



**DIRITTI FONDAMENTALI E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE: IL NUOVO MODELLO
DEGLI ORDINAMENTI DI MATRICE ANGLOSASSONE***

di

Francesco Duranti

*(Professore aggregato di Diritto pubblico comparato
Università per stranieri di Perugia)*

17 maggio 2013

Sommario: 1. Premessa: alle radici del nuovo modello. - 2. Nuova Zelanda. - 3. Regno Unito. - 4. Australia. - 5. Canada. - 6. Il nuovo modello di giustizia costituzionale in prospettiva comparata.

Abstract: *New Forms of Constitutional Review in the Commonwealth Countries.* Recently, in Commonwealth countries such as Canada, UK, New Zealand and Australia (at state level), is emerging a new, distinctive, model of constitutional review, in which courts have broad authority to interpret Bill of Rights provisions, but national legislatures can override courts' interpretations of rights by ordinary majority vote.

In the UK, New Zealand and Australia (at state level), where it is not possible for a court to read and give effect to legislation in a way which is compatible with a bill of rights norms, a court may make a formal «declaration of incompatibility».

Such a declaration, however, does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given, and is not binding on the parties to the proceedings in which it is made, following the traditional principle of sovereignty of Parliament.

* Articolo sottoposto a refe raggio.

The net effect is that the legislature has powers to suspend the effect of courts' interpretation of particular rights, simply by the use of sufficiently clear language.

In Canada – in a different constitutional setting – the key provision that ensures this is sect. 33 of the Canadian *Charter*, or the so-called «notwithstanding clause», with the consequential overriding power conferred on federal Parliament and to the legislature of a province.

This essay considers how this new model functions, in constitutional theory and practice of the chosen countries.

1. Premessa: alle radici del nuovo modello

Una singolare forma di circolazione delle idee e dei modelli costituzionali è attualmente in corso di realizzazione negli ordinamenti di matrice anglosassone¹, secondo una direttrice che – con una drastica inversione di tendenza rispetto al passato – procede ora dall'ordinamento canadese e da quelli dell'emisfero australe direttamente verso il Regno Unito².

In effetti, negli ultimi anni, nelle esperienze di alcuni dei più significativi paesi del *Commonwealth* (tra i quali, soprattutto, Australia, Canada e Nuova Zelanda)³, si assiste ad un intenso «cantiere» di lavori costituzionali in corso, che sta gradualmente edificando un nuovo modello di costituzionalismo, differente da quello statunitense e da quello europeo continentale, soprattutto per ciò che concerne le relazioni costituzionali tra il legislativo ed il giudiziario, con la conseguenza di influenzare profondamente, in materia, anche l'assetto istituzionale della ex madrepatria⁴.

La circolazione dei modelli tra gli ordinamenti di matrice anglosassone si sviluppa, in particolare, sul finire del secolo scorso, allorché, a partire dalla Carta dei diritti e delle libertà inserita nella nuova Costituzione canadese del 1982, prende ad evidenziarsi un intenso fenomeno di «migrazione costituzionale»⁵ che produce il risultato di introdurre negli ordinamenti giuridici di Nuova Zelanda, Regno Unito e – solo a livello subfederale –

1 Secondo l'efficace definizione di tali ordinamenti proposta da A. REPOSO, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2012, 203 ss.

2 Sia consentito, sul punto, il rinvio, per più ampi svolgimenti, a F. DURANTI, *Ordinamenti costituzionali di matrice anglosassone. Circolazione dei modelli e comparazione tra le esperienze costituzionali di Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito*, Aracne, Roma, 2012.

3 Suggerisce un'analisi comparata di tali esperienze costituzionali anche T.E. FROSINI, *Le «derivazioni» dirette del sistema inglese: Australia, Canada, Nuova Zelanda*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 104 ss.

4 La ricerca scientifica su tale stimolante settore di indagine comparativa è stata, come noto, avviata a partire dall'originale contributo di S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *Am. Journ. Comp. L.*, 2001, 707 ss.

5 Per impiegare la felice espressione coniata da S. CHOUDRY (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Australia, nuovi ed autentici *Bills of Rights*, con i quali si sperimentano forme di tutela più efficace dei diritti fondamentali dei cittadini di quei paesi⁶.

La circolazione dei modelli negli ordinamenti di matrice anglosassone determina, inoltre, accanto all'approvazione delle nuove Carte dei diritti⁷, anche l'introduzione di originali strumenti interpretativi e dichiarativi a favore delle Corti, alle quali è ora concesso un ruolo – in passato precluso – di più penetrante sindacato nei confronti del legislatore, tradizionalmente in posizione di inattaccabile primazia istituzionale nell'ordinamento, grazie al classico (ed a lungo incontestato) principio di derivazione britannica di *sovereignty of Parliament*⁸.

Tali nuovi strumenti a disposizione delle Corti si sviluppano – come si vedrà – sia grazie a specifiche previsioni normative (Regno Unito; Australia), che per via di prassi giudiziale (Nuova Zelanda), e mirano, in sostanza, a consentire alle Corti di sperimentare nuove tecniche interpretative in materia di tutela dei diritti e di poter pronunciare, nel caso di rilevata antinomia tra Carta dei diritti e legislazione parlamentare, apposite «dichiarazioni di incompatibilità», che non producono l'effetto di annullare o disapplicare le norme contrastanti con i diritti, ma hanno lo scopo di avvisare il Parlamento dell'esistenza di detto conflitto e, di conseguenza, di suggerire una loro rimozione attraverso l'espressa abrogazione (o modificazione) che può avvenire ad opera del solo legislatore.

Con la conseguenza di dar vita ad un nuovo modello di tutela costituzionale dei diritti e di giustizia costituzionale, che si differenzia da quelli tradizionali e che si sviluppa secondo direttrici originali, meritevoli di attenta considerazione comparativa.

6 Sul ruolo delle nuove Carte dei diritti negli ordinamenti costituzionali di Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito, cfr. D. ERDOS, *Delegating Rights Protection. The Rise of Bill of Rights in the Westminster World*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Vd. anche, in argomento, i saggi raccolti in M. TUSHNET, *Bills of Rights*, Farnham, Ashgate, 2007.

7 Sulle varie dimensioni della tutela dei diritti nel costituzionalismo contemporaneo, cfr. ora, in prospettiva comparata, G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, Carocci, 2012; R. ALEXI, *Rights and Liberties as Concepts*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 459 ss.; G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012, 139 ss. Cfr. anche S. GARDBAUM, *The structure and scope of constitutional rights*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 387 ss.; L. PEGORARO, *Metodologia e modelli per una ricerca sui diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, 1123 ss.

8 Su questo principio, autentica pietra angolare del costituzionalismo britannico, vd., di recente, P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, II ed., 2012, 47-66; O. CHESSA, *La legge di Bryceland. Saggio sulle costituzioni rigide e flessibili e sulla sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Quad. cost.*, 2012, 769 ss. J. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; A.L. YOUNG, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford, Hart Publishing, 2009; A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Parzialmente difforme appare, sul punto, l'esperienza del Canada, laddove, dalla *patriation* della Costituzione in poi, le Corti dispongono, come noto, del tradizionale sindacato diffuso di costituzionalità, che consente alle stesse di disapplicare le norme di legge ritenute in contrasto con la Costituzione.

Tuttavia, anche l'esperienza canadese merita di essere analizzata assieme alle altre degli ordinamenti di matrice anglosassone presi qui in considerazione, atteso che, grazie ad una celebre disposizione della Carta – meglio nota come «*notwithstanding clause*» (sect. 33) – anche in quell'ordinamento si sperimenta un originale, del tutto peculiare, assetto istituzionale dei rapporti tra legislativo e giudiziario in materia di tutela dei diritti, che consente, per tale via, di includere anche il Canada nell'ambito del nuovo modello di giustizia costituzionale attualmente in corso di evoluzione negli ordinamenti in questione.

2. Nuova Zelanda

La circolazione della Carta dei diritti canadese ha luogo, innanzitutto, in Nuova Zelanda, laddove, pochi anni dopo la sua entrata in vigore nell'ordinamento nordamericano, la stessa viene presa come modello di riferimento – in parte da imitare ed in parte da respingere – allorché si avvia il dibattito parlamentare sulla necessità di ricondurre l'ordinamento neozelandese in linea di più stretta conformità con gli accordi internazionali stipulati da quel paese in tema di diritti umani⁹.

Viene, così, approvato nel 1990 il *New Zealand Bill of Rights Act* (NZBORA), che ha il rango di legge ordinaria¹⁰ – e che dunque rifiuta, sul punto, il modello canadese, che, come detto, include la Carta dei diritti direttamente nella Costituzione – il quale costituisce una sensibile innovazione rispetto alla tradizionale cultura costituzionale anglosassone in ordine alla garanzia dei diritti fondamentali, centrata storicamente sulla incontrastata primazia del Parlamento e sul principio di *common law* per cui i cittadini possono godere di tutte quelle libertà che non risultino loro espressamente vietate dalla legge¹¹.

Nella Carta dei diritti neozelandese sono, infatti, espressamente elencati i diritti fondamentali protetti e si assegnano nuovi compiti interpretativi alle Corti, nonché si individua, in sede di approvazione parlamentare della nuova legislazione, uno specifico meccanismo di controllo

9 Sulla genesi del NZBORA, cfr., in particolare, D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, in *Int. Journ. Const. L.*, 2007, 343 ss.

10 La dottrina neozelandese non manca, tuttavia, di segnalare la natura sostanzialmente superprimaria del NZBORA: cfr., da ultimo, in questo senso P. RISHWORTH, *New Zealand*, in D. OLIVER, C. FUSARO (eds.), *How Constitutions Change*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, 253-255.

11 Su libertà e diritti nell'idealtipo costituzionale britannico, cfr. ampiamente G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2011, 49 ss.

preventivo sulla compatibilità di detta legislazione con il catalogo dei diritti tutelati dalla Carta.

Al fine di evitare interpretazioni della legge contrastanti con il catalogo dei diritti, le Corti – qualora siano possibili diverse interpretazioni della norma – hanno, di conseguenza, l'obbligo di preferire quella più compatibile con i diritti sanciti dalla Carta (*sect. 6 NZBORA*), atteso che le possibili limitazioni alle libertà ed ai diritti sono solo quelle ragionevoli e tali da essere considerate giustificabili in una società libera e democratica (*sect. 5 NZBORA*)¹².

Alle Corti è, tuttavia, precluso – a differenza del modello canadese – di sindacare la legislazione, disapplicando le norme ritenute contrastanti con la Carta, né, del resto, risulta possibile dichiarare le stesse disposizioni di legge invalide, inefficaci o, comunque, implicitamente abrogate (*sect. 4 NZBORA*): tutto ciò in ossequio al risalente principio della *sovereignty of Parliament*.

Quanto al controllo parlamentare preventivo, la Carta neozelandese affida all'*Attorney-General*, prima della presentazione del progetto di legge in Parlamento (se l'iniziativa è governativa) o nel corso della discussione (se l'iniziativa è parlamentare), il compito di portare all'attenzione dell'Assemblea – attraverso un apposito *Report* – ogni disposizione del progetto di legge che appaia in contrasto con la Carta, affinché siano specificamente prese in considerazione le implicazioni giuridiche ed adeguatamente valutata l'opportunità politica della sua approvazione in forma di legge (*sect. 7 NZBORA*).

A breve distanza dall'entrata in vigore della nuova Carta, le Corti hanno, così, rapidamente colto le nuove potenzialità interpretative introdotte dalle nuove disposizioni, iniziando ad utilizzare tale strumento normativo con frequenza sempre maggiore nelle controversie giudiziarie relative alla tutela dei diritti fondamentali.

Un ruolo di assoluto rilievo ha giocato, in questo ambito, la *Court of Appeal* (all'epoca, organo giudiziario di ultima istanza del paese)¹³, la quale ha ben presto significativamente affermato che: a) le disposizioni della Carta dei diritti debbono essere interpretate finalisticamente ed in maniera estensiva, piuttosto che solo tassativamente¹⁴; b) lo *status* di

12 E' evidente, sul punto, la suggestione di cui alla clausola generale di limitazione ai diritti prevista dalla *Charter* canadese (*sect. 1*), alla quale la Carta neozelandese attinge quasi letteralmente: vd. A.M. DODEK, *Canada as Constitutional Exporter: The Rise of the "Canadian Model" of Constitutionalism*, in *Sup. Court L. Rev.*, 2007, 317.

13 Sino alla avvenuta effettiva attivazione della Corte Suprema – avutasi nel luglio 2004 – di tale istituzione quale organo giudiziario di ultimo grado in Nuova Zelanda: sia permesso, sul punto, il rinvio a F. DURANTI, *L'istituzione della Corte Suprema e l'evoluzione del costituzionalismo in Nuova Zelanda*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2004, 1557 ss.

14 *R v. Butcher* (1992) 2 NZLR 257 (CA).

legge ordinaria della Carta non ne inficia in alcun modo la sua speciale rilevanza per l'ordinamento¹⁵.

La medesima Corte ha, poi, sviluppato una innovativa giurisprudenza in materia di rimedi giudiziari per le violazioni della Carta dei diritti.

In assenza d'una espressa previsione di legge in tal senso nel NZBORA, la Corte d'Appello ha, infatti, considerato quali rimedi apprestare per il caso di violazioni della Carta, stabilendo, ad esempio, l'inutilizzabilità delle prove raccolte illegittimamente¹⁶, o l'annullamento del processo per l'eccessiva durata del tempo trascorso tra il rinvio a giudizio e lo svolgimento dell'udienza dibattimentale di prova¹⁷.

Ma soprattutto ha creato – nella pronuncia *Simpson v. Attorney-General (Baigent's Case)*¹⁸ – una vera e propria nuova categoria giurisprudenziale di risarcimento dei danni, definita «public law compensation», nel caso in cui dalla violazione delle norme della Carta dei diritti possano risultare danni provocati dalla condotta illegittima delle pubbliche autorità (nel caso di specie, una perquisizione domiciliare illegittima perché effettuata nell'abitazione della persona sbagliata).

In una successiva, ancor più innovativa e coraggiosa pronuncia – *Moonen v. Film and Literature Board of Review*¹⁹ – la Corte d'Appello, in un sintetico quanto efficace *obiter dictum*, si è, poi, riservata la facoltà di pronunciare espresse «indications of inconsistency» nel caso in cui possa ravvisarsi una effettiva incompatibilità tra i diritti menzionati nella Carta e le disposizioni di legge rilevanti nella controversia: «[The] purpose [of section 5] necessarily involves the Court having the power, and on occasions the duty, to indicate that although a statutory provision must be enforced according to its proper meaning, it is inconsistent with the Bill of Rights, in that it constitutes an unreasonable limitation on the relevant right or freedom which cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. Such judicial indication will be of value should the matter come to be examined by the [United Nations] Human Rights Committee. It may also be of assistance to Parliament, if the subject arises in that forum. In the light of the presence of s. 5 in the Bill of Rights, New Zealand society as a whole can rightly expect that on appropriate occasions the Courts will indicate whether a particular legislative provision is or is not justified thereunder»²⁰.

15 *R v. Te Kira* (1993) 3 NZLR 261 (CA).

16 *Ministry of Transport v. Noort* (1992) 3 NZLR 260 (CA).

17 *Martin v. Tauranga District Court* (1995) 2 NZLR 419 (CA).

18 (1994) 3 NZLR 667 (CA).

19 (2000) 2 NZLR 9 (CA).

20 *Moonen*, cit., par. 20.

Queste indicazioni di incompatibilità non hanno, secondo la Corte, alcun effetto giuridico vincolante, dal momento che non possono porsi in contrasto con la sibillina norma di cui alla già richiamata *sect. 4* del NZBORA e, dunque, non possono comportare la disapplicazione o l'abrogazione implicita di alcuna disposizione di legge: hanno, tuttavia, il pregio di segnalare al Parlamento una accertata ipotesi di contrasto con la Carta dei diritti, lasciando al solo legislatore il compito di decidere di eventualmente rimuovere la norma ritenuta incompatibile²¹.

La pronuncia ha suscitato – com'è ovvio – un ampio dibattito e non poche polemiche tra le forze politiche, ma il Parlamento non ha reagito legislativamente sconfessando la decisione: anzi, l'anno successivo alla sentenza, la Camera ha approvato un emendamento allo *Human Rights Act 1993*, introducendo (alla *sect. 92J* della legge) la facoltà per le Corti di pronunciare, appunto, «declarations of inconsistency» nel solo caso, però, di rilevata incompatibilità delle norme di legge con il divieto di discriminazione di cui alla *sect. 19* del NZBORA²²

La Corte d'Appello ha, poi, fatto largo uso dei poteri interpretativi concessi dalla *sect. 6* del NZBORA, procedendo, in numerosi casi, ad una interpretazione ampia ed innovativa delle norme di legge oggetto di scrutinio, onde ricondurle in armonia con il catalogo dei diritti fondamentali, anche al fine di evitare l'adozione di espresse dichiarazioni di incompatibilità²³.

Quanto alla Corte Suprema – che dal luglio 2004 al dicembre 2009 ha esaminato circa 500 richieste di appello, di cui 125 soltanto ammesse alla trattazione – ha anch'essa avuto occasione, nella sua pur non ancora corposa giurisprudenza, di affermare importanti principi interpretativi in tema di protezione dei diritti fondamentali e di bilanciamento dei poteri tra Corti e Parlamento.

In primo luogo, in una serie di decisioni relative al diritto di asilo e allo *status* di rifugiato²⁴, la Corte Suprema ha preso in considerazione il combinato disposto delle norme degli accordi internazionali sottoscritti dalla Nuova Zelanda in materia di diritti umani e le disposizioni

21 Sull'efficacia di tali dichiarazioni di incompatibilità nell'ordinamento neozelandese, cfr., in particolare, C. GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and The New Zealand Bill of Rights Act*, in *Vic. Un. Well. L. Rev.*, 2009, 613 ss.

22 Tali dichiarazioni hanno l'effetto di obbligare: a) il Parlamento a prenderle espressamente in considerazione, b) il Governo a fornire una sua motivata risposta in merito (*Human Rights Act 1993, sect. 92K*). Com'è noto, lo *Human Rights Act 1993* «is essentially an anti-discrimination statute, with the added dimension that complaints against legislation and not just public or private sector conduct are possible»: così P. RISHWORTH, *New Zealand*, cit., 255, n. 47.

23 Per la giurisprudenza di rilievo in materia, vd. soprattutto B. HARRIS, *Judicial Activism and New Zealand's Appellate Courts*, in B. DICKSON, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 273 ss.

24 *Zaoui v. Attorney-General* (2005) 1 NZLR 577 (SC); *Zaoui v. Attorney-General (no. 2)* (2006) 1 NZLR 289 (SC).

contenute nel NZBORA, per affermare la diretta applicabilità delle prime anche se non trasposte espressamente in norme di diritto interno, rifiutando così l'approccio dualistico classico esistente da tempo in materia, con lo scopo di assicurare una protezione più efficace ai diritti di tutti quei soggetti che, con il rigetto della richiesta di asilo, sarebbero potuti andare incontro – nel paese richiedente l'estradizione – alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti crudeli e sproporzionati, così violando le *sectt.* 8 e 9 del NZBORA.

In un'altra importante decisione²⁵, la *Supreme Court* ha, poi, avuto modo di chiarire più efficacemente le conseguenze di natura pecuniaria derivanti dalla violazione del NZBORA, sviluppando, in tal modo, la decisione della Corte d'Appello nel *Baigent's case* del 1994.

Nel caso in questione, proposto da una serie di detenuti sottoposti ad un regime carcerario speciale e particolarmente severo, la Corte Suprema ha stabilito che tale regime carcerario d'eccezione ha violato inammissibilmente la *sect.* 23 del NZBORA, privando gli stessi del loro diritto ad essere trattati con umanità e con il rispetto della loro dignità inviolabile, con ciò stesso esponendo le pubbliche autorità al risarcimento di tutti i danni causati ai detenuti, così costruendo in via giurisprudenziale la categoria dei «public law damages», la quale rappresenta una più solida evoluzione della precedente nozione di «public law compensation» sviluppata dalla Corte d'Appello in *Baigent's*, risultando ora meglio chiariti i contorni teorici della categoria ed i presupposti processuali dell'azione.

Di particolare interesse in ordine alla categoria giuridica delle dichiarazioni di incompatibilità appare, poi, la pronuncia²⁶ sull'inversione dell'onere della prova in materia di legislazione sul possesso di stupefacenti, con la quale la Corte, facendo largo ricorso alla citazione di precedenti giudiziari della Corte Suprema canadese²⁷, ha non soltanto fornito una lettura rigorosa della speciale disciplina penalistica oggetto di giudizio, ma ha soprattutto avuto modo di dettare importanti criteri interpretativi in ordine ad una delle questioni giuridiche più controverse nel paese, ovvero quale metodologia impiegare nell'interpretazione delle disposizioni di cui alle *sectt.* 4, 5 e 6 del NZBORA²⁸.

Con un'opinione redatta a stretta maggioranza (3-2), la Corte Suprema – premesso che le norme in questione rappresentano, in ogni caso, una sorta di clausola aperta ad ogni necessaria futura evoluzione interpretativa – ha chiarito l'approccio metodologico da seguire

25 *Taunoa v. Attorney-General* (2008) 1 NZLR 429 (SC).

26 *R v. Hansen* (2007) NZSC 74.

27 Sulla circolazione delle sentenze e sulla convergenza giurisprudenziale in tema di diritti fondamentali, anche negli ordinamenti di matrice anglosassone, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010, 27 ss.

28 «The so-called section 4-5-6 puzzle»: così S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 2001, 730.

nella loro interpretazione, il quale richiede un complesso procedimento argomentativo che si sviluppa in ben sei fasi successive: 1) è, innanzitutto, necessario accertare l'intenzione del legislatore nell'adozione della disposizione oggetto di interpretazione; 2) deve, poi, accertarsi se tale intento appaia *prima facie* in contrasto con uno dei diritti e delle libertà protette dalla Carta; 3) se emerge una apparente antinomia, deve, quindi, valutarsi se tale incompatibilità è, comunque, da considerarsi ragionevole e giustificabile ai sensi della s. 5 del NZBORA; 4) se l'incompatibilità è «ragionevolmente giustificata» (s. 5), tale incompatibilità è ammessa e prevale l'intento del legislatore; 5) se, invece, l'intenzione del legislatore non appare giustificata in base alla s. 5, deve procedersi ad una nuova valutazione della norma ai sensi della s. 6, affinché possa essere individuata una nuova interpretazione della stessa non incompatibile (o, comunque, meno incompatibile) con uno dei diritti della Carta, e, in tale caso, questa interpretazione deve essere prescelta dalle Corti; 6) nel caso in cui, al contrario, non sia possibile adottare alcuna interpretazione compatibile con i diritti protetti dalla Carta, la s. 4 impone, in definitiva, di adottare comunque l'interpretazione che risulta dalla volontà del legislatore, con la facoltà per le Corti di formulare una specifica dichiarazione di incompatibilità.

In ordine alla questione della effettiva configurabilità giuridica delle richiamate dichiarazioni di incompatibilità, la Corte afferma, quindi, che dette dichiarazioni non solo sono legittime, ma costituiscono, anzi, una vera e propria «constitutional responsibility» per le Corti neozelandesi, laddove, avendo sperimentato tutte possibili interpretazioni di una norma di legge, nessuna di esse risulti compatibile con la Carta dei diritti, sì che non resta alle stesse Corti che – facendo fedele applicazione della s. 4 del NZBORA – dare la prevalenza interpretativa alla predetta norma incompatibile con la Carta, ma, al contempo, avvisando il legislatore (tramite, appunto, la formulata dichiarazione di incompatibilità) dell'esistenza di questa grave antinomia con i diritti fondamentali.

Per quanto concerne le conseguenze giuridiche di tali dichiarazioni di incompatibilità, la Corte ha l'occasione di chiarire la portata del precedente di cui al caso *Moonen*, affermando espressamente che dette dichiarazioni non comportano alcun vincolo giuridico per il Parlamento: «other branches of government are under no obligation to change the law to remedy the inconsistency, but it is a reasonable constitutional expectation that there will be a reconsideration by them of the inconsistent legislation», dal momento che «the Court's opinion as to the consistency of the legislation with the NZ Bill of Rights will have a social value in bringing to notice an enactment which is inconsistent with fundamental rights and

freedoms and that Parliament, in enacting the NZ Bill of Rights, had accepted the prospect of such judicial assessments»²⁹.

Questa «ragionevole aspettativa costituzionale» di modifica della legislazione incompatibile discende, secondo la Corte, da due ordini di ragioni, ovvero: a) dalla speciale rilevanza dei diritti fondamentali nell'assetto costituzionale; b) dalla necessità di armonizzare la protezione di detti diritti allo standard richiesto dall'adesione ai Trattati internazionali in materia.

In questa pronuncia si delineano, dunque, con chiarezza le caratteristiche essenziali dei nuovi compiti interpretativi e dichiarativi affidati alle Corti neozelandesi in tema di tutela dei diritti.

Al fine di conciliare il principio istituzionale di primazia parlamentare con la necessità di assicurare garanzia di effettività ai diritti fondamentali, il modello in corso di evoluzione in Nuova Zelanda individua un bilanciamento che prevede una sorta di dialogo tra Corti e Parlamento³⁰, in base al quale la Carta dei diritti è contenuta in una fonte di rango formalmente ordinario che non consente, dunque, alle Corti di disapplicare alcuna norma di legge per il caso di ritenuto contrasto con il catalogo dei diritti fondamentali, ma che gli impone di adottare, in ogni caso, la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi, atteso che tali diritti possono trovare le sole limitazioni ragionevoli e considerate giustificabili in una società libera e democratica come quella neozelandese³¹.

Nel caso di contrasto insanabile tra legge e diritti, poi, il modello prevede comunque la sicura e definitiva prevalenza della volontà del legislatore, rimanendo consentita alle Corti l'adozione di specifiche dichiarazioni di incompatibilità, con le quali le stesse segnalano al Parlamento l'esistenza del contrasto e l'esigenza di una modifica delle norme incompatibili, la

29 *R v. Hansen*, cit., par. 253-254.

30 Quale esempio di dialogo tra Corti e legislatore, può ricordarsi la pronuncia *Quilter v. Attorney-General* (1998) 1 NZLR 523 (CA), in tema di *same-sex marriage*, laddove la Corte, impiegando un cauto *self-restraint*, respinge la richiesta di interpretare estensivamente la legislazione neozelandese sul matrimonio sino a considerare in essa inclusa anche l'unione omosessuale: «the fact that six years after *Quilter*, the House of Representatives enacted the *Civil Unions Act* after serious parliamentary debate, has also been posited as evidence that judicial-legislative dialogue is working reasonably well»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *Int. Jour. Const. L.*, 2010, 186. Sul dialogo Corti-Parlamento, vd. anche, ampiamente, A. GEDDIS, *Inter-Institutional "Rights Dialogue" under the New Zealand Bill of Rights Act*, in T. CAMPBELL, K.D. EWING, A. TOMKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essay*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 150 ss.

31 Sulla tutela dei diritti fondamentali in Nuova Zelanda dopo il NZBORA, cfr. anche G. HUSCROFT, P. RISHWORTH, *"You Say You Want a Revolution": Bill of Rights in the Age of Human Rights*, in D. DYZENHAUS, M. HUNT, G. HUSCROFT (eds.), *A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart*, Oxford, Hart Publishing, 2009, 135 ss.

quale modifica può, però, essere disposta dal solo legislatore, che mantiene la piena prerogativa costituzionale del diritto “all’ultima parola” in materia³².

Dal punto di vista della concreta prassi giudiziale in ordine alle dichiarazioni di incompatibilità, deve, in ogni caso, segnalarsi come le Corti neozelandesi appaiono particolarmente restie ad impiegare lo strumento in parola, dal momento che – dopo averne affermato da tempo la giuridica possibilità³³ – le stesse Corti non hanno mai, sino ad ora, pronunciato alcuna dichiarazione di incompatibilità tra norme di legge e Carta dei diritti³⁴.

3. Regno Unito

L'esperienza neozelandese viene, qualche anno dopo, osservata con particolare attenzione nel Regno Unito³⁵, allorché si pone, sul finire del secolo scorso, la questione della effettiva compatibilità dell'ordinamento britannico con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Com'è noto, infatti, l'ordinamento neozelandese e quello del Regno Unito condividono appieno due elementi caratteristici di quegli assetti costituzionali: il carattere non scritto della Costituzione ed il principio fondamentale della *sovereignty of Parliament*, con il risultato di rendere impraticabile, per lungo tempo, qualsiasi ipotesi di sindacato giudiziario delle leggi da parte delle Corti³⁶.

32 Come conferma, di recente, la stessa Corte Suprema, «the Court is not required to undertake the same legislative or law-creating balancing exercise. The task for the Court is to interpret the law in the meaning least restrictive for rights»: *Morse v. The Police* (2011) NZSC 45.

33 Nei richiamati casi *Moonen* (2000) ed *Hansen* (2007).

34 La ragione di tale mancato uso del nuovo strumento dichiarativo è addebitabile, ad avviso di alcuni, all'inesistenza di una espressa previsione di legge in tal senso nel NZBORA: «the courts have not embraced with enthusiasm the licence given in *Hansen* to examine legislation against human rights standards and to indicate any resulting inconsistency: many New Zealand judges are simply not comfortable with being placed in the role of critic of the legislative branch. For these reasons and no doubt others, it is hard to shift the judicial mindset towards a self-conscious and routine dialogue with the legislative branch of the kind that declarations of inconsistency are thought to facilitate. The easiest way to effect this shift in mindset is to provide clear legislative authority for the courts to grant formal declaratory relief». Così C. GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and The New Zealand Bill of Rights Act*, cit., 647. Più efficace, si è, al contrario, dimostrato il controllo preventivo di compatibilità in sede parlamentare, laddove l'*Attorney-General* ha sino ad ora rilevato, nei suoi *Reports* in Parlamento, circa quaranta casi di incompatibilità tra i progetti di legge presentati all'Assemblea e la Carta dei diritti: cfr., sul punto, S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 185.

35 Sulle evoluzioni più recenti del costituzionalismo nel Regno Unito, cfr. da ultimo P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, II ed., Oxford, Hart Publishing, 2012.

36 Come ricorda, attraverso un rigoroso esame diacronico del modello britannico, A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, I, Padova, Cedam, 2009, 317 ss.

Nel dibattito parlamentare e dottrinale che precede l'adozione, nel 1998, dello *Human Rights Act* (HRA)³⁷ – con il quale viene, appunto, disposta l'incorporazione della CEDU nell'ordinamento britannico – la Carta neozelandese costituisce, dunque, un naturale punto di riferimento dal quale partire per delineare una nuova Carta dei diritti che risulti compatibile con la tradizione costituzionale del Regno Unito, soprattutto in relazione alle nuove funzioni assegnate al giudiziario nella tutela dei diritti fondamentali³⁸.

Anche la Carta britannica appartiene, infatti, al novero dei *parliamentary bills of rights*, ovvero a quelle Carte dei diritti che hanno rango giuridico formalmente ordinario, in quanto pariordinate, nel sistema delle fonti normative, alla legislazione primaria, non risultando, di conseguenza, *entrenched*, come accade, invece, per la Carta canadese (che è, perciò, classificabile come un vero e proprio *constitutional bill of rights*)³⁹.

Analogamente al modello neozelandese, poi, l'HRA impone alle Corti un obbligo di interpretazione conforme⁴⁰, ovvero di adottare sempre, nel caso di più opzioni interpretative possibili, quella che risulti più compatibile con i diritti protetti dalla Carta (*sect. 3, HRA*)⁴¹.

Sempre in linea di conformità con il NZBORA, anche la Carta britannica istituisce, inoltre, un controllo preventivo politico di compatibilità tra la legislazione in corso di approvazione in Parlamento ed il catalogo dei diritti protetti: è previsto, infatti, che il ministro responsabile di un disegno di legge presentato in Parlamento formuli – prima della seconda lettura parlamentare – una apposita dichiarazione innanzi alle Camere secondo cui, a giudizio del Governo, le disposizioni del disegno di legge sono compatibili con la Carta o, nel caso

37 La letteratura giuridica sull'HRA è ormai sterminata: tra le opere più recenti, nella dottrina britannica, cfr. almeno R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; T. CAMPBELL, K.D. EWING, A. TOMKINS (eds.), *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essay*, Oxford, Oxford University Press, 2011; e i vari contributi presenti nell'ampio *Symposium: The Changing Landscape of British Constitutionalism*, in *Int. Journ. Const. L.*, 2011, 79-273; in quella italiana, vd. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, Giappichelli, 2010.

38 Sulla circolazione del modello neozelandese nel Regno Unito e sui principi costituzionali tradizionalmente fondanti l'assetto dei due paesi, sia permesso rinviare, per più ampi sviluppi, a F. DURANTI, *Costituzionalismo e circolazione dei modelli costituzionali negli ordinamenti di matrice anglosassone*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2011, 621 ss.

39 Sviluppa interessanti considerazioni comparative su tali modelli il recente saggio proposto da J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 298 ss.

40 Sull'interpretazione conforme nei vari ordinamenti di matrice anglosassone, vd., in particolare, V.C. JACKSON, J. GREENE, *Constitutional interpretation in comparative perspective: comparing judges or courts?*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, cit., 599 ss.; e, più in generale, sull'interpretazione costituzionale, cfr. ora J. GOLDSWORTHY, *Constitutional Interpretation*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 689 ss.

41 «So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights» (*sect. 3, HRA*).

contrario⁴², che il Governo desidera che il Parlamento proceda comunque con l'esame del testo in discussione (*sect.* 19, HRA)⁴³.

La Carta britannica si differenzia, tuttavia – almeno *prima facie* – dal modello neozelandese, in quanto è espressamente inserita nell'HRA una specifica previsione normativa che introduce un nuovo potere dichiarativo concesso alle Corti nei casi di rilevata antinomia tra Carta dei diritti e legislazione.

Nella Carta in vigore nel Regno Unito è, infatti, normativamente stabilito che, nel caso in cui non sia possibile procedere ad una interpretazione conforme della legislazione (primaria e secondaria) alla Carta stessa, le Corti di rango superiore⁴⁴ possono pronunciare una specifica «dichiarazione di incompatibilità» tra la disposizione in questione ed i diritti fondamentali protetti (*sect.* 4, HRA).

Tale dichiarazione non ha, in ogni caso, alcun effetto sulla validità e sulla giuridica operatività della norma dichiarata incompatibile con i diritti protetti dalla Carta: la stessa, infatti, continua a rimanere pienamente in vigore e non risulta disapplicata neppure nei confronti della parti in causa innanzi alla Corte che l'ha pronunciata (come dispone espressamente la medesima *sect.* 4, HRA).

L'effetto principale della dichiarazione di incompatibilità è, dunque, quello di rivolgere un monito al Parlamento ed al Governo – il quale dispone, attraverso una *fast-track procedure*, del potere di adottare, nelle sole ipotesi di circostanze cogenti, un *remedial order*, che deve poi essere approvato dalle Camere nel termine di 120 giorni dalla sua emanazione (*sect.* 10, HRA)⁴⁵ – affinché sia normativamente rimossa la rilevata incompatibilità con la Carta dei

42 Nella prassi, si è avuto, sino ad ora, un solo caso di applicazione della *sect.* 19, in relazione al *Communications Act 2003*: «as a result, Parliament believed that, although the legislation potentially breached ECHR article 10 concerning freedom of expression, it would proceed nonetheless as permitted under section 19. Indeed, it could be considered that Parliament's deliberation of the issue proved important in persuading the House of Lords to rule unanimously that courts should regard the law as compatible with ECHR article 10 in a subsequent case (*R v. Secretary for Culture, Media and Sport* [2008] UKHL 15)»: R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, in *Int. Journ. Const. L.*, 2011, 100.

43 Nel modello neozelandese la dichiarazione è, invece, resa in Parlamento dall'*Attorney-General* e, dunque, da un soggetto che possiede un maggior grado di autonomia istituzionale dall'esecutivo. Sempre in ordine al controllo preventivo, deve rilevarsi come, in coincidenza con l'entrata in vigore dell'HRA nell'ottobre 2000, è stato istituito dalle Camere un apposito *Joint Committee on Human Rights* (JCHR), con il compito specifico di sottoporre ad attento scrutinio le dichiarazioni di compatibilità formulate dal Governo e, più in generale, di predisporre ampie relazioni sulla questione della tutela dei diritti umani nel Regno Unito: cfr., sul punto, J. HIEBERT, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?*, in *Int. Journ. Const. L.*, 2006, 1 ss.

44 Tale facoltà non è, dunque, concessa alle Corti di rango inferiore alla *High Court*.

45 Nel caso in cui le Camere non approvino il provvedimento governativo nel termine indicato, esso perde immediatamente efficacia, ma restano salvi gli effetti dallo stesso prodotti, così come resta inalterato il potere del Governo di adottare un ulteriore *remedial order* nella stessa materia (*sect.* 10, HRA).

diritti: resta, in ogni caso, inteso che non esiste alcun obbligo giuridico per legislativo ed esecutivo di procedere a detta rimozione.

Ciò comporta, quindi, il pieno formale rispetto del tradizionale principio di *sovereignty of Parliament*⁴⁶, atteso che la decisione di procedere ad una abrogazione o ad una modificazione della legislazione dichiarata incompatibile con i diritti fondamentali è, in definitiva, rimessa alla esclusiva discrezionalità politica di Governo e Parlamento⁴⁷.

Per quanto concerne la concreta prassi giudiziale, dall'entrata in vigore dell'HRA nell'ottobre del 2000 sono state pronunciate, sino ad ora, ben ventisette dichiarazioni di incompatibilità da parte delle Corti superiori britanniche⁴⁸.

Il modello britannico mostra, dunque, un ricorso non sporadico da parte delle Corti all'impiego dei nuovi strumenti dichiarativi loro concessi dalla Carta dei diritti, anche nei casi giuridicamente e politicamente più spinosi, quale, ad esempio, la ben nota controversia in ordine alla legittimità di alcune misure della legislazione speciale antiterrorismo⁴⁹.

Nel caso in questione, deciso dalla *House of Lords* nel dicembre 2004, i *Law Lords* sono stati costretti a pronunciare una dichiarazione di incompatibilità – avendo rilevato la impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme – della *sect. 23* dell'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* rispetto agli artt. 5 e 14 della CEDU, dal momento che tale disposizione consentiva irragionevolmente di sottoporre a custodia cautelare illimitata i soli sospetti terroristi internazionali di nazionalità non britannica.

Anche in tema di *gender reassignment*, gli stessi *Law Lords* pronunciano una dichiarazione di incompatibilità della norma di cui alla *sect. 11* del *Matrimonial Causes Act 1973* in relazione agli artt. 8 e 12 della CEDU, atteso che il presupposto della diversità di sesso tra i coniugi richiesto dalla norma in questione non può risultare applicabile al caso oggetto di giudizio, nel quale un soggetto di sesso maschile alla nascita, divenuto donna in seguito ad intervento

46 Sull'evoluzione di questo principio nel Regno Unito ad opera della giurisprudenza più recente, cfr., da ultimo, D. OLIVER, *The United Kingdom*, in D. OLIVER, C. FUSARO (eds.), *How Constitutions Change*, cit., 348-352.

47 Con la conseguenza che, come rileva R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit., 50, «the will of the elected branches is not necessarily subjected to that of the judicial branch (...) the Westminster Parliament – the representative body – appears to be given the final word».

48 Di queste 27 dichiarazioni di incompatibilità, 19 sono divenute definitive, mentre 8 di esse sono state riformate in appello, come evidenziano i dati più recenti disponibili presso il ministero della Giustizia (aggiornati al settembre 2012): cfr. *Responding to Human Rights Judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments 2011-12*, September 2012, Cm 8432, 40 ss.

49 *A. and others v. Secretary of State for Home Department* (2004) UKHL 56 (*Belmarsh prisoners' case*).

chirurgico, chieda il riconoscimento della validità del proprio matrimonio celebrato con un soggetto di pari sesso maschile⁵⁰.

In ordine alle garanzie connesse al processo penale, la *House of Lords* dichiara, poi, incompatibile con l'art. 6 della CEDU la *sect. 29 del Criminal (Sentences) Act 1997*, in base alla quale il ministro dell'Interno aveva facoltà di determinare discrezionalmente la durata complessiva della pena per i reati di omicidio: anche in questo caso è respinta la richiesta di interpretare la norma ai sensi della *sect. 3 HRA*, dal momento che il ricorso a tale disposizione – nel caso oggetto di giudizio – avrebbe fatto sconfinare la Corte in «judicial vandalism», anziché in una legittima «judicial interpretation»⁵¹.

Dalle decisioni richiamate – e da altre consimili⁵² – emerge con evidenza come la dichiarazione di incompatibilità venga pronunciata dalle Corti britanniche nei soli casi in cui non sia possibile procedere alla interpretazione conforme di cui alla *sect. 3 HRA*, configurandosi quale «measure of last resort, which must be avoided unless it is impossible to do so»⁵³.

Ciò ha consentito, in alcuni casi, alle stesse Corti – per evitare formali dichiarazioni di incompatibilità – di procedere ad audaci interpretazioni estensive delle norme oggetto di giudizio, al fine di renderle compatibili con il catalogo dei diritti protetti dall'*HRA*.

Nella più celebre (e controversa) di queste pronunce⁵⁴, i *Law Lords* hanno ritenuto di poter includere tra i conviventi *more uxorio* protetti dalla legge, nel caso di successione *mortis causa* nel contratto di locazione, anche i partner del medesimo sesso: ad avviso della maggioranza della Corte, infatti, tale interpretazione non è in palese contraddizione né con la lettera della norma, né con alcuno dei suoi principi o scopi fondamentali⁵⁵.

50 *Bellinger v. Bellinger* (2003) UKHL 21. Respingendo la richiesta della ricorrente, la Corte afferma l'impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme – in ciò confortata dal precedente della Corte di Strasburgo in *Goodwin v. United Kingdom* – in quanto l'interpretazione estensiva richiesta avrebbe comportato una palese invasione della competenza normativa riservata al legislatore: «this would represent a major change in the law. It raises issues whose solutions calls for extensive inquiry and the widest public consultation and discussion. The issues are altogether ill-suited for determination by courts and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament» (par. 37); si che «the recognition of gender reassignment for the purposes of marriage is part of a wider problem which should be considered as a whole and not dealt with in piecemeal fashion. There should be a clear, coherent policy» (par. 45).

51 *R (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* (2002) UKHL 46, par. 30.

52 Cfr., tra le altre, *R v. Lambert* (2001) UKHL 37; *R v. A (no. 2)* (2001) UKHL 25, sulle quali vd. diffusamente R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., 102 ss.

53 *R v. A (no. 2)*, cit., par. 44.

54 *Ghaidan v. Godin-Mendoza* (2004) UKHL 30, che è ben presto divenuto il vero e proprio *leading-case* in materia di applicazione della *sect. 3* dell'*HRA*.

55 «There is no longer any reason in principle for not including within the concept of “spouse” someone who had lived with the original tenant in an equivalent long-term, but homosexual relationship»: *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, cit., par. 128. In questa pronuncia è, infatti, compiutamente esplicitato il nuovo approccio interpretativo richiesto alle Corti dalla *sect. 3 HRA*, denominato «abstract purposive interpretation», ovvero una

Dalla giurisprudenza formatasi nel corso degli anni emerge, di conseguenza, che il criterio essenziale di applicazione della *sect. 3 HRA* è quello della compatibilità della interpretazione adeguatrice adottata con i «fundamental features» della legislazione sottoposta a scrutinio delle Corti⁵⁶: ciò che tale norma non consente di fare è, invece, di impiegare una interpretazione in contrasto con una disposizione legislativa che espressamente limiti uno dei diritti protetti o di adottare una interpretazione incompatibile con un aspetto fondamentale della normativa⁵⁷, giacché ciò rappresenterebbe una inammissibile invasione nella sfera di competenza riservata al Parlamento, il quale con l'HRA non ha rinunciato al suo potere di adottare disposizioni di legge anche incompatibili con i diritti della Convenzione⁵⁸.

L'analisi della prassi in tema di dichiarazioni di incompatibilità consente anche di formulare una ulteriore, importante, considerazione.

Dai dati a disposizione emerge, infatti, che le dichiarazioni di incompatibilità pronunciate dalle Corti hanno trovato, sino ad ora, inequivocabilmente seguito da parte di Governo e Parlamento: sulle diciannove dichiarazioni di incompatibilità divenute definitive, quattordici di esse sono state puntualmente osservate con l'approvazione di nuove norme di legge, altre quattro sono state altrettanto fedelmente rispettate con emendamenti in corso di approvazione al momento della pubblicazione delle pronunce di incompatibilità, mentre nell'unico caso rimanente la dichiarazione di incompatibilità è ancora in corso di esame da parte del Governo, in attesa di valutare le conseguenze di una recente pronuncia della Corte di Strasburgo⁵⁹.

interpretazione teleologico-evolutiva che prenda in considerazione la *ratio* della legge, oggettivata ed attualizzata alla luce dei principi che derivano dai diritti sanciti dalla CEDU, tenendo, inoltre, in specifica considerazione la lettura fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

56 «Parliament, however, cannot have intended that in the discharge of his extended interpretive functions the Courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation. That would be to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve»: *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, cit., par. 33. «A meaning which departs substantially from a fundamental feature of an Act of Parliament is likely to have crossed the boundary between interpretation and amendment»: *Re S (Minors) (Care Order: Implementation of Care Plan)* (2002) 2 AC 291, par. 40.

57 Le direttive interpretative in materia appaiono mirabilmente riassumibili nei seguenti termini: «First, the interpretive obligation under section 3 is a very strong and far reaching one, and may require the Court to depart from the legislative intention of Parliament. Secondly, a Convention-complaint interpretation under section 3 is the primary remedial measure and a declaration of incompatibility under section 4 an exceptional course. Thirdly, it is to be noted that during the passage of the Bill through Parliament the promoters of the Bill told both Houses that it is envisaged that the need for a declaration of incompatibility would rarely arise. Fourthly, there is a limit beyond which a Convention-complaint interpretation is not possible, such limit being illustrated by *R (Anderson) v. Secretary of State for the Home Department (...)* and *Bellinger v. Bellinger*»: *Attorney General's Reference No. 4 of 2002 (On appeal from the Court of Appeal Criminal Division)*, *Sheldrake v. Director of Public Prosecution* (2004) UKHL 43, par. 28.

58 Per una ampia rassegna di giurisprudenza sul punto, vd. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., 62-72.

59 Nei quattordici casi di nuova legislazione, in due di essi il Governo ha impiegato la *fast-track procedure* di cui alla *sect. 10 HRA*. L'unico caso ancora «under consideration» è quello, ben noto, relativo alla concessione del diritto di elettorato attivo ai detenuti: dopo la pronuncia di condanna da parte della Corte di Strasburgo nel caso *Hirst v. United Kingdom (no. 2)* del 2005 e la conseguente dichiarazione di incompatibilità

Anche nel caso politicamente più controverso – la richiamata decisione della *House of Lords* nel cd. *Belmarsh prisoners' case* – dopo un intenso dibattito parlamentare durato parecchi mesi⁶⁰, il legislatore ha deciso di osservare puntualmente i rilievi contenuti nella dichiarazione di incompatibilità, emendando nel senso indicato dall'Alta Corte la speciale disciplina antiterrorismo con l'approvazione di una nuova normativa (*Prevention of Terrorism Act 2005*) conforme alle indicazioni giudiziali⁶¹.

Il modello britannico delle dichiarazioni di incompatibilità mostra, dunque, sino ad ora⁶², un efficace funzionamento del meccanismo individuato dalla Carta, fondato su tre profili istituzionali strettamente legati tra di loro: a) una forte valorizzazione della interpretazione adeguatrice affidata alle Corti dalla *sect. 3 HRA*, che spinge le Corti stesse a praticare – con una ampiezza sconosciuta in passato – tecniche interpretative maggiormente orientate all'approccio teleologico, al fine di ricondurre in conformità con la CEDU (e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) le possibili letture della legislazione sottoposta a sindacato⁶³; b) l'impiego del nuovo potere dichiarativo concesso alle Corti (*sect. 4 HRA*) è riservato ai soli casi di impossibilità di procedere alla predetta interpretazione conforme e, dunque, ad ipotesi marginali, che si presumono di non frequente (o, comunque, non ordinaria)

pronunciata dalla *Scottish Registration Appeal Court* in *Smith v Scott* (2007) CSIH 9, infatti, al Governo britannico è stato concesso un termine di sei mesi – decorrente dalla pronuncia del 22 maggio 2012 della Grande Camera della Corte di Strasburgo nel caso *Scoppola v. Italy (no. 3)*, nel cui procedimento era intervenuto il medesimo Governo del Regno Unito – per provvedere al necessario adeguamento della legislazione nazionale in materia, ritenuta incompatibile con la CEDU.

60 Probabilmente uno dei più lunghi dibattiti nella storia parlamentare britannica, come segnalano S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 193; e R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., 101.

61 Come rilevato, si è trattato di una vicenda particolarmente significativa, non solo per la specifica materia oggetto della decisione (il delicato equilibrio tra libertà e sicurezza in tema di lotta al terrorismo), ma anche perché il Governo e la maggioranza parlamentare hanno mostrato di sentirsi effettivamente obbligati a modificare la legge nel senso indicato dalla pronuncia dei *Law Lords*, che ha ritenuto incompatibile la precedente disciplina in quanto discriminatoria e sproporzionata rispetto ai fini: cfr. per tutti, M. ELLIOTT, *Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*, in *New Zeal. L. Rev.*, 2011, 568 ss.

62 La recente istituzione della Corte Suprema del Regno Unito (attiva a far data dall'ottobre 2009) e le pronunce del suo primo biennio, sembrano, del resto, confermare questa linea di tendenza: per un'analisi di tale giurisprudenza cfr., da ultimo, A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 2011, 3961 ss., che richiamano, al proposito, il caso *R. and Thompson v. Secretary of State for the Home Department* (2010) UKSC 17, nel quale la Corte Suprema ha confermato la dichiarazione di incompatibilità tra la *sect. 82 del Sexual Offences Act 2003* e l'art. 8 CEDU, già formulata nel precedente grado di giudizio dalla Corte d'Appello.

63 «Section 3 is undoubtedly a central part of the overall balance between rights protection and democratic decision making under the HRA (...) use of section 3 does not deprive Parliament of the final word (...) Parliament can always respond to a section 3 decision by amending the legislation to overrule the judicial interpretation and to make clear its view that the courts have mistaken its meaning or overstepped their authority»: così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 194; in termini, in giurisprudenza, anche la richiamata pronuncia nel caso *Ghaidan*, cit., par. 63: «if Parliament disagrees with an interpretation by the courts under section 3(1), it is free to override it by amending the legislation and expressly reinstating the incompatibility».

applicazione⁶⁴; c) la continua fedeltà al canone di tradizionale primazia del Parlamento, che mantiene immutata la propria prerogativa di avere “l'ultima parola” anche in materia di garanzia dei diritti, attesa la giuridica possibilità di non dar seguito normativo ad una dichiarazione di incompatibilità pronunciata da una Corte superiore, ma che – come confermato dalla prassi di oltre undici anni di vigenza dell'HRA – è, tuttavia, incline ad osservare fedelmente le indicazioni del giudiziario e a modificare, di conseguenza, tutte le norme dichiarate incompatibili⁶⁵.

Da quest'ultimo punto di vista, si segnala, inoltre, il particolare ruolo svolto, in sede parlamentare, dal *Joint Committee on Human Rights* (JCHR), il quale, istituito in coincidenza con l'entrata in vigore della Carta, ha svolto un attivo compito di monitoraggio dei disegni di legge governativi e dei giudizi resi dalle Corti britanniche e da quelle europee in tema di diritti umani⁶⁶, contribuendo in misura significativa ad implementare una più sensibile attenzione al rispetto dei diritti fondamentali da parte di Parlamento e Governo⁶⁷.

Nel Regno Unito è, comunque, attualmente in corso un ampio dibattito sulla questione della protezione dei diritti umani: il Governo di coalizione conservatore-liberaldemocratico ha, infatti, istituito, nel marzo 2011, una specifica Commissione ministeriale (*Bill of Rights Commission*) incaricata di predisporre una apposita relazione in ordine alla necessità di procedere o meno a modifiche della attuale legislazione in materia⁶⁸.

64 «At the heart of the HRA lie ss. 3 and 4, the relationship between which is said to hold the key to the balance between parliamentary democracy and judicially enforced human rights»: R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit., 45.

65 Nel dialogo tra Corti e Parlamento suscitato dalle dichiarazioni di incompatibilità, il principale merito del modello britannico è da ricollegarsi al processo comunicativo attivato dalla Carta, piuttosto che all'effettivo risultato conseguito: «the deliberative process is, however, more important than the outcome per se», come rileva S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 193. Secondo alcuni, inoltre, sarebbe in corso di consolidamento una vera e propria consuetudine costituzionale in virtù della quale il Parlamento si ritiene obbligato ad assecondare sempre le dichiarazioni di incompatibilità formulate dalle Corti: così A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, in *Harvard Public Law Working Papers* 11/07 (January 2011), 19 ss.

66 Si consideri, a questo proposito, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che la dichiarazione di incompatibilità pronunciata dalle Corti britanniche non costituisce ancora, allo stato, «rimedio effettivo» ai fini del requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni. La Corte ha peraltro affermato – nella sentenza della Grande Camera del 29 aprile 2008 nel caso *Burden v. United Kingdom* – che ciò potrebbe mutare in futuro, qualora risulti definitivamente consolidata la prassi di dare inevitabilmente seguito alle predette dichiarazioni di incompatibilità: «concerning legislative reform in response to the making of a declaration of incompatibility, the Grand Chamber notes with satisfaction that in all the cases where declarations of incompatibility have to date become final, steps have been taken to amend the offending legislative provision. However, given that there have to date been a relatively small number of such declarations that have become final, it agrees with the Chamber that it would be premature to hold that the procedure under section 4 of the Human Rights Act provides an effective remedy to individuals complaining about domestic legislation».

67 Cfr., sul punto, J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, cit., 304, che parla, a questo proposito, di «ground up rights culture».

68 La Commissione, presieduta da Sir Leigh Lewis ed istituita presso il ministero della Giustizia, ha ricevuto dal Governo i seguenti *terms of reference*: «The Commission will investigate the creation of a UK Bill of Rights that incorporates and builds on all our obligations under the European Convention on Human Rights,

4. Australia

In Australia, il modello di *parliamentary bill of rights* ha circolato, sino ad ora, solo a livello subfederale.

Come è noto, infatti, la Costituzione australiana è una delle poche al mondo a non contenere un espresso catalogo di diritti fondamentali protetti, limitandosi ad indicare solo alcune fattispecie che hanno specifica copertura costituzionale⁶⁹, sì che il ruolo di garante dei diritti è ancora, in primo luogo, assegnato al Parlamento tramite la sua tradizionale ed incontestata primazia nell'assetto costituzionale⁷⁰.

Tuttavia, di recente, alcuni Stati membri della Federazione australiana hanno introdotto nelle loro legislazioni primarie delle vere e proprie Carte dei diritti, che contengono disposizioni che si richiamano alla Carta canadese, a quella neozelandese ed a quella britannica: i testi in questione sono quelli dell'*Australian Capital Territory's Human Rights Act 2004* (ACT HRA) e della *Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006* (VCHRR), rispettivamente del Territorio della Capitale e dello Stato di Victoria⁷¹.

Entrambe le Carte contengono – sulla base del precedente neozelandese e di quello successivo britannico, che hanno costituito il loro più efficace modello di riferimento⁷² – alcuni

ensures that these rights continue to be enshrined in UK law, and protects and extend our liberties. It will examine the operation and implementation of these obligations, and consider ways to promote a better understanding of the true scope of these obligations and liberties. It should provide interim advice to the Government on the ongoing Interlaken process to reform the Strasbourg Court ahead of and following the UK's Chairmanship of the Council of Europe. It should consult, including with the public, judiciary and devolved administrations and legislatures, and aim to report no later than by the end of 2012». Su queste tematiche vd. ora S. SONELLI, *Dallo Human Rights Act ad una nuova Carta dei diritti?*, in *Quad. cost.*, 2012, 175 ss.

69 Tra i diritti protetti dalla Costituzione rientrano il diritto alla libera comunicazione e partecipazione politica, il sindacato giudiziale sugli atti dell'esecutivo, il *trial by jury*, la libertà di culto e (almeno implicitamente) il diritto di proprietà: artt. 51, 75, 80 e 116 Cost. Sulle ragioni di tale singolarità della Carta australiana in prospettiva comparata, cfr. specificamente C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 257 ss. Ciò non significa, tuttavia, che non esistano – come pure avviene anche nell'esperienza di altri ordinamenti di matrice anglosassone – risalenti e consolidati *common law rights*, che debbono necessariamente essere rispettati dallo stesso Parlamento nella sua concreta attività legislativa: vd., sul punto, con ampie considerazioni comparative, A. GRAY, *The Common Law and the Constitution as Protectors of Rights in Australia*, in *Comm. L. World Rev.*, 2010, 152 ss.

70 Com'è altrettanto noto, le Corti australiane possono, in ogni caso – alla stessa stregua di quanto avviene in Canada, ma non nel Regno Unito o in Nuova Zelanda – esercitare il pieno sindacato diffuso di costituzionalità delle leggi, anche in assenza di un espresso *Bill of Rights* nella Costituzione federale. Come ricorda D. ERDOS, *The Rudd Government's rejection of an Australian Bill of Rights: a stunted case of aversive constitutionalism?*, in *SSRN papers* (October 2011), il Governo laburista ha, comunque, respinto, nel corso del 2010, la proposta avanzata l'anno precedente dal *National Human Rights Consultation Committee* di introdurre a livello legislativo un aggiornato *Bill of Rights* sulla base del modello britannico e di quello neozelandese.

71 Su tali Carte, vd., in particolare, R. MASTERMAN, *Interpretations, Declarations and Dialogue: Rights Protections under the Human Rights Act and Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities*, in *Pub. L.*, 2009, 112 ss.; e C. EVANS, S. EVANS, *Australian Bill of Rights*, LexisNexis, Chatswood, 2008.

72 La scelta di impiegare quali modelli di riferimento l'esperienza britannica e quella neozelandese e di respingere, invece, il modello canadese emerge chiaramente dai lavori preparatori delle due Carte australiane: cfr., sul punto, L. BECK, *The Interpretations Provisions of Statutory Bills of Rights: A Little Bit Humpty Dumpty?*, in *Pub. L. Rev.*, 2011, 97 ss.

importanti principi interpretativi: a) le Corti hanno l'obbligo di preferire l'interpretazione conforme di ogni legge ai diritti contenuti nella Carta (*sect. 30 ACT HRA; sect. 32 VCHRR*); b) nel caso in cui questa interpretazione conforme non sia praticabile, le Corti Supreme statali hanno la facoltà di pronunciare una esplicita «dichiarazione di incompatibilità» (*sect. 32 ACT HRA; sect. 36 VCHRR*)⁷³; c) tale dichiarazione non comporta, in ogni caso, alcuna invalidità od abrogazione implicita della legge non conforme ai diritti, né è consentita alle Corti la disapplicazione delle norme incompatibili (*sect. 32 ACT HRA; sect. 32 e 36 VCHRR*); d) l'*Attorney-General* ha l'obbligo di formulare innanzi all'Assemblea legislativa interessata una specifica dichiarazione di compatibilità con la Carta dei diritti statale di ogni nuova proposta di legge in discussione e di rispondere innanzi all'Assemblea legislativa alle eventuali dichiarazioni di incompatibilità formulate dalle Corti (*sect. 30 e 37 ACT HRA; sect. 28 e 37 VCHRR*); e) i diritti inclusi nella Carta possono subire le uniche limitazioni che possano dimostrarsi giustificabili e compatibili con una società libera e democratica (*sect. 28 ACT HRA; sect. 7 VCHRR*); f) nella sola Carta di Victoria è prevista, infine, una espressa possibilità di *override* da parte del Parlamento statale, che può esplicitamente dichiarare che una determinata norma di legge si applichi nonostante la sua incompatibilità con la Carta dei diritti (*sect. 31 VCHRR*)⁷⁴.

Emergono, dunque, con evidenza le analogie con il modello britannico, in ordine alla necessità di impiegare – fin quando possibile – l'interpretazione conforme della legge ai diritti protetti dalle due Carte e, soprattutto, alla espressa possibilità di adottare dichiarazioni di incompatibilità da parte delle Corti nel caso di insanabile contrasto tra norme di legge e Carta dei diritti.

Le due Carte australiane sono, perciò, le uniche – assieme all'HRA britannico e allo *European Convention on Human Rights Act 2003* (ECHRA) irlandese⁷⁵ – tra le varie esperienze

73 Nella Carta dello Stato di Victoria il termine normativo impiegato è quello di «*declaration of inconsistent interpretation*».

74 «If the legislature invokes this clause, this signals to courts that the Charter does not apply to the legislation in question and therefore should not be subject to a judicial declaration of inconsistency»: J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, cit., 303. Tale norma è il frutto evidente della circolazione del modello canadese della *notwithstanding clause*.

75 La *sect. 5* dell'ECHRA irlandese prevede, a seguito della pronuncia della dichiarazione di incompatibilità (rimessa alla competenza delle sole Corti superiori), anche la possibilità di una compensazione monetaria, disposta *ex gratia* da parte del Governo in favore del ricorrente che abbia subito un danno a causa della norma dichiarata incompatibile: sulle varie problematiche sollevate dalle dichiarazioni di incompatibilità e sulla difficile coesistenza delle stesse col sindacato diffuso di costituzionalità praticato in Irlanda, cfr., per tutti, F. DE LONDRAS, *Using the ECHR in Irish Courts: More Whisper than Bang?*, in *UCD School of Law Papers* (May 2011). La Corte Suprema irlandese (*Carmody v Minister for Justice Equality and Law Reform & ors*, 2009, IESC 71) ha, in ogni caso, chiarito che debba necessariamente avere priorità la discussione della questione di costituzionalità rispetto a quella sulla eventuale dichiarazione di incompatibilità: cfr. P. BRADY, *Constitutional*

comparate, a prevedere l'esplicita previsione normativa del nuovo potere dichiarativo di incompatibilità assegnato alle Corti superiori⁷⁶.

Per quanto concerne la prassi, si sono, sino ad ora, registrate due sole dichiarazioni di incompatibilità, una da parte della Corte Suprema dello Stato di Victoria⁷⁷, ed una da parte della Corte Suprema del Territorio della Capitale⁷⁸.

Di particolare interesse appare la prima di esse, dal momento che è l'unica che ha portato ad una recente pronuncia, in grado di appello, da parte della Corte Suprema federale, ovvero della *High Court of Australia*⁷⁹.

Il caso oggetto di giudizio – relativo alla interpretazione delle norme in tema di inversione dell'onere della prova circa la detenzione ai fini di spaccio di sostanze stupefacenti – ha offerto l'occasione alla Corte per pronunciare una complessa ed importante sentenza, che costituisce ora un fondamentale precedente per l'interpretazione del modello australiano sulle dichiarazioni di incompatibilità e sull'obbligo di interpretazione conforme discendente dalle due Carte dei diritti statali.

La sentenza – che consta di ben sei separate opinioni, parzialmente concorrenti e dissenzienti tra di loro (tali da formare differenti maggioranze circa i diversi, numerosi, punti di diritto oggetto della controversia) e di oltre 270 pagine complessive – ha innanzitutto affrontato, per quel che maggiormente interessa in questa sede, la specifica questione della legittimità costituzionale della norma di cui alla *sect.* 36 della VCHRR, la quale consente, come detto, alla Corte Suprema dello Stato di Victoria di adottare una dichiarazione di incompatibilità (*rectius*, una «*declaration of inconsistent interpretation*») nel caso di impossibilità di procedere ad una interpretazione della legge conforme alla Carta dei diritti.

Con una stretta maggioranza (4-3), la Corte Suprema federale ha affermato la legittimità costituzionale della norma che consente di adottare dichiarazioni di incompatibilità, non ritenendola in contrasto con il capitolo III della Costituzione federale, dedicato al potere giurisdizionale: in particolare, pur non trattandosi dell'esercizio di una funzione giudiziale, né

Interpretation and the Irish Supreme Court: some reflections on neighbouring common law court's approaches to interpretation, in Statute Law Society Conference 2010, Supreme Court, London, October 2010.

76 Come si è visto, nell'esperienza neozelandese questo potere è, infatti, emerso solo in via pretoria, nella prassi giurisprudenziale più recente.

77 *R v. Momcilovic* (2010) VSCA 50, sulla quale vd., in prospettiva comparata, R. DIXON, *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*, in *University of Chicago Law School – Public Law and Legal Theory Working Paper no. 348* (May 2011), 28.

78 *In the matter of an application for bail by Isa Islam* (2010) ACTSC 147, relativa alla dichiarazione di incompatibilità – circa la presunzione di innocenza stabilita dalla Carta – della normativa statale in tema di concessione della libertà provvisoria su cauzione in attesa del processo. L'esecutivo statale, dopo avere proposto appello innanzi alla Corte Suprema federale, ha rinunciato allo stesso ed ha, di conseguenza, modificato, nel senso indicato dalla Corte, la normativa dichiarata incompatibile.

79 *Momcilovic v. The Queen* (2011) HCA 34 (8 September 2011).

di una funzione esercitata in occasione dell'esercizio di una funzione giurisdizionale, ritiene la Corte che «the making of the declaration, however, does no more than manifest, in a practical way, the constitutional limitations upon the Court's role and the fact that it is Parliament's responsibility ultimately to determine whether the laws it enacts will be consistent or inconsistent with human rights», con la conseguenza che «by exemplifying the proper constitutional limits of the Court's functions, it serves to reinforce, rather than impair, the institutional integrity of the Court»⁸⁰.

Funzione fondamentale della dichiarazione di incompatibilità è, perciò, secondo la Corte, quella di dar luogo ad un meccanismo procedurale «by which the Court can direct the attention of the legislature, through the executive government of Victoria, to disconformity between a law of the State and a human right set out in the Charter»⁸¹, promuovendo così una virtuosa interazione tra i tre diversi poteri – ciascuno all'interno dei propri confini costituzionali – al fine della migliore tutela dei diritti protetti dalla Carta, senza alcuna compromissione dell'indipendenza e dell'imparzialità del ruolo e delle funzioni della Corte⁸².

Di particolare interesse è, poi, la questione – aspramente dibattuta in seno alla *High Court* – circa la configurazione e i limiti del potere di interpretazione conforme che la *sect. 32* della Carta attribuisce al giudiziario, con una norma che è chiaramente riconducibile al modello di cui alla *sect. 3* dell'HRA britannico ed alla *sect. 6* del NZBORA neozelandese.

Con argomentazione ricca di citazioni comparative di precedenti provenienti dalle giurisdizioni di altri ordinamenti di matrice anglosassone⁸³, la maggioranza della Corte ha stabilito che il potere di interpretazione conforme della legge alla Carta dei diritti non attribuisce nuovi poteri interpretativi alla Corte Suprema dello Stato di Victoria: «section 32

80 *Momcilovic v. The Queen*, cit., par. 96. Ad avviso della minoranza, invece, la dichiarazione di incompatibilità, configurando, in sostanza, «an advisory opinion upon a question of law», costituirebbe un inammissibile «significant change to the constitutional relationship between the arms of government with respect to the interpretation and application of statute law» (par. 183), risultando, perciò, radicalmente incostituzionale.

81 *Momcilovic v. The Queen*, cit., par. 95.

82 «The declaration, whilst not dispositive because it is made only incidentally with respect to a matter, does not implement any policy or action of the executive or the legislature: it is no more than a statement made by the Supreme Court as to an apparent inconsistency. So far as it concerns the executive and the legislature, the statement serves only to draw attention to that effect. The steps, if any, which are proposed by the relevant minister to change the law do not involve the Court»: *Momcilovic v. The Queen*, cit., par. 602.

83 Com'è noto, infatti, nell'ambito del *Commonwealth* «la tradizione di *common law* continua ad accomunare differenti paesi, la cui identità giuridica è perciò stemperata, ma senza apparente pregiudizio per l'esistenza dello Stato-nazione. I modelli di citazione indicano un alto grado di ricorso all'uso intergiurisdizionale del precedente, dell'autorità persuasiva»: così H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, il Mulino, 2011, 427; con la conseguenza che, «nei paesi del *Commonwealth* vi è una grande influenza reciproca. Ogni nazione fa riferimento alla giurisprudenza inglese; i giudici inglesi si riferiscono alla giurisprudenza del *Commonwealth* e i giudici del *Commonwealth*, a loro volta, fanno riferimento l'uno alla giurisprudenza dell'altro»: A. BARAK, *La comparazione nel diritto pubblico*, in B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, il Mulino, 2009, 395.

exists in a constitutional setting which differs from the setting in which the HRA operates. It mandates an attempt to interpret statutory provisions compatibly with human rights. There is, however, nothing in its text or context to suggest that the interpretation which it requires departs from established understandings of that process»⁸⁴, sì che «section 32 does not state a test of construction which differs from the approach ordinarily undertaken by courts towards statutes; its terms identify an approach of interpretation which has regard to the terms and to the purpose of the statutory provision in question»⁸⁵.

Quanto, poi, alla clausola generale di limitazione ai diritti, contenuta nella *sect. 7* della Carta, l'opinione di maggioranza della Corte – anche in questo caso con un ampio richiamo ad argomenti comparatistici⁸⁶ – afferma la necessità di una sua lettura in combinato disposto con la norma sull'obbligo di interpretazione conforme: ne consegue un approccio comparabile al test di ragionevolezza e proporzionalità in ordine alla giustificazione delle possibili limitazioni ai diritti, analogo a quello da tempo sviluppato dalla Corte Suprema canadese⁸⁷, seguita, sul punto, dalla Corte Suprema neozelandese⁸⁸.

La *High Court* annulla, infine, la sentenza della Corte Suprema di Victoria e la dichiarazione di incompatibilità dalla stessa adottata, sulla base di una differente interpretazione delle norme statali oggetto di giudizio, ritenute non in contrasto – se correttamente lette, come impone di fare la Corte stessa – in necessaria armonia con i principi della Costituzione federale.

La pronuncia della Corte Suprema federale nel caso *Momcilovic*, in definitiva, pur ritenendo costituzionalmente legittimo il potere di adottare dichiarazioni di incompatibilità nei due ordinamenti statali che lo prevedono, lo circoscrive, in ogni caso, molto severamente, con la conseguenza che detto potere risulta ora giuridicamente non praticabile nelle seguenti circostanze: a) quando l'incompatibilità possa considerarsi ragionevolmente giustificata e

84 *Momcilovic v. The Queen*, cit., par. 50. Risulta, dunque, esplicitamente respinto l'audace approccio interpretativo britannico sperimentato in *Ghaidan*: «Section 3 of the HRA has a history and operates in a constitutional setting which is materially different from that which exists in Australia (...) that approach, however, was not consistent with the majority reasoning in *Ghaidan* which had supported a view of s. 3 as travelling beyond the limits of the principle of legality» (par. 47), e che, di conseguenza, non può, ad avviso della Corte, risultare accolto nel differente contesto costituzionale australiano.

85 *Momcilovic v. The Queen*, cit., par. 565. Ad avviso della minoranza, la norma in questione è, invece, costituzionalmente illegittima poiché attribuisce al giudiziario un potere interpretativo sostanzialmente senza limiti, inammissibilmente analogo a quello di *law-making* di esclusiva competenza del legislatore (par. 454).

86 Come mostrano recenti ricerche comparate, la *High Court* australiana è, infatti, una tra le principali Corti al mondo ad impiegare con ricorrente frequenza, nelle questioni relative a controversie di diritto costituzionale, ampi richiami alla citazione di decisioni di giurisdizioni (costituzionali o supreme) di altri ordinamenti: vd. C. SAUNDERS, *Judicial engagement with comparative law*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 573-574.

87 Il celebre *Oakes* test, adottato, come noto, dalla Corte Suprema canadese a partire da *R v. Oakes* (1986) 1 SCR 103.

88 Nella richiamata pronuncia *R v. Hansen* del 2007.

conforme alle esigenze di una società libera e democratica⁸⁹; b) nel caso in cui la dichiarazione di incompatibilità possa mettere a repentaglio «the institutional integrity of the Court», come accade di frequente nel caso di processo penale, quando la Corte, pur confermando la condanna a carico dell'imputato, emetta una formale dichiarazione di incompatibilità delle norme penali incriminatrici⁹⁰.

5. Canada

L'esperienza canadese sembrerebbe, al contrario – perlomeno a prima vista – differenziarsi nettamente da quelle sin qui esaminate, atteso che: a) i diritti fondamentali – che possono, come noto, subire le uniche limitazioni compatibili con una società libera e democratica (*sect. 1 della Canadian Charter of Rights and Freedom*) – hanno lo *status* giuridico formale di norme costituzionali, risultando inclusi nella medesima Carta dei diritti allegata alla Costituzione; b) i medesimi diritti non possono, di conseguenza, essere modificati da norme di legge ordinaria, ma solo attraverso una revisione costituzionale adottata secondo lo speciale procedimento aggravato previsto dalla Costituzione; c) le Corti hanno la piena facoltà di sindacare le norme incompatibili con i diritti, dichiarandone l'incostituzionalità e provvedendo alla loro conseguente disapplicazione (*sect. 52 della Carta*)⁹¹.

Tuttavia, al fine di operare un contemperamento tra quanti propugnavano il mantenimento inalterato del tradizionale principio britannico di supremazia parlamentare e quanti, invece, ritenevano preferibile l'adozione integrale del modello nordamericano, nella Carta è stata inserita una singolare disposizione – la *sect. 33*, meglio nota come *notwithstanding clause*⁹² – la quale prevede che i diritti fondamentali possano subire una limitazione, della durata temporale massima di cinque anni (ulteriormente prorogabile per un altro quinquennio), a condizione che il Parlamento federale (od uno provinciale) dichiarino espressamente, in una

89 Ovvero quando ciò risulti da un corretto uso della *sect. 7* della Carta: *Momcilovic*, cit., par. 36.

90 «It may be that, in the context of a criminal trial proceeding, a declaration of inconsistency will rarely be appropriate. Undermining a conviction is a serious consideration. In the sphere of criminal law, prudence dictates that a declaration be withheld». *Momcilovic*, cit., par. 605.

91 Senza che alle stesse sia riconosciuta, dunque, la facoltà di pronunciare alcuna dichiarazione di incompatibilità (come, al contrario, avviene nella ricordata esperienza irlandese, laddove coesistono controllo diffuso di costituzionalità e sindacato di incompatibilità a favore delle Corti).

92 Sulle motivazioni che hanno indotto il costituente canadese ad introdurre nella Carta dei diritti la clausola in questione, cfr. M.R. RADICIOTTI, *Protezione dei diritti fondamentali, judicial review e notwithstanding clause in Canada*, in G. ROLLA (cur.), *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè, 2008, 195 ss.

legge ordinaria, l'intenzione di voler procedere in tal senso facendo applicazione della *sect.* 33, specificando quale deroga ai diritti fondamentali intendono disporre⁹³.

Si tratta, dunque, di un *legislative override* che consente al Parlamento di limitare i diritti fondamentali, con una legge approvata a maggioranza semplice senza ricorrere al gravoso procedimento di revisione costituzionale, impedendo, nel contempo, alle Corti di dichiarare l'incostituzionalità delle norme che dispongono la deroga temporanea a tali diritti⁹⁴.

La *notwithstanding clause* attiva, in questa maniera, un complesso circuito istituzionale in materia di diritti fondamentali, la cui protezione è, innanzitutto, affidata alle Corti, le quali dispongono, al proposito, del sindacato diffuso di costituzionalità che gli consente di disapplicare norme di legge con essi contrastanti, ma è anche rimessa al legislatore – sia federale che provinciale – cui è attribuito il *legislative override*, attraverso il quale i diritti protetti dalla Carta possono trovare una temporanea limitazione per motivazioni ritenute politicamente preminenti, con il risultato di produrre un più equilibrato bilanciamento tra poteri del Parlamento e quelli delle Corti, attraverso un congegno normativo del tutto peculiare, che mira a realizzare un efficace dialogo tra legislativo e giudiziario in tema di diritti fondamentali⁹⁵.

La presenza della clausola *notwithstanding* nella Costituzione canadese consente, perciò, di evitare l'impiego della complessa procedura di revisione costituzionale qualora il Parlamento si trovi in disaccordo con una interpretazione costituzionale della Corte Suprema ritenuta non condivisibile, “immunizzando”, con l'impiego della clausola in parola, la legge dichiarata incostituzionale: la decadenza automatica, allo spirare dei cinque anni di tempo previsti dalla Carta, della clausola permette, inoltre, al corpo elettorale di esprimersi direttamente – nel corso delle successive elezioni nazionali o di quelle statali, a seconda di quale Assemblea legislativa abbia impiegato la *notwithstanding* – sul consenso o sul dissenso rispetto alla scelta dei propri rappresentanti circa l'uso della clausola di flessibilizzazione di cui alla *sect.* 33⁹⁶.

93 Sono, in ogni caso, esclusi dal campo di applicazione della norma in parola il diritto di elettorato attivo e passivo (s. 3), i diritti democratici (s. 4 e 5), il diritto alla libera circolazione nel paese (s. 6), i diritti linguistici delle minoranze ufficiali (s. 16-23) e i diritti di genere (s. 28).

94 Come si è visto, l'originale modello canadese della *notwithstanding clause* ha, sino ad ora, successivamente circolato nella sola Australia, nella Carta dello Stato di Victoria (*sect.* 31).

95 Al punto che «the existence of section 33 is *the* distinctive feature of the Charter in comparison with other systems with constitutional bills of rights and the judicial power to invalidate statutes, and is what makes it an instance of the new model»: così, condivisibilmente, S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 179.

96 Sulle varie questioni giuridiche controverse legate alla concreta operatività della clausola, si è pronunciata, come noto, la Corte Suprema nella celebre decisione *Ford v. Quebec (Attorney-General)* [1988] 2 SCR 712.

Quanto alla prassi in materia, deve, in ogni caso, registrarsi un suo scarso uso in sede statale ed una sua sostanziale inutilizzazione in sede federale⁹⁷.

Ciò non toglie, tuttavia, che questo istituto spieghi un effetto di decisiva e singolare conformazione del sistema canadese in ordine al rapporto tra poteri (legislativo e giudiziario) in tema di tutela dei diritti fondamentali.

Sia il Parlamento che la Corte Suprema sono, infatti, ben consapevoli dell'esistenza di detta norma nell'assetto costituzionale e, dunque, risultano in qualche misura reciprocamente condizionati nel momento in cui si occupano – ciascuno nelle proprie sedi e secondo la rispettiva competenza funzionale – di protezione e/o limitazione dei diritti fondamentali.

Secondo recenti analisi, si assiste, inoltre, in alcuni casi, ad una sorta di impiego di «notwithstanding-by-stealth» da parte del Parlamento, il quale – senza ricorrere all'uso formale della *sect.* 33 della Carta – provvede, per via di legislazione ordinaria, a riprodurre sostanzialmente il contenuto di norme dichiarate incostituzionali da parte della Corte Suprema⁹⁸.

Chiamata nuovamente a giudicare sulla legittimità costituzionale delle nuove norme introdotte per rimediare ad una precedente decisione di incostituzionalità⁹⁹, la Corte Suprema ha quasi invariabilmente mostrato una notevole deferenza¹⁰⁰ per le scelte del Parlamento, attestando la legittimità di questi «legislative reversal»¹⁰¹ delle proprie pregresse pronunce di incostituzionalità¹⁰².

97 Al punto che alcuni autori hanno parlato di una sua convenzionale caduta in desuetudine a livello federale: cfr., in questo senso, A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, in *Harvard Public Law Working Papers* 11/07 (January 2011), 4 ss. A livello statale, la Provincia che ha fatto maggiore ricorso alla *notwithstanding* è stata, ovviamente, il Quebec, soprattutto per le varie questioni legate all'uso della lingua francese. Per un riepilogo della prassi in materia, vd. T. KAHANA, *The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter*, in *Can. Pub. Adm.*, 2001, 255 ss.

98 Con l'impiego della formula «notwithstanding-by-stealth», si intende, infatti, un caso di «legislative reversal of judicial decisions by statutory amendment and not the formal use of the notwithstanding clause», ovvero «a parliamentary resolution requiring passage that explicitly indicates that a statute continues notwithstanding a judicial declaration of unconstitutionality»: così J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights and the minister of justice: Weak-form review within a constitutional Charter of Rights*, in *Int. Journ. Const. L.*, 2012, 39.

99 In ipotesi che la dottrina definisce, dunque, efficacemente quali «second look cases» da parte della Corte Suprema, ovvero casi di «judicial review of legislative attempts to re-establish constitutionality of statutes previously declared unconstitutional»: P.W. HOGG, A. BUSHELL THORNTON, W. K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors"*, in *Osgoode Hall L. Journ.*, 2007, 19.

100 Espressione – nell'opinione di maggioranza della Corte redatta dalla *Chief Justice* McLachlin in *R. v. Hall* (2002) 3 SCR 309, par. 43 – di «an “excellent example” of dialogic constitutionalism». In dottrina, sulla necessità dell'impiego di un ragionevole grado di deferenza nei confronti del Parlamento nell'approccio della Corte Suprema ai «second look cases», vd. soprattutto R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference*, in *Osgoode Hall L. Journ.*, 2009, 235 ss.

101 K. ROACH, *Dialogue or Defiance: Legislative Reversal of Supreme Court Decisions in Canada and the United States*, in *Int. Journ. Const. L.*, 2006, 347 ss.

102 Quali evidenze di questa specifica modalità di intendere il dialogo tra Corti e Parlamento in Canada, J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights*, cit., 20-43, analizzano in dettaglio la

Anche per questa particolare via, risulta, in definitiva, confermata la correttezza dell'inclusione dell'esperienza canadese al nuovo modello di giustizia costituzionale e la sua netta distinzione rispetto al classico prototipo statunitense¹⁰³.

6. Il nuovo modello di giustizia costituzionale in prospettiva comparata

Pur nell'ambito di vari (e non marginali) elementi di differenziazione, le esperienze dei paesi del *Commonwealth* (Australia, Canada, Nuova Zelanda e Regno Unito) presi qui in considerazione mostrano, dunque, significativi profili di convergenza in ordine ai nuovi poteri conferiti alle Corti in tema di tutela dei diritti fondamentali.

Il fertile “laboratorio” costituzionale che è in corso d'opera negli ordinamenti in questione, sembra sempre più caratterizzarsi per la progressiva emersione di un nuovo modello di giustizia costituzionale, differente dall'idealtipo statunitense di *judicial review of legislation* e da quello europeo-continentale di *Verfassungsgerichtsbarkeit*, affidato ad una specifica Corte costituzionale accentrata¹⁰⁴.

Detti classici modelli appaiono, infatti, entrambi riconducibili, secondo una convincente proposta classificatoria¹⁰⁵, ad un unico macro-modello di giustizia costituzionale – definito *strong-form judicial review* – caratterizzato dalla definitiva prevalenza della interpretazione della Costituzione ad opera degli organi giudiziari (ordinari o specializzati) incaricati di

giurisprudenza della Corte Suprema in tre diverse coppie di casi: 1) *R. v. Seaboyer* (1991) 2 SCR 577 – nel quale è pronunciata l'incostituzionalità di una norma del codice penale in tema di diritto al giusto processo nelle fattispecie di reati sessuali – a cui, dopo il *legislative reversal* parlamentare, fa seguito la nuova pronuncia della Corte in *R. v. Darrach* (2000) 2 SCR 443, che afferma la costituzionalità della nuova normativa di legge, in quanto «the mere fact that the wording differs between the Court's guidelines and Parliament's enactment is itself immaterial»; 2) *R. v. O'Connor* (1995) 4 SCR 411 – in cui la Corte, impiegando principi consolidati di *common law*, invalida una normativa limitante il diritto alla prova a favore dell'accusato nei reati di stupro – alla quale il Parlamento risponde approvando una legge che reintroduce le precedenti limitazioni, che la Corte, nella decisione *R. v. Mills* (1999) 3 SCR 668, riconosce, infine, legittime dal momento che «courts must presume that Parliament intended to enact constitutional legislation and strive, where possible, to give effect to this intention»; 3) *R. v. Morales* (1992) 3 SCR 771 – in tema di norme sulle ipotesi di diniego della libertà provvisoria su cauzione, ritenute incostituzionali in quanto contrastanti con la s. 11 della Carta – a cui il Parlamento risponde con una complessa normativa, in parte ritenuta ancora illegittima, ma in parte validata dalla Corte nella successiva pronuncia in *R. v. Hall* (2002) 3 SCR 309, sì che «the legislative response was constitutional because it conformed to the *process* of dialogue: judicial invalidation, followed by parliamentary reflection and amendment, that was subsequently upheld in a “second look” case»: così J.B. KELLY, M.A. HENNINGAR, *The Canadian Charter of Rights*, cit., 44.

103 Per una analisi comparativa delle differenze tra il modello canadese e quello americano, cfr., di recente, R. DIXON, *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*, 14 ss.

104 Sui tradizionali prototipi di giustizia costituzionale e sulla loro circolazione nei diversi ordinamenti costituzionali del mondo, cfr. i due ampi volumi a cura di L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, vol. I (2009) e vol. II (2011); e L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 2007, 18 ss.

105 M. TUSHNET, *The rise of weak-form judicial review*, in T. GINSBURG, R. DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 321 ss.; e, già in precedenza, M. TUSHNET, *Weak Court, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

esercitare il controllo di costituzionalità della legge, atteso che il Parlamento, per superare una (eventualmente sgradita) interpretazione costituzionale che determina l'annullamento o la disapplicazione della legge stessa, ha a disposizione il solo potere di impiegare la complessa procedura di revisione costituzionale prevista dalla rispettiva Carta fondamentale¹⁰⁶.

Negli ordinamenti di matrice anglosassone presi qui in considerazione, a lungo caratterizzati dalla incontestata teorica della assoluta primazia del Parlamento¹⁰⁷, si è, al contrario, di recente sviluppata una diversa impostazione istituzionale in ordine alla questione della tutela dei diritti fondamentali e al sindacato sulla legge che eventualmente contrasti con le nuove Carte dei diritti che si occupano di proteggerli.

La risposta di questi ordinamenti è, infatti, nel senso di sperimentare un diverso assetto nei rapporti tra Corti e Parlamento, tale da realizzare un nuovo equilibrio costituzionale tra questi due fondamentali poteri dello Stato¹⁰⁸.

Allo scopo di conciliare il principio istituzionale di *sovereignty of Parliament* con la necessità di assicurare garanzia di effettività ai diritti fondamentali, il nuovo modello individua, infatti, un bilanciamento che prevede una sorta di dialogo tra Corti e Parlamento, in base al quale la Carta dei diritti è contenuta in una fonte di rango formalmente ordinario che non consente, dunque, ai giudici di disapplicare (o di ritenere comunque invalida o implicitamente abrogata) alcuna norma di legge per il caso di ritenuto contrasto con la Carta stessa, ma che gli impone di adottare, in ogni caso, la lettura interpretativa della legislazione che possa dirsi più compatibile possibile con i diritti medesimi, atteso che tali diritti possono trovare le sole limitazioni considerate ragionevoli e giustificabili in una società libera e ad ordinamento democratico.

Nel caso di contrasto insanabile tra legge e diritti, il modello prevede – dopo che le Corti abbiano sperimentato tutte le interpretazioni possibili della norma sottoposta a giudizio – in ogni caso la prevalenza della volontà definitiva del legislatore, rimanendo consentita alle Corti esclusivamente l'adozione di specifiche «dichiarazioni di incompatibilità», con le quali

106 Altri autori – soprattutto nella dottrina americana – preferiscono utilizzare, per definire tale consolidato modello di giustizia costituzionale, l'espressione di *judicial supremacy*, che sottolinea adeguatamente l'idea della prevalenza assegnata al giudiziario in tema di interpretazione costituzionale: cfr., per tutti, S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 169.

107 E, dunque, da una vera e propria *legislative supremacy*, per richiamare la terminologia indicata nella nota precedente.

108 Secondo una recente classificazione comparativa, il modello preso in considerazione realizza, infatti, una protezione dei diritti originale, differente da quella tradizionale affidata ai soli giudici o al solo legislatore, trattandosi di una «garantie par l'action conjointe des juges et du législateur (...) ces pays sont passés de la souveraineté parlementaire à une nouvelle forme de garantie des droits qui ne copient pas les modèles des justice constitutionnelles existante»: così M.C. PONTHEUREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, 375.

le stesse segnalano al Parlamento l'esistenza del contrasto e l'esigenza di una modifica delle norme incompatibili: la quale modifica può, però, essere disposta dal solo legislatore, che mantiene inalterata la prerogativa costituzionale del diritto "all'ultima parola" in materia.

Questo nuovo modello – che può definirsi, sulla scorta della già richiamata dottrina¹⁰⁹, *weak-form judicial review* – appare, come s'è visto, caratterizzare l'esperienza più recente della Nuova Zelanda, del Regno Unito¹¹⁰, di alcuni Stati della Federazione australiana, e (con caratteristiche, come visto, in parte differenti) quella ormai consolidata del Canada.

Così, dunque, pur nell'ambito di vari (e non irrilevanti) tratti di distinzione, le esperienze di questi ordinamenti di matrice anglosassone, sembrano, in conclusione, costituire, in prospettiva comparata, un singolare modello di tutela dei diritti fondamentali e di giustizia costituzionale, che si caratterizza per un diverso equilibrio istituzionale tra Corti e Parlamento rispetto ai modelli tradizionali: «the new model promotes two constitutional goods or foundational values of liberal democratic polities – adequate rights protection and an appropriately balanced allocation of governmental powers, including limits on both courts and legislatures»¹¹¹.

Il nuovo modello è, infine, connotato anche da una sorta di più attivo e complessivo coinvolgimento dei tre poteri dello Stato in tema di protezione dei diritti fondamentali.

Nelle varie esperienze prese in considerazione, infatti, le nuove Carte dei diritti che sono state di recente promulgate prevedono tutte espressamente una sorta di «political rights review»¹¹², ovvero l'obbligo – da parte del ministro della Giustizia (Canada); dell'*Attorney-General* (Nuova Zelanda e Stati australiani) o del ministro di volta in volta competente (Regno Unito) – di effettuare una apposita dichiarazione preventiva in Parlamento circa la specifica compatibilità con la Carta della nuova legislazione in corso di approvazione, con il risultato di realizzare una maggiore consapevolezza complessiva di Governo e Parlamento in ordine alla questione del rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini e di stimolare ancor più, in tale materia, quel dialogo istituzionale tra organi giudiziari ed organi politici che costituisce il

109 M. TUSHNET, *The rise of weak-form judicial review*, cit., 323. Nella dottrina italiana, vd. ora L. MEZZETTI, *Introduzione*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, Cedam, 2011, XVII ss.

110 Si che – con specifico riferimento all'esperienza britannica – «non si può negare che una giurisprudenza che tuteli i diritti già ampiamente "costituzionalizzati" (...) non può non essere considerata ad ogni effetto una giurisprudenza di carattere e dignità pienamente costituzionale (e ciò indipendentemente dall'esistenza di una carta costituzionale che riassume la *supreme law of the land* e in essa trovi connotazione)»: A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel biennio 2009-2011*, in *Giur. cost.*, 2011, 3968.

111 Così S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., 205.

112 Secondo la definizione proposta da J. HIEBERT, *Constitutional experimentation: rethinking how a bill of rights function*, cit., 306.

tratto autenticamente distintivo del nuovo modello in corso di realizzazione negli ordinamenti di matrice anglosassone.