

**Sara Cocchi**

## **L'evoluzione della Corte costituzionale sudafricana. quali prospettive per il futuro?**

Sommario: 1. *Premessa*. – 2. *La giurisdizione della Corte costituzionale secondo la Interim Constitution: la creazione del “doppio binario” e il rapporto con la Supreme Court Appellate Division (1994-1996)*. 3. *La Final Constitution (1996) e l’abolizione del “doppio binario”*. – 4. *Verso una single apex Court?* –5. *Considerazioni conclusive e interrogativi aperti*.

1. *Premessa*. – Da oltre un quinquennio, la Corte costituzionale sudafricana è oggetto di una serie di proposte di riforma che si inseriscono in un più ampio disegno di complessiva riorganizzazione dell’intero ordinamento giudiziario. Caratteristica costante dei vari disegni di legge ordinaria e costituzionale succedutisi tra il 2003 e il 2010 è l’intento di trasformare la Corte in autorità giudiziaria apicale, fornita di giurisdizione di ultima istanza con riferimento sia a *constitutional* che a *non constitutional matters*. Se approvate, tali modifiche segnerebbero una svolta significativa rispetto alla situazione attuale, che vede la coesistenza di due corti di vertice: la Supreme Court of Appeal, fornita di giurisdizione costituzionale, ma *court of final instance* solo con riferimento a questioni di natura non costituzionale; e la Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi in ultima istanza unicamente in merito a questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Carta Fondamentale.

Questo contributo si propone di esaminare l’evoluzione che ha interessato a più riprese il ruolo della Corte costituzionale all’interno dell’ordinamento giudiziario sudafricano e, alla luce dei mutamenti intervenuti dal 1994 ad oggi, di approfondire le proposte di riforma oggi al centro del dibattito politico e dottrinale.

2. *La giurisdizione della Corte costituzionale secondo la Interim Constitution: la creazione del “doppio binario” e il rapporto con la Supreme Court Appellate Division (1994-1996)*. – Fin dal 1994, in netta discontinuità con un passato caratterizzato dal principio di supremazia parlamentare, il Sudafrica ha adottato un sistema di controllo di costituzionalità misto, ispirandosi tanto al modello accentrato di tradizione europea continentale quanto a quello diffuso di derivazione statunitense. La Costituzione transitoria (*Interim Constitution, IC*)<sup>1</sup> definiva la giurisdizione della neo-istituita Corte

---

<sup>1</sup> Al momento della caduta del regime di *apartheid*, le principali forze politiche sudafricane, fra le quali il National Party del Presidente F. W. De Klerk e l’African National Congress di Nelson Mandela, si accordarono per una transizione democratica da condurre in due fasi. La prima tappa prevedeva l’elaborazione di una Costituzione provvisoria, la cosiddetta *Interim Constitution* (Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993), destinata ad entrare in vigore il 27 aprile 1994 a seguito delle prime elezioni democratiche della storia sudafricana. La IC è il risultato di complessi negoziati svoltisi a livello esclusivamente politico a partire dal 1991; oltre a disciplinare il nuovo quadro istituzionale, ancora in via di consolidamento, questa prima Carta costituzionale dettava anche una serie di disposizioni finalizzate a guidare la neo-eletta Assemblea Costituente nella stesura della Costituzione definitiva (cd. *Final Constitution*, Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996). Quest’ultima entrò in vigore il 4 febbraio 1997, a seguito di un lungo processo di approvazione, unico al mondo fino ad oggi, che vide direttamente coinvolta proprio la Corte costituzionale. È infatti alla nuova istituzione che la IC affidava il decisivo compito di certificare la conformità della Carta Fondamentale ai 34 Principi Costituzionali

costituzionale nei seguenti termini: “*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 [...]*”, procedendo poi ad enumerare le ipotesi nelle quali la Corte avrebbe avuto *exclusive jurisdiction*<sup>2</sup>.

In primo luogo, la *Interim Constitution* affidava alla Corte costituzionale il compito di difendere i diritti fondamentali contenuti nel Capitolo 3 IC (Bill of Rights) pronunciandosi su ogni presunta o minacciata violazione di essi<sup>3</sup>; in seconda battuta, la incaricava di compiere un controllo, sia preventivo<sup>4</sup> che successivo<sup>5</sup>, sulla costituzionalità delle leggi. Alla Corte furono inoltre assegnate competenze relative alle dispute di carattere costituzionale intercorrenti fra organi dello Stato, sia a livello nazionale che a livello locale<sup>6</sup>. Infine, fu ad essa attribuito il potere di verificare l’incostituzionalità di atti o comportamenti di organi del governo o della pubblica amministrazione e di ordinare all’organo interessato di astenersi dalla condotta o dall’emanazione dell’atto amministrativo costituzionalmente viziati, oppure di correggerne il contenuto<sup>7</sup>.

Qualora avesse riscontrato l’incostituzionalità di una disposizione di legge, la Corte avrebbe dovuto procedere ad invalidarla nei limiti dell’incostituzionalità accertata; tuttavia, per dare la possibilità al Parlamento di eliminare le disposizioni incostituzionali o di adeguarle al dettato della Carta Fondamentale, avrebbe potuto differire gli effetti della pronuncia<sup>8</sup>. La sezione 98(6) IC stabiliva inoltre che, nel caso in cui la legge

---

allegati alla stessa IC, rappresentanti ad un tempo il raggiungimento di un difficile equilibrio politico fra le forze costituenti ed il contenuto minimo irrinunciabile della FC. Dopo aver in un primo momento rifiutato la certificazione a causa delle difformità riscontrate ed aver quindi costretto l’Assemblea Costituente a rivedere il testo della Costituzione definitiva (cfr. la sentenza *First Certification Judgment: Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly in Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC), parr. 482-484), la Corte costituzionale emise successivamente un giudizio positivo circa la conformità del nuovo testo ai 34 Principi (cfr. *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, 1997 (2) SA 97 (CC)). La Costituzione poté così essere promulgata dal Presidente Nelson Mandela il 10 dicembre 1996 ed entrare in vigore nel febbraio successivo.

<sup>2</sup> Sez. 98(2) IC. Fra le ipotesi di *exclusive jurisdiction*, occorre annoverare anche la certificazione della Costituzione finale o delle Costituzioni provinciali (cfr. sezz. 71(2) e 160 IC). Il fatto che alla Corte non siano state attribuite competenze extra-costituzionali è conseguenza della preoccupazione dei costituenti circa un eventuale sovraccarico della nuova Corte con competenze aggiuntive che potessero ostacolare lo svolgimento delle principali attività. Tale timore è espresso da Pius Langa nell’intervista pubblica del 1994 di fronte alla Judicial Service Commission per la nomina a giudice costituzionale, consultabile alla pagina web <https://www.constitutionalcourt.org.za/site/judges/transcripts/piusnkonzolanga.html>.

<sup>3</sup> Sez. 98(2) lett. a IC.

<sup>4</sup> Sezz. 98(2) lett. d e 98(9) IC, che contemplavano il ricorso preventivo alla Corte costituzionale su iniziativa della minoranza parlamentare.

<sup>5</sup> Sez. 98(2) lett. c IC. È importante sottolineare come il controllo di costituzionalità successivo riguardi espressamente “qualunque legge”, indipendentemente dal fatto che questa fosse stata promulgata prima o dopo l’entrata in vigore della Costituzione. La IC risolveva così il dilemma circa la propria natura di *lex posterior* o *lex superior* in favore di questa seconda opzione e consentendo alla Corte di svolgere senza ombra di dubbio il difficile compito di adeguamento e “ripulitura” del *corpus* delle leggi sudafricane.

<sup>6</sup> Sez. 98(2) lett. e IC.

<sup>7</sup> Sez. 98(7) IC.

<sup>8</sup> Sez. 98(5) IC. La Costituzione sudafricana accoglieva così una soluzione già sperimentata altrove nell’Europa continentale (in primo luogo in Austria e poi anche in altri Paesi, come in Portogallo). Un’oculata applicazione di questa disposizione si è avuta in *Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa*, 1995 (4) SA 877 (CC). In questo caso la Corte, nel decidere della costituzionalità dell’azione presidenziale volta a modificare il Local Government Transition Act 209 of 1993 (LGTA), si trovò sostanzialmente a dirimere un conflitto fra Governo, al quale per legge era stato delegato il potere di emendare l’atto in questione per mezzo di decreti presidenziali, e Parlamento, titolare del potere legislativo. Nel dichiarare incostituzionale il decreto presidenziale che emendava il LGTA per violazione del principio di separazione dei poteri quale emerge

invalidata fosse stata promulgata *prima* dell'entrata in vigore della Costituzione, la sentenza non avrebbe avuto effetto retroattivo e gli atti compiuti in base ad essa sarebbero rimasti validi ed efficaci; la sentenza che avesse dichiarato incostituzionale una legge promulgata *dopo* l'entrata in vigore della Costituzione avrebbe invece travolto tutto ciò che era stato compiuto in base alla legge in questione.

Le competenze attribuite in via esclusiva alla Corte sono ovviamente coerenti con la scelta di un modello accentrato di controllo di costituzionalità.

La Corte costituzionale non era però l'unico organo incaricato di svolgere tale compito. Ai fini dell'esercizio della *judicial review*, la *Interim Constitution* prevedeva infatti anche il coinvolgimento della Supreme Court. Quest'ultima rappresentava il cuore dell'ordinamento giudiziario sudafricano ed una delle eredità più pesanti e visibili dell'*apartheid*, il cui regime essa aveva spesso fortemente sostenuto attraverso le proprie sentenze. Al suo interno, la Supreme Court era articolata in una serie di divisioni locali e provinciali quali tribunali ordinari di primo grado, e in una Appellate Division (AD) quale tribunale di ultima istanza, fino al 1994 unica corte di vertice dell'ordinamento giudiziario. Proprio a causa della storica diffidenza nei confronti della Appellate Division, la IC scelse di attribuire unicamente alle divisioni provinciali e locali della Supreme Court una limitata giurisdizione in materia costituzionale. La Supreme Court Appellate Division era dunque totalmente esclusa da qualunque ruolo nella decisione di questioni di tale natura, ma contemporaneamente manteneva il ruolo di corte di vertice per tutte le questioni che non coinvolgessero l'interpretazione e applicazione della Costituzione. Per queste ultime, secondo la già citata sez. 98(2) IC, la *court of final instance* sarebbe stata la Corte costituzionale.

L'intricata disciplina processuale che regolava i rapporti tra Corte costituzionale e Supreme Court era delineata dalla sezione 102 IC.

Qualora una divisione locale o provinciale della Supreme Court avesse ritenuto una specifica questione, rientrante nella "exclusive jurisdiction" della Corte costituzionale, *decisiva per il processo pendente*, essa avrebbe dovuto riferire tale questione alla Corte costituzionale stessa, quando questo fosse stato *nell'interesse della giustizia*. In ogni caso, la divisione locale o provinciale avrebbe dovuto prima espletare gli adempimenti istruttori necessari e sospendere il processo fino alla decisione della Corte. Era questa la prima via d'accesso alla Corte, la via del cd. *referral*.

Tuttavia, nel caso in cui una divisione locale o provinciale della Supreme Court si fosse trovata a decidere una controversia relativa a questioni sia di natura non costituzionale che di natura costituzionale, e la stessa divisione avesse ritenuto di essere fornita di giurisdizione ai sensi della sezione 101(3) IC e di non dover quindi effettuare il *referral* alla Corte costituzionale, questa avrebbe dovuto decidere il caso su entrambi i fronti<sup>9</sup>.

La sentenza della divisione locale o provinciale della Supreme Court avrebbe potuto essere impugnata davanti alla Appellate Division in base alla sezione 102(4) IC. La Appellate Division, proprio per le vicende storiche che l'avevano interessata e per la volontà dei redattori della IC di preservare l'uguaglianza di *status* delle due corti di vertice, non aveva tuttavia alcuna giurisdizione in materia costituzionale. Nella sezione

---

dalle sezioni 37, 59, 60, 61 della IC (*Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v President of the Republic of South Africa*, par. 60), la Corte costituzionale concesse al Parlamento un periodo di un mese circa per modificare il LGTA in modo da correggere l'incostituzionalità e ripristinare il corretto equilibrio tra poteri (*ibid.*, par. 124), evitando tra l'altro il vuoto legislativo conseguente ad una immediata invalidazione dei decreti presidenziali.

<sup>9</sup> Sez. 102(3) IC. *Ex* sez. 101(4) IC, la divisione locale o provinciale avrebbe potuto tra l'altro utilizzare gli stessi poteri conferiti alla Corte costituzionale dalle sezioni 98(5) e (6) IC.

101(5) IC si legge infatti: “*The Appellate Division shall have no jurisdiction to adjudicate any matter within the jurisdiction of the Constitutional Court*”. Gli appelli contro le decisioni delle divisioni locali e provinciali della Supreme Court relativi a *constitutional matters* avrebbero dovuto essere indirizzati alla Corte costituzionale, ex sezione 102(12) IC. La Appellate Division quindi, nel caso in cui si fosse trovata a decidere un appello relativo *anche* a questioni di rango costituzionale, sarebbe stata tenuta, per quanto riguarda queste ultime, ad effettuare (ex sezione 102(6) IC il *referral* alla Corte costituzionale e a risolvere invece autonomamente le questioni riguardanti ogni altro profilo.

Il sistema prevedeva dunque una sorta di biforcazione nella vicenda dell'appello, che poteva proseguire di fronte a due corti diverse a seconda della natura delle questioni coinvolte. Se però la Appellate Division avesse ritenuto di poter decidere l'appello senza trattare alcuna delle questioni di natura costituzionale sollevate nel corso del processo di fronte alla divisione locale o provinciale, allora avrebbe dovuto agire in tal senso, come stabilito dalla sezione 102(5) IC. Infatti, essendo anch'essa corte di vertice dell'ordinamento esattamente come la Corte costituzionale, sebbene per questioni diverse, la Appellate Division era competente a dichiarare in via definitiva la propria giurisdizione.

La sezione 102(17) IC prevedeva infine che in caso di processi pendenti di fronte ad una divisione locale o provinciale che riguardassero unicamente questioni di natura costituzionale, il rifiuto di effettuare il *referral* potesse essere impugnato direttamente presso la Corte costituzionale<sup>10 11</sup>.

Il fondamentale problema della macchinosa soluzione appena esposta, che può essere definita come “doppio binario”, risiedeva proprio nelle sezioni 102(5) e 102(6) IC e nel comportamento della Appellate Division in relazione a quanto da esse prescritto. Nei primissimi anni di vita del nuovo Sudafrica mancò infatti una reale e costruttiva cooperazione tra le due corti di vertice: attuando una sorta di vera e propria “decostituzionalizzazione” di determinate questioni, la Appellate Division molto spesso preferiva decidere da sola casi nei quali erano coinvolte questioni di natura costituzionale, piuttosto che riferirle alla Corte costituzionale cercandone la collaborazione. Al tempo

---

<sup>10</sup> Si ricorda, infine, che la sezione 103 IC, relativa alle corti inferiori non rientranti fra le articolazioni interne della Supreme Court, come le *Magistrates' courts*, stabiliva che nel caso in cui una questione di natura costituzionale fosse stata sollevata nel corso di un processo pendente di fronte ad essa, le parti avrebbero dovuto obbligatoriamente rivolgersi alla competente divisione locale o provinciale della Supreme Court. Questa avrebbe a sua volta deciso la questione, se fornita di giurisdizione in base alla sezione 101(3) IC, oppure l'avrebbe inoltrata alla Corte costituzionale, se rientrante nell'esclusiva giurisdizione di quest'ultima.

<sup>11</sup> Per completezza è opportuno segnalare, oltre a *referral* e appello, l'esistenza di una terza ed ultima via d'accesso alla Corte costituzionale, confermata in seguito dalla *Final Constitution* e rappresentata dal cosiddetto “accesso diretto” (*direct access*). Nella *Interim Constitution*, esso era previsto dalla sezione 100(2), ma non era ulteriormente disciplinato dalla Costituzione, che lasciava invece campo libero al regolamento di procedura della Corte (cfr. sez. 100 (1) IC), limitandosi a stabilire che l'accesso diretto era ammesso solo se necessario *nell'interesse della giustizia*. Le regole di procedura del 1995 ne ribadirono l'ammissibilità solo in circostanze eccezionali, riscontrabili quando l'urgenza o l'importanza della questione per l'interesse pubblico o per l'amministrazione della giustizia fossero state tali da non tollerare neppure quelle dilazioni dovute all'instaurazione del procedimento per le vie ordinarie (cfr. L. Berat, *The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the Interest of Justice?*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, No. 1, 2005, Oxford University Press and New York University Press, p. 46). Le nebulose disposizioni relative all'accesso diretto ebbero come conseguenza, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1993, una giurisprudenza della Corte estremamente ambigua. Un *excursus* sulla giurisprudenza della Corte in materia di accesso diretto si può trovare in L. Berat, *The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the Interest of Justice?*, cit., p. 48-53.

stesso, come dimostrano molte pronunce soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo<sup>12</sup>, la AD teneva saldamente nelle proprie mani il sistema di *common law*, tentando di renderlo il più possibile "impermeabile" al mutato quadro costituzionale. Dal canto suo, la Corte costituzionale tentò un'operazione di raccordo fra i due "sistemi", sostenendo, in sentenze come *Gardener v Whitaker* e *Du Plessis v De Klerk*<sup>13</sup>, il dovere delle corti di sviluppare il *common law* in armonia con il nuovo dettato costituzionale, in particolare con il Capitolo 3 della IC, contenente il catalogo dei diritti fondamentali. La complessità dei rapporti fra le due corti contribuì inevitabilmente a creare nell'opinione pubblica la sensazione che la Costituzione e il diritto costituzionale fossero l'esclusivo dominio di una Corte *ad hoc* e non coinvolgessero l'intero ordinamento giudiziario.

La farraginoso disciplina del riparto di giurisdizione fra Corte costituzionale e Supreme Court Appellate Division era tuttavia destinata a subire profondi cambiamenti con il nuovo testo costituzionale.

3. *La Final Constitution (1996) e l'abolizione del "doppio binario"*. – Le importanti differenze rilevabili fra il sistema di giustizia costituzionale disegnato dalla Costituzione transitoria e quello attuale sono evidenti fin dalla sez. 166 *Final Constitution* (FC), che delinea il quadro dell'ordinamento giudiziario sudafricano. Esso è oggi composto dalla Corte costituzionale; dalla Supreme Court of Appeal (SCA), erede della Supreme Court Appellate Division; dalle High Courts, che sostituiscono le divisioni locali e provinciali della Supreme Court; e infine, dalle *Magistrates' courts* e dalle altre corti istituite per legge<sup>14</sup>.

La nuova Carta fondamentale conferma la ripartizione della giurisdizione costituzionale fra varie corti, introducendo tuttavia un significativo elemento di novità. Da un lato si assicura infatti che la Corte costituzionale, in quanto tribunale specializzato di ultima istanza, abbia giurisdizione costituzionale esclusiva in un'ampia serie di ipotesi, già tracciate dalla IC e sostanzialmente confermate dalla FC, che le razionalizza provvedendo ad alcune modifiche<sup>15</sup>. Dall'altro lato, mentre si conferma una limitata giurisdizione costituzionale alle varie High Courts, si attribuisce per la prima volta alla Supreme Court of Appeal il potere di decidere, in appello, ogni tipo di questione, *anche avente natura costituzionale*, specificando però che la stessa SCA è corte di vertice

---

<sup>12</sup> Cfr. J. de Waal, *Constitutional Law*, in C. G. Van der Merwe, J. Du Plessis (a cura di), *Introduction to the law of South Africa*, Kluwer Law International, 2004, p. 71 e J. Dugard & T. Roux, *The record of the South African Constitutional Court in providing an institutional voice for the poor: 1995-2004* in R. Gargarella, P. Domingo & T. Roux (a cura di) *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate Press, 2006, p. 108.

<sup>13</sup> 1996 (4) SA 337 (CC) e 1996 (3) SA 850 (CC), entrambe decise il 15 maggio 1996.

<sup>14</sup> In base al disposto della sezione 166 lett. e FC, le altre corti istituite con legge saranno dotate di uno status pari a quello delle High Courts o delle Magistrates' Courts. Ne sono esempi il Water Tribunal e le Land Claims Courts, entrambe situate allo stesso livello delle High Courts; le Community Courts, specificamente incaricate di dirimere questioni che coinvolgono il diritto consuetudinario, e le Divorce Courts, che si collocano al livello delle Magistrates' Courts. Le Magistrates' Courts e le altre corti inferiori non sono dotate di alcun potere di *judicial review* (sez. 170 FC).

<sup>15</sup> Cfr. sez. 167(4) FC. Se da un lato la Costituzione del 1996 introduce il controllo astratto preventivo su iniziativa del Presidente della Repubblica o del Premier di una Provincia, dall'altro elimina il ricorso della minoranza parlamentare in merito alla costituzionalità delle leggi non ancora promulgate, che, secondo la disciplina prevista dalla *Interim Constitution* alle sezioni 98(2) lett.g e 98(9), poteva essere promosso su iniziativa del Presidente della National Assembly, del Senato o dell'organo legislativo di una Provincia a richiesta di un terzo dei membri della Camere interessata. Al contempo la sez. 167(4) lett. c inserisce un controllo successivo per iniziativa della minoranza parlamentare in merito alla costituzionalità di leggi nazionali o provinciali (cfr. sezz. 80 e 122 FC).

dell'ordinamento solo ed esclusivamente per le questioni di carattere non costituzionale<sup>16</sup>. Dal 1996 è dunque possibile impugnare di fronte alla SCA una sentenza emessa da una High Court tanto per i profili di natura non costituzionale quanto per quelli di natura costituzionale<sup>17</sup>. Conseguentemente, una sentenza della SCA che decida anche questioni di natura costituzionale potrà essere impugnata, unicamente per quanto concerne tali profili, di fronte alla Corte costituzionale, mentre su ogni altra questione si formerà il giudicato. La disciplina dell'appello non è però l'unica a subire dei mutamenti: la distribuzione della giurisdizione costituzionale operata dalla *Final Constitution* comporta infatti una profonda revisione del meccanismo del *referral*.

Infatti, se è vero che la Supreme Court of Appeal e le High Courts hanno il potere, anzi, il *dovere*, ex sezione 172(1) lett. a FC, di decidere le questioni di natura costituzionale e quindi di invalidare, nei limiti dell'incostituzionalità rilevata, ogni legge o condotta che sia contraria alla Carta Fondamentale, la posizione apicale che la Costituzione assegna alla Corte costituzionale fa sì che quest'ultima debba obbligatoriamente vagliare ogni dichiarazione di invalidità che provenga dalla Supreme Court of Appeal o da una High Court. La dichiarazione di invalidità emessa da tali corti sarà infatti efficace soltanto se confermata dalla Corte costituzionale<sup>18</sup>. Ulteriori specificazioni in merito al *referral* sono affidate alle Regole di procedura del 2003<sup>19</sup>, le quali prevedono che ogni pronuncia di incostituzionalità debba essere *automaticamente* trasmessa a cura della cancelleria della corte che l'ha emessa alla cancelleria della Corte costituzionale entro quindici giorni dalla sua emissione<sup>20</sup>. La Corte costituzionale, nell'esaminare la dichiarazione di invalidità, potrà dosarne gli effetti nel tempo, esercitando uno dei poteri attribuiti dalla sezione 172(1) lett. b FC21 a *tutte* le corti che trattino questioni di natura costituzionale.

---

<sup>16</sup> Sez. 167(3) FC.

<sup>17</sup> La sezione 167(6) FC prevede anche un'ipotesi di appello *per saltum*, in base alla quale è possibile impugnare una sentenza emessa da una corte fornita di giurisdizione costituzionale direttamente presso la SCA per i soli profili di carattere costituzionale, purché tale sentenza sia diversa dalla dichiarazione di invalidità (cfr. sez. 172(2) lett. a FC). Un orientamento consolidato della Corte costituzionale limita la concessione del *leave to appeal* in tali ipotesi ai casi, del tutto eccezionali, in cui l'appello *per saltum* sia effettivamente necessario *nell'interesse della giustizia*, in ossequio al dettato costituzionale della sezione 167(6) FC e sottolineando la fondamentale funzione di filtro e di garanzia svolta dalla SCA (cfr. ad es. *De Freitas and another v Society of Advocates of Natal*, 1998 (11) BLCR 1345 (CC); *MEC for Development Planning and Local Government in Gauteng v Democratic Party and others*, 1998 (4) SA 1157 (CC)).

<sup>18</sup> Ciò emerge dal combinato disposto delle sezioni 167(5) e 172(2) lett. a FC.

<sup>19</sup> Government Notice R1675, in *Government Gazette* 25726 of 31 October 2003, dette *Constitutional Court Rules 2003* (CC Rules).

<sup>20</sup> CC Rule 16. La procedura in questione trova le sue radici nel primo caso di conferma di una sentenza di incostituzionalità deciso dalla Corte costituzionale, *Parbhoo and Others v Getz and Others* (1997 (4) SA 1095 CC). La High Court del Witswatersrand, alla quale i ricorrenti si erano rivolti per ottenere una pronuncia in merito ad alcune sezioni del Companies Act 61 of 1973 aveva trasmesso *di propria iniziativa* la sentenza che ne dichiarava l'incostituzionalità alla cancelleria della Corte costituzionale. Così facendo, la High Court si inseriva nel vuoto normativo lasciato dal legislatore, che non aveva ancora emanato le regole di procedura presso la Corte costituzionale e neppure predisposto le condizioni per la loro elaborazione da parte della Corte stessa. Queste linee guida, di fatto elaborate congiuntamente dalla High Court del Witswatersrand e dalla Corte costituzionale, saranno poi trasfuse nelle Regole di procedura del 1998 e successivamente confermate da quelle attuali del 2003.

<sup>21</sup> Sez. 172(1) lett. b FC: "When deciding a constitutional matter within its power, a court- (b) may make any order that is just and equitable, including- (i) an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity; and (ii) an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect". Ne è un esempio *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* (1999 (1) SA 6 (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality 1*)), nella quale la Corte, nel confermare quanto deciso dalla High

Il nuovo riparto di giurisdizione, il coinvolgimento di tutta la magistratura ordinaria nell'interpretazione della Costituzione e la conseguente ristrutturazione delle due principali vie d'accesso alla Corte costituzionale, appello e *referral*, risulta essere di fondamentale importanza per una nuova configurazione dei rapporti fra Supreme Court of Appeal e Corte costituzionale. Con la nuova disciplina costituzionale, è di fatto abolito quel "doppio binario" che aveva contraddistinto e condizionato l'attività della Corte nel biennio 1994-1996. Infatti, la differenziazione tra *constitutional* e *non constitutional matters*, presente nella vigenza della Costituzione transitoria, aveva contribuito non poco a rallentare la compenetrazione tra *common law* e nuovo diritto costituzionale all'interno del medesimo sistema giuridico. Insomma, "[t]he new Constitution retained the Constitutional Court as a special court but, because of the transformation in judicial structure that the text mandated, the Court was now at the apex of a unified legal system, rather than a somewhat appendage grafted onto the old judicial order"<sup>22</sup>. Si può dunque aprire una nuova fase per le relazioni tra Corte costituzionale e Supreme Court of Appeal, la mancanza di collaborazione che aveva caratterizzato la fase precedente è (o almeno dovrebbe essere) destinata a lasciare spazio ad una maggiore comunicazione fra le due corti, nonché ad una riaffermazione e ridefinizione da parte della Corte costituzionale dell'ambito della propria giurisdizione, stante ormai la perfetta linearità del percorso seguito dalla vicenda delle questioni di carattere costituzionale.

Tuttavia, soltanto nel 1999 la Corte, nell'importante sentenza *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another: In re: Ex parte President of the Republic of South Africa and Others*<sup>23</sup>, supererà la propria proverbiale "timidezza" ed affronterà questioni fino a quel momento ritenute afferenti al dominio incontrastato della Supreme Court of Appeal. Nel caso citato, la High Court di Praetoria aveva invalidato un ordine presidenziale con il quale si proclamava l'entrata in vigore di una legge che regolamentava il brevetto e il controllo dei medicinali ed abrogava allo stesso tempo la legislazione precedente, senza inserire in tale legge una serie di allegati necessari per la sua piena applicabilità. Nell'invalidare l'atto presidenziale, la High Court aveva motivato la propria decisione basandosi sulla dottrina dell'*ultra vires*, tipica del *common law*. Alla contestazione circa l'effettiva natura di "dichiarazione di invalidità costituzionale" della sentenza della High Court, in quanto fondata su principi tipici del diritto comune, la Corte costituzionale ha risposto ricordando che: "[t]he exercise of all public power must comply with the Constitution which is the supreme law, and the doctrine of legality which is part of that law. The question whether the President acted *intra vires* or *ultra vires* in bringing the Act into force when he did, is accordingly a constitutional matter. The finding that he acted *ultra vires* is a finding that he acted in a manner that was inconsistent with the Constitution"<sup>24</sup>. Tutto questo si afferma dunque indipendentemente dal fatto che ci si appelli al *common law* oppure al diritto costituzionale, dovendo ormai la legittimità del primo essere verificata di fronte al parametro costituzionale. I principi di *common law* e di diritto costituzionale finiscono dunque per essere inscindibilmente "intrecciati" e non costituiscono affatto due "concezioni" - e tantomeno due universi giuridici - "separati"<sup>25</sup>. A

---

Court del Witswatersrand, ha esteso retroattivamente gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità del reato di sodomia (inteso come commissione di atti sessuali in privato tra uomini adulti e consenzienti), che pertanto non è più considerato tale a far data dal 27 aprile 1994, giorno dell'entrata in vigore della *Interim Constitution*, con la conseguente invalidazione di tutte le condanne avvenute dopo questa data.

<sup>22</sup> L. Berat, *The Constitutional Court of South Africa and jurisdictional questions: In the Interest of Justice?*, cit., p. 59.

<sup>23</sup> 2000 (2) SA 674 (CC).

<sup>24</sup> *Ibidem*, par. 20.

<sup>25</sup> *Ibidem*, par. 33.

sostegno di questa posizione, la Corte richiama una propria sentenza dell'anno precedente, *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council*<sup>26</sup>, nella quale aveva affermato “*seri dubbi*” sulla possibilità di “*sigillare ermeticamente*” le giurisdizioni della SCA e della Corte costituzionale<sup>27</sup>. È particolarmente significativo che proprio nel campo del diritto amministrativo, nel quale la Appellate Division prima e la Supreme Court of Appeal poi erano state più gelose delle proprie attribuzioni e prerogative<sup>28</sup>, intervenga una sentenza così rilevante e definitiva, con la quale si afferma, concludendo una disputa ormai annosa: “*There is only one system of law. It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control*”<sup>29</sup>.

4. *Verso una single apex Court?* – L'equilibrio raggiunto con il nuovo assetto costituzionale e il faticoso consolidamento dei rapporti intercorrenti fra Corte costituzionale e Supreme Court of Appeal non hanno tuttavia sopito il dibattito relativo all'opportunità di mantenere in vita due corti di vertice.

In un primo momento infatti (1999), l'allora Ministro della Giustizia Maduna, auspicando una serie di azioni volte a razionalizzare l'intero sistema giudiziario sudafricano<sup>30</sup>, aveva proposto l'unificazione delle due Corti, sottolineando come l'enorme spesa destinata al mantenimento e alla gestione della Corte costituzionale non trovasse giustificazione nel carico di lavoro di quest'ultima, considerato decisamente scarso a paragone di quello di altre corti, *in primis* delle High Courts. L'eventuale confluenza della giurisdizione della Corte costituzionale nella Supreme Court of Appeal avrebbe tuttavia comportato, oltre ad una spesa non indifferente, anche una serie di difficoltà. Non solo sarebbe stata necessaria una cospicua riforma delle regole di procedura; a causa delle complessità legate al raccordo di due giurisdizioni all'interno di un'unica istituzione, avrebbe potuto verificarsi nuovamente una situazione di incertezza paragonabile a quella vista durante la vigenza del “doppio binario”. Sarebbero potuti riemergere, nel corso degli anni, quegli stessi contrasti che hanno contribuito ad

---

<sup>26</sup> 1999 (1) SA 374 (CC).

<sup>27</sup> *Ibidem*, par. 111, richiamato in *Pharmaceutical Manufacturers* al par. 31.

<sup>28</sup> Nella sentenza in esame la Corte presenta vari casi in cui la giurisprudenza della Supreme Court of Appeal aveva sostenuto la separazione di *common law* e diritto costituzionale; cfr. ad es. par. 22, 30, 32 ed altri che trattano dell'importante *Commissioner of Customs and Exercise v Container Logistics*, 1999 (3) SALR 771 (CC).

<sup>29</sup> *Ibidem*, par. 44.

<sup>30</sup> Cfr. sez. 16(6) *Schedule 6 FC*, che conferisce al Ministro responsabile per l'amministrazione della giustizia lo specifico compito di provvedere alla razionalizzazione del sistema delle corti, con riferimento alla loro “struttura, composizione, funzionamento e giurisdizione” nella prospettiva di un ordinamento giudiziario in linea con il dettato costituzionale. L'ampia serie di disposizioni transitorie ed indicazioni finalizzate alla piena attuazione del dettato costituzionale e al coerente adeguamento dell'ordinamento giuridico sudafricano testimoniano che “il momento costituente, per quanto largamente condiviso, non ha comunque esaurito l'opera di edificazione del nuovo ordinamento costituzionale”. La felice espressione si ritrova in R. Orrù, *Riflessioni sulla coerenza dell'ordine costituzionale del Sudafrica post-apartheid tra innovazione ed evoluzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2009, p. 1864.



accrescere un certo scetticismo della popolazione<sup>31</sup> nei confronti della Corte costituzionale<sup>32</sup>.

Altre proposte ben più complesse e articolate sono state avanzate qualche anno più tardi. Nel 2005, il Governo formulò un esteso progetto di riforma della giustizia, tramite la presentazione di cinque *draft bills*<sup>33</sup>. Uno di essi, il *Constitution Fourteenth Amendment (Draft) Bill*<sup>34</sup>, recava una serie di disposizioni volte ad incidere tanto sulla struttura dell'ordinamento giudiziario quanto sul rapporto fra poteri esecutivo e giudiziario.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, ci limiteremo qui a ricordare in particolare: la proposta di emendamento alla sezione 165 FC, finalizzate a conferire al Ministro della Giustizia l'autorità in materia di "*administration and budget*" in riferimento a tutte le corti dell'ordinamento<sup>35</sup>; l'inserimento del divieto per tutte le corti di trattare qualunque questione concernente la sospensione dell'entrata in vigore di un *act of Parliament* o di un *provincial act*<sup>36</sup>, con questo significativamente eliminando alla radice ogni potenziale sconfinamento della magistratura nel terreno di altri poteri dello Stato e limitando fortemente l'efficacia del ricorso della minoranza parlamentare alla Corte costituzionale<sup>37</sup>; l'incremento del potere presidenziale di nomina dei giudici costituzionali supplenti con conseguente erosione del ruolo del Chief Justice, semplicemente *consultato* ai fini della scelta, senza più poter *concorrere* ad essa<sup>38</sup> <sup>39</sup>. Il *Fourteenth Amendment(Draft) Bill* sarebbe inoltre andato ad incidere sulla struttura delle High Courts, proponendo la loro unificazione in un'unica High Court of South Africa, articolata su base provinciale in varie *Divisions*<sup>40</sup>.

---

<sup>31</sup> Un'indagine condotta tra il 1996 e il 1997 (J. L. Gibson, G. A. Caldeira, *Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance and the South African Constitutional Court*, in *The Journal of Politics*, Vol. 65, No. 1, (Feb., 2003), Cambridge University Press on behalf of the Southern Political Science Association, pp. 1-30) evidenziava un atteggiamento ambivalente da parte dei cittadini nei confronti della Corte costituzionale e metteva in risalto le difficoltà incontrate dalla Corte nell'acquisire agli occhi della cittadinanza una legittimazione tale da metterla al riparo dagli attacchi dell'opinione pubblica e della politica. In anni cruciali per il Paese, oltre il 55% della popolazione esprimeva la propria fiducia per la nuova istituzione, ma quasi il 28% si dichiarava favorevole alla sua abolizione; soltanto il 40,8% di coloro che affermavano di fare affidamento sulla Corte si mostravano disposti a mantenerla qualora essa avesse iniziato ad emettere sentenze contrarie all'opinione pubblica. La popolazione africana, la più incline a garantire il suo supporto alla Corte, era al tempo stesso quella meno propensa ad accettare decisioni non in linea con l'opinione pubblica, mentre tra i bianchi la Corte era percepita come un'istituzione promotrice di tolleranza più che di intolleranza. Ancora nel 1998 inoltre, il 15,1% della popolazione non era neppure a conoscenza dell'esistenza della Corte costituzionale.

<sup>32</sup> L. Berat, *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In the Interest of Justice?*, cit., pp. 73-74.

<sup>33</sup> Constitution Fourteenth Amendment Bill, Superior Courts Bill, South Africa National Justice Training College Draft Bill, Judicial Conduct Tribunals Bill, Judicial Service Commission Act Amendment Bill.

<sup>34</sup> *General Notice 2023 of 2005, Government Gazette 28334 of 14 December 2005.*

<sup>35</sup> Fourteenth Amendment (Draft) Bill, clause 1.

<sup>36</sup> *Ibid.*, clause 7(b).

<sup>37</sup> Cfr. *supra*, nota 15.

<sup>38</sup> *Ibid.*, clause 10.

<sup>39</sup> Le proposte suscitarono immediatamente le accese reazioni tanto dei costituzionalisti quanto della magistratura, che ben presto fecero notare le non secondarie implicazioni di simili modifiche per l'effettiva indipendenza del potere giudiziario dall'esecutivo. Si vedano a tale proposito: C. Albertyn, *Judicial Independence and the Constitution Fourteenth Amendment Bill*, in *South African Journal on Human Rights*, Vol. 22, 2006, pp. 126-143, nel quale si discute anche dei possibili profili di incostituzionalità del Fourteenth Amendment Bill; R.W. Nugent, *The Judiciary, the Courts, and the Constitution: Why so much Controversy?*, discorso tenuto presso il South African Institute of Race Relations il 25 Aprile 2006, disponibile alla pagina web <https://www.sairr.org.za/briefings/all-briefings/the-judiciary-the-courts-and-the-constitution-why-so-much-controversy-25th-april-2006.ics>.

<sup>40</sup> Fourteenth Amendment (Draft) Bill, clause 2.

Infine, il (*Draft*) *Bill* affrontava la questione del riparto di giurisdizione tra Corte costituzionale e Supreme Court of Appeal, delineando una soluzione che, diversamente da quella ipotizzata nel 1999, privilegiava la prima rispetto alla seconda. La clausola 3 dell'emendamento, relativa alla sezione 167 FC, confermava le vie d'accesso alla Corte costituzionale (appello, *referral*, accesso diretto) ed estendeva la sua giurisdizione anche a questioni non inerenti l'interpretazione ed applicazione della Carta Fondamentale. Se richiesta in tal senso, la Corte avrebbe potuto concedere il *leave to appeal* qualora avesse ritenuto che una sua decisione su questioni di natura non costituzionale fosse nell'*interesse della giustizia*. Secondo il progetto di riforma, la Corte costituzionale sarebbe dunque diventata "*the highest court of the Republic*"<sup>41</sup>.

Erano previste modifiche anche per la sezione 168 FC. In base ad esse, la SCA avrebbe visto confermata la propria limitata giurisdizione costituzionale, ma sarebbe rimasta corte di vertice per *non constitutional matters* solamente nelle ipotesi in cui la Corte costituzionale avesse rifiutato di concedere il *leave to appeal* secondo quanto appena esposto<sup>42</sup>.

Tuttavia, l'enorme scalpore suscitato dalle clausole del *Fourteenth Amendment (Draft) Bill* relative alla ridefinizione dei rapporti fra potere giudiziario ed esecutivo, nonché la generale opposizione della magistratura all'intero pacchetto di riforme, hanno portato il Governo a ritirarlo nel 2006 per provvedere ad una revisione globale. Si è infatti lamentata la totale mancanza di coinvolgimento nella ideazione e formulazione delle riforme della stessa magistratura e delle altre professioni legali, i cui suggerimenti sono stati del tutto trascurati, e persino l'assenza di un dibattito pubblico sulla stampa nazionale<sup>43</sup>.

Il progetto relativo alla creazione di un'unica corte di vertice non è stato però abbandonato dal partito di Governo, l'African National Congress (ANC). Al termine del suo 52o Congresso Nazionale, tenutosi a Polokwane nel dicembre 2007, l'ANC ha adottato una serie di risoluzioni finalizzate all'attuazione di riforme "*troppo a lungo rimandate*"<sup>44</sup>. Tra queste, ritorna l'intenzione di fare della Corte costituzionale la corte di vertice dell'intero ordinamento: "*The Constitutional Court should be the highest (apex) court for all matters, constitutional and non-constitutional, with the Supreme Court of Appeal (SCA) as an intermediate court of appeal, with the proviso that this should not lead to undue delays in the hearing of appeals. Decisions of the SCA will be final if the Constitutional Court does not grant leave to appeal in a matter*"<sup>45</sup>.

L'elaborazione delle riforme ha successivamente subito un rallentamento a seguito delle dimissioni del Presidente Thabo Mbeki e della caduta del suo governo avvenuta nel settembre 2008. Tuttavia, la volontà di perseguire la riorganizzazione dei vertici dell'ordinamento giudiziario secondo la via tracciata dalle risoluzioni di Polokwane è comunque persa evidente nelle intenzioni dell'immediato successore di Mbeki, Kgalema Motlanthe<sup>46</sup>, e in particolare dell'attuale Presidente Jacob Zuma e del suo Governo.

---

<sup>41</sup> Fourteenth Amendment (Draft) Bill, clause 3.

<sup>42</sup> Fourteenth Amendment (Draft) Bill, clause 4.

<sup>43</sup> C. Lewis, *Reaching the Pinnacle: Principles, Policies, and People for a Single Apex Court in South Africa*, in in *South African Journal on Human Rights*, Vol. 21, 2005, pp. 522-523; R.W. Nugent, *The Judiciary, the Courts, and the Constitution: Why so much Controversy?*, cit.

<sup>44</sup> *Anc 52nd National Conference 2007 Resolutions*, p. 30; le risoluzioni di Polokwane sono consultabili alla pagina web <https://www.anc.org.za/ancdocs/history/conf/conference52/resolutions.pdf>.

<sup>45</sup> *Ivi*.

<sup>46</sup> Cfr. *Motlanthe's Hot Potatoes*, in *Mail & Guardian*, 28 settembre 2008, consultabile alla pagina <https://www.mg.co.za/article/2008-09-28-motlanthes-hot-potatoes>. Motlanthe ha ricoperto la carica di Presidente della Repubblica Sudafricana dal 25 settembre 2008 al 9 maggio 2009, portando a termine la legislatura a seguito delle dimissioni di Mbeki.

Proprio nello scorso maggio 2010, infatti, il Ministro della Giustizia e dello Sviluppo Costituzionale J. T. Radebe ha presentato la bozza di una nuova versione del controverso *Superior Courts Bill*, del quale si discute fin dal 2003, unitamente ad un *Constitution Nineteenth Amendment (Draft) Bill*<sup>47</sup>. A causa delle forti polemiche seguite alla presentazione delle riforme durante la presidenza di Mbeki, il l'attuale *Superior Courts (Draft) Bill*<sup>48</sup>, ha subito importanti modifiche. Nella sua versione attuale, contiene una serie di dettagliate disposizioni in merito a sedi, articolazioni interne, composizione, procedimenti decisionali e meccanismi di raccordo riguardanti le corti superiori (Corte costituzionale, Supreme Court of Appeal, High Courts, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbero essere riunite in un'unica High Court of South Africa articolata in *divisions*), con riferimento anche al funzionamento delle strutture amministrative e alle modalità di finanziamento delle stesse.

Il *Constitution Nineteenth Amendment (Draft) Bill* conferma in blocco gli intenti di riforma già riscontrati cinque anni fa. Esso infatti, oltre ad apportare al testo costituzionale le modifiche necessarie per procedere alla ristrutturazione del sistema delle corti, riproduce, in modo quasi identico se non per minimi aggiustamenti formali, il testo degli emendamenti che il *Fourteenth Amendment (Draft) Bill* intendeva apportare nel 2005 alle sezioni 167 e 168 della Costituzione.

Nello scorso dicembre 2010, il *Superior Courts (Draft) Bill* è stato approvato dal Governo e si ritiene che a breve sarà presentato in Parlamento insieme al *Constitution Amendment (Draft) Bill*<sup>49</sup>.

5. *Considerazioni conclusive e interrogativi aperti.* – Dall'analisi fin qui svolta, è possibile concludere in primo luogo che il sistema sudafricano di controllo di costituzionalità pare ormai sempre più lontano dal modello accentrato che lo aveva ispirato (soprattutto nella sua declinazione tedesca) nella fase costituente e inserito piuttosto saldamente nell'alveo del modello diffuso nordamericano. L'intento di estendere la giurisdizione della Corte costituzionale anche alle questioni di natura non costituzionale ne è un chiaro segnale. A riguardo, è importante notare che, nonostante i rallentamenti che hanno interessato l'*iter* delle riforme, la volontà di trasformare la Corte costituzionale nella corte di vertice dell'ordinamento giudiziario è rimasta una costante delle varie proposte che si sono avvicinate nell'ultimo quinquennio. Del resto, già con riferimento alle precedenti proposte di modifica, questo stesso fatto era stato interpretato dalla dottrina<sup>50</sup> quale testimonianza della solida posizione della Corte e della sua capacità di resistere alle complesse vicende politiche ed istituzionali che fino ad oggi hanno interessato il Sudafrica<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> *Constitution Amendment Bill: Draft*, General Notice 414 of 2010, *Government Gazette* 33216 of 21st May 2010.

<sup>48</sup> *Superior Courts Bill: Draft*, General Notice 415 of 2010, *Government Gazette* 33216 of 21st May 2010.

<sup>49</sup> *New Superior Courts Bill to be tabled in Parliament*, 5 gennaio 2011, consultabile alla pagina web <https://www.sabinetlaw.co.za/justice-and-constitution/articles/new-superior-courts-bill-be-tabled-parliament>.

<sup>50</sup> In merito, oltre al già citato studio *Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance and the South African Constitutional Court*, anche T. Roux, *Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa*, pp. 6-7 e 32-34, disponibile alla pagina web [https://www.saifac.org.za/docs/2008/Principle\\_and\\_Pragmatism\\_icon\\_v2.pdf](https://www.saifac.org.za/docs/2008/Principle_and_Pragmatism_icon_v2.pdf), ora anche in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, No. 1, 2009, pp. 106-138.

<sup>51</sup> Da ultimo, si ricorda la controversia che ha opposto il giudice John Hlope, presidente della High Court del Western Cape, ai giudici della Corte costituzionale. Questi ultimi lo hanno accusato di fronte alla Judicial Service Commission di aver effettuato forti pressioni affinché la Corte emettesse un giudizio

Inoltre, già all'indomani della presentazione del *Fourteenth Amendment (Draft) Bill*, la proposta di creare una “*single apex court*” fu considerata da molti come una soluzione che avrebbe contribuito in maniera significativa a snellire molte delle complessità processuali esistenti. Soprattutto, si sarebbero chiarite, una volta per tutte anche da un punto di vista strutturale, le incertezze legate alla percezione, non del tutto svanita, di una perdurante - quanto illusoria - separazione tra *constitutional* e *non-constitutional matters*<sup>52</sup>. Queste considerazioni rimangono ancora oggi attuali: da più parti si sostiene infatti che un'unica corte di vertice conferirebbe una maggior coerenza all'intero sistema e permetterebbe di trattare fin dall'inizio ogni caso che si presenti di fronte ad una qualunque corte da un punto di vista costituzionale, evitando così che i profili di rilevanza costituzionale siano evidenziati per la prima volta soltanto in sede di richiesta di *leave to appeal* indirizzata alla Corte costituzionale, come oggi spesso accade.

In quest'ottica, il fatto che la Supreme Court of Appeal sia destinata a perdere la propria posizione di *court of final instance* per tutte le questioni di natura non costituzionale sembra indicare che sono ormai venute meno molte delle ragioni storiche che avevano giustificato, all'inizio degli anni Novanta, l'istituzione di una Corte *ad hoc* dotata di sola giurisdizione costituzionale e che sono maturi i tempi per una nuova soluzione<sup>53</sup>.

Tuttavia, com'è ovvio, risulta oggi estremamente difficile azzardare una risposta ai vari interrogativi che si aprirebbero qualora il *Superior Courts Bill* e soprattutto il *Constitution Amendment Bill* fossero approvati nella loro formulazione attuale. Tanto coloro che criticano o hanno criticato la riforma prospettata, quanto i più favorevoli ad essa, non possono fare a meno di sollevare alcuni dubbi<sup>54</sup> o indicare la necessità di affrontare tempestivamente le possibili conseguenze di essa.

Uno dei timori suscitati dalle proposte di riforma sin qui avanzate riguarda il rischio del possibile sovraccarico di lavoro per la Corte costituzionale, che oggi decide una media di circa venti casi all'anno. Il numero dei giudici potrebbe rivelarsi troppo esiguo e la prescrizione costituzionale della decisione *en banc* potrebbe risultare inadeguata ad un rapido smaltimento delle questioni pendenti.

Il dibattito attuale verte inoltre intorno alla preparazione dei giudici della Corte costituzionale. Fin dal suo insediamento, sotto la vigenza della *Interim Constitution*, gli undici giudici costituzionali sono sempre stati scelti fra i maggiori esperti di diritto pubblico del Paese; probabilmente, si dice, occorrerebbe riconsiderare questa prassi qualora la Corte diventasse il vertice dell'ordinamento giudiziario e si trovasse a decidere anche *non constitutional matters* afferenti ad altri settori del diritto. La Costituzione è la suprema legge della Repubblica e ogni altra fonte ad essa subordinata deve essere interpretata alla luce del dettato costituzionale; tuttavia, a detta di molti, resta pur sempre il fatto che l'esperienza nel solo ambito del diritto costituzionale e pubblico in generale potrebbe non essere sufficiente per un *bench* che debba pronunciarsi su questioni inerenti,

---

favorevole in alcuni casi che vedevano un coinvolgimento di interessi del futuro Presidente Zuma. Per una sintesi della controversia e per alcuni spunti sulle implicazioni del suo esito, si veda H. Klug, *The Constitution of South Africa. A contextual analysis*, Hart Publishing, 2010, pp. 236-237.

<sup>52</sup> C. Lewis, *Reaching the Pinnacle: Principles, Policies, and People for a Single Apex Court in South Africa*, cit., pp. 510, 512-513 e 519; I.G. Farlam, *One Apex Court?*, discorso tenuto nell'ottobre 2008 ad una conferenza celebrativa del 120° anniversario della fondazione del South African Law Journal .

<sup>53</sup> I.G. Farlam, cit.

<sup>54</sup> Per una sintesi di tali profili di criticità, si veda C. Lewis, *Reaching the Pinnacle: Principles, Policies, and People for a Single Apex Court in South Africa*, cit., pp. 521-522.

ad esempio, al diritto penale o al diritto dei contratti<sup>55</sup>. Una simile situazione potrebbe in ogni caso riflettersi sul proverbiale *self-restraint* della Corte e concretizzarsi in una rigida selezione dei casi relativi ad altri settori del diritto alla luce delle implicazioni costituzionali che essi comportano.

È proprio questo l'altro aspetto di rilievo legato al nuovo ruolo che la Corte costituzionale potrebbe assumere. L'*interesse della giustizia*, indicato sia dal vecchio *Fourteenth Amendment Bill* che dall'attuale *Constitution Amendment (Draft) Bill* quale criterio in base a cui anche le questioni di natura non costituzionale possono raggiungere la Corte costituzionale, è da sempre interpretato da quest'ultima in senso estremamente restrittivo. Si continua dunque ad interrogarsi circa i profili di rilevanza che una determinata questione dovrebbe avere per poter essere esaminata in via di appello dalla nuova corte di vertice e quale ruolo potrebbe esercitare la Supreme Court of Appeal nell'individuazione di essi<sup>56</sup>. Occorre a tale proposito ricordare che in passato la Corte costituzionale ha più volte<sup>57</sup> sottolineato l'importanza della funzione di filtro svolta dalla Supreme Court of Appeal nel giudicare le questioni di natura costituzionale. Non è da escludere, anzi, potrebbe essere perfettamente coerente con tale giurisprudenza, che quest'ultima sia chiamata a svolgere una simile funzione anche nell'ipotesi in cui la riforma trovasse attuazione, in relazione questa volta alle questioni di natura non costituzionale. Si tratterà eventualmente di vedere in che misura la SCA sia disposta ad arretrare nelle proprie funzioni a favore di una potenziata Corte costituzionale, diventando, da corte di vertice, una "*intermediate court of appeal*". Potrebbe infatti prospettarsi una nuova fase di rapporti caratterizzata - seppure con diversi presupposti e con un mutato quadro costituzionale - da una mancanza di collaborazione paragonabile a quella verificatasi fino alla sentenza *Pharmaceutical Manufacturers* e dal rischioso perdurare di una fittizia distinzione tra *constitutional* e *non constitutional matters*.

A questi e ad altri interrogativi (non ultimo quello relativo all'opportunità di cambiare il nome della nuova *apex court*) potranno dare risposta soltanto gli sviluppi che definiranno in concreto i rapporti e gli equilibri fra le due più alte istituzioni giudiziarie sudafricane.

---

i

---

<sup>55</sup> La grande attualità dell'argomento è testimoniata anche dallo spazio ad esso dedicato dalla stampa sudafricana. Si veda ad es., l'articolo *Last Rights*, in *Mail&Guardian*, 28 maggio 2010, consultabile alla pagina web <https://www.mg.co.za/article/2010-05-28-last-rights>.

<sup>56</sup> C. Lewis, *The State of the Judiciary*, discorso tenuto presso il South African Institute for Race Relations il 14 ottobre 2008 (<https://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71619?oid=106544&sn=Detail>). La stessa Autrice si era espressa sul ruolo riservato alla SCA in *Reaching the Pinnacle: Principles, Policies, and People for a Single Apex Court in South Africa*, cit., p. 522.

<sup>57</sup> Si veda ad es. la già ricordata sentenza *MEC for Development Planning and Local Government in Gauteng v Democratic Party and others*, cit. *supra* sub nota 18, al par. 32.