

# La Corte costituzionale sudafricana e la comparazione costituzionale: il confronto con le *open and democratic societies*

di Chiara De Santis

**Abstract:** *The South African Constitutional Court and the constitutional comparison: the confrontation with the “open and democratic societies”* – The paper examines the use of foreign law by the Constitutional Court of South Africa in its constitutional jurisprudence through the analysis of four particularly suggestive cases. Starting from the beginning of the judicial activity of the Court - that is entitled to consider foreign law in constitutional cases by section 39 of the South African Constitution - and coming to the most recent years, the article explores how the approach of the Court itself towards constitutional comparison has evolved over time and how the role of the Court of Johannesburg has changed within the “global community of courts”.

**Keywords:** Constitutional Court of South Africa; Constitutional comparison; Foreign law; Open and democratic societies; Section 39.

## 1. Introduzione: una Costituzione a vocazione intrinsecamente comparativa

L'obiettivo di questo contributo è illustrare come si sia evoluto, nel corso del tempo, il ricorso della Corte costituzionale sudafricana alla comparazione costituzionale; tale Corte, il cui rapporto col *foreign law* è prefigurato dallo stesso testo costituzionale che l'ha istituita, ha instaurato, sin dagli albori della sua attività, un dialogo particolarmente fecondo, soprattutto, come si vedrà, con la *Supreme Court* canadese e con la Corte Suprema statunitense. Si intende dimostrare come tale dialogo, seppur mutato negli anni, in parallelo ai progressi compiuti dal Sudafrica sul cammino della democratizzazione e all'acquisizione, da parte della Corte di Johannesburg, di un proprio spazio nel panorama internazionale, non si è, tuttavia, mai interrotto e prosegue ancora oggi con intensità e metodi solo in parte diversi rispetto al passato.

Com'è noto, la Costituzione sudafricana, con la sua *section 39*, è uno dei pochissimi testi costituzionali vigenti che espressamente facoltizzano (*may consider*) i giudici a prendere in considerazione il diritto straniero quale strumento ausiliario nell'interpretazione del *Bill of Rights*.

La vocazione intrinsecamente comparativa della Costituzione sudafricana sarebbe emersa, forse, anche a prescindere da questa norma, come conseguenza del fatto che tale testo costituzionale rappresenta un

inedito crocevia tra due modelli ispiratori fortemente eterogenei, le cui caratteristiche informano la fisionomia della *Rainbow Nation*: questi due modelli sono, da un lato, la Repubblica Federale tedesca e, dall'altro, il Canada<sup>1</sup>. Tracce rilevanti di quest'ultima contaminazione sono rinvenibili nella c.d. *Limitation clause* (*section 36*), una clausola che specifica, cioè, a quali condizioni possono essere limitati o ristretti i diritti fondamentali, analoga, sebbene non identica nella formulazione, a quella contenuta nell'art. 1 della *Charter of Rights* canadese<sup>2</sup>. La clausola sudafricana stabilisce che i diritti contemplati dal *Bill of Rights* possano essere limitati solo ad opera di una legge ad applicazione generale e nella misura in cui tale restrizione appaia ragionevole e giustificabile in una società aperta e democratica fondata sull'eguaglianza, la dignità e la libertà<sup>3</sup>.

Dignità<sup>4</sup>, eguaglianza e libertà rappresentano quindi la cifra stilistica del nuovo ordinamento sudafricano e, al contempo, segnano in maniera netta la cesura con il passato regime di segregazione razziale a cui la *Rainbow Nation* ha inteso voltare le spalle. Questi tre valori fondamentali costituiscono il cuore pulsante delle disposizioni di apertura del *Bill of Rights* (*section 7* e *8*), ma rappresentano, altresì, i valori di chiusura dell'ordinamento, ove si consideri nuovamente la *section 39*, in cui si precisa che, nell'interpretazione del *Bill of Rights*, ciascuna corte debba promuovere i valori sottostanti a una società libera e democratica fondata sulla dignità umana, l'eguaglianza e la libertà. Da queste norme emerge una nozione fondamentale per il procedimento di *constitutional adjudication* svolto dai giudici di Johannesburg: la nozione è, appunto, quella di *open and democratic societies*. Nella dottrina italiana, si deve in particolare ad Andrea Lollini il merito di aver evidenziato il ruolo svolto dal concetto di *open and democratic*

---

<sup>1</sup> Dell'influsso di questi testi costituzionali stranieri sulla Costituzione sudafricana ha parlato diffusamente D.M. Davis, *Constitutional borrowing: the influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: the South African experience*, in 1(2) *Int'l J. Const. L.* 181 (2003). Per quanto concerne, nello specifico, l'influenza del diritto costituzionale tedesco su quello sudafricano e sul processo costituente che ha interessato il Paese, si veda M.D. Poli, *Il contributo del modello tedesco al costituzionalismo del Sudafrica nella lunga transizione*, in *Nomos*, 2, 2013.

<sup>2</sup> D.M. Davis, *Constitutional borrowing*, cit., 187, ha definito la *Limitation clause* sudafricana una *variation* di quella sancita dalla *section 1* della *Charter of Rights* canadese. Peraltro, la prima formulazione della clausola, nel testo adottato nel 1993, richiama puntualmente la nozione di "contenuto essenziale del diritto" mutuata dalla Legge Fondamentale tedesca del 1949.

<sup>3</sup> Per svolgere quest'accertamento, bisogna in ogni caso tenere conto: della natura del diritto inciso; dell'importanza dell'obiettivo per cui la limitazione viene imposta; della natura e della portata della limitazione stessa e della sua connessione con lo scopo per perseguire il quale viene introdotta; dell'esistenza di altri mezzi atti a perseguire il medesimo scopo, ma meno invasivi e restrittivi dei diritti individuali. Si tratta, comunque, di un'analisi binaria, che si snoda secondo il modulo del *two-stages approach*.

<sup>4</sup> Che la posizione centrale occupata dalla dignità nell'ordinamento sudafricano sia anche un portato del ruolo da essa rivestito nell'architettura complessiva della Legge Fondamentale tedesca è stato evidenziato da S. Kentridge, *Il diritto comparato nel giudizio costituzionale: l'esperienza sudafricana*, in B. Markesinis, J. Fedtke (cur.), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, trad. di A. Taruffo, 435-444; 436. D.M. Davis, *Constitutional borrowing*, cit., 195, sottolinea come questa analogia tra i due testi costituzionali sia indice di un elevato grado di comparabilità reciproca.

*societies* quale ulteriore clausola di apertura dell'ordinamento sudafricano verso l'altro e verso l'esterno. Come ha sottolineato l'autore, questo concetto, che la Corte sudafricana applica in maniera quasi istintiva, assurge, nella sua giurisprudenza, a criterio di selezione del *foreign law* e dei parametri extra-sistemici da importare nel proprio ordinamento<sup>5</sup>; si tratta, al contempo, di un criterio di riconoscimento e di un criterio di selezione. Sulla base del rispetto dei tre parametri fondamentali dell'eguaglianza, della libertà e della dignità, la Corte sudafricana può quindi selezionare e individuare i propri interlocutori, ragionevolmente certa di non introdurre nel proprio ordinamento soluzioni giuridiche in contrasto con i suoi valori fondanti. Come ha specificato ancora Lollini, trattandosi di un orizzonte selettivo, quello delle società aperte e democratiche non è solo un orizzonte aperto, ma è altresì a geometria variabile, nel senso che di volta in volta sarà suscettibile di ospitare o includere ordinamenti diversi, a seconda della questione affrontata dalla Corte<sup>6</sup>.

È importante tenere presente il fatto che la Corte di Johannesburg, al vertice di un sistema di giustizia costituzionale caratterizzato da un elevato tasso di ibridazione tra i modelli tradizionali, si è agevolmente inserita, sin dai suoi primi anni di attività, nel circuito dialogico che collega le corti afferenti, a vario titolo, all'area del *common law*<sup>7</sup>, a cui un passato coloniale

---

<sup>5</sup> A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *DCPE*, 1, 2007, 479-523; 521: «Ora, l'utilizzo nelle pronunce di questa enunciazione costituzionale segue o precede l'importazione dei parametri extra-sistemici. In altre parole, quando il giudice procede attraverso il metodo comparato tendenzialmente evoca la nozione di società democratica e aperta. Pertanto, essa non è solamente un criterio assiologico fondamentale a cui l'ordinamento costituzionale deve tendere, ma anche una condizione per determinare gli ordinamenti da cui si attingono i parametri extra-sistemici».

<sup>6</sup> *Ivi*, 522. Nel medesimo scritto, Lollini aveva altresì classificato le diverse tecniche utilizzate dalla Corte sudafricana nel ricorrere al *foreign law*. L'autore aveva individuato quattro tecniche diverse che, naturalmente, possono essere anche compresenti all'interno di una medesima sentenza: 1) comparazione probatoria; 2) orizzonte ricognitivo; 3) forbice; 4) negazione esplicita di comparabilità. Lo stesso Lollini, in uno scritto successivo, ha semplificato questo schema, generalizzandolo anche a corti diverse da quella sudafricana; l'autore ha distinto un metodo comparativo c.d. *forte*, che racchiude quella che originariamente aveva chiamato *comparazione probatoria*, dal metodo comparativo c.d. *debole*, che invece racchiude la seconda e la terza tecnica summenzionate. Al di là di quello che si potrebbe desumere dall'aggettivazione che caratterizza, in realtà, il tipo di inferenza, secondo l'autore, è sempre preferibile fare ricorso al metodo debole proprio perché con esso non ci si limita ad acquisire supinamente una *ratio decidendi* desunta dal diritto straniero e applicata, anzi, giustapposta, al caso interno; al contrario, avvalendosi della comparazione c.d. debole, il *foreign law* funge semplicemente da guida, da bussola per orientare il giudice nell'individuazione della soluzione più confacente al caso interno. Si veda A. Lollini, *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi "forte" e "debole" a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2012, 973-1017.

<sup>7</sup> A questo proposito, è importante chiarire che, quando si parla del Sudafrica, come anche di altri Paesi della medesima area geografica (la Namibia, ad esempio) si parla sovente di *Roman-Dutch (common) law*, come eredità della colonizzazione olandese di questa parte del continente africano, in opposizione al *common law* di matrice britannica, che pure si è diffuso, in Sudafrica come in altri Paesi, per effetto dell'alternanza delle due dominazioni nei medesimi territori. Tuttavia, bisogna sempre tener conto che,

più o meno lontano ha lasciato in eredità una lingua comune e un patrimonio giuridico che, almeno in parte, le avvicina<sup>8</sup>.

Peraltro, come si vedrà, se è vero che la *Constitutional Court*, in un primo momento, sembrava aver individuato quelli che potremmo chiamare degli interlocutori privilegiati (il Canada, gli Stati Uniti nonché, tra i sistemi di diritto internazionale, la CEDU), negli ultimi anni, essa sembra aver ampliato notevolmente lo spettro delle società aperte e democratiche a cui guardare, ridimensionando in proporzione il peso e l'influenza delle due grandi corti nordamericane.

Da ultimo, è bene ricordare che, in un ordinamento composito come quello sudafricano, crocevia di culture e tradizioni giuridiche diverse, la comparazione ha, in realtà, sempre caratterizzato l'operato dei giudici ordinari a tutti i livelli, ben prima che venisse istituita una Corte costituzionale e che venisse introdotta una norma costituzionale *ad hoc* per disciplinare il ricorso al *foreign law*<sup>9</sup>. Anche prima della transizione democratica, i giudici sudafricani, mediando tra influssi giuridici di matrice differente, avevano sperimentato il metodo comparativo in diverse aree del diritto<sup>10</sup>.

Ovviamente, non è possibile dar conto in questa sede di tutta la giurisprudenza sudafricana che fa uso dell'argomento comparativo; nonostante, rispetto ad altre corti, quella di Johannesburg abbia relativamente pochi anni di attività alle spalle, il ricorso alla comparazione è stato praticato con tale intensità e frequenza e in maniera talmente approfondita che offrirne una ricostruzione completa è, quanto meno,

---

proprio per questa ragione, si tratta pur sempre di sistemi ibridi, che condensano elementi di entrambe le tradizioni, quella del *common law* in senso stretto e quella del *Roman-Dutch law* (prevalente in Sudafrica) che, in realtà, si riconnette alla tradizione di *civil law* e di diritto scritto di stampo europeo-continentale; in ogni caso, è agevole verificare come, da un settore giuridico all'altro, sia per quanto riguarda il diritto sostanziale, sia quello processuale, sia l'organizzazione del sistema giudiziario e del controllo di costituzionalità, abbia prevalso l'influenza dell'una o dell'altra tradizione. Per una trattazione ampia e dettagliata del tema, che esula dagli scopi di questo lavoro, si vedano i fondamentali volumi di M. Nicolini, *La giustizia costituzionale in Africa australe: l'eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015; Id., *L'altra law of the land. La famiglia giuridica "mista" dell'Africa australe*, Bologna, 2016. Si veda, altresì, L.W.H. Ackermann, *La comparazione costituzionale in Sud Africa*, in B. Markesinis, J. Fedtke (cur.), *Giudici e diritto straniero*, cit., 361-387; in particolare, 363-364. Cfr. anche V. Federico, *Sudafrica*, Bologna, 2009, 87-88.

<sup>8</sup> Sul punto si veda A.M. Slaughter, *A global community of courts*, in 44 *Harv. Int'l L.J.* 191 (2003); già vent'anni or sono, in questo saggio divenuto un classico della letteratura sul ricorso alla comparazione costituzionale, l'autrice evidenziava l'appartenenza e la feconda partecipazione della Corte sudafricana alla *global community of courts*; v. 195 ss.

<sup>9</sup> Sul punto si veda D.M. Davis, *Constitutional borrowing*, cit., 192. Che la vocazione comparativa della Corte costituzionale sudafricana prescindendo dalla specifica previsione di cui alla *section 39* lo ha sostenuto anche il giudice L.W.H. Ackermann, *La comparazione costituzionale in Sud Africa*, cit., 366: «Non vi è il benché minimo dubbio che, considerato l'*ethos* del diritto comparato in Sud Africa, la corte avrebbe fatto ugualmente affidamento sul diritto straniero, anche se queste norme costituzionali non vi fossero state». Cfr. anche Id., *Constitutional comparativism in South Africa*, in 123(3) *S. Af. L.J.* 497 (2006); 500.

<sup>10</sup> V. *supra*, n. 7.

un'impresa ardua<sup>11</sup>. Pertanto, si è scelto di analizzare alcune decisioni che ci appaiono particolarmente significative e per il tema trattato e, soprattutto, in quanto esemplificative del modo in cui la Corte si accosta al *foreign law*. L'analisi che segue ha quindi, evidentemente, carattere selettivo e non ha alcuna pretesa di esaustività.

## 2. Temi e metodi della comparazione sudafricana

Ci limiteremo, quindi, ad analizzare, in ordine cronologico, quattro casi che riteniamo paradigmatici per quanto concerne l'atteggiamento dei giudici di Johannesburg nei confronti del diritto straniero.

Nell'aprile 1995, la neoistituita Corte costituzionale sudafricana decide il caso *Zuma*<sup>12</sup>, avente a oggetto la legittimità costituzionale della *reverse onus provision* a vantaggio dell'accusa, introdotta nel *Criminal Procedure Act* nel 1977, a proposito del carattere libero e volontario della dichiarazione confessoria (indispensabile ai fini della sua utilizzabilità nel processo).

Qui, il canone delle *open and democratic societies* viene evocato immediatamente; infatti, il giudice Kentridge, scrivendo per una Corte unanime, richiama, in tema di ampiezza e portata dell'interpretazione costituzionale, prima una sentenza del *Privy Council*<sup>13</sup> e successivamente una fondamentale pronuncia della Corte Suprema canadese<sup>14</sup>, per poi concludere che «a constitution embodying fundamental rights should *as far as its language permits* be given a broad construction»<sup>15</sup>. La Corte situa, quindi, il proprio orizzonte comparativo; tuttavia, la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in materia di presunzioni volte a invertire l'onere della

---

<sup>11</sup> Per una panoramica generale sulla giurisprudenza costituzionale sudafricana che ricorre all'argomento comparativo, richiamiamo, almeno, i contributi di: 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, 2007, 379-454; 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-Portland, 2013, 185-209; A. Rinella, V. Cardinale, *The comparative legal tool-kit of the Constitutional Court of South Africa*, in G.F. Ferrari (Ed.), *Judicial cosmopolitanism. The use of foreign law in contemporary constitutional systems*, Boston-Leiden, 2019, 217-259. Si veda, altresì, U. Bentele, *Mining for gold: the Constitutional Court of South Africa's experience with comparative constitutional law*, in 37(2) *Ga. J. Int'l & Compar. L.* 219 (2009).

<sup>12</sup> *S. v. Zuma and Others* (CCT 5/94), [1995] ZACC 1. Questa sentenza appartiene ancora al periodo di vigenza della Costituzione sudafricana provvisoria del 1993; non a caso, la normativa impugnata, poi smantellata dalla pronuncia della Corte, risale a un periodo precedente alla transizione democratica, mentre il parametro costituzionale rilevante è individuato nella *section 25* della *Interim Constitution*, che contempla tutte le garanzie attinenti al giusto processo, tra cui la presunzione di innocenza, il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione.

<sup>13</sup> *Minister of Home Affairs (Bermuda) v. Fisher*, [1980] AC 319 (PC).

<sup>14</sup> *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295.

<sup>15</sup> *S. v. Zuma*, cit., § 18.

prova<sup>16</sup> - la prima a essere analizzata - viene esaminata, senza però aderirvi, in quanto le maglie del *rational connection test*, da essa elaborato, appaiono, agli occhi dei giudici di Johannesburg, troppo labili e troppo facili da valicare. La *Constitutional Court* sposta poi la propria attenzione sull'ordinamento canadese<sup>17</sup>, con cui scopre di condividere una concezione sostanziale e pervasiva della presunzione di innocenza e delle altre garanzie che la circondano, ivi compreso il privilegio contro l'autoincriminazione; inevitabile corollario di ciò è il fatto che anche la regola circa l'ammissibilità delle confessioni rese in fase pre-processuale venga concepita non tanto come una norma di carattere procedurale, concernente la disciplina probatoria, quanto piuttosto come una norma di portata sostanziale, suscettibile di inficiare o di erodere la presunzione di innocenza.

Ci occupiamo, quindi, del caso *S. v. Makwanyane*<sup>18</sup>, *leading case* della Corte sudafricana che ha sancito l'incostituzionalità della pena capitale, pur nella consapevolezza che, dato il grado di complessità di tale pronuncia, potremo solo limitarci a trattarne gli aspetti per noi più rilevanti. Qui la riflessione della Corte sul *foreign law* si apre con una sorta di dichiarazione d'intenti:

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<sup>19</sup>.

In questo caso, il ragionamento della Corte si focalizza sulla ricerca e la costruzione del significato da attribuire al parametro della «pena crudele, inumana o degradante»<sup>20</sup>, prendendo le mosse, ancora una volta, dalla giurisprudenza statunitense e, in particolare dalla sentenza *Furman v. Georgia*<sup>21</sup>. Il principio fondamentale, che la Corte sudafricana mutua dalla giurisprudenza americana, è il c.d. principio *death is different* per cui gli standard ordinari, alla luce dei quali normalmente si valutano la congruità e l'adeguatezza degli altri metodi di repressione penale, mal si addicono alla pena capitale, proprio per il suo carattere irrevocabile e definitivo; e, tuttavia, la riflessione approfondita sul sistema americano porterà nuovamente i giudici di Johannesburg a percepire la distanza, piuttosto che le affinità, tra i due ordinamenti e a scegliere di valutare soluzioni diverse da quelle

---

<sup>16</sup> *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979).

<sup>17</sup> Della vasta giurisprudenza canadese in tema di *reverse onus provision*, Kentridge cita principalmente tre decisioni: *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103; *R. v. Whyte*, [1988] 2 SCR 3; *R. v. Downey*, [1992] 2 SCR 10.

<sup>18</sup> *S. v. Makwanyane and Another* (CCT 3/94), [1995] ZACC 3.

<sup>19</sup> *S. v. Makwanyane*, cit., § 39.

<sup>20</sup> La Costituzione provvisoria del 1993 vietava, genericamente, qualsiasi tipo di punizione crudele, inumana o degradante; tale divieto deve essere altresì coordinato con il principio di dignità umana e con la norma, presente anche nella Costituzione definitiva del 1996, che sancisce il diritto alla vita di ciascun individuo.

<sup>21</sup> *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

americane<sup>22</sup>. La pronuncia si snoda poi attraverso una riflessione comparatistica, articolata e dettagliatissima, sul principio dignità, tracciando un orizzonte di comparazione vastissimo<sup>23</sup> che contribuisce a rendere questa sentenza un vero e proprio laboratorio della comparazione.

Un altro caso esemplificativo è *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*<sup>24</sup>, decisione con cui la Corte ha sancito l'incostituzionalità della normativa incriminatrice del reato di sodomia. Il *reasoning* di questa sentenza fa perno essenzialmente su tre cardini: il principio di eguaglianza (*section 9*); la *human dignity* (*section 10*); il diritto alla *privacy* (*section 14*); peraltro, il riferimento al diritto straniero accompagna tutto l'iter della decisione, intessendo di sé tutto lo sviluppo argomentativo della pronuncia.

Nell'analizzare il *definite trend towards decriminalisation*<sup>25</sup> all'interno delle *open and democratic societies*, non mancano i riferimenti consueti al Canada<sup>26</sup> e alla Corte di Strasburgo<sup>27</sup>. L'aspetto più interessante ai nostri fini resta, tuttavia, il nodo della giurisprudenza statunitense, all'epoca ancora dominata da *Bowers v. Hardwick*<sup>28</sup>, la sentenza del 1986 che aveva fatto salvo il reato di sodomia.

Consapevole che, in quel momento storico e in relazione a quel tema, gli Stati Uniti costituivano una rara eccezione nell'ambito delle *Western democracies*, il giudice Ackermann sembra voler marcare la distanza dal contesto costituzionale statunitense, in termini netti e quasi trancianti:

Our 1996 Constitution differs so substantially, as far as the present issue is concerned, from that of the United States of America that the majority judgment in *Bowers* can really offer us no assistance in the construction and application of our own Constitution. The 1996 Constitution contains express privacy and dignity guarantees as well as an express prohibition of unfair discrimination on the ground of sexual orientation, which the United States Constitution does not<sup>29</sup>.

Come si evince dai casi esaminati finora, mentre nei confronti della giurisprudenza canadese e della CEDU, i giudici sudafricani attuano una comparazione "per somiglianza" o, se vogliamo, per contiguità o per affinità,

---

<sup>22</sup> *S. v. Makwanyane*, cit., § 56: «[...] we should not follow this route».

<sup>23</sup> Tra i diversi riferimenti, di cui non è possibile dar conto integralmente in questa sede, la riflessione della Corte tocca la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 1977 sulla costituzionalità dell'ergastolo ([1977] 45 *BVerfGE* 187), la sentenza della Corte Suprema canadese *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 SCR 779, la sentenza CEDU *Soering v. United Kingdom*, n. 14038/88, ECHR, 7 luglio 1989, nonché, allo scopo di prenderne le distanze, la giurisprudenza della Corte Suprema indiana (*Bachan Singh v. State of Punjab*, AIR 1980 SC 898, [1980]).

<sup>24</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others* (CCT 11/98), [1998] ZACC 15.

<sup>25</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, cit., Ackermann, J., opinion of the Court, § 39.

<sup>26</sup> *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 SCR 493; *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR 513.

<sup>27</sup> *Norris v. Ireland*, n. 10581/83, ECHR, 26 ottobre 1988; *Dudgeon v. United Kingdom*, n. 7525/76, ECHR, 22 ottobre 1981.

<sup>28</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>29</sup> *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, cit., § 55.

nel caso degli Stati Uniti ci troviamo sovente di fronte a una comparazione che potremmo definire “per contrasto” o per opposizione o differenziazione, un richiamo continuo che, però, spesso, risulta dissonante rispetto all’ordinamento sudafricano<sup>30</sup>.

Degna di nota ai nostri fini è poi la sentenza, emessa dalla Corte nel 2014, *H. v. Fetal Assessment Centre*<sup>31</sup>, avente ad oggetto il c.d. danno da nascita indesiderata (*wrongful life*, nel lessico di *common law*)<sup>32</sup>.

Per quanto concerne il ricorso alla comparazione, al di là del dato quantitativo rilevante<sup>33</sup>, ma che certo è tutt’altro che un’eccezione nella giurisprudenza sudafricana, ciò che più ci interessa è che questa pronuncia rappresenta, per la Corte, l’occasione di ribadire e di illustrare, ancora una volta, il proprio metodo comparativo e, soprattutto, le ragioni e i motivi che la spingono ad attingere al diritto straniero<sup>34</sup>. Tuttavia, la Corte è consapevole della necessità di vagliare e di selezionare con attenzione gli ordinamenti a cui guardare e le soluzioni giuridiche a cui, eventualmente, attingere; ove i presupposti di partenza tra l’ordinamento sudafricano e quello straniero differiscano troppo profondamente, anche le risposte

---

<sup>30</sup> Come ha sottolineato A. Lollini, *La circolazione degli argomenti*, cit., 515, il divario tra i due ordinamenti, forse, si accentua ulteriormente quando ci si sposta sul terreno, che non abbiamo qui modo di esplorare, della libertà religiosa e, soprattutto, della libertà di espressione, notoriamente l’ambito privilegiato di emersione del c.d. *American Exceptionalism*. Si veda, a titolo esemplificativo, la sentenza *S. v. Mamabolo* (CCT 44/00), [2001] ZACC 17, a proposito del reato di oltraggio alla corte (*scandalising the court*), in cui il giudice Kriegler evidenzia in modo particolarmente netto la differenza tra il posto attribuito alla *freedom of expression* nella Costituzione di Philadelphia e il ruolo riconosciute dalla Costituzione sudafricana e da altri ordinamenti di *common law*, in cui essa non gode di un *superior status* e può più facilmente essere sacrificata all’esito di operazioni di bilanciamento con altri diritti o principi, *in primis* quello della *human dignity*.

<sup>31</sup> *H. v. Fetal Assessment Centre* (CCT 74/14), [2014] ZACC 34.

<sup>32</sup> Nello specifico, il caso riguardava l’esperibilità dell’azione per il risarcimento di tale danno da parte dei genitori in nome e per conto del figlio minore, azione apparentemente preclusa dal *common law* sudafricano e ritenuta invece legittima dalla Corte di Johannesburg alla luce dei diritti del minore, puntualmente disciplinati dalla *section 28* della Costituzione e, soprattutto, in relazione ai *child’s best interests* di cui alla *section 28 (2)*.

<sup>33</sup> Come altre sentenze della Corte di Johannesburg, anche questa presenta una dettagliatissima appendice ricognitiva del diritto straniero in materia, in particolare, sull’ammissibilità, nei vari ordinamenti, di un’azione propria del minore - ma esperibile dai genitori - per il risarcimento del danno da *wrongful life*.

<sup>34</sup> *H. v. Fetal Assessment Centre*, cit., §§ 31-32: «Foreign law has been used by this Court both in the interpretation of legislation and in the development of the common law. Without attempting to be comprehensive, its use may be summarised thus: (a) foreign law is a useful aid in approaching constitutional problems in South African jurisprudence. South African courts may, but are under no obligation to, have regard to it. (b) In having regard to foreign law, courts must be cognisant both of the historical context out of which our Constitution was born and our present social, political and economic context. [...] The relevant question then is what role foreign law can fulfil in considering this case. Where a case potentially has both moral and legal implications in line with the importance and nature of those in this case, it would be prudent to determine whether similar legal questions have arisen in other jurisdictions».

concrete fornite a singole questioni giuridiche non saranno suscettibili di “transitare” da un sistema all’altro. Afferma la Corte:

«[...] it is necessary for this Court to consider the context in which these problems have arisen and their similarities and differences to the South African context. Of importance is the reasoning used to justify the conclusion reached in each of the foreign jurisdictions considered, and whether such reasoning is possible in light of the Constitution’s normative framework and our social context. [...] The similarities and differences between the constitutional dispensation in other jurisdictions and our Constitution must be evaluated. Jurisprudence from countries not under a system of constitutional supremacy and jurisdictions with very different constitutions will not be as valuable as the jurisprudence of countries founded on a system of constitutional supremacy and with a constitution similar to ours. [...] Any doctrines, precedents and arguments in the foreign jurisprudence must be viewed through the prism of the Bill of Rights and our constitutional values»<sup>35</sup>.

A coloro che guardano con sospetto alle dinamiche della comparazione, la Corte sudafricana offre quindi l’immagine di un giudice costituzionale avveduto e cauto, assolutamente edotto delle implicazioni e dei rischi che possono derivare dal ricorso al diritto straniero come argomento del *reasoning* costituzionale, ma non per questo disposto a rinunciare alle possibilità che il riferimento alle fonti c.d. extra-sistemiche potenzialmente dischiude all’interprete.

### 3. Il futuro della comparazione costituzionale sudafricana. Conclusioni

Negli ultimi anni, si potrebbe essere tentati di pensare che la vena comparativa di molte corti costituzionali e di vertice, che in anni passati ci avevano abituato a pronunce particolarmente ricche e innovative sotto questo profilo, si sia, in qualche modo, esaurita o prosciugata; certo, se guardiamo al panorama comparatistico nel suo insieme, la fertile stagione degli anni 2000-2010 sembra aver subito una lenta e graduale, ma inesorabile battuta d’arresto e, parallelamente, anche l’interesse e l’attenzione della dottrina nei confronti di questo tema si sono, almeno in parte, affievoliti.

Guardando nello specifico al contesto sudafricano, bisogna considerare due fattori, tra loro connessi: da un lato, come accennavamo, la Corte di Johannesburg non è più, com’era nei primi anni Novanta, il giovane giudice costituzionale di un Paese ancora in via di democratizzazione, impegnato ad accreditarsi sul piano internazionale e a emanciparsi da un passato di segregazione e di negazione dei diritti umani fondamentali; dall’altro, come alcuni hanno evidenziato, la Corte costituzionale sudafricana, sia all’interno che all’esterno del contesto continentale africano, è passata, sempre più spesso, dal ruolo di giudice *borrower* a quello di *lander*, assurgendo ad «attore di riferimento della *judicial conversation*»<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> *H. v. Fetal Assessment Centre*, cit., §§ 31-32.

<sup>36</sup> La definizione è di M. Nicolini, “When Southern African courts join the conversation”: *considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*,

Se questo è vero, però, una spia importante per il futuro della *constitutional comparison* sudafricana può forse essere rinvenuta in una pronuncia, abbastanza recente, della *Supreme Court of Appeal* (SCA); nonostante si tratti di un caso che, *in primis* per ragioni procedurali, non è mai arrivato dinanzi alla Corte di Johannesburg, lo citiamo proprio perché è a pieno titolo materia di diritto costituzionale, per giunta su un tema particolarmente rilevante e sensibile, affrontato, negli ultimi anni, da molte corti costituzionali o di vertice nei diversi Paesi. Trattasi della sentenza *Minister of Justice v. Estate Stransham-Ford*<sup>37</sup> in tema di suicidio assistito; senza addentrarci troppo nel merito della causa e nei motivi che hanno spinto la SCA a cassare l'operato della *High Court* che aveva autorizzato, in un caso specifico, il ricorso al suicidio assistito, segnaliamo che tale decisione si traduce in un'ampia e ricca riflessione costituzionalistica sull'argomento in questione ed è sintomatica, tra l'altro, del modo in cui le corti sudafricane - evidentemente, non solo la Corte costituzionale - si accostano alla comparazione quale metodo che concorre alla costruzione di un *legal reasoning* robusto e ben articolato.

In effetti, la mancanza di un'analisi approfondita del panorama del *foreign law* è uno dei tanti difetti di istruttoria che la SCA imputa alla Corte inferiore; la pronuncia della SCA si caratterizza, invece, proprio per l'ampissimo spazio dedicato alla ricognizione del diritto straniero<sup>38</sup>, tenendo conto della varietà delle "fonti" e dei formanti intervenuti a disciplinare la materia nei diversi Paesi e, soprattutto, tracciando un orizzonte comparatistico vastissimo, che spazia dalla CEDU<sup>39</sup> alle giurisdizioni di singoli Stati americani<sup>40</sup>, dal Regno Unito<sup>41</sup> al Canada<sup>42</sup>, dalla Nuova Zelanda<sup>43</sup> alla Colombia<sup>44</sup>, passando per diversi Paesi europei (tra cui Paesi

---

in E. Cukani, M. Dicosola, M. Nicolini, G. Poggeschi (cur.), *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un "itinerario" geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, 81-133, 82.

Si veda, altresì, S. Nabaneh, *Judicial Globalization Symposium* in [www.satangnabaneh.com](http://www.satangnabaneh.com): «Thus, South Africa's transformative human rights jurisprudence has made a significant contribution to international human rights literature that is cited by foreign courts such as the Canadian Supreme Court as well as contributing to international human rights law-making».

<sup>37</sup> *Minister of Justice and Correctional Services and Others v. Estate Late James Stransham-Ford and Others* (531/2015), [2016] ZASCA 197.

<sup>38</sup> La sentenza è corredata da un'appendice che approfondisce ulteriormente, anche con puntuali e testuali riferimenti normativi, le fonti del *foreign law* richiamate nella pronuncia.

<sup>39</sup> *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, ECHR, 29 aprile 2002.

<sup>40</sup> *Baxter v. Montana*, 2009 MT 449; *Morris v. Brandenburg*, 2016 NMSC 027 (376 P.3d 836). Viene citato, altresì, il *leading case* della Corte Suprema Federale *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997).

<sup>41</sup> *Pretty v. Director of Public Prosecutions and Secretary of State for the Home Department*, [2001] UKHL 61; *R. (Nicklinson) v. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38.

<sup>42</sup> *Rodriguez v. Attorney-General of Canada*, [1993] 3 SCR 519; *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 331.

<sup>43</sup> *Seales v. Attorney-General*, [2015] NZHC 1239.

<sup>44</sup> Constitutional Court sentence, C-239/97.

Bassi<sup>45</sup> e Irlanda<sup>46</sup>). Al pari della Corte costituzionale in altri frangenti, la SCA appare ben consapevole delle differenze che, in questo specifico caso, intercorrono tra i diversi ordinamenti, non solo a livello culturale e normativo, ma, altresì, a livello di contesto socio-economico e di sistema sanitario<sup>47</sup> e, tuttavia, ritiene comunque che quello proveniente dal diritto straniero sia un apporto fondamentale alla riflessione costituzionale, in particolare in un ambito, come quello del suicidio assistito, in cui le corti sudafricane (e non solo) si trovano ancora su un terreno *de iure condendo*, più che davanti ad una disciplina elaborata e compiuta che spesso il legislatore appare restio a dettare. L'essenziale è che il ricorso all'argomento comparativo non si traduca in una sovrapposizione *sic et simpliciter* di soluzioni giuridiche da un ordinamento all'altro.

The variety of answers they give to the problems under consideration is instructive in considering how our courts, when faced with a proper case, might address those problems within the context of our own society and its needs. They also stand as a cautionary warning against any too ready assumption that the approach in a foreign court can readily be transplanted to South African soil<sup>48</sup>.

Emerge, quindi, ancora una volta, in questa sentenza che proviene dalla massima istanza giurisdizionale del Paese dopo, o forse si potrebbe dire insieme, alla *Constitutional Court*<sup>49</sup>, la predisposizione e l'apertura della

---

<sup>45</sup> Qui il riferimento non è di tipo giurisprudenziale, ma è più articolato, guardando prima all'evoluzione dell'interpretazione dottrinale delle norme penali che vietavano l'istigazione e l'aiuto al suicidio, nonché l'omicidio del consenziente, poi alle innovazioni legislative in materia introdotte nei primi anni Duemila.

<sup>46</sup> *Fleming v. Ireland*, [2013] IESC 19.

<sup>47</sup> *Minister of Justice v. Estate Stransham-Ford*, cit., § 98: "South Africa is a very different country facing very different challenges from countries such as Canada, Switzerland, the Netherlands, Belgium and Luxembourg, and states such as Oregon, Washington, California, Vermont and Colorado in the United States. Those countries and states have sophisticated health care systems and extensive palliative care networks. Comparatively speaking they are wealthy. South Africa is not".

<sup>48</sup> *Minister of Justice v. Estate Stransham-Ford*, cit., § 98. Si noti, da parte della SCA, l'utilizzo, forse non casuale, del verbo *transplant*.

<sup>49</sup> Per quanto concerne il riparto di giurisdizione tra le due corti, in particolare rispetto alle questioni costituzionali, è bene ricordare che, alcuni anni fa, la *Constitutional Court* è stata oggetto di una riforma che ne ha parzialmente mutato la fisionomia, avvicinandola maggiormente al modello di corte di vertice di un ordinamento di *common law* e allontanandola, invece, dal paradigma di Corte costituzionale specializzata di matrice europea-continentale. Con il XVII Emendamento alla Costituzione sudafricana, introdotto nel 2013, la Corte costituzionale è diventata la suprema istanza giurisdizionale del Paese per ogni tipo di causa che investa questioni di importanza tale che la Corte stessa ritenga di doversene occupare; in sostanza, per quanto riguarda le questioni non strettamente costituzionali, la Corte può discrezionalmente attrarre nella propria competenza una determinata controversia. Invece, fino al 2013, essa era configurata come ultima istanza per i soli *constitutional matters*, sui quali, peraltro, era ed è la sola Corte autorizzata a pronunciarsi in via definitiva; quest'ultima modifica, come dicevamo, ha inevitabilmente introdotto, in un sistema di controllo di costituzionalità già *sui generis*, un ulteriore elemento di ibridazione, facendo forse pendere maggiormente la bilancia dalla parte del paradigma di *common law*. Sul punto si veda R. Orrù, *Il Sudafrica*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Tomo I, Roma-Bari, 2014, 689-717; 716-717.

giurisprudenza costituzionale sudafricana alla comparazione, la piena consapevolezza delle sue virtualità e del suo potenziale arricchente per la riflessione del giudice, pur mantenendo l'atteggiamento cauto di chi sa che la *constitutional cross-fertilization* non passa, o almeno non dovrebbe passare, né per una sorta di *cherry-picking*, né, necessariamente, per una sterile omologazione; la comparazione si pone, allora, quale strumento, anche e soprattutto, per una valorizzazione delle differenze da cui trarre, quando e se è possibile, una sintesi che tuttavia non equivalga a una completa elisione delle differenze stesse.

A parere di chi scrive, questa pronuncia della SCA, oltre a essere, al pari delle precedenti, esemplificativa del metodo costituzional-comparatistico proprio dei giudici sudafricani, è altresì, probabilmente, la decisione più interessante degli ultimi anni per la rilevanza del tema trattato. Se è vero, per i motivi cui abbiamo accennato poc'anzi, che, ultimamente, la Corte di Johannesburg non ha più scritto pagine particolarmente eclatanti<sup>50</sup>, anche per quanto concerne il profilo specifico di nostro interesse, non si può sostenere, tuttavia, che essa abbia espunto la comparazione dal proprio strumentario argomentativo.

Per quanto riguarda gli anni più recenti, la nostra analisi si svolgerà, pressoché esclusivamente, sul terreno giurisprudenziale, in mancanza della copiosa letteratura sul tema rinvenibile in relazione al primo ventennio di attività della Corte; procederemo, anche in questo caso, analizzando alcune pronunce, mettendone in luce gli aspetti più significativi ai nostri fini e tentando di trarre delle conclusioni più generali sull'evoluzione dell'atteggiamento dei giudici sudafricani nei confronti del *foreign law*.

Un dato che già emergeva dalle decisioni precedentemente analizzate - e che quelle più recenti sembrerebbero confermare - è la progressiva perdita di centralità della Corte Suprema statunitense nel *reasoning* comparativo della Corte di Johannesburg; se nelle prime sentenze di quest'ultima la Corte americana veniva costantemente evocata, magari anche solo per prenderne le distanze, essa, negli anni, ha indubbiamente perso quel ruolo di interlocutore privilegiato dei giudici sudafricani che inizialmente condivideva con la Corte canadese e con la Corte EDU.

Al contrario, non sembra che il passare del tempo abbia scalfito il prestigio che la Corte di Strasburgo gode agli occhi dei giudici di Johannesburg; lo si evince agevolmente, ad esempio, dalla recente sentenza *AK v. Minister of Police*<sup>51</sup>, in tema di responsabilità delle forze di polizia per negligenza nello svolgimento delle indagini, nel caso specifico in presenza di reati basati sulla violenza di genere. Nell'opinione di maggioranza redatta dal Justice Tlaletsi e, ancor più, nell'opinione concorrente della giudice

---

<sup>50</sup> Sulla portata e sulla rilevanza delle sentenze della Corte sudafricana potrebbe anche aver influito la riforma che l'ha investita, modificandone la fisionomia e trasformando il suo ruolo nell'ordinamento; v. *supra*, n. 49.

<sup>51</sup> *AK v. Minister of Police* (CCT 94/20), [2022] ZACC 14. I fatti che hanno dato origine alla decisione sono alquanto complessi e difficilmente sintetizzabili in questa sede; ci limitiamo qui a precisare che la pronuncia non ha ad oggetto, evidentemente, la costituzionalità di una norma, bensì l'accertamento della responsabilità dei pubblici poteri per non aver adempiuto all'obbligo di proteggere, rispettare e implementare i diritti costituzionali del singolo, obbligo che viene loro imposto dalla *section 7 (2)* del *Bill of Rights* sudafricano.

Theron, si dedica ampio spazio al confronto con altre giurisdizioni, *in primis* la Corte EDU, con la quale i giudici sudafricani sembrano riscontrare non pochi elementi di consonanza in relazione agli standard, alquanto rigorosi, da applicare alla fattispecie in questione<sup>52</sup>. Ricca e articolata è poi la panoramica delle corti di vertice dei *common law countries* (Regno Unito<sup>53</sup>, Canada<sup>54</sup>, Australia<sup>55</sup>), alle cui soluzioni la Corte di Johannesburg non aderisce pienamente, mettendo in luce i punti di contatto, ma anche alcune significative differenze nell'affrontare fattispecie analoghe a quella della pronuncia in esame. Grande assente di questa disamina è, evidentemente, la Corte di Washington D.C. che i giudici sudafricani in questo caso non citano minimamente, neppure per distaccarsene.

Un'altra decisione che riserva ampio spazio alla comparazione, ma dedica, nuovamente, scarsa attenzione, ad eventuali suggestioni provenienti da Washington D.C. è la recente pronuncia *Makana People's Centre v. Minister of Health*<sup>56</sup>, intervenuta sulla costituzionalità di alcuni profili del regime di trattamento sanitario obbligatorio per le persone inferme di mente. La sentenza, che fa salva la normativa sudafricana nella sua interezza, passa attraverso una dettagliata analisi del diritto straniero, in cui i referenti principali dei giudici di Johannesburg sono, ancora una volta, la giurisprudenza di Strasburgo<sup>57</sup>, la *House of Lords*<sup>58</sup> e la Corte Suprema canadese<sup>59</sup>, tracciando e ripercorrendo il tipo di orizzonte comparativo - "ricognitivo" verrebbe da dire, secondo la definizione di Lollini<sup>60</sup> - a cui la *Constitutional Court* ci ha abituato nel corso di questo suo primo trentennio di attività<sup>61</sup>. Trattasi, come si è visto, di un orizzonte fortemente situato nella

<sup>52</sup> *Makaratzis v. Greece*, n. 50385/99, ECHR, 20 dicembre 2004; *MC v. Bulgaria*, n. 39272/98, ECHR, 4 dicembre 2003; *Menson v. United Kingdom*, n. 47916/99, ECHR, 6 maggio 2003; *Fanzyeva v. Russia*, n. 41675/08, ECHR, 18 settembre 2015.

<sup>53</sup> *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1987] UKHL 12; *Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [2005] UKHL 24; *Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2018] UKSC 4; *Commissioner of Police of the Metropolis v. DSD*, [2018] UKSC 11.

<sup>54</sup> *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, [2005] 202 O.A.C. 310 (CA); *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, [2007] 3 SCR 129.

<sup>55</sup> *Sullivan v. Moody*, [2001] HCATrans 372.

<sup>56</sup> *Makana People's Centre v. Minister of Health and Others* (CCT 125/22), [2023] ZACC 15. In questo caso la Corte costituzionale ha cassato la sentenza della *High Court* di Pretoria che aveva dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni del *Mental Health Care Act* in quanto ritenute illegittime ai sensi delle *section 10, 12 e 34* del *Bill of Rights*.

<sup>57</sup> *X v. the United Kingdom*, n. 7215/75, ECHR, 5 novembre 1981; *HL v. The United Kingdom*, n. 45508/99, ECHR, 5 ottobre 2004; *Stanev v. Bulgaria*, n. 36760/06, ECHR, 17 gennaio 2012; *MB v. Poland*, n. 60157/15, ECHR, 14 ottobre 2021.

<sup>58</sup> *Attorney General v. Associated Newspaper Group Plc.*, [1989] 1 All ER 604; *Pickering v. Liverpool Daily Post and Others*, [1991] UKHL J0131-1; *MH v. Secretary of State for the Department of Health*, [2005] UKHL 60.

<sup>59</sup> *Valente v. The Queen*, [1985] 2 SCR 673.

<sup>60</sup> V. *supra*, n. 6.

<sup>61</sup> Questo *excursus* di carattere comparativo condotto dal giudice Rogers, estensore dell'opinione unanime della Corte, si chiude con una rapida panoramica delle procedure relative al trattamento sanitario obbligatorio vigenti in alcuni Stati americani (New York, California, Florida, etc.), nonché in Nuova Zelanda e in alcuni Paesi africani ed

tradizione di *common law*, attento com'è ai Paesi che ad essa si riferiscono, ma che trova, altresì, nel sistema CEDU, col coacervo di tradizioni giuridiche diverse che vi sono confluite, una sorta di faro giurisprudenziale permanente; un metodo comparativo flessibile e ormai indiscutibilmente collaudato che promette, ragionevolmente, di caratterizzare l'operato della Corte sudafricana nel lungo periodo, a prescindere dalle specifiche questioni che essa si troverà ad affrontare in futuro.

Per concludere, è opportuno, forse, richiamare, ancora una volta, le parole del giudice Kentridge:

«Il testo costituzionale di una corte dev'essere senza dubbio prevalente eppure, posta una comprensione sensata del giusto ruolo del diritto comparato, si deve certamente dare il benvenuto a un suo uso esteso. Una cultura transnazionale, benché non universale, dei diritti si è sviluppata nel mondo nei cinquant'anni successivi alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Per usare le parole del giudice Kennedy, siamo parte di una civiltà più ampia con valori condivisi. Se i giudici guardano al mondo quando dibattono di questi valori, possiamo solo applaudire»<sup>62</sup>.

Chiara De Santis  
Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici  
"Sapienza" - Università di Roma  
[chiara.desantis@uniroma.it](mailto:chiara.desantis@uniroma.it)

---

europei; quest'ultima parte dell'analisi si sposta, quindi, esclusivamente sul versante legislativo, senza indagare la giurisprudenza degli ordinamenti da ultimo citati. Per ulteriori spunti sugli itinerari recenti della comparazione costituzionale in Sudafrica si veda, altresì, *EB (born S) v. ER (born B) and Others* (CCT 364/21); *KG v. Minister of Home Affairs and Others* (CCT 158/22), [2023] ZACC 32, sulla costituzionalità della legislazione relativa al regime patrimoniale dei beni a seguito dello scioglimento del matrimonio.

<sup>62</sup> S. Kentridge, *Il diritto comparato nel giudizio costituzionale*, in B. Markesinis, J. Fedtke (cur.), *Giudici e diritto straniero*, cit., 444.