni normative in ambito migratorio<sup>191</sup>.

Quanto illustrato richiede di tener conto non solo della cultura giuridica che caratterizza storicamente il rapporto giudici-legislatori nel contesto francese, ma anche delle contingenti dinamiche istituzionali, caratterizzate da equilibri fragili e delicati tra le varie forze politiche che finiscono per minacciare la stessa legittimazione del *Conseil* al cospetto degli altri poteri dello Stato. Non è un caso che la decisione n° 2023-863 DC abbia scatenato ai danni del *Conseil* attacchi così come pericolose strumentalizzazioni. Secondo alcuni esperti, infatti, il *Conseil* sarebbe, suo malgrado, entrato nell'agone politico: l'Esecutivo se ne sarebbe servito strategicamente «pour tenter de faire oublier le vote de ses élus avec l'extrême droite et jeter en pâture les élus LR»<sup>192</sup>. Anche questo aspetto segna un ulteriore parallelo tra l'esperienza francese e quella australiana e britannica.

## 7. Osservazioni conclusive

Le pronunce giudiziarie sin qui ripercorse – nell'intreccio tra sistemi normativi di immigrazione e asilo e intervento "riparatore" degli organi giurisdizionali – rappresentano non solo il punto d'arrivo di legislazioni contrarie (in varie forme) al rispetto di diritti

188. S. Slama, *La rétention des «Dublinables»: le Conseil Constitutionnel admet une rétention préventive sans perspective immédiate d'éloignement*, in *Lexbase. La lettre juridique*, n. 739.2018.

189. Décision n. 2023-863 DC, par. 140.

190. Cfr. *Cour des comptes, La politique de lutte contre l'immigration irrégulière*, Janvier 2024, p. 12.

191. L. Imbert, *Endorsing immigration policies in constitutional terms: the case of the French Constitutional Council*, cit., p. 85.

192. *Immigration: le jeu dangereux d'Emmanuel Macron*, in *Le Monde*, 26 gennaio 2024.

fondamentali dei migranti, bensì anche il punto di partenza per alcune riflessioni finali, anche in ordine al “seguito” che le stesse hanno avuto nella risposta dei poteri politici (soprattutto sotto forma di legge) e nel delicato rapporto di questi ultimi con il potere giudiziario.

Di fronte allo sgretolarsi dello Stato-nazione, anche per effetto della globalizzazione, si assiste all'emersione di nuove terre, luoghi – e forme – ancora sconosciute, difficili da mappare, in un mondo che fatica a prescindere dalla categoria dello Stato-nazione, e dal suo potere cognitivo e operativo<sup>193</sup>. Questi spazi definiscono nuove giurisdizioni, surrettiziamente create dagli Stati per sottrarsi agli obblighi internazionali e al controllo giudiziario. Lo Stato crea un “nuovo ordine”, su base prevalentemente amministrativa, al fine di rimpiazzare, o aggirare, un assetto normativo invisibile, contrario agli interessi che intende perseguire. In effetti, questo arroccamento statale sulle categorie tradizionali “nazionali” crea un esito paradossale: è impossibile pensare di gestire con un rafforzamento dei confini nazionali un fenomeno globale come quello delle migrazioni, tant'è vero che gli Stati occidentali, anche quelli, anzi proprio quelli, governati da partiti “sovranisti”<sup>194</sup>, si affacciano a siglare accordi con Paesi terzi.

Nel tentativo di negare questa incongruenza di fondo<sup>195</sup>, gli Stati, individuano nelle loro narrazioni capri espiatori sempre nuovi cui attribuire il consueto, ineliminabile *policy gap*: i trafficanti di esseri umani, i Paesi di provenienza dei migranti, i migranti stessi, e i giudici. Proprio i giudici sono uno dei bersagli principali delle trappole discorsive dei Governi che rispondono alle censure di questi ultimi accusandoli di essere i veri responsabili dell'insuccesso delle proprie politiche migratorie. Per smarcarsi da questo attacco, i giudici possono appellarsi al fondamento del proprio ruolo e della propria legittimazione (che non deriva da una base elettorale, bensì dalla Costituzione e dalla legge), dunque, alla coerenza dei propri ragionamenti, nonché al peso e all'autorevolezza di cui gode l'agire del potere giudiziario all'interno di una determinata cultura giuridica e di un determinato contesto istituzionale e sociale. Sono questi gli aspetti che, insieme ad altri fattori, e almeno per il momento, distinguono l'esperienza australiana da quella britannica.

Tuttavia, al pari, e ancor di più della Gran Bretagna, l'Italia è sottoposta a vincoli ulteriori, derivanti dalla sua appartenenza all'Unione europea. Inoltre, l'Italia conta di una tradizione di controllo giudiziario alquanto incisivo, anche quando si tratta di decidere dei diritti degli stranieri. In tal senso, non v'è dubbio che le decisioni della Corte costituzionale italiana in materia di diritti degli stranieri risentano molto del modo in cui la situazione giuridica soggettiva dello straniero viene ricostruita (se in termini di diritto o di libertà), manifestando un certo *self-restraint* quando a venire in rilievo sono proprio queste ultime<sup>196</sup>. Tuttavia, non si possono neppure ignorare le decisioni particolarmente critiche nei confronti del legislatore che la Corte costituzionale italiana ha assunto in materia di tutela dei diritti sociali

193. S. Sassen, *Visible Formalizations and Formally Invisible Factivities*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 20(1).2013, pp. 3-27.

194. G. Martinico, L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Roma, Castelvechi, 2023.

195. Per A.L. Hirsch, *The Borders Beyond the Border*, cit., p. 50, «irregular migration presents a challenge to the State's claim to sovereignty because they challenge a core component of how the State defines itself – control over its territory. [...] Since control over territory is closely connected to the idea of State sovereignty, a lack of enforcement of immigration laws is often interpreted as evidence of a lack of sovereignty. Uncontrolled migration also challenges the State's power to decide who is included and excluded, a key element of nationhood and national identity».

196. M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

degli stranieri<sup>197</sup> né quelle emesse dalle Corti inferiori che spesso ancorano le proprie decisioni sulla tutela degli stranieri al rispetto della Costituzione e degli obblighi internazionali<sup>198</sup>. Così, le questioni che ruotano attorno ai diritti degli stranieri, oltre a rappresentare un terreno estremamente delicato e sensibile a livello politico, costituiscono anche uno dei luoghi privilegiati in cui si gioca l'assetto dei rapporti tra giudici e legislatore, in un quadro di equilibri costituzionali e istituzionali dalle rapide evoluzioni.

---

197. Per una ricognizione si veda P. Pannia, *Questioning the frontiers of rights: the case law of the Italian Constitutional Court on non-European Union citizens social rights*, in *European journal of legal studies*, n. 14.2022, special issue, pp. 133-170.

198. Si veda ad es. Trib. Catania, 13 febbraio 2023.