

Il sindacato di costituzionalità  
in Sudafrica, tra *common law* e *civil law*

di Luigi Testa  
Dottorando di ricerca in Diritto pubblico  
Università di Pavia



# Il sindacato di costituzionalità in Sudafrica, tra *common law* e *civil law*\*

**di Luigi Testa**

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico  
Università di Pavia

**Sommario:** 1. Una introduzione. 2. Una Corte costituzionale nata “prima” della Costituzione. 3. Il modello della *Interim Constitution* (1994). 4. Il modello della *Final Constitution* (1996). 5. Il fallito tentativo di riforma del 2005. 6. La riforma del 2013: una Corte “maggiorante”. 7. Il soggetto del ritratto alla soglia dei vent’anni. 8. Un’ipotesi (da verificare) e una facile profezia.

## 1. Una introduzione

«Lo studioso, che tenti di ritrarre una Costituzione esistente, una Costituzione che sia operativa e vivente, deve affrontare una grave difficoltà: il fatto che il soggetto del ritratto cambia continuamente»<sup>1</sup>. Già questo rilievo da solo, forse, varrebbe a W. Bagehot tutta la fama di cui gode. Il soggetto del ritratto cambia continuamente, e non sempre linearmente.

Quando, il 14 febbraio 1995, a Joannesburg, l’allora Presidente N. Mandela inaugurò la sede della Corte costituzionale del Sudafrica, i toni furono solenni, come c’era da attendersi. «The Constitutional Court is not just a building that we inaugurate, handsome though it is. It is an institution that we establish – South Africa’s first Constitutional Court». Effettivamente, l’edificio in cui aveva prima sede la nuova istituzione lasciava un po’ a desiderare; si trattava di un complesso fino ad allora adibito a sede di uffici commerciali. Bisognerà attendere il 2004 per il suo trasferimento nella *Constitution Hill*, costruita dove prima sorgeva la prigione che aveva ospitato, tra gli altri, Mandela e il futuro Mahatma Gandhi. Inaugurando la nuova sede, il 21 marzo 2004, il Presidente T. Mbeki aveva parlato della Corte come «protettrice dei diritti che il nostro popolo ha conquistato in una lotta lunga e carica di oneri».

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, tr. it., Bologna, 1995, p.265.

Il ruolo della Corte costituzionale sudafricana nell'affermazione della cultura dei diritti è stato ampiamente documentato e commentato<sup>2</sup>. A partire dalle storiche prese di posizione sulla pena di morte in avanti<sup>3</sup>, l' "attivismo"<sup>4</sup> della Corte di Joannesburg ha fatto del giudice delle leggi sudafricano uno dei più all'avanguardia quanto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive consacrate dal *Bill of Right* locale, anche grazie ad una apertura sistematica alle istanze sovranazionali e alle "suggerzioni" extra-nazionali. Basti qui rinviare alle attente analisi sul (quasi) sistematico ricorso, nell'argomentazione della Corte, agli strumenti del diritto comparato<sup>5</sup>. Nel processo di transizione democratica e oltre questo processo, dunque, la Corte costituzionale di Joannesburg si pone come momento fondamentale in quella evoluzione che ha gradualmente portato il Sudafrica a proporsi come «leader in the progressive constitutional promotion of human rights, full enumeration of civil, political, social, economic, and cultural rights». Così, almeno, nelle orgogliose parole del giudice costituzionale D. Moseneke, dieci anni di carcere per «anti-apartheid activism», in una recente intervista sulla giurisprudenza costituzionale sudafricana e il percorso verso la democrazia<sup>6</sup>.

In questo percorso, la geometria costituzionale della competenza della Corte di Joannesburg ha mostrato un alto tasso di variabilità<sup>7</sup>. Il soggetto del nostro ritratto – se così si può dire – ha mutato diverse volte fisionomia, con una serie di interventi positivi, o tentati interventi, che a

---

<sup>2</sup> Tra i più recenti lavori in tal senso, v. T. R. ROUX, *Constitutional Courts as democratic consolidators: insights from South Africa twenty years on*, Working Paper, 25 settembre 2014 ; nonché F. R. DAU, "The soul of the nation": il costituzionalismo sudafricano alla prova della dinamica politica, in F. LANCHESTER (a cura di), *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Milano, 2012, pp. 381 ss.

<sup>3</sup> *Makwanyane vs. State*, 1995 (6) BCLR 665 (CC).

<sup>4</sup> R. ORRÚ, *Riflessioni sulla coerenza dell'ordine costituzionale del Sudafrica post-apartheid tra innovazione ed evoluzione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2009, pp.1869 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, v. soprattutto A. RINELLA, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, pp.379 ss.; ma anche H. WEBB, *The Constitutional Court of South Africa: Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1998, pp. 205 ss.

<sup>6</sup> C. COLASURDO, R. MARLIN, *South Africa's Constitutional Jurisprudence and the Path to Democracy: an annotated Interview with Dikgang Moseneke, acting Chief Justice of the Constitutional Court of South Africa*, in *Fordham Int. Law J.*, 2013-2014, pp.279 ss. Si legga pure D. F. COHEN, *A Constitution at a crossroads: a conversation with the Chief Justice of the Constitutional Court of South Africa*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2014, pp.132 ss.

<sup>7</sup> Oltre al sindacato, successivo e – ad alcune condizioni – preventivo, sulla legittimità costituzionale delle leggi, la Corte costituzionale del Sudafrica, ai sensi dell'art. 167, c. 4, FC, ha una serie di altre competenze pure "tipiche" di un organo di giustizia costituzionale, come ad esempio quella di cui alla lett. a) relativa alla risoluzione dei conflitti tra poteri dello Stato. Nell'analisi che qui si presenta, tuttavia, si intende concentrarsi soltanto sul *proprium* della Corte, isolando concettualmente il sindacato di costituzionalità delle leggi dalle altre funzioni più o meno tipiche.

volte non hanno mancato di accompagnarsi ad una serie di perplessità – non potendosi in realtà parlare di vere contestazioni –, come è accaduto ad esempio per l’ultima riforma qui rilevante: il *Constitution Seventeenth Amendment Act*, entrato in vigore il 23 agosto 2013.

Così, il giudice delle leggi sudafricano si presenta all’appuntamento del suo ventennale – il prossimo febbraio – con una fisionomia che è ben diversa da quella della *Interim Constitution* del 1994 e, poi, della *Final Constitution* del 1996. Epilogo – che difficilmente può presumersi definitivo – di un percorso in continua tensione tra una tradizione di *common law* e i richiami della *civil law*<sup>8</sup>.

E non ci si stupirà se nella fenomenologia di tale tensione si siano talvolta ravvisati i sintomi di una certa refrattarietà alla forza di impatto del sindacato costituzionale su un ordine che fino al 1993 ruotava intorno al dogma della *sovereignty of Parliament*. Nient’altro, del resto, che quella stessa forza di opposizione che è stata ben colta negli esordi della giustizia costituzionale del nostro Paese<sup>9</sup>, e che ad uno studio attento probabilmente risulterà anche in esperienze ordinamentali *eiusdem generis*. Resta tuttavia da verificare se questa forza di opposizione pur comune ad entrambe le esperienze – quella italiana e quella sudafricana – possa o debba essere “gestita” diversamente in ragione della diversità di riferimento al modello della *civil law* e della *common law*.

## 2. Una Corte costituzionale nata “prima” della Costituzione

Le transizioni democratiche portano naturalmente con sé un apparato di scelte simboliche che non meritano di essere sottovalutate. Tra queste, certamente rientra la scelta di fare del luogo dove sorgeva la prigione dell’uomo simbolo dell’*anti-apartheid* la sede non tanto del “nuovo” Parlamento, collettore delle nuove istanze democratiche, quanto piuttosto della Corte costituzionale. Quasi a fare proprio *di questa* l’istituzione simbolo del nuovo corso, e non invece dell’assemblea legislativa, con una chiara soluzione di continuità simbolica rispetto al precedente regime di tipo *Westminster*.

In effetti, rispetto al paradigma ordinario, che muove dalla stretta funzionalità (a carattere necessario) del sindacato di legittimità alla effettività della Costituzione – e dunque dal carattere in

---

<sup>8</sup> Per una lettura delle categorie *common law* e *civil law*, v. G.F. FERRARI, «*Civil law*» e «*Common law*»: aspetti pubblicistici, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, 2014, pp.775 ss., anche con particolare riguardo alle modulazioni della giustizia costituzionale nelle distinzioni tra i due sistemi, pp.791 ss.

<sup>9</sup> Il riferimento è soprattutto al lavoro – cui queste riflessioni sono ampiamente debitorie – di C. MEZZANOTTE, recentemente riedito da M. RUOTOLO, *Il giudizio sulle leggi: le ideologie del Costituente e Corte costituzionale e legittimazione politica*, entrambi Napoli, 2014.

un certo senso “serviente” (o “strumentale”)<sup>10</sup> di questo sindacato alla Costituzione dello Stato, la vicenda del Sudafrica e della sua Corte costituzionale si muove in senso opposto. E ciò per le peculiarità della transizione che dal 2 febbraio 1990 condusse alla *Final Constitution* del 1996, e che qui sarà necessario richiamare soltanto per cenni<sup>11</sup>.

L’effetto del discorso del Presidente F. W. De Klerk’s, all’inaugurazione della sessione parlamentare del 1990, con cui, tra le altre cose, si annunciava il rilascio immediato di Mandela e dei suoi compagni, fu quello di «irreversibly to change the face of South African politics»<sup>12</sup>. Ma da lì non solo cambiò la politica del Sudafrica; a cambiare in maniera radicale fu la struttura giuridica del Paese, con l’apertura di una fase costituente che doveva prevedere un periodo transitorio.

Le delicate contingenze politiche, infatti, richiedevano una attenta negoziazione tra le forze in campo, in cui la diffusa pretesa di una nuova Costituzione legittimata «dal basso» si scontrava con la riluttanza dell’*ancien régime* a cedere del tutto alle nuove forze.

J. Kriegler, giudice della Corte di Joannesburg dal 1994 al 2002, in un discorso alla Cornell University<sup>13</sup> racconta che la soluzione di compromesso fu trovata da uno «stalinista vecchio stampo»<sup>14</sup>, traendo spunto dalla sua esperienza di tanti anni come *commercial lawyer*. E la proposta, effettivamente, riprendeva la tecnica delle grandi negoziazioni aziendali, in cui, posti in una prima fase i principi col più ampio grado di condivisione, si procede poi, in questa cornice, a definire i dettagli dell’accordo.

Al termine dei negoziati si giunse, dunque, nella primavera del 1994, con l’approvazione della cosiddetta *Interim Constitution* (IC), destinata a rimanere in vigore fin quando il Parlamento – Assemblea Nazionale e Senato insieme – uscito dalle prime elezioni post *apartheid* non avesse, in

---

<sup>10</sup> Non c’è bisogno di richiamare qui le riflessioni di H. KELSEN, per il quale il sindacato di legittimità costituzionale è *condicio sine qua non* dell’effettività costituzionale, quasi fino ad asserire che se non vi è sindacato di costituzionalità non vi è Costituzione. Sia consentito solo il rinvio classico a *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, pp.197 ss.

<sup>11</sup> La letteratura sulla transizione democratica del Sudafrica, anche in Italia, è particolarmente vasta. Per una visione completa dei profili di natura più strettamente giuridica, ci si limita a rinviare a H. EBRAHIM, *The Soul of a Nation: constitution-making in South Africa*, Cape Town, 1998; in italiano, invece, tra gli altri, F.R. DAU, *Costituzionalismo e rappresentanza. Il caso del Sudafrica*, Milano, 2011.

<sup>12</sup> D. VAN WYK, *Introduction to the South African Constitution*, in D. VAN WYK, J. DUGARD, B. DE VILLIERS, D. DAVIS, *Rights and Constitutionalism. The New South African Legal Order*, Oxford, 1996, p.131, cui comunque si rinvia per un’attenta analisi dei fatti e dei risvolti giuridici della transizione democratica.

<sup>13</sup> J. KRIEGLER, *The Constitutional Court of South Africa. Address to Cornell University Law Students on October 25, 2002*, in *Cornell International Law Journal*, 2003, pp.35 ss.

<sup>14</sup> «Ironically, the solution was proposed by a tough old-time Stalinist. Taking an analogy from his earlier years of practice as a commercial lawyer and member of the Johannesburg Bar, the suggested that the negotiators drawn on common practice in complex corporate mergers, where the agreed principles of the merger are recorded up front but the details is left to be filled in later» (p.362).



funzione di *Assemblea Costituente*, approvato una *Final Constitution* (FC) con piena legittimazione democratica. E – sta qui la trovata dello «stalinista vecchio stampo» – la *Interim Constitution* conteneva, all'allegato IV, una serie di trentaquattro principi costituzionali, cui la definitiva Costituzione avrebbe dovuto essere conforme (art. 71, IC).

Tale segmentazione del potere costituente era la garanzia richiesta dalla minoranza “bianca” che temeva di vedersi definitivamente compromessa dal cambio di regime in seguito all'allargamento del vecchio suffragio su base razziale, ed è in tal senso che si giustifica anche la previsione dei commi secondo e terzo dell'art. 71, a mente dei quali, per entrare in vigore, la Costituzione definitiva avrebbe dovuto superare il vaglio di una istituenda Corte costituzionale.

Ed effettivamente, il *power of certification* a questa Corte riconosciuto dall'art. 71, IC, sarà da essa esercitato con attenta diligenza, tanto da ritenere, il 6 settembre 1996, che il testo costituzionale adottato l'8 maggio non fosse conforme ai principi dell'allegato IV almeno sotto otto profili. Ritornato al Parlamento, il testo fu così modificato nei punti individuati come critici dalla Corte, e superò il secondo vaglio il 4 dicembre 1996<sup>15</sup>.

Così, la Corte costituzionale nasce, in un certo senso, *prima della Costituzione* stessa (o per lo meno, prima della Costituzione definitiva), con «una funzione ibrida che a tratti ha assunto i caratteri di una co-partecipazione all'esercizio del potere costituente»<sup>16</sup>, e ciò ne orienta inevitabilmente il percorso successivo, per lo meno in termini di “forza morale”.

Il ricorso, in un contesto tradizionalmente di *common law*, ad un sindacato di legittimità costituzionale con forma accentrata è dunque una scelta forse più consapevole dal punto di vista politico che giuridico. Di ragioni politiche se ne possono individuare facilmente due, in senso reciprocamente opposto, riferibili alle due forze politiche del Paese. Se da un lato l'*African National Congress* nutriva scarsa fiducia in un modello di giustizia costituzionale affidato ai giudici comuni – appartenenti, per generazione, ad una impostazione culturale forse ancora troppo prossima alle “ideologie” di stampo razzista –, dall'altro lato, il Partito Nazionale al governo valutava la scelta di un'unica Corte costituzionale al pari di una istanza di conservazione, a garanzia dell'accordo politico che aveva portato ai *Constitutional Principles* e che, unico, garantiva la “salvezza” alla minoranza “bianca”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Sulle vicende del *power of certification* della Corte costituzionale, v. soprattutto H. EBRAHIM, *op. cit.*, pp.223 ss.

<sup>16</sup> A. LOLLINI, *La Corte costituzionale sudafricana*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, p.787, che sviluppa una interessante riflessione in tal senso.

<sup>17</sup> Di questa opinione, tra gli altri, è anche G. VAN DER SCHYFF, *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*, Londra, 2010, p.45: «The



Se poi l'opzione giuridica verso cui queste opposte istanze politiche convergono abbia retto all'impatto di un sistema tradizionalmente di *common law* si tenterà di valutarlo solo dopo aver considerato gli sviluppi normativi intervenuti nel ventennio da allora intercorso.

### 3. Il modello della *Interim Constitution* (1994)

Lo schema di sindacato delineato dalla Costituzione provvisoria del 1994 è di difficile definizione, stando alle tradizionali classificazioni. Il modello infatti prevedeva sì una Corte costituzionale – come si è già visto –, ma competenti a risolvere le questioni costituzionali sarebbero state anche le divisioni locali della Corte Suprema, pur essendo sempre decisiva e definitiva la parola della Corte “apicale”. Probabilmente, con tutti i *distinguo* del caso, può parlarsi, almeno riguardo al dato normativo formale, di un modello di sindacato accentrato con elementi di controllo diffuso.

La Corte costituzionale, infatti, aveva giurisdizione su «ogni materia relativa all'interpretazione, alla protezione e all'attuazione delle norme costituzionali» (art. 98, c. 2, IC); formula ampia in cui era inclusa, per quel che ci riguarda, la competenza su ogni controversia sulla costituzionalità delle leggi, sempre successiva e, a date condizioni<sup>18</sup>, anche preventiva.

La via di accesso ordinaria al giudizio della Corte costituzionale era quella del c.d. *referral*, pur non precludendo la Costituzione provvisoria modalità di accesso diretto da regolare con fonti di rango inferiore (cfr. art. 100, c. 2). Ma, da questo punto di vista, risultava differenziata la posizione delle divisioni provinciali e locali della Corte Suprema, rispetto alla *Appellate Division*.

Quando, infatti, una divisione provinciale o locale della Suprema Corte avesse ravvisato una questione di costituzionalità decisiva<sup>19</sup> per il caso di cui si discuteva, essa avrebbe sospeso il procedimento e sollevata la questione innanzi alla Corte costituzionale, «qualora [avesse considerato] che si [dovesse] procedere così nell'interesse della giustizia» (art. 102, c. 1). Negli altri

---

introduction of judicial review has also served as a political device to address the fears of the white minority that they might be sidelined by a new parliament which they could no longer dominate numerically. This is because expanding the vote has meant changing the composition of political organs, which could in turn drown out the voice of the previously advantaged classes. Combined, these two reasons imply that judicial review was chosen not only because it presented a new substantive model for the country's future, but also because it served as a bridge to securing that new future».

<sup>18</sup> Art. 98, c. 9, IC: «The Constitutional Court shall exercise jurisdiction in any dispute referred to in subsection (2) (d) only at the request of the Speaker of the National Assembly, the President of the Senate or the Speaker of a provincial legislature, who shall make such a request to the Court upon receipt of a petition by at least one-third of all the members of the National Assembly, the Senate or such provincial legislature, as the case may be, requiring him or her to do so».

<sup>19</sup> Art. 102, c. 1, IC: «If, in any matter before a provincial or local division of the Supreme Court, there is an issue which may be *decisive for the case* ...».



casi, invece, la divisione provinciale o locale poteva scegliere di non effettuare il *referral*, procedendo piuttosto essa stessa a risolvere la questione (art. 101, c. 3).

Questa scelta non era invece libera per l'*Appellate Division* della Suprema Corte, alla quale non rimaneva che la strada del *referral*, esclusa espressamente dall'art. 101, c. 5, la giurisdizione “diretta” nelle materie di competenza della Corte costituzionale.

Il terreno perso al modello accentrato dall'elemento di diffusione introdotto dall'art. 101, c. 3, era tuttavia recuperato dalla previsione della Corte costituzionale come «court of final instance»<sup>20</sup> in materia costituzionale, da cui derivava come precipitato tecnico la norma per cui la decisione su una questione di costituzionalità pronunciata da una divisione provinciale o locale della Suprema Corte poteva essere sempre impugnata innanzi al giudice delle leggi di Joannesburg. Con una «biforcazione nella vicenda dell'appello»<sup>21</sup> nel caso in cui la decisione della divisione provinciale o locale vertesse sia sul merito del caso concreto che sui profili di costituzionalità. In tal caso, infatti, l'*Appellate Division* avrebbe dovuto, per le regole note, riservare a sé solo l'appello sul merito, effettuando il *referral* per la parte che risolve la questione di costituzionalità.

Il modello, insomma, rischiava di essere farraginoso. La scelta di istituire un giudice unico, centralizzato, delle leggi era precisa e definita, e si muoveva sulle coordinate politiche che si è tentato di individuare appena sopra. Essa si innestava, tuttavia, su un sistema che segna una certa continuità con l'*ancien régime*, prevedendosi ancora una (pur parziale) presenza di elementi di controllo diffuso nel sindacato di legittimità. A rendere meno lineare il sistema, vi era poi il fatto che dal sindacato diffuso è esclusa solo l'*Appellate Division*, che negli anni dell'apartheid aveva solidarizzato troppo con “i bianchi” al potere, residuando la possibilità di risolvere *ex se* le questioni di costituzionalità soltanto in capo alle divisioni provinciali o locali.

Anche a non voler dire di quest'ultima “schizofrenia”, la forzata *cobabitation* delle due anime del sistema consegnato dall'*Interim Constitution* risulta sin dall'inizio destinata a generare problemi di armonizzazione di non poco conto.

Perché un sistema di *common law*, basato sul principio della *rule of law* nel suo senso più stretto – come, appunto, quello sudafricano – possa reggere all'impatto che viene dalla proclamazione del principio della supremazia della Costituzione – che, beninteso, è recepito solennemente nella Costituzione del '93, all'art. 4 – c'è una sola strada, ed è la via americana: quella cioè di un

---

<sup>20</sup> Art. 98, c. 2, IC: «The Constitutional Court shall have jurisdiction in the Republic as the court of final instance over all matters relating to the interpretation, protection and enforcement of the provisions of this Constitution, including ...».

<sup>21</sup> S. COCCHI, *L'evoluzione della Corte costituzionale sudafricana. Quali prospettive per il futuro?*, in *Consultaonline*, 9 febbraio 2011, p.5.



modello si diffuso, ma che includa nella *rule of law* il nuovo principio di supremazia costituzionale, valutando la Costituzione alla stregua non di una legge al pari delle altre, bensì della legge delle leggi, la legge suprema del Paese. Ma se questo è potuto accadere tanto linearmente negli Stati Uniti, forse è anche perché il nuovo Stato era lì nato con la Costituzione, e, soprattutto, i giudici dello Stato erano nati insieme alla Costituzione<sup>22</sup>.

Sia lecito un riferimento al caso italiano, che forse – per prossimità – permette una migliore comprensione. L’innesto del principio di supremazia costituzionale su un modello che fino al ’48 era stato di Costituzione flessibile fa’ sì che, nel modello di sindacato diffuso vigente della VII disposizione transitoria e finale, i giudici comuni restino per lo più impermeabili alla nuova “cultura” costituzionale, rifugiandosi al massimo nella nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche. Sarà, come è noto, soltanto con grande fatica che la Corte costituzionale, una volta al lavoro, riuscirà ad imporre l’effettività del principio di supremazia costituzionale – e risulta difficile immaginare quanta altra fatica sarebbe stata necessaria se la Costituzione avesse disposto espressamente nel senso della mera transitorietà del controllo diffuso, a favore di un definitivo controllo in ogni modo accentrato<sup>23</sup>.

Al di là delle evidenti necessarie distinzioni, qualcosa del genere a quanto in Italia si verifica nella vigenza della VII disposizione transitoria e finale accade pure il sistema della Costituzione Sudafricana del 1993. Messi dinanzi all’alternativa tra *referral* e risoluzione autonoma della questione, le divisioni provinciali e locali della Suprema Corte troppe volte trattengono la decisione innanzi a sé; e a nulla vale l’obbligo di *referral* per l’*Appellate Division* in caso di «biforcazione nella vicenda dell’appello»<sup>24</sup>. Infatti, la previsione per cui questa può, se lo ritiene,

---

<sup>22</sup> D’altra parte, proprio il fatto che il *judicial review* nasca nel 1803 per “spontanea gemmazione” dalla giurisprudenza della Suprema Corte, senza alcuna espressa previsione di diritto positivo, segna ancora di più il senso di una “natura predisposizione” del potere giudiziario locale alle categorie del sindacato di legittimità costituzionale.

<sup>23</sup> Oltre al classico e già citato C. MEZZANOTTE, recentemente riedito da M. RUOTOLO, *Il giudizio sulle leggi: le ideologie del Costituente e Corte*, cit., sulla sentenza n. 1 del 1956 con cui la Corte costituzionale chiarisce il senso della distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, e sulla «dottrina più attenta alla fisionomia del nuovo sistema costituzionale delle fonti» che ne aveva già in parte anticipato la sostanza, v. G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012, pp.4 ss. Per una lettura “problematica” e ricca di suggestioni del tema «ricostruit[o] con toni agiografici, se non da trama cinematografica» (p.6), nell’ambito di una riflessione più ampia sulla «attuazione» della Costituzione, v. M. v. R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella Giurisprudenza costituzionale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali, alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni. Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” Capri, 3-4 giugno 2005*, Torino, 2006, pp.361 ss., *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicenda della Costituzione repubblicana, Relazione al Seminario «Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana»*, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, pubblicata su *Rivista AIC*, 1/2013.

<sup>24</sup> S. COCCHI, *op. cit.*, p. 5.



decidere l'appello senza trattare le questioni di natura costituzionale, in quanto sempre competente a dichiarare in via definitiva la propria giurisdizione, rischia di farne *de facto* una corte di ultima istanza anche in materia costituzionale.

Il rischio, nel senso di un grave rallentamento della costituzionalizzazione del sistema, viene del resto colto dalla stessa Corte costituzionale. Tale consapevolezza è la principale chiave di lettura, in particolare, di due decisioni in cui il giudice delle leggi del 1996 – *Gardener vs. Whitaker*<sup>25</sup> e *Du Plessis vs. De Klerk*<sup>26</sup> – conclude nel senso dell'obbligo di ogni giudice «in the application and development of the common law, to have due regard to the spirit, purport and objects» delle norme costituzionali, e in specie dei diritti elencati nel Capitolo 3.

#### **4. Il modello della *Final Constitution* (1996)**

Con le sentenze del 1996, la Corte costituzionale tenta dunque di richiamare comunque ogni giudice al rispetto della Costituzione – e soprattutto del *Bill of Rights* –, laddove essa, per l'operare dell'art. 101, c. 3, IC, è esclusa dalla definizione delle questioni di costituzionalità risolte dalle divisioni provinciali o locali della Suprema Corte.

Il problema, invero, dovrebbe essere del tutto risolto, almeno stando alla *littera legis*, dalla Costituzione definitiva promulgata il 18 dicembre 1996 ed entrata in vigore il 4 febbraio dell'anno successivo. Il nuovo modello sembrerebbe, ad una prima impressione, virare decisamente verso il modello del sindacato diffuso, rendendo sempre necessaria la definitiva parola della Corte costituzionale. L'effetto che si ottiene, tuttavia, rischia da subito di essere quello contrario, nel senso cioè di una presa d'atto di un modello *sostanzialmente* diffuso, cui, anzi, si finisce per dare ulteriore legittimazione. Invero, la previsione – che si vedrà appena oltre – che rende necessaria una certificazione della Corte costituzionale per la validità di ogni decisione in materia costituzionale muta radicalmente la fisionomia del sistema del 1993, di fatto attenuando l'obbligo di giustificazione della divisione provinciale o locale della Suprema Corte di non ricorrere alla via ordinaria del *referral*, ma di risolvere da sé la questione, che comunque poi sarà sempre sottoposta alla Corte costituzionale per la sua validazione. Tale effetto “deresponsabilizzante”, in un certo senso, costituisce dunque un enorme passo nella direzione piuttosto di un modello di sindacato diffuso.

La nuova geometria del sindacato di legittimità costituzionale si inserisce in un assetto giurisdizionale novellato, in cui – per quel che qui interessa – una *Supreme Court of Appeal* prende il

---

<sup>25</sup> 1996 (4) SA 337 (CC).

<sup>26</sup> 1996 (3) SA 850 (CC).



posto della *Appellate Division* della Suprema Corte, e le vecchie divisioni territoriali sono sostituite da un sistema articolato di *High Courts*. Mutate così le etichette, la prima rilevante novità è il venir meno dei limiti che la Costituzione del '93 poneva alla vecchia *Appellate Division*: al pari delle *High Courts*, anche la nuova *Supreme Court of Appeal*, potrà, infatti, scegliere se seguire la strada del *referral* o se invece risolvere da sé la questione di natura costituzionale rilevante nel procedimento pendente. La Corte costituzionale resta, però, l'unica corte di vertice per la giustizia costituzionale, sicché le decisioni su questioni aventi natura costituzionale risolte dalle *High Courts* e dalla stessa *Supreme Court of Appeal*, potranno in ogni caso essere impugnate innanzi al giudice delle leggi di Joannesburg.

Ma nella Costituzione del 1996 vi è di più. A confermare il ruolo apicale della Corte costituzionale, gli artt. 167, c. 5, e 172, c. 2, lett. a, della *Final Constitution* prescrivono che qualsiasi dichiarazione di illegittimità costituzionale adottata dalle *High Courts* o dalla *Supreme Court of Appeal* non sia efficace se non confermata dalla Corte costituzionale, in modo da assicurare «uniformity in relation to precedent as far the validity of Acts of Parliament is concerned»<sup>27</sup>. Quello che viene in rilievo è, dunque, un sistema *sui generis* che, stando al dettato costituzionale, è diffuso “in primo grado”, e accentrato “in secondo grado”; un secondo grado che diviene sempre necessario, o per la via dell'appello proposto da una delle parti, o comunque per la condizionata efficacia della declaratoria di inconstituzionalità alla *confirmation* della Corte costituzionale.

Tuttavia, la forzata *cobabitation* di sindacato diffuso e sindacato accentrato rischia di nuovo di indebolire il sistema. Il fatto che la Corte costituzionale fosse ben presto percepita, nel nuovo sistema, come «the pinnacle court»<sup>28</sup>, più che l'effetto *deresponsabilizzante* contro cui si metteva in guardia appena sopra, finisce per procurare una diversa distorsione, consistente nella “fuga” dalle *constitutional matters*, che sole costituiscono il campo d'azione della Corte costituzionale come «apex justice». A questo punto, gioco facile era per le *High Courts* (e per la Suprema Corte d'Appello) distinguere le *constitutional matters* dalle questioni «di *common law*», il che significava di fatto riservarsi incontestabilmente la decisione finale, evitando il potere di *confirmation* della Corte costituzionale.

La tecnica delle distinzioni è l'ultimo rifugio di chi fa fatica a cedere l'esclusività della propria competenza. Qualcosa del genere, *mutatis mutandis*, lo aveva tentato anche il giudice comune italiano, con la teoria del «doppio binario», dopo la prima decisione della Corte nel 1956, ritenendo di poter procedere direttamente alla abrogazione delle disposizioni in contrasto con

---

<sup>27</sup> AA. VV., *The Law of South Africa*, Vol. 5, Part 3, *Constitutional Law*, Durban, 2004, p.333.

<sup>28</sup> V. J. KRIEGLER, *op. cit.*, p.364.

norme costituzionali precettive, senza che la strada necessitata fosse quella della declaratoria di incostituzionalità<sup>29</sup>. E il giudice costituzionale del Sudafrica impiega poco meno di tre anni per individuare la nuova deriva, o per lo meno il nuovo rischio. Nel 1999, in *Fedsure Life Assurance Ltd vs. Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council*, sostiene decisa che «all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control»<sup>30</sup>. E le conseguenze sono rese ancora più chiare con la sentenza del 2000 nel caso *Pharmaceutical Manufactures of SA and Another: In re: Ex parte President of Republic of South Africa and Others*<sup>31</sup>, con cui la Corte attrae al novero delle *constitutional matters* la dottrina della legalità che l'*High Court* di Praetoria aveva invece più agevolmente ricondotto alla *common law*, riservandola dunque alla sua esclusiva competenza.

Nonostante tutti gli sforzi drenanti della Corte – già con le sentenze del '96, ora con le decisioni appena citate –, il sistema resta in sé contraddittorio. Da un lato l'elemento di deresponsabilizzazione introdotto dal *power of confirmation* sposta di fatto, e nonostante le intenzioni inverse, il sistema verso un modello che sostanzialmente è sempre più di sindacato diffuso. Dall'altro lato, l'argomento della *common law* resta il rifugio – pur di meno facile giustificazione dopo le decisioni del '99 e del 2000 – nella fuga dalle *constitutional matters* e quindi dalla giurisdizione apicale della Corte costituzionale. E il fatto che «the dichotomy between its exclusively constitutional jurisdiction and the jurisdiction of the existing judicial hierarchy was

---

<sup>29</sup> Per una ricostruzione puntuale v. R. CALVANO, *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella Giurisprudenza costituzionale*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali, alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni. Atti del Convegno annuale del "Gruppo di Pisa" Capri, 3-4 giugno 2005*, Torino, 2006, pp.361 ss., *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicenda della Costituzione repubblicana, Relazione al Seminario «Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana»*, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, pubblicata su *Rivista AIC*, 1/2013. Sulla distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, in generale, v. nota 22. Può essere a questo proposito interessante rilevare che per C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, prima ed., Roma, 1984, pp.128 ss., l' "invenzione" della distinzione tra norme precettive e norme programmatiche era precipitato tecnico necessario di un sistema di sindacato diffuso, nella vigenza della VII disposizione transitoria e finale della Costituzione: «Si può dire che col sindacato diffuso manca una situazione di equilibrio tra il postulato dell'eguale prescrittività di tutte le disposizioni costituzionali (senza di che non può esservi alcuna giustificazione del potere attribuito al giudice delle leggi), e la necessità che la costituzione abbia carattere trascendente (data l'impossibilità di soddisfare simultaneamente aspettative costituzionali divergenti). Il trascendimento, in regime di sindacato diffuso, potrebbe essere assicurato solo a costo di una vera e propria rottura formale della costituzione, quale è quella che conseguirebbe alla diversificazione quanto ad efficacia delle diverse norme e principi che essa contiene». Trascendendo il particolare, e pur in vesti diverse dalla nota distinzione norme programmatiche *vs.* norme precettive, nell'argomento di C. MEZZANOTTE può forse leggersi la traccia della tensione che si tenta di ricostruire nel corpo del testo in rapporto alla vicenda sudafricana, soprattutto al par. 3.

<sup>30</sup> 1999 (1) SA 374 (CC).

<sup>31</sup> 2000 (2) SA 674 (CC).



potentially contentious but ultimately came to be resolved in a spirit of comity»<sup>32</sup> nulla toglie evidentemente alla debolezza strutturale del sistema oggettivamente considerato.

## 5. Il fallito tentativo di riforma del 2005

Un sistema che deriva la sua tenuta funzionale dallo «spirit of comity» dei suoi attori, in effetti, porta sempre con sé il rischio di venir meno alla funzione di garanzia che gli è propria. Così, il sistema del 1996 è destinato, in realtà, ad apparire sempre dalla natura precaria, e non è un caso che diversi saranno i tentativi di cambiare il soggetto del nostro ritratto<sup>33</sup>.

Il più importante, per diversi profili, di questi tentativi è rappresentato dal *South Africa's Constitution Fourteenth Amendment Bill*, presentato dal Governo nell'ottobre 2005<sup>34</sup>. Il progetto riguarda, in realtà, una riforma complessiva del sistema giudiziario, che tuttavia interessa anche le forme del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, specificamente nei Capitoli 5 e 7 del testo. La direzione appare subito quella della definitiva rottura della simmetria, già compromessa nel 1996, che la Costituzione provvisoria del '93 tentava di garantire tra la Suprema Corte – *rectius*: l'*Appellate Division* della Suprema Corte – e la Corte costituzionale.

L'*Interim Constitution*, infatti, poneva l'*Appellate Division* della Suprema Corte e la Corte costituzionale in posizione pari-ordinata: la prima come giudice di vertice per le *non constitutional matters* cui era assolutamente preclusa la strada di risolvere da sé questioni costituzionali; la seconda, invece, come è noto, restava giudice apicale per le *constitutional matters*. La Costituzione del 1996 spezzava questa simmetria, lasciando che l'erede dell'*Appellate Division* – la *Supreme Court of Appeal* – potesse intervenire in materia costituzionale. Se si concettualizzano graficamente i due modelli successivi, la rottura della simmetria è chiara: nel '93, due vertici del tutto autonomi; nel

---

<sup>32</sup> J. KRIEGLER, *op. cit.*, p.364.

<sup>33</sup> A parte il *South Africa's Constitution Fourteenth Amendment Bill* di cui si dà conto appena oltre nel testo, merita un cenno *The Superior Courts Bill*, N. 52, del 2003, che – al pari di quanto pur era stato proposto già nel '99 dal Ministro della Giustizia – ri-disegnavano il sistema giudiziario, procedendo, tra l'altro, ad un accorpamento della Corte Suprema di Appello e della Corte costituzionale.

<sup>34</sup> L'iniziativa del Governo, in realtà, si pone con una certa continuità con il *Bill* di cui alla nota precedente. Un *Amendment Bill* dal contenuto più o meno analogo era stato presentato al Parlamento proprio insieme al *Superior Courts Bill*, nel settembre 2003. Il lavoro di rielaborazione del testo in seguito ai rilievi mossi dalla Commissione dell'Assemblea Nazionale per la Giustizia e l'attuazione costituzionale aveva allungato i tempi oltre il previsto, e le nuove elezioni del 2004 avevano procurato una naturale interruzione del percorso. Riassunti i due *Bills* dinanzi al Parlamento riaggiornato, il *Superior Courts Bill* praticamente era insabbiato, e ciò chiedeva al Governo una “ristrutturazione” del progetto di riforma, «necessitating the introduction of a new Constitution Amendment Bill in order to mandate the structural changes envisaged in order to rationalise the Superior Courts» (*Memorandum on the Objects of the Constitution Fourteenth Amendment Bill*, 2005).



'96, invece, due vertici, ma di cui uno – la Corte costituzionale – può divenire vertice dell'altra, quando eserciti la sua giurisdizione in materia costituzionale.

Il *South Africa's Constitution Fourteenth Amendment Bill* del 2005 rovescia ulteriormente l'equilibrio, tutto a favore della Corte costituzionale, alla quale viene riconosciuto il potere di pronunciarsi con tono definitivo anche in materie non costituzionali, ma che siano «in the interests of justice». Ad emergere sarebbe dunque un sistema di competenze miste, in cui, con una sintesi che sconta alcune semplificazioni, la corte apicale nelle materie costituzionali può tuttavia pronunciarsi definitivamente su materie non costituzionali, e la corte apicale nelle materie non costituzionali può tuttavia pronunciarsi (condizionatamente al *power of confirmation* della Corte costituzionale) su materie costituzionali. Un chiasmo che allontana sempre più il modello da un sindacato accentrato puro, nonostante la persistenza di una «specialist or centralised Constitutional Court»<sup>35</sup>. Nel dettaglio, l'*Amendment Bill* interveniva anzitutto modificando l'art. 167 della Costituzione sulla competenza della Corte costituzionale, che ora comprende non soltanto *constitutional matters* (che giungano al giudice delle leggi secondo i tre ordinari percorsi: appello; *referral*; o accesso diretto nei casi previsti dal Regolamento della Corte), ma anche *qualsiasi altra questione* in relazione alla quale la Corte costituzionale voglia concedere il “leave to appeal” sulla base che siano *gli interessi della giustizia* a richiedere che tale questione sia da essa stessa risolta<sup>36</sup>. Soltanto qualora la Corte costituzionale dovesse ritenere ciò non richiesto dall'interesse della giustizia, la Suprema Corte d'Appello ri-espanderebbe la propria competenza, tornando a svolgere la funzione di «final Court of appeal in that matter» (art. 168, c. 3, come da modifiche).

La *Supreme Court of Appeal* finisce, dunque, per essere corte di ultima istanza soltanto negli spazi in cui la Corte costituzionale ritiene insussistente un «interesse della giustizia» che la chiami in causa inevitabilmente. E, chiaramente, una corte “apicale” non è più tale se lo è soltanto laddove un'altra corte non ritenga diversamente. È coerente, dunque, l'intervento emendativo del *Fourteenth Amendment Bill*, che cancella con un tratto di penna la definizione della Corte Suprema come «the highest court of appeal» che prima era al terzo comma dell'art. 168, e definisce la Corte costituzionale come «the highest court of the Republic», senza ulteriori specificazioni (art. 167, c. 3, lett. a), come da modifiche).

Non si può essere più lontani dal modello che emergeva dalla *Interim Constitution* del 1993. Non più due corti apicali in *matters* differenti; e neanche più l'asimmetrico sistema del 1996; bensì

<sup>35</sup> AA. VV., *The Law of South Africa*, Vol. 5, Part 3, *Constitutional Law*, cit., p.326.

<sup>36</sup> Art. 167, c. 3, lett. b, ii: «[The Constitutional Court may decide] any other matter, if the Constitutional Court grants leave to appeal that matter on the grounds that *the interests of justice* require that the matter be decided by the Constitutional Court» (corsivo nostro).



un'unica corte apicale del sistema giudiziario, sia nelle materie costituzionali che nelle altre materie – quando essa vi ravvisi un interesse della giustizia in tal senso.

Come si anticipava, tuttavia, le norme sul sindacato di costituzionalità sono soltanto una parte del campo d'azione del *South Africa's Constitution Fourteenth Amendment Bill* del 2005, che è piuttosto un ambizioso tentativo di riforma complessiva della giustizia, sin dalle intenzioni dichiarate nella rubrica del testo ufficiale<sup>37</sup>. Non interessa in questa sede tanto ricostruire i dettagli del progetto di riforma, quanto piuttosto dar conto delle qualificate<sup>38</sup> contestazioni che ne verranno. In particolare, il timore riguardava l'indipendenza dell'ordine giudiziario che da più parti si riteneva minacciata dall'assetto che sarebbe uscito dalla riforma, oltre che alcune disposizioni più specifiche, come quella, tra le altre, che toglieva ad ogni tribunale i più forti strumenti cautelari. La contestazione, che non riguardava, invero, specificamente le parti dell'*Amendment Bill* che disciplinano il sindacato di costituzionalità, finisce naturalmente per travolgere anche queste, insieme all'intero testo, e tutto il *South Africa's Constitution Fourteenth Amendment Bill*, nel 2006, è ritirato dal Governo.

## 6. La riforma del 2013: una Corte “maggiorenne”

Nonostante il ritiro formale dell'*Amendment Bill* del 2006, il progetto di riforma del sistema giudiziario sudafricano non viene mai realmente accantonato dall'*African National Congress*, partito di maggioranza<sup>39</sup>. Un nuovo tentativo è fatto con il *South Africa's Constitution Seventeenth Amendment Bill*, pubblicato per estratti – come prevede l'*iter legis* costituzionale del Paese di riferimento – sulla Gazzetta Ufficiale n. 33216 del 21 maggio 2010.

Il testo proposto dal Governo, per quanto attiene gli interventi emendativi sugli artt. 167 e 168 della Costituzione – che in questa sede interessano –, è fedelmente e integralmente riproduttivo

---

<sup>37</sup> «To amend the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, so as to regulate responsibility in respect of the judicial and administrative functions of all courts; to provide for the conversion of the various High Courts into a single High Court of South Africa; to provide that the Constitutional Court is the highest court in all matters; to further regulate the jurisdiction of the Constitutional Court and the Supreme Court of Appeal; to provide for the appointment of two Deputy Presidents to the Supreme Court of Appeal; to restrict courts from hearing a matter dealing with the suspension of, or making an order suspending, the commencement of an Act of Parliament or a provincial Act; to provide for the appointment of Judges President and Deputy Judges President; to provide for the appointment of an Acting Deputy Chief Justice, an Acting Deputy President of the Supreme Court of Appeal and an Acting Deputy Judge President; and to provide for matters connected therewith».

<sup>38</sup> V., ad esempio, i *Comments on the impact of South Africa's Constitution Fourteenth Amendment Bill and the Superior Courts Bill* dell'*International Bar Association*, recuperabili facilmente sul web.

<sup>39</sup> Si veda, ad esempio, le *ANC 52nd National Conference 2007 Resolutions*, reperibili sulla pagina web ufficiale dell'*African National Congress*.



del testo del 2005<sup>40</sup>. Soltanto il testo approvato definitivamente come *Seventeenth Amendment Act* dall'Assemblea Nazionale nella seduta del 20 novembre 2012 compie uno sforzo di migliore definizione di quegli «interests of justice» cui faceva riferimento il *Fourteenth Amendment Bill*. Tali interessi, infatti, sono ora più ampiamente individuati nel caso in cui «the matter raises an arguable point of law of general public importance which ought to be considered by that Court». Per il resto, si ritiene soltanto di modificare la vecchia lettera c) del comma 3, art. 167, nel senso di prevedere che la Corte ha la parola definitiva *sulla propria giurisdizione* – e non più, come nella Costituzione del 1996, *sulla natura costituzionale* o meno della questione che è posta alla sua attenzione. Intervento, d'altra parte, coerente con l'intero assetto della riforma, posto che la giurisdizione della Corte è definitivamente ampliata rispetto alle sole *constitutional matters*.

La riforma è, come si accennava, fortemente voluta dal partito di maggioranza che, a parte i toni forse eccessivamente celebrativi usati dal Ministro della Giustizia e dell'attuazione della Costituzione<sup>41</sup>, ne parla come di un pacchetto di «revolutionary reforms»<sup>42</sup>. E il *Seventeenth Amendment Act*, almeno per il profilo che qui ci occupa, rivoluziona effettivamente il sistema di giustizia costituzionale consegnato dalla legge fondamentale del 1996, rompendo la simmetria tra Corte costituzionale e Corte Suprema definitivamente a favore della prima. Il fatto che il Ministro, in aula, si premuri di segnalare come «the Constitutional Court and the Supreme Court of Appeal remain our centres of excellence», ha insomma, a pensar male, tutto il sapore di una *excusatio non petita*.

Non è un caso che l'unica (debole) opposizione, di cui si fanno latori soltanto l'*Inkatha Freedom Party* e *Congress of the People*, attiene proprio alla perdita di «valuable expertise»<sup>43</sup> che la marginalizzazione della *Supreme Court of Appeal* porterebbe con sé, oltre al timore che il nuovo «general public importance test» introdotto all'art. 167, insieme alla previsione per cui è la Corte

---

<sup>40</sup> L'unica differenza, del tutto marginale, sta nel fatto che se il testo del 2005 spostava al c. 8 dell'art. 167 la previsione per cui «The Constitutional Court makes the final decision whether a matter is a constitutional matter», il testo più recente, invece, la lasciava alla lett. c) del c. 3. Sulla rilevanza di tale disposizione normativa, v. *plus ultra* nel corpo del testo.

<sup>41</sup> Nella dizione originale: *Minister of Justice and Constitutional Development*.

<sup>42</sup> «...the Constitution Seventeenth Amendment Bill heralds a new era in our constitutional democracy and also unleashes an aura of hope, contentment and enhanced confidence in our judicial system by all peace-loving South Africans. This Bill brings about revolutionary reforms to our court system...».

<sup>43</sup> Così il deputato di minoranza S.N. Swart, nel dibattito in Assemblea Nazionale, il 20 novembre 2012.



l'unica competente a definire l'area della propria giurisdizione (art. 167, c. 3, lett. c), esagerino in maniera pericolosa<sup>44</sup> il potere della Corte costituzionale.

Approvato con le maggioranze richieste dalla Costituzione, il *South Africa's Constitution Seventeenth Amendment Act* viene comunque promulgato dal Presidente della Repubblica il 1 febbraio 2013, a pochi giorni dal diciottesimo anniversario dall'inizio dei lavori della Corte di Johannesburg, ed entra in vigore il 23 agosto dello stesso anno.

Resta la natura diffusa – a favore della Corte Suprema e dell'Alta Corte, o tribunali assimilati – del sindacato, e resta pure la condizionata validità di un loro «order of constitutional invalidity» all'assenso (*confirmation*) della Corte costituzionale (art. 172, FC). Da questo lato, dunque, nulla cambia, neanche per quanto attiene alle tre modalità di arrivo della questione di costituzionalità alla Corte: la strada ordinaria del *referral*; l'appello di una decisione “inferiore” in *constitutional matters*; e il *power of confirmation*, appunto.

Ciò che cambia, rispetto alla Costituzione del 1996, riguarda l'altro attore del “gioco” – la Corte costituzionale – che amplia la sua competenza, non più riservata a *constitutional matters*, ma anche a questioni non costituzionali, attraverso lo strumento del «leave to appeal», laddove ravvisi ragione di rilevanza pubblica e generale. In entrambi i casi, beninteso, con autorità di definizione della questione.

## 7. Il soggetto del ritratto alla soglia dei vent'anni

Diciotto anni dopo l'inaugurazione della Corte ad opera del Presidente N. Mandela, dunque, il sindacato di legittimità si ritrova con una geometria diametralmente opposta rispetto a quella della *Interim Constitution*, e poi della Costituzione finale del 1996. È lontano il sistema accentrato con elementi di controllo diffuso del 1993, ma è lontano pure il modello del 1996 con due Corti di vertice, di cui una – quella Costituzionale – vertice dell'altro per le *constitutional matters*. I due modelli, infatti, si reggevano sulla distinzione, più o meno netta, tra materie costituzionali e materie non costituzionali. Tale distinzione, tipica piuttosto di un ordinamento di *civil law*, è praticamente cancellata dalla riforma del 2013, potendo ciascuna delle due Corti – la *Constitutional Court* e la *Supreme Court of Appeal* – occuparsi di entrambe le materie, pur con il limite del «general public importance test» per la prima e con quello della *confirmation of invalidity* per la seconda. Ed

---

<sup>44</sup> Così il deputato di maggioranza, con riferimento alle principali critiche mosse alla riforma, L.T. Landers, nel dibattito in Assemblea Nazionale, il 20 novembre 2012: «Turning the Constitutional Court into an Apex Court would be harmful to constitutional jurisprudence».

anche sull'effettività di questi due limiti ci sarebbe in fondo da ragionare, perché viene da sé che il primo conosca un margine di discrezionalità che è meno praticabile per il secondo.

D'altra parte, il meccanismo del «leave to appeal» non pare destinato a rimanere ai margini della prassi giudiziaria. Ad un rapido calcolo, dal 23 agosto del 2013 alla fine dell'anno di attività della Corte costituzionale, su ventiquattro *judgments*, ben diciotto sono relativi ad una «application for leave to appeal»; vi sono due «confirmations of order of invalidity», e non risulta alcun caso di giudizio in esito a *referral*. La tendenza non cambia con il nuovo anno. Solo nel primo quadrimestre del 2014, su dodici pronunce, cinque sono relative a una «application for leave to appeal», mentre risultano ben quattro «confirmations of order of invalidity». Se il ritmo non è smentito dai dati successivi – e ci sono buone ragioni per credere che non sarà smentito – la Corte costituzionale di fatto assume la fisionomia di un giudice di seconde cure generalizzato: nelle materie costituzionali, per lo strumento della «confirmation» dei sempre più frequenti giudizi costituzionali da parte dei giudici “inferiori”; e nelle materie non costituzionali, con l'unico onere di giustificare – con una giustificazione di fatto inappellabile – l'interesse a concedere il «leave to appeal».

Nella seduta decisiva del 20 novembre 2012, all'Assemblea Nazionale, un esponente del partito di maggioranza aveva spiegato così il passaggio che si è tentato di ricostruire: «To have a Supreme Law and jurisdiction based on a distinction between the Supreme Law and other law in artificial, and it was not going to last, it did not last»<sup>45</sup>. In realtà, l'assunto è incompleto, e non è valido se non lo si contestualizza in un sistema che, tradizionalmente, è di *common law*. Allora forse diventa vero che, in un sistema di *common law*, una giurisdizione separata con riguardo a *constitutional matters* e *non constitutional matters* non può durare a lungo. O per lo meno non è durata a lungo nell'esperienza Sudafricana.

Sopra si è detto – con un assunto che forse è da convalidare meglio a livello teorico, ma che pare finora confermato empiricamente – che l'unica via per armonizzare *common law* e «supremacy of Constitution» (e, quindi, giustiziabilità della legge) è la “via americana”. E non è un caso che la parabola della geometria del sindacato di costituzionalità, che si è tentata qui di disegnare, muove proprio – con maggiore determinazione dopo il 2013 – nel senso dell'avvicinamento a quel modello statunitense.

Si può, infatti, tentare di guardare al percorso normativo con i mutamenti del '94, del '96, e poi del 2013, e soprattutto alle “fughe” delle giurisdizioni inferiori, niente altro che come la *naturale*

---

<sup>45</sup> Così il deputato di maggioranza M. Smuts, nel dibattito in Assemblea Nazionale, il 20 novembre 2012.



reazione di un sistema di *common law* ad una “iniezione” di sindacato accentrato – attraverso l’istituzione di una Corte costituzionale specializzata<sup>46</sup>. Sembra, infatti, che tale sistema – o almeno questa è la lezione che viene dagli Stati Uniti – resista all’impatto della «supremacy of Constitution» soltanto riconducendo questo principio all’interno della *rule of law*, nel senso di considerare la Costituzione alla stregua essa stessa di una legge, pur *costitutivamente* superiore alle altre. Alla soglia dei suoi vent’anni, la giustizia costituzionale sudafricana sembra confermare questo assunto, muovendosi decisamente verso un sistema di sindacato diffuso puro.

### 8. Un’ipotesi (da verificare) e una facile profezia

È ben noto l’effetto dirompente che la giustiziabilità costituzionale delle leggi ha su ogni ordinamento. Non è un caso che le scelte in merito all’*an* e al *quomodo* del sindacato di costituzionalità, all’inizio di ogni esperienza ordinamentale, siano state e siano accompagnate da alterni timori. Colpa della “natura escatologica” – se è consentito – del giudice delle leggi: sospeso tra il *già* dell’ordine costituito e il *non ancora* sempre in un certo modo additato dalla Costituzione<sup>47</sup>.

Ancora più “devastante” è l’impatto che il sindacato costituzionale ha su un modello che fino al giorno prima era fondamentalmente radicato sul dogma della *sovereignty of Parliament*. Così radicato su tale dogma che quando, nel 1952, si trattò di sindacare la costituzionalità del *Separate Representation of Voters Act*, il Partito Nazionale pensò bene di affidare il giudizio ad una *High Court of Parliament*, istituita per l’occasione, che era giusto composta da tutti i membri del Parlamento che quella legge avevano qualche mese prima approvato<sup>48</sup>.

Ebbene, può in un certo modo dirsi – con un’ipotesi che invero resta da confermare con più attenta analisi – che l’effetto dirompente che il principio di supremazia della Costituzione, col suo corollario della giustiziabilità delle leggi, porta su un ordine che sta appena lasciandosi alle spalle il

---

<sup>46</sup> Significativo AA. VV., *The Law of South Africa*, Vol. 5, Part 3, *Constitutional Law*, cit., p.326, che parla di «the *inconvenience* created by adopting a centralised form of judicial review in the interim Constitution» (corsivo nostro).

<sup>47</sup> Cfr. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, prima ed., Roma, 1984, p.134: «La Corte ha in sostanza l’onere di cercare sempre la via dell’unificazione di un sistema delle fonti segnato da un’ineliminabile scissura: l’obiettivo dell’agire è quello di raggiungere il massimo dell’equilibrio di volta in volta consentito tra l’insuperabile separatezza del disegno, dovuta alla reale alternatività dei fini, e il suo orientamento, tuttavia necessario, alla realizzazione; una continua mediazione tra l’intrinseco carattere di trascendenza della Costituzione e il suo dover essere immanente».

<sup>48</sup> Ricostruisce la vicenda G. VAN DER SCHYFF, *op. cit.*, p.37, cui si rinvia inoltre per una interessante ricostruzione dell’evoluzione giuridica del XX secolo.

dogma della sovranità del Parlamento – e dunque della legge –, è contenuto con approcci e modalità diverse se ci si colloca in un sistema di *common law* o di *civil law*.

L'esperienza del Sudafrica<sup>49</sup>, sotto questo profilo, suggerisce che, in un sistema tradizionalmente di *common law*, l'unica strada percorribile sia quella di mantenere, in un certo senso, la «supremacy of law», solo però intendendola nel senso più ampio, ossia in quello che nella «law» ricomprende quella «legge superiore a qualsiasi altra legge dell'ordinamento», come insegna la *Marbury vs. Madison*. E l'esito di una simile operazione – e forse allo stesso tempo la sua condizione – è solo il sindacato di costituzionalità nella forma diffusa.

Ciò che manca perché l'avvicinamento al modello statunitense possa dirsi completato, nel caso sudafricano, è solo l'accorpamento della Corte costituzionale e della *Supreme Court of Appeal* – che pare, invero, l'esito naturale del percorso fin qui tracciato. Ragioni politiche portarono negli anni Novanta alla scelta di un giudice delle leggi centralizzato; e non solo quelle ragioni delle due forze politiche che sopra si tentava di individuare, ma anche il sentimento, generalmente comune ad entrambe, di affidare un ruolo tanto delicato – anche in funzione di *certification* della Costituzione finale – ad un soggetto totalmente nuovo, estraneo a qualsiasi implicazione con l'*ancien régime*<sup>50</sup>. Veramente si può dire per l'esperienza sudafricana quello che *mutatis mutandis* è stato detto in relazione alla vicenda costituente italiana: la Corte non nasce «per il trastullo delle scienze empiriche, né per dare a qualcuno l'opportunità di un *a posteriori* col quale cimentarsi, ma dall'aspirazione profonda alla fondazione di una nuova unità di senso: un'aspirazione che, in quell'alba ancora satura delle ombre demoniache della notte, neppure il più ostinato dei relativisti avrebbe saputo condannare»<sup>51</sup>.

Ragioni probabilmente politiche hanno portato pure il legislatore costituzionale sudafricano del 2013 a non eliminare questa anomalia, mentre le giustificazioni del Governo e del partito di maggioranza si limitano ad argomenti poco al di sopra di un mero esercizio retorico<sup>52</sup>. Certo, c'è

---

<sup>49</sup> Qui, in effetti, il riferimento alla vicenda statunitense perde di significato, trattandosi di un'esperienza ordinamentale che non conosce esperienze pregresse, e che quindi non porta il peso dell'eredità del principio di sovranità parlamentare, o di altri principi.

<sup>50</sup> Sul dibattito costituente in merito alla scelta di una Corte costituzionale autonoma, piuttosto che di una sezione distaccata della Suprema Corte, v. H. KLUNG, *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis*, Oxford, 2010, pp.231 ss.

<sup>51</sup> Ancora C. MEZZANOTTE, *ult. op. cit.*, pp.82 ss.

<sup>52</sup> Di dubbio tenore, ad esempio, l'argomento del Governo nel Memorandum on the Objects of the Constitution Seventeenth Amendment Bill, 2001, par. 2.4: «During the consultations with the judiciary on the Bill, it was pointed out by the latter that there might possibly be an argument that the names of the Constitutional Court and the Supreme Court of Appeal should also be changed, since the former would now be the apex and, effectively, the “Supreme” Court, whilst the latter would be not necessarily be a final Court. However, the view is held that the name “Constitutional Court” has already gained historic



da tenere in conto la “forza morale” acquisita dalla Corte, «prima icona della rottura con il passato, della cessazione dell'*apartheid* e della speranza di milioni di persone in un futuro migliore»<sup>53</sup>. Ma una volta che essa ha assunto «the proper function of a common law system apex appellate court»<sup>54</sup>, resta da chiedersi il senso di mantenere una Corte costituzionale che (solo) costituzionale non è più, ed una Corte Suprema che suprema lo è solo quando la prima non ritiene diversamente. Un’anomalia che è facile prevedere non resisterà ancora molto<sup>55</sup>.

---

significance and internationally renowned jurisprudence, and that it would not be appropriate, at this stage, to tamper with the names of the Courts involved». Egualmente prive di spessore giuridico alcune argomentazioni introdotte nel dibattito in aula. Così ad esempio M. Smuts, in Assemblea Nazionale, il 20 novembre 2012: «If the Constitutional Court is the heartbeat of our law, the Superior Court of Appeal is its head ... It is a matter of South Africa transitional history that we have two appeal courts. Our tentative re-exploration of the idea that the two should become two chambers of one court found no ready answer. That question will have to evolve. What is crystal clear, however, is that we need both courts».

<sup>53</sup> L. BERAT, *The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: in the interest of justice?*, in *International Journal of Comparative Law*, III, 2005, p.75.

<sup>54</sup> Così il deputato di maggioranza M. Smuts, nel dibattito in Assemblea Nazionale, il 20 novembre 2012.

<sup>55</sup> Del resto, v. nota 28 sulle proposte che già in tal senso erano arrivate agli inizi degli anni Duemila.