



## **IL CONTRIBUTO DEL MODELLO TEDESCO AL COSTITUZIONALISMO DEL SUDAFRICA NELLA LUNGA TRANSIZIONE\***

di Maria Daniela Poli\*\*

SOMMARIO: 1 - Introduzione. 2 - La recezione del diritto costituzionale tedesco nel *drafting-process* della Costituzione sudafricana. 3 - L'uso del diritto straniero da parte della Corte costituzionale del Sudafrica con particolare riferimento al *deutsche Recht*. 4 - Conclusione.

### **1 – Introduzione**

**I**l contributo del modello tedesco al costituzionalismo sudafricano può essere apprezzato nel suo carattere sia statico che dinamico, analizzando da una parte la recezione del diritto tedesco nel processo di elaborazione e redazione della Costituzione del Sudafrica (di quella *ad Interim* del 1993 e di quella definitiva del 1996) e dall'altra l'ampio utilizzo del diritto tedesco da parte della Corte costituzionale sudafricana.

Si tratta di un fenomeno che merita di essere studiato e approfondito per l'interesse che tali “trapianti” giuridici e/o “prestiti” normativi suscitano, considerata anche la “distanza” (almeno apparente) tra gli ordinamenti considerati e la circostanza per cui, se la tradizione del diritto romano-tedesco nell'area del diritto privato è connaturata all'evoluzione storica del Sudafrica<sup>1</sup>, lo stesso non può dirsi per l'area del diritto pubblico, dominata dalla *common law* e dall'esempio canadese e statunitense. Sicché la notevole influenza esercitata dal diritto costituzionale tedesco nel contesto sudafricano costituisce un'eccezione rispetto al panorama generale di riferimento e come tale va indagata e spiegata. Sottolineano al riguardo B. Markesinis e J. Fedtke che «la Germania è stata l'unico Paese al di fuori del mondo di *common law* e

\* Il saggio costituisce la rielaborazione della relazione presentata al Convegno “Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio: scenari e prospettive dall'Europa all'Africa”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro” l'8-9 luglio 2013.

\*\* Dottore di ricerca in Istituzioni e Politiche Comparate presso l'Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

<sup>1</sup> E. Fagan, *Roman-Dutch Law in its South African Historical Context*, in R. Zimmermann, D. Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 33 ss.

della comunità giuridica di lingua inglese che ha ricevuto tanta attenzione dai creatori del nuovo ordine costituzionale sudafricano»<sup>2</sup>.

Oltre che sintomatico della contaminazione tra sistemi giuridici e della circolazione di idee che si snoda da un continente all'altro, l'apporto tedesco al costituzionalismo sudafricano assume una rilevanza e un significato generale, perché per un verso mostra l'importanza crescente della comparazione quale metodo della ricerca scientifica e fattore di ispirazione ed impulso per lo sviluppo e l'evoluzione del diritto costituzionale e della scienza giuridica nel suo complesso e per l'altro costituisce una vera e propria cartina di tornasole del ruolo del diritto comparato come tecnica dell'interpretazione<sup>3</sup> e fonte del diritto.

In quest'ottica di scambio e di crescita culturale e scientifica, oltre che giuridica, tra la realtà tedesca e quella sudafricana si collocano tanto la *Deutsch-Südafrikanische Juristenvereinigung / German-South African Lawyers Association* (DSJV/GSLA)<sup>4</sup> tanto la *Schriftenreihe für Recht und Verfassung in Südafrika*<sup>5</sup>. La prima, fondata nel 1991, è un'associazione bilaterale, aperta a tutti i giuristi che si interessano di diritto tedesco e sudafricano, volta a promuovere la formazione, la collaborazione e il confronto tra gli intellettuali dei due Paesi e a favorire studi e lavori che abbiano ad oggetto tali ordinamenti. La seconda è una Collana di studi giuridici, edita dalla casa editrice Nomos di Baden-Baden; nata nel 1998 sotto l'impulso dei Professori Ulrich Karpen, Hans-Peter Schneider, Oliver C. Ruppel e Hartmut Hamann, che ne costituiscono i curatori, il suo obiettivo è appunto quello di incrementare gli studi comparatistici tra Germania e Sudafrica. Supportata da un comitato scientifico, composto da nomi illustri come i giudici Laurie W.H. Ackermann e Yvonne Mokgoro nonché i professori Gerhard Erasmus, Philip Kunig, Lourens du Plessis e Reinhard Zimmermann per citarne alcuni, essa finora annovera al suo interno ventidue lavori che hanno contribuito in maniera precipua a rendere reciprocamente accessibili i due sistemi e a consolidare le conoscenze in questo settore<sup>6</sup>. Per il particolare rilievo che esse hanno per il diritto pubblico si rammentano le seguenti opere: T.M. Grupp, *Südafrikas neue Verfassung. Mit vergleichender Betrachtung aus deutscher und europäischer Sicht*, Baden-Baden, Nomos, 1999; J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht. Südafrika 1993 – 1996*, Baden-Baden, Nomos, 2000; E.D. Schmid, *Die Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichts der Republik Südafrika*, Baden-Baden, Nomos, 2000; O. Mireku, *Constitutional Review in Federalised Systems of Government. A Comparison of Germany and South Africa*, Baden-

<sup>2</sup> B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, Bologna, il Mulino, 2006, 132.

<sup>3</sup> Sulla comparazione come metodo di interpretazione del diritto costituzionale: P. Häberle, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat*, in JZ, 1989, 913 ss; Idem, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.

<sup>4</sup> [www.dsjv.org](http://www.dsjv.org).

<sup>5</sup> <http://www.nomos-shop.de/reihenpopup.aspx?reihe=225>.

<sup>6</sup> Sull'afflato comparativistico sotteso a tale collana di studi cfr. H. Mostert, *Efforts at Constitutional Comparison: The German-South African Experience (A Partial Review)*, in *German Law Journal*, 2003, 188.

Baden, Nomos, 2000; J. Kramer, *Apartheid und Verfassung. Das Staatsrecht als Instrument der Rassentrennung und ihrer Überwindung in Südafrika*, Baden-Baden, Nomos, 2000; S. David, *Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im südafrikanischen Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2001; T. Gas, *Affirmative Action in der Republik Südafrika. Unter Berücksichtigung verfassungsvergleichender Bezüge*, Baden-Baden, Nomos, 2002; S. Seedorf, *Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in Südafrika*, Baden-Baden, Nomos, 2005; M. Wittneben, *Die Rolle des National Council of Provinces in der südafrikanischen Verfassung*, Baden-Baden, Nomos, 2005; H. Thiedemann, *Judicial Independence. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Sicherung unabhängiger Rechtsprechung in Südafrika und Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 2007.

Un'ispirazione comparatistica, quella sottesa alla *Schriftenreihe für Recht und Verfassung in Südafrika*, che non è né nuova né infrequente in Germania. Essa affonda le sue radici in un lontano passato. La mente corre alla collana *Das öffentliche Recht der Gegenwart*, fondata nel 1900 da Georg Jellinek, Paul Laband e Robert Piloty ed edita dalla casa editrice Mohr Siebeck di Tübingen, all'interno della quale sono stati pubblicati i manuali di diritto costituzionale della maggior parte degli Stati europei, nonché al periodico *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, che, pubblicato dal 1907 al 1938/1939 e nella sua *neue Folge* dal 1951 ad oggi, raccoglie saggi che riguardano lo sviluppo costituzionale di tutti i Paesi del mondo.

## 2 - La recezione del diritto costituzionale tedesco nel *drafting-process* della Costituzione sudafricana.

L'influenza del diritto costituzionale tedesco<sup>7</sup> nel *drafting-process* della Costituzione *ad interim* del 1993 e della Costituzione finale del 1996 del Sudafrica<sup>8</sup> riposa su diversi fattori. Come ha rilevato L. Du

<sup>7</sup> Lo studio più approfondito sull'argomento è senza dubbio quello di J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996*, Baden-Baden, Nomos, 2000. Si veda anche: T.M. Grupp, *Südafrikas neue Verfassung. Mit vergleichender Betrachtung aus deutscher und europäischer Sicht*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

<sup>8</sup> Sulla fase costituente della Repubblica sudafricana: P. Bell, *The making of the Constitution: the story of South Africa's Constitutional Assembly, May 1994 to December 1996*, Cape Town, Churchill Murray Publication, 1997; E. Hassen, *The soul of a nation: constitution-making in South Africa*, Cape Town - Oxford, Oxford University Press, 1998; K. Asmal, *The making of a constitution: the South African experience*, in *Mainly human rights*, 1999, 1 ss.; J. Sarkin-Hughes, *L'écriture de la Constitution sud-africaine de 1996: approche formelle et matérielle*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2000, 747 ss. Specificatamente sul ruolo giocato dal diritto straniero nella transizione costituzionale sudafricana e nel *drafting-process* costituzionale: J. Sarkin, *The effect of constitutional borrowings on the drafting of South Africa's Bill of Rights and interpretation of human rights provisions*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 1998-1999, 176 ss.; T. Gas, *Introduction to South African Constitutional Law. The Constitution-Making Process and Some Important Constitutional Issues*, in *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 2000, 291 ss.; D.M. Davis, *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and legal history in the reconstruction of comparative influence: The South African experience*, in *Int'l J. Const. L.*, 2003, 181 ss.; F. du Bois, F. Visser, *The Influence of Foreign Law in South Africa*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 2003, 593 ss.

Plessis, «there is no single explanation for the ... German influence on constitution-making and the inception of constitutional democracy in South Africa»<sup>9</sup>.

L'affinità linguistica, derivante dalla presenza sul territorio della componente cosiddetta degli *Afrikaans*, che discendeva dai coloni olandesi e tedeschi stabilitisi in Sudafrica a partire dal Seicento, e dalla circostanza che il tedesco era il terzo linguaggio del Paese (tant'è che molti termini tecnici tedeschi, come *Rechtsstaat*, *Wechselwirkung*, *Wesengehalt*, *Drittwirkung* e *Bundestreue*, sono entrati nell'uso comune e non vengono nemmeno tradotti), non è una spiegazione sufficiente, come non lo è – per la sua, già rilevata, stretta attinenza all'area del diritto privato – la tradizione della *Roman-Dutch law*. Peraltro, l'immagine degli *Afrikaans* «resta associata a quella del bianco razzista, tendenzialmente conservatore»<sup>10</sup>, anche perché molti di loro nel periodo dell'*apartheid* si vantavano di appartenere alla razza ariana, un atteggiamento che certo non deponeva a favore dell'adozione di elementi di impronta tedesca nella negoziazione costituzionale sudafricana<sup>11</sup>. In tal senso indirizzava, invece, la circostanza che «alcune parti della dottrina tedesca sui diritti fondamentali avevano già raggiunto il Sud Africa prima dei cambiamenti politici a Pretoria, avendo permeato i suoi confini tramite le costituzioni del Bophuthatswana e della Namibia»<sup>12</sup>. Come evidenziano B. Markesinis e J. Fedtke, «la Corte suprema del Sud Africa, che rappresenta la suprema autorità giurisdizionale in Bophuthatswana fino al 1982 e in Namibia fino al 1990, si trovò a confrontarsi con questioni costituzionali molti anni prima che avessero luogo i primi giudizi delle corti sudafricane dopo l'approvazione della Costituzione del 1993. Queste sentenze fecero riferimento al diritto tedesco in più di un'occasione, e furono discusse in Sud Africa, alimentando il dibattito locale sui diritti fondamentali e aprendo la strada a un'ulteriore influenza tedesca nel successivo processo di creazione della Costituzione»<sup>13</sup>.

Le similitudini testuali e concettuali rispetto al testo della Costituzione di Bonn del 1949 nonché la trasposizione di principi fondamentali sviluppati in via pretoria dalla giurisprudenza e dall'accademia derivano, inoltre, dalla partecipazione di esperti costituzionali tedeschi in qualità di *advisors* alla redazione del testo costituzionale. Determinate fu, per esempio, l'ascendente esercitato sul Congresso Nazionale africano (ANC) dal Professor Hans-Peter Schneider, Direttore del *Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V.*, il quale – come si legge nella sua biografia<sup>14</sup> – tra il 1995 e il 1996, mentre era

<sup>9</sup> L. Du Plessis, *Learned Staatsrecht from Heartland of the Rechtsstaat. Observation on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, in *Potchefstroom Elec. L.J.*, 2005, 5.

<sup>10</sup> V. Federico, *Sudafrica*, Bologna, il Mulino, 2009, 15.

<sup>11</sup> In questo senso: L. Du Plessis, *Learned Staatsrecht from Heartland of the Rechtsstaat. Observation on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, cit., 5-6.

<sup>12</sup> B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., 133.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> <http://dif-serv.dif.uni-hannover.de/~dif/dif-hps-cv-800.html>.

*Gastprofessor* presso l'Università di Città del Capo e di Stellenbosch, svolse la funzione di *Berater* (consigliere) *des Constitutional Committee der Verfassunggebenden Versammlung in Südafrika*.

Ancora un peso non indifferente esercitarono le opportunità – di cui si avvantaggiarono soprattutto gli studiosi di lingua *afrikaans* – offerte dalle istituzioni e dalle organizzazioni tedesche di scambi accademici in Germania<sup>15</sup>, il che ebbe una risonanza amplificata in considerazione dell'isolamento internazionale cui era relegato il Sudafrica nel periodo dell'*apartheid*. Principali patrocinatori di questo sostegno intellettuale furono la fondazione *Alexander von Humboldt*<sup>16</sup>, la *Konrad Adenauer Stiftung*, la *Friedrich Ebert Stiftung*, la *Friedrich Naumann Stiftung*, la *Max Planck Gesellschaft* e il *Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD)*. Anche le Università tedesche non mancarono di stabilire legami con le istituzioni sudafricane: particolarmente attive furono, tra le altre, le Università di Augsburg, Bonn, Colonia, Francoforte, Friburgo, Göttingen, Amburgo, Münster, Regensburg, Saarbrücken e Tubinga<sup>17</sup>. Tale arricchimento culturale si tradusse in un apporto personale particolarmente rilevante al *constitution-making process*. Ricorda L. Du Plessis che: «among the South African technical advisers closely involved in constitution-making during the 1990s, there were at least five Humboldt stipendiaries. Working in concert with German law advisers these South Africans were indeed favorably placed to bring on the “positive influence” of German constitutional law in the law reform in South Africa attendant on constitution-making»<sup>18</sup>. Di esso costituiscono prova tangibile l'inclusione del *Rechtsstaatsprinzip* nel Preambolo della Costituzione *ad interim* del 1993 sulla base del progetto presentato da François Venter<sup>19</sup> e la recezione dell'art. 12 della Costituzione tedesca sulla libertà lavorativa all'interno della Costituzione del 1996 su suggerimento di Etienne Mureinik<sup>20</sup>. Parimenti degno di menzione è – come sottolinea L.W.H. Ackermann – il contributo di Gerhard Erasmus dell'Università di Stellenbosch, «da cui vasta conoscenza del diritto costituzionale (compreso quello comparato) in generale, e del diritto costituzionale tedesco in particolare, è stata proficuamente sfruttata nella creazione della Costituzione namibiana post-indipendenza»<sup>21</sup> e nell'elaborazione delle

<sup>15</sup> Si rinvia al riguardo a L. Du Plessis, *German Verfassungsrecht under the Southern cross: observations on South African-German interaction in constitutional scholarship in recent history with particular reference to constitution-making in South Africa*, in F. Hufen (Hrsg.), *Verfassungen – zwischen Recht und Politik. Festschrift zum 70 Geburtstag für Hans-Peter Schneider*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 524 ss.

<sup>16</sup> Sul sostegno dato agli accademici sudafricani dalla fondazione Alexander von Humboldt specificamente: A. Rabie, S. van der Merwe, J. Labuschagne, *The contribution of the Alexander von Humboldt Foundation to the development of the South African legal system and literature*, in *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1993, 608 ss.

<sup>17</sup> Cfr. J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996*, cit., 433-434; B. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford-Portland, [Hart Publishing](#), 2003, 153, nt. 209.

<sup>18</sup> L. Du Plessis, *Learned Staatsrecht from Heartland of the Rechtsstaat. Observation on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, cit., 7.

<sup>19</sup> J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996*, cit., 88 ss.

<sup>20</sup> Ivi, 303. Si veda anche: P. Leon, *A personal Perspective on Etienne Mureinik's Contribution to South Africa's Final Constitution*, in *S. Afr. J. on Hum. Rts.*, 1998, 201 ss.

<sup>21</sup> L.W.H. Ackermann, *La comparazione costituzionale in Sud Africa*, in B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., 372.

Costituzioni sudafricane, rispetto alle quali ha svolto il ruolo di esperto consigliere, nonché quello del Prof. Jochen Frowein, Direttore del *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg dal 1981 al 2002, che «insieme ad altri giuristi tedeschi, ha mantenuto i contatti con il Sud Africa negli anni '80 e agli inizi degli anni '90 e ha contribuito in vari modi al cammino verso una nuova democrazia costituzionale in Sud Africa»<sup>22</sup>.

Oltre allo “aiuto” accademico, la Repubblica federale tedesca garantì allo Stato emergente anche il supporto del proprio Governo e dei propri partiti politici, il che certamente accrebbe il ruolo del diritto tedesco nel processo di negoziazione.

Un'altra ragione che indusse i costituenti sudafricani ad assumere quello tedesco come modello esemplare fu la reputazione internazionale di cui godeva il *Grundgesetz*. Inoltre, per un Paese che cercava di lasciarsi alle spalle la tormentata esperienza dell'*apartheid*, l'attitudine dimostrata dal sistema giuridico tedesco a superare il traumatico passato del nazismo e della seconda guerra mondiale esercitava un fascino enorme. I politici sudafricani avvertivano, infatti, una vicinanza spirituale rispetto all'esperienza tedesca; come scrive significativamente L. Du Plessis, in entrambi i casi vi era la necessità urgente di ristabilire una democrazia costituzionale: «the “*Nicht wieder!*” from post-Holocaust Germany reverberated (and indeed inspired action) in post apartheid South Africa»<sup>23</sup>. Illuminante è in quest'ottica quanto dichiarato dal Presidente Nelson Mandela nel discorso pronunciato l'11 settembre 1995 in occasione della visita ufficiale del Sudafrica del cancelliere tedesco Helmut Kohl: «We know that the challenges facing South Africa today are in many ways comparable to those that faced Germany after the Second World War. In as much as we benefited immensely from the support of the German people in the struggle against apartheid, we can learn much by drawing on your valuable experiences in reconstruction and development. The German constitution has, for example, become a popular reference point for South African experts. We believe we can learn much from Germany in the field of combating crime. Above all, history has placed economic reconstruction and national reconciliation at the centre of the challenges faced by both countries»<sup>24</sup>. E ancor più quanto affermato dal giudice Ackermann nella sentenza *Du Plessis versus De Klerk* del 15 maggio 1996: «I do believe that the German Basic Law (GBL) was conceived in dire circumstances bearing sufficient resemblance to our own to make critical study and cautious application of its lessons to our situation and Constitution warranted. The GBL was no less powerful a response to totalitarianism, the degradation of human dignity and the

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> L. Du Plessis, *Learned Staatsrecht from Heartland of the Rechtsstaat. Observation on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, cit., 8.

<sup>24</sup> N. Mandela, *Speech by President Nelson Mandela at a state banquet for the German Chancellor, Dr. Helmut Kohl, 11 September 1995, Cape Town*, in [www.anc.org.za](http://www.anc.org.za). Il presente estratto del discorso di Mandela è espressamente citato nel suo saggio da L. Du Plessis, *Learned Staatsrecht from Heartland of the Rechtsstaat. Observation on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, cit., 7-8, nt. 20.

denial of freedom and equality than our Constitution. Few things make this clearer than Art 1(1) of the GBL, particularly when it is borne in mind that the principles laid down in Art 1 are entrenched against amendment of any kind by Art 79(3)»<sup>25</sup>.

La penetrazione del diritto tedesco nella Costituzione sudafricana può essere osservata sia sotto il profilo dei principi sia dal punto di vista dell'organizzazione federale. Si pensi, per un verso, al principio dello Stato costituzionale di diritto e dello Stato sociale nonché al concetto di proprietà<sup>26</sup> e, per l'altro, al riparto di competenze tra il livello nazionale e le costituite province, alle analogie esistenti tra il *National Council of Provinces* e il *Bundesrat*, alla configurazione cooperativa del federalismo e all'adesione al concetto di fedeltà federale. Parimenti influenzata dal modello tedesco è la giurisdizione costituzionale: la scelta di creare un organo costituzionale specializzato è chiaramente ispirata al *Bundesverfassungsgericht*. Ma è, soprattutto, rispetto alla Carta dei diritti che il *Grundgesetz* ha assunto il ruolo del "gigante": il vincolo del rispetto dei diritti fondamentali per tutti i poteri (*die Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt*), la titolarità dei diritti fondamentali da parte delle persone giuridiche (*die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen*), l'effetto orizzontale dei diritti fondamentali nella sfera privata (*die Drittwirkung der Grundrechte*), l'inviolabilità del nucleo essenziale dei diritti garantiti costituzionalmente (*die Wesengehaltsgarantie*), la tutela della dignità umana (*der Schutz der Menschenwürde*) e molto altro sono il tributo più importante che il costituzionalismo sudafricano deve a quello tedesco.

Individuate le ragioni e i settori principali della recezione del *deutsches Verfassungsrecht* in Sudafrica, la quale – come si è detto – ha interessato sia la Costituzione *ad interim* del 1993<sup>27</sup> sia la Costituzione definitiva del 1996<sup>28</sup>, la maniera migliore (anche perché più immediata) per coglierne appieno la portata è mettere a confronto le disposizioni costituzionali che esprimono meglio la comunicazione costituzionale intercorsa tra i due Paesi. Innanzitutto viene in rilievo il principio di Stato costituzionale di diritto come recezione del *Rechtstaatsprinzip*, che, inserito – come si è già sottolineato – su impulso di François Venter nel Preambolo della Costituzione *ad Interim*, trova invece collocazione nell'art. 1 della Costituzione definitiva:

<sup>25</sup> South Africa: Constitutional Court, *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, CCT8/95, 15 May 1996, in [www.constitutionalcourt.org.za](http://www.constitutionalcourt.org.za), p.to 92.

<sup>26</sup> Cfr. H. Mostert, *The Constitutional State, the Social State and the Constitutional Property Clause. Observations on the Translation of German Constitutional principles into South African Law and their Treatment by the Judiciary*, in *ZaöRV*, 2002, 347 ss.

<sup>27</sup> Specificamente sull'influenza tedesca sulla Costituzione *ad interim*: J. De Waal, *A Comparative Analysis of the Provisions of German Origin in the Interim Bill of rights*, in *Afr. J. on Hum. Rts.*, 1995, 1 ss.

<sup>28</sup> Quest'ultima in maniera ancora maggiore rispetto alla Costituzione provvisoria del 1993. Così: L. Du Plessis, *Learned Staatsrecht from Heartland of the Rechtsstaat. Observation on the Significance of South African-German Interaction in Constitutional Scholarship*, cit., 13.

<b>Principio di stato costituzionale di diritto<sup>29</sup></b>		
<i>Grundgesetz</i> <sup>30</sup>	Costituzione <i>ad Interim</i> <sup>31</sup>	Costituzione del 1996 <sup>32</sup>
<p><b>Art. 28</b></p> <p>(1) L'ordinamento costituzionale dei <i>Länder</i> deve essere conforme ai <u>principi dello Stato di diritto repubblicano</u>, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. [...]</p> <p><b>Art. 20</b></p> <p>(2) Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo per mezzo di elezioni e di votazioni e per mezzo di organi speciali investiti di poteri legislativo, esecutivo e giudiziari.</p> <p>(3) <u>La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto.</u></p>	<p><b>Preambolo</b></p> <p>In umile sottomissione a Dio Onnipotente, Noi, il popolo del Sud Africa dichiariamo che- CONSIDERANDO che vi è la necessità di creare un nuovo ordine in cui tutti i sudafricani avranno diritto a una cittadinanza sudafricana comune <u>in uno Stato sovrano e democratico costituzionale</u> nel quale vi è la parità tra uomini e donne e le persone di tutte le razze in modo che tutti i cittadini siano in grado di godere e di esercitare i diritti e le libertà fondamentali; [...]</p>	<p><b>Art. 1</b></p> <p>La Repubblica del Sudafrica è uno Stato unitario, sovrano e democratico, fondato sui seguenti valori:</p> <p>a) la dignità umana, il perseguimento dell'uguaglianza e l'avanzamento dei diritti umani e delle libertà;</p> <p>b) il rifiuto delle discriminazioni razziali e di genere;</p> <p>c) <u>la supremazia della costituzione e lo stato di diritto;</u></p> <p>d) il suffragio universale, un unico registro elettorale, elezioni regolari in un sistema di governo democratico multi-partitico, al fine di assicurare responsabilità, capacità di dare risposta alle sollecitazioni provenienti dal basso e trasparenza.</p>

Quali corollari del principio di Stato costituzionale di diritto, troviamo il principio di supremazia della Costituzione, il vincolo del rispetto dei diritti fondamentali per tutti i poteri, la garanzia del nucleo essenziale dei diritti, la titolarità dei diritti fondamentali da parte delle persone giuridiche:

<b>Supremazia della Costituzione</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p><b>Art. 20</b></p> <p>(3) <u>La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale</u>, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto.</p>	<p><b>Art. 4</b></p> <p>(1) <u>Questa Costituzione è la legge suprema della Repubblica e qualsiasi legge o atto in contrasto con le sue disposizioni, salvo che sia disposto espressamente o implicitamente in questa Costituzione, non ha alcuna forza ed effetto.</u></p>	<p><b>Art. 1</b></p> <p>La Repubblica del Sudafrica è uno Stato unitario, sovrano e democratico, fondato sui seguenti valori: [...]</p> <p>c) <u>la supremazia della costituzione e lo stato di diritto;</u></p> <p><b>Art. 2</b></p> <p><u>La Costituzione è la suprema legge della Repubblica; ogni legge o comportamento ad essa non conforme è invalido; si deve adempiere agli obblighi da essa imposti.</u></p>
<b>Vincolo dei diritti fondamentali</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p><b>Art. 1</b></p> <p>(3) <u>I seguenti diritti fondamentali vincolano</u></p>	<p><b>Art. 7</b></p> <p>(2) <u>Questa Costituzione vincola tutti</u></p>	<p><b>Art. 8</b></p> <p>(1) <u>Il <i>Bill of rights</i> si applica ad ogni legge, ed è</u></p>

<sup>29</sup> L'idea di giustapporre i testi costituzionali sudafricani al testo della Legge Fondamentale per mettere in luce le similitudini esistenti appartiene a J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996*, cit., 88 ss.

<sup>30</sup> Il testo della Costituzione tedesca è citato nella traduzione curata da R. Zanon e consultabile *on line* alla seguente pagina web: <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/normativa/file/costituzionetedesca.html>.

<sup>31</sup> La traduzione è mia.

<sup>32</sup> Il testo della Costituzione sudafricana del 1996 è citato nella traduzione fattane da C. Fusaro e consultabile *on line* alla seguente pagina web: [www.carlofusaro.it/materiali/costituzione\\_sudafrica.html](http://www.carlofusaro.it/materiali/costituzione_sudafrica.html).

la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili.	gli organi legislativi, esecutivi e giudiziari dello Stato a tutti i livelli di governo.	vincolante per il potere legislativo, per il potere esecutivo, per il potere giudiziario e per tutti gli organi dello Stato.
<b>Limitazione dei diritti e garanzia del nucleo fondamentale degli stessi</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p style="text-align: center;"><b>Art. 19</b></p> <p>(1) Nella misura in cui, in base alla presente Legge fondamentale, un diritto fondamentale possa essere limitato con una legge o in base ad una legge, tale legge deve valere in generale e non per il caso singolo. Inoltre la legge deve individuare il diritto fondamentale indicando l'articolo interessato.</p> <p>(2) <u>In nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 33</b></p> <p>(1) I diritti fissati in questo Capitolo possono essere limitati da una legge di generale applicazione, a condizione che tale limitazione:</p> <p>a) sia ammessa soltanto nella misura in cui sia:</p> <p style="padding-left: 20px;">i. ragionevole; e</p> <p style="padding-left: 20px;">ii. giustiziabile in una società aperta e democratica fondata sulla libertà e sull'uguaglianza; e</p> <p>b) <u>non neghi il contenuto essenziale del diritto in questione</u> e non comporti alcuna limitazione di:</p> <p style="padding-left: 20px;">aa. un diritto disciplinato negli artt. 10, 11, 12, 14(1), 21, 25 o 30(1)(d) o (e) o (2); o</p> <p style="padding-left: 20px;">ab. un diritto disciplinato negli artt. 15, 16, 17, 18, 23 o 24, in quanto tale diritto si riferisce all'attività politica libera e leale; tale limitazione deve essere, oltre che ragionevole come previsto al paragrafo (a)(i), anche necessaria.</p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 7</b></p> <p>(3) I diritti del <i>Bill of rights</i> sono soggetti alle limitazioni previste dall'art. 36 o in altre disposizioni del <i>Bill</i>.</p> <p style="text-align: center;"><b>Art. 36</b></p> <p>(1) <u>I diritti garantiti in questo <i>Bill of rights</i> possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana, sull'uguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti</u>, tra cui:</p> <p style="padding-left: 20px;">a) la natura del diritto;</p> <p style="padding-left: 20px;">b) l'importanza dello scopo della limitazione;</p> <p style="padding-left: 20px;">c) la natura ed il grado di estensione della limitazione;</p> <p style="padding-left: 20px;">d) il rapporto tra la limitazione ed il suo scopo;</p> <p style="padding-left: 20px;">e) le modalità meno restrittive possibili per il raggiungimento di tale scopo.</p> <p>(2) Salvo quanto previsto nel comma 1 o in qualsiasi altra disposizione della Costituzione, nessuna legge può limitare i diritti garantiti nel <i>Bill of rights</i>.</p>
<b>Titolarietà dei diritti fondamentali da parte delle persone giuridiche</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p style="text-align: center;"><b>Art. 19</b></p> <p>(3) <u>I diritti fondamentali valgono anche per le persone giuridiche nazionali, nella misura in cui, per la loro natura, siano ad esse applicabili.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 7</b></p> <p>(3) <u>Le persone giuridiche sono titolari dei diritti contenuti in questo Capitolo, nella misura in cui la natura del diritto lo permette.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 8</b></p> <p>(2) Ogni disposizione del <i>Bill of rights</i> è vincolante per le persone fisiche e per le persone giuridiche se, e nella misura in cui, essa è applicabile, <u>considerando la natura del diritto e la natura di ogni obbligo imposto dal diritto in questione.</u></p> <p>(3) Nell'applicazione di ogni disposizione del <i>Bill of rights</i> <u>nei confronti di una persona fisica o giuridica</u> nei termini del comma (2), le corti:</p> <p style="padding-left: 20px;">a) al fine di attuare qualunque diritto del presente <i>Bill</i>, devono applicare, e, ove necessario, sviluppare la <i>common law</i>, laddove la normativa non garantisca l'efficacia del diritto in questione;</p> <p style="padding-left: 20px;">b) hanno la facoltà di sviluppare regole di <i>common law</i> per limitare il diritto in esame, garantendo che tale limitazione sia compatibile con l'art. 36(1).</p> <p>(4) <u>Le persone giuridiche godono dei diritti del <i>Bill of rights</i> nella misura in cui lo richiedano la natura dei diritti stessi e la natura della persona giuridica in questione.</u></p>

Il discorso del prestito e del trapianto di norme si impone, come già evidenziato, anche con riferimento al contenuto dei diritti:

<b>Dignità umana</b>		
<i>Grundgesetz</i>	<i>Costituzione ad Interim</i>	<i>Costituzione del 1996</i>
<p style="text-align: center;"><b>Art. 1</b></p> <p>(1) <u>La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 10</b></p> <p><u>Ogni persona ha il diritto al rispetto e alla protezione della propria dignità.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 1</b></p> <p>La Repubblica del Sudafrica è uno Stato unitario, sovrano e democratico, fondato sui seguenti valori:</p> <p>a) <u>la dignità umana</u>, il perseguimento dell'uguaglianza e l'avanzamento dei diritti umani e delle libertà; [...]</p> <p style="text-align: center;"><b>Art. 10</b></p> <p><u>Tutti hanno una propria intrinseca dignità ed il diritto al rispetto e alla tutela della propria dignità.</u></p> <p style="text-align: center;"><b>Art. 36</b></p> <p>(1) I diritti garantiti in questo <i>Bill of rights</i> possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili <u>in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana</u>, sull'uguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, tra cui [...]</p>
<b>Eguaglianza</b>		
<i>Grundgesetz</i>	<i>Costituzione ad Interim</i>	<i>Costituzione del 1996</i>
<p style="text-align: center;"><b>Art. 3</b></p> <p>(1) <u>Tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge.</u></p> <p>(2) Gli uomini e le donne sono equiparati nei loro diritti. Lo Stato promuove la effettiva attuazione della equiparazione di donne e uomini e agisce per l'eliminazione delle situazioni esistenti di svantaggio.</p> <p>(3) <u>Nessuno può essere discriminato o favorito per il suo sesso, per la sua nascita, per la sua razza, per la sua lingua, per la sua nazionalità o provenienza, per la sua fede, per le sue opinioni religiose o politiche. Nessuno può essere discriminato a causa di un suo handicap.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 8</b></p> <p>(1) <u>Ogni persona ha il diritto di essere considerata uguale davanti alla legge e ad un'uguale protezione davanti alla legge.</u></p> <p>(2) <u>Nessuno può essere ingiustamente discriminato, direttamente o indirettamente, senza derogare al carattere generale di questa disposizione, per uno o più dei seguenti motivi e, in particolare: razza, genere, sesso, origine etnica o sociale, colore, orientamento sessuale, età, disabilità, religione, coscienza, credo, cultura o lingua.</u></p>	<p style="text-align: center;"><b>Art. 9</b></p> <p>1) <u>Tutti sono eguali di fronte alla legge e hanno diritto ad eguale protezione ed eguali benefici da parte della legge.</u></p> <p>(2) L'uguaglianza include il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti e di tutte le libertà. Al fine di promuovere il pieno conseguimento dell'uguaglianza, si possono intraprendere misure legislative o altre misure finalizzate alla protezione o alla promozione di individui o di categorie di individui svantaggiati a causa di ingiuste discriminazioni.</p> <p>(3) <u>Lo Stato non può porre in essere, in via diretta o indiretta, ingiuste discriminazioni sulla base di uno o più motivi, tra cui razza, genere, sesso, maternità, stato civile, origini etniche o sociali, colore, orientamento sessuale, età, disabilità, religione, coscienza, credo, cultura, lingua o nascita.</u></p> <p>(4) Nessuno può ingiustamente discriminare altri direttamente o indirettamente sulla base di uno o più motivi di cui al comma (3). Leggi nazionali devono essere adottate allo scopo di prevenire e proibire ingiuste discriminazioni.</p> <p>(5) Le discriminazioni basate su di uno o più dei motivi indicati nel comma (3) sono considerate ingiuste fino a prova contraria.</p>

<b>Libertà accademica e scientifica</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p><b>Art. 5</b></p> <p>(3) <u>L'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi.</u> La libertà d'insegnamento non dispensa dalla fedeltà alla Costituzione.</p>	<p><b>Art. 14</b></p> <p>(1) Ogni persona ha il diritto alla libertà di coscienza, di religione, di pensiero, di credo e di opinione, che comprende <u>la libertà accademica nelle istituzioni di istruzione superiore.</u></p>	<p><b>Art. 16</b></p> <p>(1) Tutti hanno il diritto di libertà di espressione, che comprende:</p> <p>a) libertà di stampa e degli altri media;</p> <p>b) libertà di ricevere e di dare informazioni e idee;</p> <p>c) libertà di creatività artistica;</p> <p>d) <u>libertà accademica e libertà di ricerca scientifica.</u></p>
<b>Diritto al lavoro e libertà di mestiere</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p><b>Art. 12</b></p> <p>(1) <u>Tutti i tedeschi hanno diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo e le sedi di lavoro e la formazione. L'esercizio della professione può essere regolato per legge ed in base ad una legge.</u></p> <p>(2) Nessuno può essere costretto ad un determinato lavoro, eccetto che nell'ambito di un obbligo pubblico di prestazione di servizi, tradizionale, generale e uguale per tutti.</p> <p>(3) Il lavoro forzato è ammissibile solamente nel caso di pena detentiva pronunciata da un tribunale.</p>	<p><b>Art. 26</b></p> <p><u>Ogni persona ha il diritto di impegnarsi liberamente in un'attività economica e di farlo in qualsiasi parte del territorio nazionale.</u></p> <p>Il comma (1) non osta all'adozione di misure volte a promuovere la tutela o il miglioramento della qualità della vita, la crescita economica, lo sviluppo umano, la giustizia sociale, le condizioni di base di lavoro, pratiche di lavoro eque e pari opportunità per tutti, purché tali misure siano giustificabili in una società aperta e democratica, basata sulla libertà e l'uguaglianza.</p>	<p><b>Art. 22</b></p> <p><u>Ogni cittadino ha diritto di scegliere il proprio mestiere, la propria occupazione o la propria professione liberamente. Lo svolgimento dei mestieri, delle occupazioni e delle professioni può essere regolato dalla legge.</u></p>
<b>Diritto di proprietà</b>		
<i>Grundgesetz</i>	Costituzione <i>ad Interim</i>	Costituzione del 1996
<p><b>Art. 14</b></p> <p>(1) <u>La proprietà e il diritto di successione sono garantiti.</u> Contenuto e limiti vengono stabiliti dalla legge.</p> <p>(2) La proprietà impone degli obblighi. Il suo uso deve al tempo stesso servire al bene comune.</p> <p>(3) <u>L'espropriazione è ammissibile soltanto per il bene della collettività. Essa può avvenire solo per legge o in base ad una legge che regoli il modo e la misura dell'indennizzo. L'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto contemperamento fra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti. In caso di controversia sull'ammontare dell'indennizzo è ammesso ricorso di fronte ai tribunali ordinari.</u></p>	<p><b>Art. 28</b></p> <p>(1) <u>Ogni persona ha il diritto di acquisire e di detenere i diritti di proprietà e, nella misura in cui la natura dei diritti lo permette, di disporre di essi.</u></p> <p>(2) <u>Nessuna privazione di qualunque diritto di proprietà è ammessa se non in base ad una legge.</u></p> <p>(3) <u>Nel caso in cui un diritto di proprietà venga espropriato ai sensi di una legge di cui al comma (2), tale espropriazione deve essere consentita solo per fini pubblici ed è soggetta al pagamento dell'indennizzo pattuito o, in caso di mancato accordo sullo stesso, al pagamento di un indennizzo come determinato entro un congruo termine da un giudice in maniera giusta ed equa, tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, tra cui, in caso di determinazione dell'indennizzo, l'uso a cui la proprietà è destinata, la storia della sua acquisizione, il suo valore di mercato, il valore dell'investimento in essa riposto dai proprietari e degli interessi da essi vantati.</u></p>	<p><b>Art. 25</b></p> <p>1) <u>Nessuno può essere privato di una proprietà se non sulla base di una legge generale, e nessuna legge può prevedere l'arbitraria privazione della proprietà.</u></p> <p>(2) <u>Le proprietà possono essere espropriate unicamente sulla base di una legge generale:</u></p> <p>a) <u>per motivi di pubblica utilità o di interesse pubblico; e</u></p> <p>b) <u>con indennizzo, il cui ammontare e i cui termini e modalità di pagamento siano stati concordati con gli espropriati oppure stabiliti o approvati dalla magistratura.</u></p> <p>(3) <u>L'ammontare e i termini e le modalità di pagamento dell'indennizzo devono essere giusti ed equi e devono riflettere un ragionevole equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse degli espropriati, tenendo in dovuta considerazione tutte le circostanze rilevanti, tra cui:</u></p> <p>a) <u>l'uso a cui la proprietà è destinata;</u></p> <p>b) <u>la storia dell'acquisizione e dell'uso della proprietà;</u></p> <p>c) <u>il valore di mercato della proprietà;</u></p> <p>d) <u>l'entità dell'investimento pubblico e</u></p>

		del contributo dato ai fini dell'acquisto e dell'incremento di valore della proprietà: e) il fine dell'espropriazione.
--	--	---

### 3 - L'uso del diritto straniero da parte della Corte costituzionale del Sudafrica con particolare riferimento al *deutsche Recht*.

L'autorevolezza e le suggestioni provenienti dal mondo tedesco hanno condizionato non solo la fase costituente della Repubblica democratica sudafricana, ma anche il suo sviluppo successivo. E ciò non solo perché il trapianto di norme e di istituti tedeschi operato dal Legislatore costituzionale ha avuto – come è ovvio – riflessi nel lungo periodo, ma anche perché la Corte costituzionale del Sudafrica ha fatto e continua a fare all'interno delle sue decisioni ampio ricorso alla dottrina tedesca e alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*<sup>33</sup>.

Prima di prendere in esame alcune delle pronunce più significative da questo punto di vista, risulta doverosa una premessa sul peculiare approccio della giurisprudenza sudafricana al diritto comparato. Come è oltremodo noto, questione che è stata oggetto di numerosi studi e ricerche<sup>34</sup>, il Sudafrica ha riconosciuto una espressa legittimazione costituzionale al diritto straniero, rivelandosi un laboratorio fecondo dell'utilizzo del metodo comparatistico e dell'elevazione del diritto comparato al rango di fonte del diritto<sup>35</sup>. Questa grande apertura verso l'esterno ed, in particolare, verso gli ordinamenti democratici esistenti, che sottende una precisa opzione politica prima che tecnico-giuridica<sup>36</sup>, ha trovato la sua positivizzazione prima nell'art. 35 della Costituzione *ad interim* del 1993 («In interpreting the provisions of this Chapter a court of law shall promote the values which underlie an

<sup>33</sup> Recentemente: C. Rautenbach, Lourens du Plessis, *In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence: The Consideration of German Precedents by South African Constitutional Court Judges*, in *German Law Journal*, 8/2013, 1539 ss.; F. Venter, *Why Should the South African Constitutional Court Consider German Sources? Comment on Du Plessis and Rautenbach*, *ivi*, 1579 ss.

<sup>34</sup> *Ex multis*: H. Webb, *The Constitutional Court of South Africa: Right Interpretation and Comparative Constitutional Law*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 1998-1999, 205 ss.; L.W.H. Ackermann, *La comparazione costituzionale in Sud Africa*, *cit.*, 361 ss.; S. Kentridge, *Il diritto comparato nel giudizio costituzionale: l'esperienza sudafricana*, *ivi*, 435 ss.; A. Rinella, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 379 ss.; A. Lollini, *Legal argumentation based on foreign law. An example from case law of the South African Constitutional Court*, in *Utrecht Law Review*, 2007, 60 ss.; *Idem*, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri integrativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubbl. comp. eur.*, 2007, 479 ss.; J. Foster, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Lesson from South Africa*, in *University of San Francisco Law Review*, 2010, 79 ss.; C. Rautenbach, *South Africa: Teaching an 'Old Dog' New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010)*, in T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013, 185 ss.

<sup>35</sup> Sull'utilizzo del metodo comparatistico da parte delle Corti costituzionali si rinvia all'interessante contributo in corso di pubblicazione di M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, nonché al recentissimo volume di T. Groppi, M.-C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *cit.*

<sup>36</sup> Cfr. A. Rinella, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, *cit.*, 380.

open and democratic society based on freedom and equality and shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this Chapter, and may have regard to *comparable foreign case law*)» e poi nell'art. 39 della Costituzione del 1996 («When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, b) must consider international law; and c) *may consider foreign law*»). I due testi, che presentano lievi ma significative differenze, giacché nella Costituzione definitiva scompare l'aggettivo comparabile e il riferimento al diritto straniero viene generalizzato e non più circoscritto alla sola giurisprudenza, hanno contribuito in maniera determinante a rendere spontaneo e naturale quel dialogo giurisprudenziale, che spesso le Corti costituzionali di istituzione meno recente guardano con sospetto e sfiducia. È anche vero che come ha rimarcato Laurie W.H. Ackermann, giudice della Corte costituzionale del Sudafrica dal 1994 al 2004 (e precedentemente giudice della Corte d'appello del Lesotho e della Corte Suprema della Namibia) e quindi profondo conoscitore dell'argomento, «non vi è il benché minimo dubbio che, considerato l'*ethos* del diritto comparato in Sud Africa»<sup>37</sup>, derivante dalla commistura originaria della *common law* e della *Roman-Dutch law* e dall'insegnamento di uno dei più importanti giuristi sudafricani Johannes Christiaan de Wet<sup>38</sup>, «la Corte avrebbe fatto ugualmente affidamento sul diritto straniero, anche se queste norme costituzionali non vi fossero state»<sup>39</sup>. Ciò – continua L.W.H. Ackermann – «emerge[rebbe] chiaramente dalla sentenza *S. vs. Makwanyane and Another* (la seconda sentenza della Corte costituzionale, in cui la pena di morte è stata dichiarata illegittima), dove il presidente Chaskalson, esprimendo il giudizio della Corte, dopo aver fatto riferimento in generale al valore delle autorità internazionali e straniere commenta che: “*per questa sola ragione* richiedono la nostra attenzione” e osserva quindi che “potrebbero essere da considerare *anche* per la loro rilevanza rispetto all'art. 35(1) della *Interim Constitution*”<sup>40</sup>.

Forte di un'ispirazione comparatistica connaturata al sistema e del *favor Constitutionis* per l'uso discrezionale del diritto straniero, la Corte costituzionale del Sudafrica ha dimostrato un «appetito comparatistico»<sup>41</sup> che ha ecceduto le aspettative anche dei politici più aperti e che gli studiosi hanno spiegato variamente, facendo riferimento ora alla *utility theory*, ora alla *legitimacy theory*, ora ad entrambe<sup>42</sup>. Secondo la prima teoria le soluzioni straniere sarebbero appunto un utile mezzo di raffronto dei problemi costituzionali presentatisi all'attenzione dei giudici, mentre secondo la seconda servirebbero ad attribuire una legittimazione giuridica alla transizione democratica di ordinamenti appena nati e a

<sup>37</sup> L.W.H. Ackermann, *La comparazione costituzionale in Sud Africa*, cit., 366.

<sup>38</sup> Su tale personalità si rinvia alla biografia scritta da R. Zimmermann, *De Wet, Christiaan Johannes*, in M. Stolleis (ed.), *Juristen: ein biographisches Lexicon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München, Beck, 167 ss.

<sup>39</sup> L.W.H. Ackermann, *La comparazione costituzionale in Sud Africa*, cit., 366.

<sup>40</sup> Ivi, 366-367.

<sup>41</sup> B. Marquesinis, J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, in *Tulane Law Review*, 2005, 54; Iidem, *Giudici e diritto straniero*, cit., 57.

<sup>42</sup> Su di esse: J. Foster, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Lesson from South Africa*, cit., spec. 87-91.

sopperire alla mancanza di un patrimonio giuridico proprio, il che sarebbe dimostrato dalla progressiva diminuzione del numero delle citazioni a fronte del formarsi di una giurisprudenza autonoma. Tuttavia, benché sia vero che dall'analisi empirica della giurisprudenza costituzionale sudafricana emerga un *trend* decrescente rispetto ai primi anni di attività della Corte nei quali la percentuale di citazioni straniere si assestava sul settanta/ottanta per cento, il fatto che ancora oggi i riferimenti al diritto straniero interessino circa la metà delle decisioni emesse, significa che le ragioni dello “appetito” comparatistico cui si accennato vanno ben oltre la ricerca di una giustificazione autorevole del proprio operato e travalicano sotto il profilo temporale il limitato periodo della costruzione del nuovo regime post-*apartheid*. Sicché la loro riconducibilità alla gioventù e all'inesperienza di quest'ultimo è molto meno ovvia di quanto a primo acchito potrebbe sembrare.

Ciò premesso, se abbondano i richiami alle decisioni americane, canadesi, britanniche ed europee, numerosi sono anche quelli alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Secondo una recente ricostruzione condotta da C. Rautenbach, che colloca la Germania nell'esperienza sudafricana al quarto posto dopo Canada, Stati Uniti e Regno Unito per numero di citazioni, la giurisprudenza tedesca tra il 1995 e il 2010 è stata richiamata circa 114 volte<sup>43</sup>. Se 114 può apparire una cifra piuttosto bassa se paragonata alle cifre del Canada (860), degli Stati Uniti (726) o del Regno Unito (482), essa non lo è affatto se solo si riflette sulla barriera linguistica che i giudici sudafricani indubbiamente incontrano nel loro approcciarsi alla *deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit*. La formazione dei giudici, cioè, pesa fortemente – e, non potrebbe essere altrimenti, – sull'impianto delle decisioni e sul tenore dei riferimenti di diritto comparato in esse contenuti. E così, spulciando tra i *curricula* dei giudici della Corte costituzionale sudafricana, in un'ottica che va al di là della mera curiosità, emerge che solo due giudici hanno una certa familiarità col *deutsche Sprache*; ed infatti, il *Justice* Johann van der Westhuizen, attualmente in carica, ha ottenuto diverse borse di studio per condurre ricerche in Europa e negli Stati Uniti, inclusa la *Alexander von Humboldt fellowship* in Germania, mentre il *Justice* Laurie W.H. Ackermann, in carica dal 1994 al 2004, è stato *visiting scholar* al *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg. Considerato, quindi, il ristretto numero di accademici in grado di accedere direttamente alle fonti giurisprudenziali tedesche e il fatto che le citazioni avvengano di solito di “seconda mano” sulla base di traduzioni inglesi e di interpretazioni operate da terzi soggetti (le sentenze del *Bundesverfassungsgericht* sono recepite per lo più per il tramite dei giuristi americani Donald Kommers e David Currie), il che può certamente incidere sulla loro corretta comprensione e sulla loro stessa genuinità, il ricorso alle decisioni tedesche è senz'altro da ritenersi elevato. La sua frequenza è immediata conseguenza delle similitudini esistenti tra la Costituzione sudafricana e il *Grundgesetz*, che – come sopra sottolineato –

<sup>43</sup> C. Rautenbach, *South Africa: Teaching an 'Old Dog' New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010)*, cit., 197-198.

costituì un paradigma di riferimento indiscusso nella fase costituente della Repubblica del Sudafrica. Del resto, è ovvio che le giurisprudenze più considerate siano quelle dei Paesi che influenzarono in maniera determinante l'elaborazione della Costituzione<sup>44</sup> e, quindi, Germania e Canada.

Perché l'analisi non rimanga su un piano puramente teorico, è opportuno osservare il modo in cui la comunicazione tra le due giurisdizioni si è concretamente instaurata nel corso del tempo. Assumendo una prospettiva di tipo cronologico, si prenderanno dunque in esame alcune sentenze che costituiscono prova tangibile di questo dialogo sudafricano/tedesco.

1) *State versus T. Makwanyane and M. Mchunu* del 6/06/1995<sup>45</sup>. Tale pronuncia, che affronta il delicato tema della pena di morte, escludendone la legittimità, assume per il discorso che qui si sta conducendo un'importanza sia generale che particolare. Generale, perché, trattandosi di una delle prime decisioni della Corte (nella specie, la seconda), essa contiene precise direttive metodologiche circa l'utilizzo del diritto straniero<sup>46</sup>: difatti, da una parte si dà ampio risalto l'utilità che le argomentazioni sviluppate da altre giurisdizioni rispetto alle medesime o ad analoghe questioni hanno per la Corte sudafricana (e ciò – come si è già detto – anche a prescindere dalla prescrizione di cui all'art. 35 della Costituzione *ad Interim*)<sup>47</sup>, mentre dall'altra si rammenta che il compito della Corte non è imitare un modello straniero, ma costruire una democrazia fondata sul proprio sistema giuridico, sulla propria storia e sulle proprie condizioni sociali<sup>48</sup>. Particolare, perché fa esplicito riferimento alla giurisprudenza tedesca in relazione a tre aspetti differenti: l'uso dei lavori preparatori e dei dibattiti parlamentari quale ausilio all'interpretazione del testo costituzionale, il concetto di dignità umana e la possibilità di limitare i diritti fondamentali. Se circa il valore del cosiddetto *material background* la Germania è tirata in ballo con un semplice *obiter dictum*<sup>49</sup>, assai più articolati risultano gli altri due richiami. Ed infatti, il carattere lesivo della pena di morte per la dignità umana secondo il *Bundesverfassungsgericht* viene richiamato sia dal

<sup>44</sup> In questo senso: F. du Bois, F. Visser, *The Influence of Foreign Law in South Africa*, cit., 546.

<sup>45</sup> South Africa: Constitutional Court, *State v. Makwanyane and Another*, CCT3/94, 6/06/1995, in [www.constitutionalcourt.org.za](http://www.constitutionalcourt.org.za).

<sup>46</sup> Sul punto: A. Rinella, *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, cit., 403-405.

<sup>47</sup> «The international and foreign authorities are of value because they analyse arguments for and against the death sentence and show how courts of other jurisdictions have dealt with this vexed issue. For that reason alone they require our attention. They may also have to be considered because of their relevance to section 35(1) of the Constitution...»: South Africa: Constitutional Court, *S v Makwanyane and Another*, cit., p.to 34.

<sup>48</sup> «In dealing with comparative law, we must bear in mind that we are required to construe the South African Constitution, and not an international instrument or the constitution of some foreign country, and that this has to be done with due regard to our legal system, our history and circumstances, and the structure and language of our own Constitution. We can derive assistance from public international law and foreign case law, but we are in no way bound to follow it»: *ivi*, p.to 39

<sup>49</sup> «In countries in which the constitution is similarly the supreme law, it is not unusual for the courts to have regard to the circumstances existing at the time the constitution was adopted, including the debates and writings which formed part of the process. The United States Supreme Court pays attention to such matters ... The German Constitutional Court also has regard to such evidence»: *ivi*, p.to 16.

Presidente Chaskalson nell'opinione di maggioranza<sup>50</sup> sia dal giudice Ackermann nella sua opinione concorrente<sup>51</sup>. Ancora più complesso è il ragionamento condotto sulla limitazione dei diritti fondamentali, in quanto si discute espressamente del “debito di riconoscenza” che l'art. 33 della Costituzione (*ad Interim*) sudafricana nutre nei confronti dell'art. 19 *Grundgesetz*, accennando viepiù alla copiosa dottrina e giurisprudenza sviluppatasi in Germania sulla *Wesengehaltgarantie*, rispetto alla quale vengono sviluppate importanti riflessioni<sup>52</sup>.

2) *Du Plessis versus De Klerk* del 15 maggio 1996<sup>53</sup>. «Probabilmente una delle sentenze più comparatistiche mai pronunciate»<sup>54</sup>, è sicuramente la più densa di richiami e riferimenti al mondo tedesco, rispetto al quale non manca di esplicitare le difficoltà legate al problema linguistico. Questa profonda connotazione germanofila si deve senz'altro al fatto che il tema oggetto della pronuncia, l'effetto orizzontale dei diritti costituzionali, aveva avuto una forte risonanza in Germania dove si era

<sup>50</sup> «In Germany, the Federal Constitutional Court has stressed this aspect of punishment. Respect for human dignity especially requires the prohibition of cruel, inhuman, and degrading punishments. [The state] cannot turn the offender into an object of crime prevention to the detriment of his constitutionally protected right to social worth and respect»: *ivi*, p.to 59.

<sup>51</sup> «Article 102 of the German Basic Law declares that capital punishment is abolished. The German Federal Constitutional Court considered the constitutionality of life imprisonment in 1977. The provision in the criminal code which prescribes life imprisonment for murder was challenged on the basis that it conflicted with the protection afforded to human dignity (art 1.1) and personal freedom (art 2.2) in the German Basic Law. The Court upheld the law on the basis that it was not shown that the serving of a sentence of life imprisonment leads to irreparable physical or psychological damage to the prisoner's health. The Court did however find that the right to human dignity demands a humane execution of the sentence. This meant that the existing law, which made provision for executive pardon, had to be replaced by a law laying down objective criteria for the release of prisoners serving life sentences. In the course of its judgment, the Court made clear that there is nothing constitutionally objectionable to executing a life sentence in full in cases where the prisoner does not meet the criteria. At page 242 of the judgment the Court said: “Die Menschenwürde wird auch dann nicht verletzt, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Gefangenen notwendig ist und sich aus diesem Grunde eine Begnadigung verbietet. Es ist der staatlichen Gemeinschaft nicht verwehrt, sich gegen einen gemeingefährlichen Straftäter durch Freiheitsentzug zu sichern” (“Human dignity is not infringed when the execution of the sentence remains necessary due to the continuing danger posed by the prisoner and clemency is for this reason precluded. The state is not prevented from protecting the community from dangerous criminals by keeping them incarcerated”): *ivi*, p.to 172.

<sup>52</sup> Sul rapporto tra l'art. 33 Costituzione sudafricana e l'art. 19 GG si soffermano tanto il Presidente della Corte nell'opinione maggioritaria (p.to 108 e p.ti 132-134) tanto il giudice Ackermann (p.to 167) tanto il giudice Kentridge (p.to 194) nelle loro opinioni concorrenti. Al riguardo risulta particolarmente interessante quanto scrive il giudice Ackermann, prendendo leggermente le distanze dall'opinione maggioritaria formulata dal Presidente: «In paragraphs [132] to [134] of his judgment the President alludes to the provision in section 33(1)(b) of the Constitution that a limitation “shall not negate the essential content of the right in question” but, after referring to uncertainties concerning its meaning, finds it unnecessary to resolve the issue in the present case. In paragraph [133] he postulates, however, a subjective and an objective approach to the problem. I do not necessarily agree with his formulation of the objective approach. In my view it is unnecessary in the present case to say anything at all about the meaning to be attached to this provision. It is one which the framers of our Constitution borrowed in part from article 19(2) of the German Basic Law (“Grundgesetz”) which provides that – “In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden” (“In no case may the essence of a basic right be encroached upon”). There are obvious differences in the wording of the qualification. Nevertheless there is a wealth of German case law and scholarship on the topic. Without the fullest exposition of, and argument on, *inter alia*, the German jurisprudence in this regard, I consider it undesirable to express any view on the subject» (*ivi*, p. 167).

<sup>53</sup> South Africa: Constitutional Court, *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, CCT8/95, 15 May 1996, *cit.* Si veda al riguardo il comment di D. Futch, *Du Plessis v. De Klerk: South Africa's Bill of Rights and the Issue of Horizontal Application*, in *N.C.J. Int'l L. Com. Reg.*, 1996-1997, 1009 ss.

<sup>54</sup> B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, *cit.*, 143.

afferzata la teoria della *Drittwirkung*<sup>55</sup>. Del suo eventuale trapianto nella Repubblica sudafricana si era peraltro ampiamente dibattuto a Kempton Park, ma lo scontro tra orizzontalisti e anti-orizzontalisti si tradusse in una non esplicita presa di posizione: «il risultato di questo conflitto politico fu un testo costituzionale ambiguo, che evitava il linguaggio chiaro proposto, ad esempio, dal Comitato Tecnico sui Diritti Fondamentali, un istituto responsabile del supporto scientifico ai politici che discutevano del problema»<sup>56</sup>. Il bandolo della matassa, a causa degli orientamenti contrastanti assunti dai tribunali ordinari (ora contrari ad un effetto orizzontale dei diritti, ora favorevoli ad un effetto orizzontale solo indiretto, ora favorevoli anche ad un effetto orizzontale diretto), giunse ben presto al cospetto della Corte costituzionale. Quest'ultima, dopo aver dichiarato che la soluzione della questione dipendeva essenzialmente dall'analisi delle specifiche previsioni costituzionali ma che era nondimeno “illuminante” esaminare le soluzioni adottate dalle Corti costituzionali degli altri Paesi<sup>57</sup> (trattasi di una premessa metodologica molto simile a quella contenuta in *State versus T. Makwanyane*), dedica ampio spazio all'«indirect application model»<sup>58</sup> tedesco ossia alla *mittelbare Drittwirkung* da cui trae appunto ispirazione per dichiarare l'applicabilità orizzontale indiretta dei diritti fondamentali ai rapporti privati<sup>59</sup>. Del resto, come rimarca il giudice Ackermann, la derivazione tedesca dell'impianto costituzionale sudafricano (e ciò anche rispetto all'applicabilità indiretta dei diritti fondamentali nella sfera privata) è innegabile: «That the drafters of our Constitution had recourse to or were influenced by certain features of the GBL in drafting our Constitution is evident from various of its provisions. The marked similarity between the provisions of section 35(3), enjoining courts “[i]n the interpretation of any law and the application and development of the common law and customary law” to “have due regard to the spirit, purport and objects of [Chapter 3]”, and the indirect horizontal application of the basic rights in the

<sup>55</sup> Per un'analisi della *Drittwirkung* in Sudafrica si rinvia a J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996*, cit., 204 ss.; I. Rautenbach, *The Bill of Rights applies to private law and binds private persons*, in *J. S. Afr. L.*, 2000, 296 ss.; J. Van der Walt, *Drittwirkung in Südafrika und Deutschland: Ein Forschungsbericht*, in *DÖV*, 2001, 805 ss.; S. Seedorf, *Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in Südafrika*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

<sup>56</sup> B. Markesinis, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero*, cit., 142. Più approfonditamente: J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht. Südafrika 1993-1996*, cit., 204 ss.

<sup>57</sup> «There can be no doubt that the resolution of the issue must ultimately depend on an analysis of the specific provisions of the Constitution. It is nonetheless illuminating to examine the solutions arrived at by the courts of other countries. The Court was referred to judgments of the courts of the United States, Canada, Germany and Ireland»: South Africa: Constitutional Court, *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, cit., p.to 33.

<sup>58</sup> Ivi, p.to 40.

<sup>59</sup> Il giudice Kriegler nella sua *Minderheitsentscheidung* opta, invece, per l'effetto orizzontale diretto dei diritti fondamentali (*unmittelbaren Drittwirkung*). A parte questa divergenza sul carattere diretto o indiretto dell'effetto orizzontale dei diritti, è interessante notare come Kriegler si opponga all'uso del diritto straniero ed, in particolare del diritto tedesco, quale parametro decisivo di riferimento. Egli afferma, infatti: «Resort to German jurisprudence or the German constitutional model is particularly unnecessary and unhelpful here. There the system is based on a distinction between private and public law, which is not appropriate for use» (ivi, p.to 143). Ed ancora: «I find it unnecessary to engage in a debate with my colleagues on the merits or demerits of the approaches adopted by the courts in United States, Canada or Germany. That pleases me, for I have enough difficulty with our Constitution not to want to become embroiled in the intricacies of the state action doctrine, *Drittwirkung* and the like» (ivi, 147).

GBL in German jurisprudence cannot, in my view, simply be a coincidence. It provides a final powerful indication that the framers of our Constitution did not intend that the Chapter 3 fundamental rights should, save where the formulation of a particular right expressly or by necessary implication otherwise indicates, apply directly to legal relations between private persons»<sup>60</sup>. Nella stessa direzione si colloca l'affermazione del giudice Madala, che nella sua opinione concorrente scrive: «the provisions of Section 35(3) are in effect an express adoption of the German model of “Drittwirkung”»<sup>61</sup>.

Nel corpo della pronuncia vengono espressamente citate sia le sentenze *Liith* del 1958, *Mephisto* del 1971 e *Deutschland-Magazin* del 1976 sia gli snodi principali della dottrina della *Drittwirkung*. A questo proposito, è interessante notare come il giudice Kentridge, relatore dell'opinione maggioritaria della Corte, evidenzi quell'ostacolo linguistico cui si è accennato. Egli, infatti, nel riferirsi all'esperienza tedesca confessa *apertis verbis* la sua difficoltà, in quanto non tedesco, a sintetizzare la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e il carattere mediato del suo accesso alla dottrina tedesca<sup>62</sup>. Lo stesso limite incontrano per vero anche gli altri giudici, fatta eccezione per Ackermann, che dimostra una grande padronanza del sistema tedesco e della letteratura scientifica in lingua originale. Il che non fa che confermare l'importanza e il valore dei periodi di ricerca all'estero e degli scambi accademici per la formazione dei giuristi.

È doveroso, inoltre, rammentare che a seguito della menzionata pronuncia *Du Plessis v. Klerk*, l'adesione alla dottrina della *Drittwirkung* (nella forma, però, della *unmittelbare Drittwirkung*, diversamente da quanto affermato nella opinione maggioritaria della Corte, che aveva optato per la *mittelbare Drittwirkung*<sup>63</sup>) sia stata formalizzata nel testo della Costituzione del 1996 che, oltre a riprodurre nell'art.

<sup>60</sup> Ivi, p.to 106.

<sup>61</sup> Ivi, p.to 164. Si precisa che il giudice Madala sulla questione dell'effetto orizzontale assume una posizione mediana tra la *mittelbare* e la *unmittelbare Drittwirkung*: alcuni diritti del Capitolo 3 della Costituzione sarebbero suscettibili di un'applicazione diretta, altri di un'applicazione solo indiretta.

<sup>62</sup> «The German jurisprudence on this subject is not by any means easy to summarise, especially for one who does not read German. There are, however useful, accounts of the German approach in some of the South African literature, as also in the work of Justice Barak, which I have mentioned above. I have also had the benefit of reading an extensive article entitled “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory” by Professor Peter E. Quint, to which I am much indebted»: ivi, p.to 39.

<sup>63</sup> La soluzione della *Du Plessis* a favore dell'effetto orizzontale indiretto era stata fortemente criticata, in quanto lo si riteneva inadeguato ad eliminare effettivamente le discriminazioni nella sfera privata. Tuttavia, la Costituzione del 1996 non ha significato un'adesione incondizionata per l'effetto orizzontale diretto. In considerazione del fatto non è stato introdotto alcun nuovo mezzo di impugnazione costituzionale e che la possibilità di invocare l'effetto diretto orizzontale dei diritti fondamentali vive nell'intelaiatura della *common law* sudafricana, la dottrina ha ritenuto la scelta costituente una scelta di compromesso tra l'effetto orizzontale diretto e quello indiretto («eine Mischform zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Drittwirkung»). Cfr. J. Fedtke, *Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996*, cit., 229. Si veda anche: H. Cheadle, D. Davis, *The Application of the 1996 Constitution in Private Sphere*, in *South African Journal of Human Rights*, 1997, 44 ss.; K. Govender, *Horizontality revisited in the light of Du Plessis v De Klerk and clause 8 of the Republic of South Africa Constitution Act. 1996*, in *Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa*, 1996, 20 ss.; J. Fedtke, *From Indirect to Direct Effect in South Africa: A System in Transition*, in D. Oliver, J. Fedtke (eds), *Human Rights in the Private Sphere – A Comparative Analysis*, Oxford, Routledge Cavendish, 2007, 351 ss.

39, c. 2, quanto previsto dall'art. 35, c. 3, della Costituzione provvisoria, al comma 2, dell'art. 8, commi 2 e 3, statuisce espressamente il carattere vincolante delle disposizioni della Carta dei diritti per le persone fisiche e giuridiche: «2. A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. 3. When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court: a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36 (1)».

3) *Carmichele versus Minister of Safety and Security and Another* del 16/08/2001<sup>64</sup>. In tale sentenza, riguardante l'obbligo costituzionale dei giudici di interpretare e sviluppare la *common law* alla luce del *Bill of Right*, la Corte dichiara a chiare lettere che la Costituzione sudafricana sottende, in maniera analoga alla Costituzione tedesca, un sistema di valori normativi oggettivi, che non può non condizionare qualsivoglia decisione giurisprudenziale ed informare l'indirizzo politico governativo così come le scelte legislative: «Our Constitution is not merely a formal document regulating public power. It also embodies, like the German Constitution, an objective, normative value system. As was stated by the German Federal Constitutional Court: “The jurisprudence of the Federal Constitutional Court is consistently to the effect that the basic right norms contain not only defensive subjective rights for the individual but embody at the same time an objective value system which, as a fundamental constitutional value for all areas of the law, acts as a guiding principle and stimulus for the legislature, executive and judiciary. The same is true of our Constitution. The influence of the fundamental constitutional values on the common law is mandated by section 39(2) of the Constitution. It is within the matrix of this objective normative value system that the common law must be developed»<sup>65</sup>.

4) *Kaunda and others versus President of the Republic of South Africa and others* del 4/08/2004<sup>66</sup>. La Corte, in materia di protezione diplomatica, richiama espressamente il caso tedesco per corroborare la propria tesi, servendosi quindi in funzione probatoria<sup>67</sup>. La sentenza sottolinea, infatti, che, sebbene in Germania esista una lunga tradizione volta a riconoscere l'obbligo di protezione diplomatica nei confronti degli Stati esteri che non riconoscono i medesimi diritti del Paese d'origine, l'opportunità di

<sup>64</sup> South Africa: Constitutional Court, *Carmichele v. Minister of Safety and Security*, CCT 48/00, 16/08/2001, in [www.constitutionalcourt.org.za](http://www.constitutionalcourt.org.za).

<sup>65</sup> Ivi, p.to 54.

<sup>66</sup> South Africa: Constitutional Court, *Kaunda and others versus President of the Republic of South Africa and others*, CCT 23/04, 4/08/2004, in [www.constitutionalcourt.org.za](http://www.constitutionalcourt.org.za).

<sup>67</sup> Cfr. in tal senso: A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri integrativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, cit., 517.

<sup>67</sup> South Africa: Constitutional Court, *Doctors for Life International versus Speaker of National Assembly*, CCT 12/05, 17/08/2006, in [www.constitutionalcourt.org.za](http://www.constitutionalcourt.org.za).

un intervento, come affermato dal *Bundesverfassungsgericht* nella decisione BVerfGE 55, 349, è rimessa all'autonomia discrezionale del Governo.

5) *Doctors for Life International versus Speaker of National Assembly* del 17/08/2006<sup>68</sup>. Chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità del Consiglio nazionale delle Province, la Corte ha rimarcato come le caratteristiche strutturali di quest'ultimo ricalchino quelle del *Bundesrat*: «The NCOP shares many of its structural characteristics with the German provincial body known as the *Bundesrat*, or council of state governments, upon which the NCOP was modelled. Like the NCOP, the *Bundesrat* represents the interests of the *Länder*, which in this context are equivalent to the provinces in our country, in the national government. Meanwhile, a second parliamentary body known as the Bundestag, like the National Assembly, is elected to represent the people as a whole. The members of the *Bundesrat* are members of the state governments and are appointed and subject to recall by the states. They serve in the council as representatives of the *Länder*. The German Constitution provides that the *Länder* shall participate, through the *Bundesrat*, in the national legislative process. As constitutional partners, both the Bund, or national government, and the *Länder* have an obligation to consult, cooperate and communicate with each other, consistent with the principle of *Bundestreue*»<sup>69</sup>. Di qui l'atteggiarsi cooperativo del federalismo sudafricano sulla scorta di quello tedesco e l'adesione al principio di fedeltà federale come elaborato dai giuristi tedeschi e come interpretato dal *Bundesverfassungsgericht*.

#### 4 - Conclusione.

Alla luce dell'analisi condotta, è evidente come la recezione del modello costituzionale tedesco da parte dei Costituenti sudafricani sia stata una scelta attiva e consapevole, che ha dato nel tempo buona prova di sé. La circostanza che le contaminazioni e le interrelazioni tra i due sistemi normativi e giurisprudenziali proseguano, nonostante il problema linguistico che – come abbiamo visto – può comunque essere superato investendo nella formazione degli accademici e favorendo e promuovendo (come in parte già avviene) gli scambi tra i due Paesi, mostra come il dialogo nella *offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*<sup>70</sup>, in cui viviamo, sia ormai una componente essenziale e imprescindibile del costituzionalismo contemporaneo.

<sup>69</sup> Ivi, p.to 80.

<sup>70</sup> L'espressione è ripresa dal saggio di P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation*, in JZ, 1975, 297 ss.