

Aderenza al testo e interpretazione costituzionale. Riflessioni dalle esperienze australiana e neozelandese

di Enrico Andreoli

Abstract: *Textualism and constitutional interpretation. Reflections from the Australian and New Zealand experiences* - A comparative examination on the relationship between written norms and the interpretation given by the courts can bring to attention a multiplicity of experiences. With specific reference to constitutional interpretation, the U.S. system, which has a written constitution as well as a Bill of Rights, the Australian system, which has a constitutional text but no Charter of Fundamental Rights and Freedoms, and the New Zealand system, where a constitution is absent, but the New Zealand Bill of Rights Act is present at the same time, will be considered here. In this way, we will ask about the value of the presence or absence of the constitutional text with reference to its literal interpretation.

Keywords: Common law; Constitution; Constitutional interpretation; Originalism; Textualism.

775

1. *Originalism and Beyond*: testualismo comparato?

Nei costantemente dibattuti rapporti tra potere politico rappresentativo e attivismo giudiziario, l'esistenza o meno di un testo costituzionale di tipo scritto può conferire alle corti una diversa capacità di impattare, interpretandolo, il significato del testo stesso. In questa sede, l'argomento verrà approfondito con particolare riferimento al valore dato all'interpretazione testuale ad opera delle corti.

Come prima approssimazione, a un estremo di questa analisi può essere posizionata una costituzione scritta come quella australiana, priva di una carta dei diritti fondamentali. All'estremo opposto possono trovare spazio quelle costituzioni scritte – come, ad esempio, quella statunitense – che proclamano invece come preminenti (costituzionalizzandoli) taluni diritti e libertà, lasciando poi alle corti il compito di dichiararne il significato in casi particolari.

Una diversa variante, invece, è rappresentata da una struttura costituzionale come può essere quella neozelandese, priva di una costituzione scritta e nella quale la fonte (prima e) ultima del potere è il Parlamento eletto. In questa ipotesi di “supremazia parlamentare”, qualsiasi atto legislativo chiaramente formulato e correttamente approvato deve essere applicato dai tribunali, indipendentemente dal fatto che i giudici non eletti ne apprezzino o meno il contenuto sostanziale.

All'interno di un quadro così introduttivamente tratteggiato, l'adozione di un testo costituzionale come norma fondamentale dell'ordinamento può sottendere, fra gli altri, due punti di vista contrastanti.

Il primo prende a riferimento il fatto che una costituzione scritta risulta utile a enfatizzare talune regole ritenute basilari per l'architettura costituzionale. Un testo potrà contenere, in tal senso, diverse regole organizzative: la precisa enumerazione dei poteri tra i diversi livelli di governo, le regole relative alle modalità di selezione dei membri delle camere del Parlamento, le disposizioni relative alla selezione del potere giudiziario, così come la procedura per emendare la costituzione stessa, e così via.

Secondo questo primo punto di vista, incasellare in senso rigido e 'statico' queste regole esprime lo scopo principale per l'adozione di una costituzione scritta, posto che le costituzioni sono meglio intese come una serie di dettami che impongono vincoli all'intero ordinamento giuridico.

Justice Scalia, nel caso dell'ordinamento statunitense, ha affermato in tal senso che: «It certainly cannot be said that a constitution naturally suggests changeability; to the contrary, its whole purpose is to prevent change – to embed certain rights in such a manner that future generations cannot readily take them away. A society that adopts a bill of rights [for instance] is skeptical that 'evolving standards of decency' always 'marks progress,' and that societies always 'mature' as opposed to rot»¹.

Il secondo punto di vista è molto differente: una costituzione non ha a che fare con il cesellamento ordinamentale, quanto, piuttosto, è intesa principalmente alla stregua di una dichiarazione dei valori fondamentali di quell'ordinamento, nonché il veicolo attraverso il quale questi stessi valori vengono definiti e tutelati. Questa seconda concezione vede il testo costituzionale come un 'contenitore', ovvero «a living tree»², in grado di essere aggiornato – ed eventualmente modificato – con il passare del tempo e con le mutate esigenze della società.

Nella prospettiva indicata in apertura – ovvero, l'interpretazione testuale ad opera delle corti della norma assunta come fondamentale – hanno particolare interesse il già richiamato caso australiano, da un lato, nonché l'altrettanto menzionato caso neozelandese, dall'altro: il primo, quale esempio di ordinamento nel quale è presente una costituzione scritta ed è assente un *Bill of Rights*; il secondo, all'opposto, per l'assenza di una costituzione scritta e la contestuale presenza di un *Bill of Rights*.

L'esame che verrà svolto su questi due ordinamenti muove da un preciso riferimento teorico-operativo, ossia l'enucleazione della *originalist theory* all'interno dell'ordinamento statunitense³, qui presa a riferimento in

¹ A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1998, 40. V. anche, dello stesso Autore, *Originalism: The Lesser Evil*, in 57 *U. Cin. L. Rev.* 849 (1988) e *The Rule of Law as a Law of Rules*, in 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989).

² Il riferimento va all'ordinamento canadese, precisamente alla decisione del *Judicial Committee of the Privy Council* in *Edwards v Canada AG* (Parsons Case) [1930] AC 124 (PC(UK)), 136. V. B. Oliphant, L. Sirota, *Has the Supreme Court of Canada Rejected "Originalism"?*, in 42 *Queen's L.J.* 107 (2016).

³ La letteratura sul tema è a dir poco ampia. Si segnalano, oltre ai contributi citati nella precedente nt. 1: R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*,

quanto la più nota e discussa teorizzazione in merito all'interpretazione costituzionale testuale.

I sostenitori di questo metodo interpretativo affermano, in linea di prima approssimazione, che la sua capacità di attribuire un significato fisso e determinato a una costituzione scritta lo elevi quale metodo privilegiato per l'interpretazione costituzionale, nonché a metodo essenziale per vincolare l'attivismo giudiziale. In termini generali, ci si può infatti riferire ad esso nel senso che l'interpretazione di una disposizione costituzionale risulta 'ancorata' al significato assunto da tale disposizione al momento della sua formulazione.

Quale metodo interpretativo, il c.d. *originalism* ha assunto nel tempo molteplici significati.

Parte della dottrina, ad esempio, sostiene che l'interpretazione originaria sia associata all'intento dei *framers* o dei *ratifiers* sotteso alla norma positiva (*original intent*)⁴; altra parte, invece, fa riferimento al significato semantico originale del testo costituzionale (*original meaning*)⁵.

Negli Stati Uniti d'America, il passaggio dalla prima alla seconda impostazione è stato per certi versi il risultato del contrasto al percepito attivismo della Warren Court e della Burger Court a seguito di diverse decisioni della Corte Suprema in tema di diritti e libertà fondamentali⁶. Questo contrasto ha portato le forze politiche conservatrici statunitensi, in particolar modo negli anni '70 e '80 del secolo scorso, a promuovere una

New York, 1991; M.W. McConnell, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, in 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1127 (1998); K.E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999; R.E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, in 45 *Loy. L. Rev.* 611 (1999); R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, in 75 *Fordham L. Rev.* 545 (2006); J. Greene, *Selling Originalism*, in 97 *Geo. L.J.* 657 (2009); J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, 2011. *Contra*, si segnalano (anche qui fra i molti) M.N. Berman, *Originalism Is Bunk*, in 84 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (2009); T.B. Colby, P.J. Smith, *Living Originalism*, in 59 *Duke L.J.* 239 (2009); D.A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford, 2010; P.J. Smith, *How Different Are Originalism And Non-Originalism?*, in 62 *Hastings L.J.* 707 (2011).

⁴ *Ex multis*, J. Greene, *Selling Originalism*, in 97 *Geo. L.J.* 657 (2009), nonché H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, in 98 *Harv. L. Rev.* 885 (1985). V. anche, con riferimento a una comparazione tra ordinamenti particolarmente utile al presente contributo, S.A. James, *Original Intent: The Judicial Uses of History and Constitutional Interpretation in Australia and the United States*, in 12 *Pub. Interest* 23 (1992).

⁵ K.E. Whittington, *The New Originalism*, in 2 *Geo. J.L. & Pub. Pol'y* 599 (2004); E. Meese III, *The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*, in 122 *S. Tex. L. Rev.* 455 (2008); J. Goldsworthy, *Original Meanings and Contemporary Understandings in Constitutional Interpretation*, in H.P. Lee, P. Gerangelos (Eds), *Constitutional Advancement in a Frozen Continent: Essays in Honour of George Winterton*, Annandale, 2009, 245 ss.

⁶ Si segnalano, tra le altre: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

«jurisprudence of original intentions»⁷, al fine di impedire alle corti quello che veniva ritenuto un indebito inserimento delle proprie preferenze politiche nell'interpretazione del significato costituzionale.

All'interno della stessa Corte Suprema, il già citato *Justice* Scalia svolse un ruolo chiave nella «campaign to change the label from the doctrine of original intent to the doctrine of original meaning», esortando i sostenitori dell'originalismo a cercare «the original meaning of the text, not what the original draftsmen intended»⁸. E da questo punto in avanti, la difesa dell'*original meaning* del testo costituzionale divenne sostanzialmente la pietra angolare del pensiero originalista.

Può comunque essere fatta menzione di ulteriori successive sfaccettature all'interno di questo pensiero⁹.

È stato, ad esempio, distinto tra *constitutional interpretation* e *constitutional construction*, dove la prima fa riferimento all'attività di discernimento del contenuto semantico, mentre la seconda risulta essere un 'esercizio' volto a specificare le regole costituzionali quando il significato del testo è vago¹⁰. Secondo questo approccio, la prima deve così essere integrata dalla seconda qualora non sia possibile determinare il significato originale del testo.

O ancora, si può fare menzione del *living originalism*, secondo cui si tenta di conciliare il significato originale con una visione costituzionale 'vivente'; in quest'ottica, la costituzione, pur se interpretata testualmente, dovrebbe comunque adattarsi alle mutevoli circostanze della società¹¹.

Quale che sia l'impostazione adottata, è comunque opinione tradizionale nella letteratura in materia che l'originalismo sia un fenomeno prettamente statunitense: «[o]riginalist theory has little purchase outside of the United States»¹². Secondo parte di essa, di conseguenza, parlare di *comparative originalism* potrebbe addirittura essere considerato alla stregua di un ossimoro¹³.

Va comunque detto che esiste dottrina che non vede l'originalismo come un discorso necessariamente confinato all'esperienza degli Stati Uniti d'America, bensì uno estensibile anche a ulteriori esperienze che condividono il tratto rivoluzionario originario dell'ordinamento giuridico: «countries whose courts and commentators make originalist arguments tend to come

⁷ E. Meese III, *The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution*, cit., 465.

⁸ A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, cit., 38.

⁹ V. Y. Tew, *Originalism at Home and Abroad*, in 52 *Colum. J. Transnat'l L.* 788 (2014).

¹⁰ R. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, cit., 611; Id., *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, 2013; K.E. Whittington, *The New Originalism*, cit., 599.

¹¹ J.M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, in 24 *Const. Comment* 291 (2007).

¹² «Originalism is mostly unknown outside of the United States»: J.M. Balkin, *Why Are Americans Originalist?*, in R. Nobles, D. Schiff (Eds), *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, Oxford, 2015, 2.

¹³ In tal senso Y. Tew, *Originalism at Home and Abroad*, cit., 797.

from revolutionary constitutional traditions»¹⁴. In questo senso, il fattore più rilevante che spiega l'affinità di un Paese per le argomentazioni originaliste è «whether or not its constitution created the nation that lives under the constitution, or whether the constitution merely reorganized the institutions of the country but did not create the nation that lives under the constitution»¹⁵.

O ancora, c'è chi ha fatto notare come «the only aspect of originalism that is distinctively modern and American is the name “originalism”»¹⁶.

Al di là del dibattito dottrinale sul confinamento o meno del discorso originalista alla sola esperienza statunitense, quel che sembra evidente è il fatto che, al di fuori degli Stati Uniti d'America, la sopra richiamata *originalist theory* è ben nota e indagata, anche grazie alla migrazione delle idee costituzionali¹⁷. Talvolta, viene da dire, non solo nota, ma anche 'imitata': in tal senso, la *High Court* australiana, seppur con peculiarità sue proprie, ben rappresenta l'esempio di una corte di vertice in cui le argomentazioni derivanti dalle concezioni originarie della costituzione sono maggiormente valorizzate nell'interpretazione del significato del testo costituzionale.

In prospettiva comparata, dunque, è interessante notare come appaia per certi versi rivisitabile l'assunto tradizionale secondo cui l'originalismo costituisca «a distinctly American phenomenon»¹⁸. È in questo senso che l'analisi partirà dall'esperienza australiana, al fine di valutare se l'adesione al testo nell'ambito dell'attività ermeneutica delle corti possa espandere i significati del 'testualismo' interpretativo.

2. L'approccio australiano dell'aderenza al testo nell'interpretazione costituzionale

La Costituzione australiana fu il prodotto di una convenzione costituzionale convocata a livello nazionale tra il 1897 e il 1899; il testo risultante venne sottoposto a referendum all'interno di ciascuna delle sei partizioni coloniali e successivamente presentato al Parlamento di Westminster per l'approvazione nel 1900: ciò che ne emerse fu il *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (UK)*¹⁹.

¹⁴ D. Fontana, *Comparative Originalism*, in 88 *Tex. L. Rev.* 197 (2009-2011). V. anche L.K. Weis, *What Comparativism Tells Us About Originalism*, in 11(4) *Int'l J. Const. L.* 842, 851 (2013).

¹⁵ D. Fontana, *Comparative Originalism*, cit., 190.

¹⁶ J. Goldsworthy, *Originalism in Australia*, in *DPCE Online*, 3, 2017, 607.

¹⁷ S. Choudhury, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, in S. Choudhury (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006.

¹⁸ Y. Tew, *Originalism at Home and Abroad*, cit., 797.

¹⁹ Section 9, *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp)* 63 & 64 Vic, c. 12. V. J. Quick, R.R. Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Sidney, 1901; J.A. La Nauze, *The Making of the Australian Constitution*, Melbourne, 1972; S. Ratnapala, *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory*, Sidney, 2002; N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, 2009.

Per quanto riguarda le tematiche connesse all'oggetto della presente analisi, si osserva che la Costituzione australiana non indicò (e non indica) alcunché in merito alle precise modalità di interpretazione del testo stesso.

In assenza di indicazioni formali, nell'identificazione dei principi interpretativi del testo costituzionale la *High Court of Australia* attinse inizialmente a due tradizioni²⁰: in primo luogo, al modo in cui le corti della Gran Bretagna e di altre sue colonie interpretavano gli *statutes*, comprese le costituzioni coloniali come, ad esempio, quella canadese; in secondo luogo, al modo in cui la *Supreme Court* interpretava la Costituzione statunitense.

Ad inizio '900, tuttavia, le due tradizioni si mostravano molto differenti: le corti britanniche, assorte in un contesto di supremazia parlamentare, tendevano al *formalism*, mentre negli Stati Uniti d'America si riteneva che la Corte Suprema avesse adottato un approccio allora considerato estremamente 'creativo'.

Quando le corti australiane – e, in particolar modo, la *High Court*, quale Corte di vertice dell'organizzazione giudiziaria – iniziarono a interpretare la Costituzione, le stesse scelsero allora di seguire i tradizionali principi britannici inerenti alla *statutory interpretation*, principi che oggi ben potrebbero essere ricondotti all'interno dell'*originalism* brevemente tratteggiato nel paragrafo precedente. Infatti, «British courts were firmly wedded to the core thesis of originalism: that until they are formally amended, statutory provisions continue to mean what they meant when they were enacted»²¹.

Emblematicamente, nel 1904 *Justice O'Connor* ebbe modo di affermare che «our duty in interpreting a Statute is to declare and administer the law according to the intention expressed in the Statute itself. In this respect the Constitution differs in no way from any Statute»²².

L'utilizzo da parte delle corti australiane di questo metodo interpretativo si lega al fatto che le corrispettive britanniche erano fermamente convinte della tesi centrale dell'*originalismo*: finché non formalmente modificate, le disposizioni di un atto normativo continuano a significare ciò che significavano al momento dell'emanazione dell'atto stesso.

Sotto questo profilo, è significativo il percorso evolutivo della Corte entro i suoi primi vent'anni di esistenza.

La prima composizione della *High Court of Australia* – *Chief Justice Griffith*, *Justice Barton* e *Justice O'Connor* – era formata da tre giudici che avevano partecipato attivamente all'elaborazione del testo costituzionale. In questi primi anni, molti dei casi portati all'attenzione della Corte riguardarono rivendicazioni di immunità intergovernativa: in tali casi, l'interpretazione che venne adottata fu quella precedentemente sviluppata in

²⁰ Cfr. S. Ratnapala, *Jurisprudence*, 3rd ed., Cambridge, 2017, 23-52. In tema di organizzazione territoriale dello Stato, v. anche la chiave di lettura in N. Aroney, *The Influence of German State-Theory on the Design of the Australian Constitution*, in 59 *Int. & Comp. L. Quart.* 669 (2010).

²¹ J. Goldsworthy, *Originalism in Australia*, cit., 607.

²² *Tasmania v Commonwealth*, 1 C.L.R. 329, 358-360 (1904).

materia dalla *Supreme Court* degli Stati Uniti d'America in decisioni come *McCulloch v. Maryland*²³ e *Collector v. Day*²⁴.

Nel 1906, la nomina di due nuovi giudici – *Justice Isaacs* e *Justice Higgins* – portò però all'esaltazione del formalismo da parte della *High Court*. Applicando i principi interpretativi dell'ordinamento britannico ed espressi in particolare modo dagli orientamenti del *Judicial Committee of the Privy Council*, *Justice Isaacs* insistette sul fatto che la Corte, nel decidere, dovesse essere guidata solo dal solo linguaggio della Costituzione, piuttosto che «wander at large upon a sea of speculation searching for a suitable intent by the misty and uncertain light of what is sometimes called the spirit of the document, for that is largely fashioned subjectively by the preconceptions of the individual observer»²⁵.

La definitiva consacrazione di questo formalismo ad opera della *High Court of Australia* si ebbe nel 1920, quando, nel celebre *Engineers Case*²⁶, la maggioranza affermò definitivamente come, nell'interpretazione costituzionale, dovessero essere applicati i principi interpretativi britannici – ritenuti 'aderenti al testo' – piuttosto che quelli statunitensi.

Il compito della Corte, invero, era «faithfully to expound and give effect to [the Constitution] according to its own terms, finding the intention from the words of the compact, and upholding it throughout precisely as framed ... clear of any qualifications which the people of the Commonwealth or, at their request, the Imperial Parliament have not thought fit to express»²⁷.

Il caso *Engineers* è oggi considerato una pietra miliare nella giurisprudenza costituzionale australiana. In particolare, ai fini della presente indagine, perché ha stabilito espressamente che l'interpretazione della Costituzione avrebbe seguito il modello della *statutory interpretation* (letterale) di stampo britannico. La *High Court* si sarebbe di conseguenza riferita a quelle «settled rules of construction which ... have been very distinctly enunciated by the highest tribunals of the [British] Empire»²⁸.

Si tratta, a ben vedere, dell'affermazione di un approccio all'interpretazione costituzionale che ricade chiaramente all'interno di un criterio 'testualista'. Varianti di esso hanno poi assunto in molti ordinamenti giuridici differenti definizioni (tra cui il già richiamato *originalism* statunitense): nel costituzionalismo australiano, esso è stato identificato in dottrina come *legalism*²⁹.

²³ 17 US 316 (1819).

²⁴ 79 US (11 Wall.) 113 (1871).

²⁵ *Huddart, Parker and Co Pty Ltd v Moorehead* [1909] HCA 36; 1909 8 CLR 330. V. anche *Federated Sawmill Timberyard & General Woodworkers Employees Association of Australasia v James Moore & Sons Pty Ltd* [1909] HCA 43; (1909) 8 CLR 465, 486, 501.

²⁶ *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd (Engineers)* [1920] HCA 54; (1920) 28 CLR 129.

²⁷ *Engineers*, cit., 142 e 160.

²⁸ *Engineers*, cit., 147.

²⁹ Su tutti, J. Goldsworthy, *Australia: Devotion to Legalism*, in J. Goldsworthy (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, 2006, 106-160. V., altresì, S.

Questo metodo interpretativo ha guidato le decisioni della *High Court of Australia* per decenni. Emblematico come, nel 1952, *Chief Justice Dixon* affermò che «It may be that the court is thought to be excessively legalistic. I should be sorry to think that it is anything else. There is no other safe guide to judicial decisions in great conflicts than a strict and complete legalism»³⁰.

Facendo seguito all'*Engineers Case*, in sostanza, divenne ortodossia della *High Court* interpretare la Costituzione secondo il significato ordinario del testo³¹, rifiutandosi di espandere o limitare tale significato in riferimento allo scopo di una data disposizione o della Costituzione nel suo complesso, nonché «accept ... that, unless formally amended, the words of the Constitution continue to mean what they meant in 1900»³².

Un momento di rottura di questa visione si è però verificato a partire dall'emanazione dell'*Australia Act 1986*³³, che ha di fatto interrotto tutti i legami giuridici rimanenti tra il Parlamento britannico e quello australiano.

La 'indipendenza costituzionale' australiana coincise quasi perfettamente con la nomina di Anthony Mason alla carica di Presidente della *High Court* nel 1987. Con l'ausilio di colleghi relativamente riformisti come *Justice Deane*, *Justice Gaudron* e *Justice Toohey*, *Chief Justice Mason* inaugurò un periodo di allontanamento dal rigoroso *interpretive legalism* della Corte³⁴.

La Corte Mason si atteggiò invero in maniera più disposta ad andare oltre il significato meramente testuale, mostrandosi più incline a riconoscere e tutelare diritti impliciti (non risultanti, cioè, dalla lettera del testo) all'interno della struttura costituzionale³⁵.

Questa prospettiva riformista si interruppe però presto, a far data dal 1998, con la nomina a suo Presidente di Murray Gleeson. Esplicitamente in contrasto con la Mason Court, *Chief Justice Gleeson* ebbe modo di affermare

Ratnapala, M. Cooray, *The High Court and the Constitution: Literalism and Beyond*, in G. Crave (ed.), *Commentaries on the Australian Constitution*, VI, Sidney, 1986, 203-225.

³⁰ Sir O. Dixon, *Jesting Pilate: And Other Papers and Addresses*, Alexandria, 1965, 247.

³¹ J. Kirk, *Constitutional Interpretation and a Theory of Evolutionary Originalism*, in 27 *Fed. L. Rev.* 323 (1999).

³² J. Goldsworthy, *Australia: Devotion to Legalism*, cit., 121-122. In giurisprudenza, cfr. *Attorney-General v Commonwealth* (1981) 146 C.L.R. 559, 614-15 («[A] constitutional prohibition must be applied in accordance with the meaning which it had in 1900») e *Commonwealth v Tasmania (Tasmanian Dam Case)* (1983) 158 C.L.R. 1, 127 («[M]ere expectations held in 1900 could not form a satisfactory basis for departing from the natural interpretation of words used in the Constitution»). V. anche D. Tucker, *Textualism: An Australian Evaluation of the Debate Between Professor Ronald Dworkin and Justice Antonin Scalia*, in 21 *Sidney L. Rev.* 579-80 (1991): «[T]he 'take-the-accepted-meaning of a term' rule of interpretation adopted in *Engineers* has proved remarkably resilient in guiding the High Court's work for most of this century».

³³ *Australia Act 1986 (Cth)*. *Australia Act 1986 (UK)*. V. C. Saunders, *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*, Oxford, 2011.

³⁴ Cfr. A. Mason, *Future Directions in Australian Law*, in 13 *Monash U. L. Rev.* 149 (1985).

³⁵ G. Craven, *The Crisis of Constitutional Literalism in Australia*, in 30 *Alta. L. Rev.* 492 (1992). V. anche W. Rich, *Approaches to Constitutional Interpretation in Australia: An American perspective*, in 12 *U. of Tasmania L. Rev.* 152-154 (1993).

che «the members of the Court are expected to approach their task by the application of what Sir Owen Dixon described as ‘a strict and complete legalism’»³⁶.

Alla luce di tale evoluzione sommariamente tratteggiata, il *legalism* australiano sembra rispecchiare in molti aspetti quella forma di *originalism* poi promossa negli Stati Uniti d’America, tra gli altri, da Justice Scalia.

Ad attenta analisi, tuttavia, la grande differenza sta nel fatto che, nel costituzionalismo australiano, il divario non è tra significato originale (*original meaning*) e significato attuale del testo costituzionale, bensì tra significato originale e ‘intento’ originale³⁷.

Differente, inoltre, è il contenuto stesso del testo costituzionale da interpretare³⁸. Nell’ambito del costituzionalismo australiano – si ricorda, ordinamento nel quale è presente una costituzione scritta ed è assente un *Bill of Rights* – il metodo di interpretazione letterale lascia infatti alla *High Court* un evidente potere decisionale in tutti quei casi nei quali la disposizione da interpretare non si limiti a una semplice regola di ‘architettura costituzionale’.

Si consideri, ad esempio, cosa potrebbe accadere quando venisse chiesto alla Corte di interpretare un diritto o una libertà fondamentali: insistere sull’autorevolezza del testo e nient’altro che il testo, quando si tratta di garanzie di diritti e libertà non autonomamente costituzionalizzati, lascia infatti il cittadino alla discrezione dell’interprete (costituzionale). Posto che l’Australia, come detto, non si è dotata di una carta dei diritti costituzionalizzata, il ricorso al *legalism* appare in questo senso un invito per una sorta di attivismo giudiziario, o se non altro il primo non può essere considerato (come vuole essere nel caso statunitense) alla stregua di un preciso argine al secondo³⁹.

La *High Court of Australia* risulta dunque sì legata al testo costituzionale e al significato originale, ma, ad ogni buon conto, si tratta di un testualismo, come ha affermato Justice McHugh, *faint-hearted* ⁴⁰ : incentrato sul testo, ma al tempo stesso meno vincolato da esso e, comunque, in grado di considerare apertamente le implicazioni extra-giuridiche di una sua interpretazione troppo letterale.

³⁶ La Corte è stata definita «hyperactive, adventurous, incomparably activist, composed of judicial legislators, controlled by Jacobins, under the influence of left-wing theorists, deciding cases as Marx or Freud would have, and overcome with delusions of grandeur»: cfr. J.L. Pierce, *Inside the Mason Court Revolution: The High Court of Australia Transformed*, Durham, 2006, 3.

³⁷ In tema si può leggere N. Aroney, *The High Court of Australia: Textual Unitarism vs Structural Federalism*, in N. Aroney, J. Kincaid (Eds), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, Toronto, 2017, 29 ss.

³⁸ Sulla differenza ‘ontologica’ tra originalismo statunitense e originalismo australiano cfr., *ex multis*, L.K. Weis, *What Comparativism Tells Us About Originalism*, cit., 845-853.

³⁹ V., in tema, J. Goldsworthy, *The Constitutional Protection of Rights in Australia*, in G. Craven (ed.), *Australian Federation Towards the Second Century*, Melbourne, 1992, 151 ss.

⁴⁰ Così in *Eastman v The Queen* (2000) 203 C.L.R. 1, 79, 44.

3. Assenza del testo e interpretazione letterale: il caso neozelandese

Con riferimento all'ordinamento neozelandese, parlare di interpretazione costituzionale aderente al testo sembra ancor più che un ossimoro, attesa l'inesistenza di una costituzione scritta.

L'assenza di un documento costituzionale in senso formale, tuttavia, non significa che non si possa parlare di un diritto 'costituzionalizzato' neozelandese: esiste infatti una serie di atti del Parlamento che, pur essendo leggi ordinarie, sono al centro della struttura di governo e della ripartizione dei poteri.

In primo luogo, il *Constitution Act 1986* è dichiarativo delle leggi e delle istituzioni esistenti in Nuova Zelanda, tra cui il sovrano, il potere esecutivo e quello legislativo, nonché l'indipendenza del potere giudiziario.

In secondo luogo, il *New Zealand Bill of Rights Act 1990* (NZBORA) è un atto che garantisce la posizione del singolo nei confronti del potere statale, nel quale vengono elencati i diritti e le libertà fondamentali riconosciuti e tutelati dall'ordinamento neozelandese. Come per il caso precedente, si tratta di un ordinario atto legislativo, che può essere abrogato con un voto a maggioranza semplice in Parlamento.

Va precisato che il *White Paper* precedente all'adozione del NZBORA prevedeva originariamente l'emanazione di una legge costituzionale in materia di diritti e libertà fondamentali, garantita dunque da uno *status* di primazia rispetto a una legge ordinaria e, in particolare, da una forma di interpretazione 'costituzionale' differenziata dalla generale interpretazione statutaria⁴¹.

Pur non essendosi verificate tali circostanze e per quanto l'atto sia stato etichettato come un «constitutional enigma»⁴², alcuni aspetti in merito a una sorta di 'sovraordinazione' del NZBORA possono in questa sede essere evidenziati⁴³.

In primo luogo, si tratta di un atto predisposto in forma deliberatamente ampia, a differenza del tendenziale grado di dettaglio cui è ispirata la normativa neozelandese: diritti e libertà fondamentali, cioè, sono espressi sotto forma di principi generali⁴⁴.

In secondo luogo, la rubrica per esteso dell'atto normativo stabilisce l'intenzione della legge: «(a) To affirm, protect, and promote human rights and fundamental freedoms in New Zealand; and (b) To affirm New Zealand's

⁴¹ *A Bill of Rights for New Zealand: A White Paper* (1985), AJHR A6.

⁴² A. Adams, *Competing Conceptions of the Constitution: The New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the Cooke Court of Appeal*, in 3 NZ L. Rev. 368 (1996). La *New Zealand Court of Appeal* ha espresso che «[t]he New Zealand Bill of Rights Act is not a constitution ... is nonetheless an affirmation and a means of promoting principles which are fundamental to every constitutional instrument»: *Ministry of Transport v Noort* [1992] 3 NZLR 260, 286 (CA) per Hardie Boys J [Noort].

⁴³ Cfr. N. Starrenburg, *Interpretive Theories in New Zealand Bill of Rights Jurisprudence*, in 10 *Auckland U. L. Rev.* 125 (2004), 128.

⁴⁴ P. Rishworth, *Affirming the Fundamental Values of the Nation*, in G. Huscroft, P. Rishworth (Eds), *Rights and Freedoms*, Wellington, 1995.

commitment to the International Covenant on Civil and Political Rights». Si tratta di un atto, dunque, concepito per affermare e non per creare diritti e libertà fondamentali, nonché votato alla ricognizione di valori ritenuti come fondamentali e universali⁴⁵.

In terzo luogo, va rimarcata la *justified limitations clause* fatta propria dal NZBORA: «5. Justified limitations - Subject to section 4 of the Bill of Rights, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society». La scelta di questo approccio è molto significativa, posto che la sezione 5 del NZBORA opera come una limitazione generale e pertanto, in assenza di una specifica limitazione di natura parlamentare, il ruolo di definizione e limitazione di diritti e libertà fondamentali è lasciato all'interpretazione delle corti⁴⁶.

Tenendo conto di tutti gli aspetti appena menzionati, sembra chiaro che le disposizioni del NZBORA incarnano ampi principi che sono destinati ad avere una portata in certo qual modo evolutiva. Pertanto, nonostante la forma, esso, nel linguaggio e nello scopo, rappresenta l'equivalente di una legge 'costituzionale' di rango superiore⁴⁷. Come tale, il NZBORA sembra quindi richiedere un'interpretazione 'costituzionale'⁴⁸.

Prima di analizzare la possibile incidenza di questa interpretazione (costituzionale) 'aderente al testo' nell'ordinamento neozelandese, si rende necessaria una premessa operativa. In Nuova Zelanda, uno *statute* rappresenta in senso forte la formale espressione della volontà del Parlamento; di conseguenza, l'oggetto della *statutory interpretation* consiste nel dare effetto a questa volontà, ritenuta sovrana⁴⁹.

Ciò premesso, tuttavia, è anche vero che la sezione 5(1) dell'*Interpretation Act 1999* indica espressamente alle corti di adottare un approccio propositivo nell'interpretazione delle leggi, cercando in tal modo di dare contemporaneamente effetto allo scopo di un atto e all'intenzione del Parlamento. Al testo di una disposizione «should be given a liberal interpretation to ensure that the purpose of the legislation is achieved»⁵⁰; in altre parole, se la costruzione letterale non dà effetto al chiaro scopo di una disposizione legislativa, saranno le corti a dover allora cercare una costruzione – tramite l'interpretazione – che dia effetto a tale scopo⁵¹.

⁴⁵ *Ibid.*, 73 e 76. In giurisprudenza, cfr. *R v Jeffries* [1994] 1 NZLR 290, 299 (CA) per Richardson J.

⁴⁶ «The Bill of Rights casts the Courts in a supervisory role. Parliament has accepted that, subject to s 4, this supervision should occur»: *R v Poumako* [2000] 2 NZLR 695, 717 (CA) per Thomas J.

⁴⁷ *Simpson v Attorney General [Baigent's case]* [1994] 3 NZLR 667: «I see no reason to think that [the status of the rights] should depend on the terms of a written constitution. Enjoyment of the basic human rights [is] the entitlement of every citizen ... They do not depend on the legal or constitutional form in which they are declared».

⁴⁸ P.A. Joseph, *Constitutional Review Now*, in *NZ L. Rev.* 85 (1998).

⁴⁹ Cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1915.

⁵⁰ R. Carter, *Burrows and Carter Statute Law in New Zealand*, 6th ed., 2021, Wellington, 118.

⁵¹ *Corocraft Ltd v Pan American Airways Inc*, 119691 1 QB 616, 638; revd. on other grounds [1969] 1 QB 616, 640 [Corocraft]: «The duty of the courts is to ascertain and

L'interpretazione (di natura costituzionale) del NZBORA porta invece alla luce alcune tipologie di approccio, da parte delle corti, che sembrano discostarsi da quello propositivo appena richiamato, conducendo all'evidenza di una certa apertura dell'ordinamento neozelandese al testualismo interpretativo⁵².

La prima ipotesi può essere persino accostata all'*originalism* di natura statunitense: presuppone che i principi enunciati nel NZBORA siano 'chiusi', avendo cioè dei limiti che possono essere tracciati facendo esplicito riferimento alle intenzioni parlamentari nella redazione del testo.

Secondo questa interpretazione, l'ambito di applicazione delle disposizioni del NZBORA viene determinato con esclusivo riferimento all'intento specifico del Parlamento, per certi versi svuotando di significato la sezione 5(1) dell'*Interpretation Act 1999* sopra menzionata.

La stretta aderenza all'intento specifico conferirebbe però legittimità a questo approccio, atteso che, in Nuova Zelanda, il principio della supremazia parlamentare impone alle corti di interpretare la legge come formulata dal legislatore. Pur scontando un'evidente rigidità contraria alla prospettiva evolutiva della materia, si tratterebbe, in sostanza, di un metodo di interpretazione che potrebbe sì essere ritenuto 'costituzionalmente legittimo', ma che nella pratica scontrerebbe l'evidente problema della necessità di emendare in continuazione la norma⁵³.

La seconda tipologia fa riferimento, invece, a una concezione testuale più 'debole', laddove l'intento originario del legislatore determina sì la natura di un diritto o di una libertà, ma detto intento non definisce i limiti di quel diritto o di quella libertà. In questa prospettiva, la portata di un principio rimane così aperta all'interpretazione del potere giudiziario, mentre il principio stesso può essere modificato solo tramite un intervento legislativo.

Per questo approccio, fintanto che una disposizione rimane ancorata alla direttiva originaria, l'ambito di applicazione di tale disposizione può estendersi a questioni e situazioni mai considerate dal Parlamento⁵⁴. Si tratta di un metodo di interpretazione certamente più flessibile del precedente, posto che l'ambito di applicazione del NZBORA non è limitato da un intento specifico e le disposizioni della legge possono rispondere a sfide e problemi che non erano stati concepiti originariamente. Allo stesso tempo, sebbene la portata di una disposizione del *Bill of Rights* rimanga aperta allo sviluppo fornito dall'interpretazione giudiziaria, la singola disposizione può essere modificata solo da un emendamento legislativo, mantenendosi così intatta la

give effect to the will of Parliament as expressed in its enactments. In the performance of this duty the judges do not act as computers into which are fed the statute and the rules for the construction of statutes and from whom issue forth the mathematically correct answer. The interpretation of statutes is a craft as much as a science and the judges, as craftsmen, select and apply the appropriate rules as the tools of their trade».

⁵² V.N. Starrenburg, *Interpretive Theories in New Zealand Bill of Rights Jurisprudence*, cit., 139-141.

⁵³ La *New Zealand Court of Appeal* ha avallato questa prospettiva, enunciando che il NZBORA «is not to be construed narrowly or technically»: cfr. *R v Butcher* [1992] 2 NZLR 257, 264 (CA) per Cooke P.

⁵⁴ A. Adams, *Competing Conceptions of the Constitution. The New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the Cooke Court of Appeal*, in 3 NZ L. Rev. 368 (1996).

supremazia parlamentare e, di conseguenza, la ‘legittimità costituzionale’ dell’interpretazione evolutiva.

Questo metodo, secondo attenta dottrina, presenta due punti di forza⁵⁵. Il primo è la sua flessibilità: l’ambito di applicazione del NZBORA non è limitato da un intento specifico. Il secondo consiste nel fatto che un approccio siffatto consente alle corti di estendere i limiti di un diritto o di una libertà fondamentali, al tempo stesso salvaguardandosi la supremazia parlamentare quanto alla formale modificazione del dettato normativo.

Nelle differenti modalità interpretative del NZBORA, infine, potrebbe darsi il caso di un totale scollegamento dall’intenzione originaria del legislatore, intendendosi i principi come aperti e, dunque, liberi di essere interpretati senza limiti testuali.

Si tratta di un criterio, per l’appunto, ‘aperto’, nel quale l’intento originario del Parlamento non sarebbe vincolante e l’ambito e la natura dei principi delineati nel NZBORA sarebbero virtualmente illimitati. Una corte, in tal modo, potrebbe in astratto estendere o ampliare questi principi, sino addirittura a crearne di nuovi.

È certamente, questo, un metodo di interpretazione in grado di massimizzare la dinamicità dell’atto. Tuttavia, in Nuova Zelanda, il Parlamento è pur sempre ritenuto sovrano: un siffatto metodo, nella prospettiva neozelandese, rischierebbe di arenarsi di fronte a una possibile ‘illegittimità costituzionale’.

Pur non essendosi ancora sviluppato un sostanziale dibattito sul testualismo nell’interpretazione (‘costituzionale’) neozelandese, tutti e tre gli approcci delineati sono comunque riscontrabili in alcuni importanti arresti giurisprudenziali della *Supreme Court* nei due decenni a cavallo tra il XX e il XXI secolo.

*Solicitor General v Radio New Zealand*⁵⁶ è un chiaro esempio della prima tipologia interpretativa evidenziata, laddove non viene garantita protezione ad alcuna situazione non esplicitamente prevista in una specifica disposizione.

*Duff v Communicado Ltd Duff*⁵⁷ rappresenta, invece, un allontanamento dall’approccio ‘testualista’ adottato in *Radio New Zealand*: l’intento originario del legislatore, qui, ha determinato solamente la natura del diritto alla libertà di espressione, ma non la sua estensione.

*Quilter v Attorney General*⁵⁸ fornisce, nelle diverse *opinions* della *Court of Appeal*, entrambe le prospettive adottate nei casi precedenti.

*Westco Lagan v Attorney-General*⁵⁹, infine, rappresenta un esempio di come il NZBORA venga interpretato facendo comunque stretto riferimento all’intenzione originaria del legislatore.

⁵⁵ N. Starrenburg, *Interpretive Theories in New Zealand Bill of Rights Jurisprudence*, cit., 141.

⁵⁶ [1994] 1 NZLR 48 per Eichelbaum CJ and Greig J.

⁵⁷ [1996] 2 NZLR 89.

⁵⁸ [1998] 1 NZLR 523 (CA). In dottrina, P. Rishworth, *Reflections of the Bill of Rights after Quilter v Attorney General*, in 4 NZ L. Rev. 683 (1998).

⁵⁹ [2001] 1 NZLR 40, 54.

Più di recente, poi, è interessante osservare un altro aspetto legato all'interpretazione del *Bill of Rights*, ossia l'apertura della *Supreme Court of New Zealand* quanto a una *strong form* di controllo su di un atto legislativo in tema di diritti e libertà fondamentali che vada a porsi in contrasto con l'atto 'costituzionale'⁶⁰.

La circostanza rappresenta una novità per l'ordinamento neozelandese, atteso che il NZBORA è quasi del tutto silente per quanto riguarda i rimedi giudiziari disponibili in caso di violazione dei diritti garantiti suo tramite. Tuttavia, recenti decisioni della *Supreme Court* neozelandese hanno affermato tanto l'esistenza di un potere in capo alle corti di emettere *Declarations of Inconsistency* (DoI) ai sensi del NZBORA⁶¹, quanto l'obbligo interpretativo per le corti nel cercare di attribuire un significato coerente alle disposizioni legislative ambigue: verrebbe da dire, un'interpretazione necessariamente 'aderente al testo'.

È importante notare che l'espressione di questo nuovo approccio ermeneutico non appare di per sé obbligatorio, in quanto è già connaturale alla stessa architettura ordinamentale neozelandese. Il *Bill of Rights*, in altre parole, richiede sì di attribuire alla legislazione un significato coerente con i diritti e le libertà che vengono riconosciuti, ma – per quanto detto all'inizio del presente paragrafo – sono comunque sempre state le decisioni giudiziarie, in ultima istanza, a poter garantire l'aderenza al testo legislativo emanato dal Parlamento sovrano.

Le recenti decisioni della *Supreme Court* appaiono così ricognitive di un principio 'testualista' già insito nell'ordinamento neozelandese⁶²: e cioè quello secondo cui, nell'interpretazione 'costituzionale' del NZBORA e degli atti legislativi eventualmente con esso confliggenti, sono le corti a determinare la misura della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali contro un'eventuale loro compressione.

Operazione, questa, possibile però solamente qualora il testo (legislativo) non risulti chiaro e logico⁶³, in quella che sembra per l'appunto una sorta di censura consentita solamente quando non sia possibile la 'aderenza al testo'.

4. Conclusioni (aperte)

La disamina svolta nei paragrafi che precedono è una riflessione entro il tema della comparazione interordinamentale quanto alle modalità di

⁶⁰ V. A. Geddis, S. Jocelyn, *Is the NZ Supreme Court Aligning the NZBORA with the HRA?*, in *U.K. Const. L. Blog* (1 December 2021).

⁶¹ Si tratta di una dichiarazione formale da parte di una corte secondo cui una legge è incompatibile con i diritti umani fondamentali tutelati dal NZBORA.

⁶² Cfr. M.L. Humphery-Jenner, *Should Common Law Doctrines Dynamically Guide the Interpretation of Statutes?*, in 3 *Legisprudence* 171 (2009).

⁶³ P. Rishworth, *The Inevitability of Judicial Review under "Interpretive" Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?*, in G. Huscroft, F. Brodie (Eds), *Constitutionalism in the Charter Era*, Markham, 2004, 233; Id., *Writing things unwritten*, cit., 147.

interpretazione della norma giuridica, con particolare riferimento alla resistenza della lettera del testo.

I paragrafi che precedono si sono concentrati su di un particolare metodo interpretativo – il testualismo, nelle sue varie declinazioni che portano il nome, tra le altre, di *originalism*, o *legalism* – e sono stati focalizzati prevalentemente su due esperienze ordinamentali, quella australiana e quella neozelandese, le quali, per i motivi anzidetti, possono giungere a condividere un approccio (per alcuni tratti) comune all'interpretazione della norma.

Dall'esame qui condotto si possono trarre alcuni spunti di interesse comparatistico.

Anzitutto, il fatto che parlare di interpretazione testuale può andare ben oltre a un semplice discorso sul recepimento dell'*originalism* di matrice statunitense, che ancora una volta si mostra come un ordinamento forse quasi in grado di sviluppare una tradizione giuridica a sé stante; in secondo luogo, come l'interpretazione di *common law*⁶⁴, per certi versi, presupponga sempre un certo qual grado di 'aderenza al testo'; infine, il fatto che, a ben vedere, il metodo di interpretazione letterale sembra poter resistere a una sua propria crisi fintanto che non si trovi a confrontarsi con l'elasticità tendenzialmente garantita dalla compenetrazione di un livello sovranazionale su quello interno⁶⁵.

Enrico Andreoli
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università di Verona
enrico.andreoli@univr.it

⁶⁴ Su cui, di recente, G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law. Un percorso di diritto comparato*, Torino, 2020.

⁶⁵ Si pensi, ad esempio, in materia di diritti e libertà fondamentali. Con riferimento sempre agli ordinamenti australiano e neozelandese e con particolare riguardo a detto tema, sia consentito il rimando a E. Andreoli, *Certezza del diritto e rule of (common) law. Corti, interpretazione e diritti fondamentali negli ordinamenti australiano e neozelandese*, in *DPCE*, 2, 2023, 631 ss.

