

## GLI AUTORI

ROBERTA ALUFFI – *Professore associato di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Torino*

ENRICO ANDREOLI – *Dottore di ricerca in Scienze politiche e Cultore della materia in Diritto pubblico comparato e Diritto costituzionale comparato nell'Università degli Studi di Verona*

SILVIA BAGNI – *Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Bologna*

ROCCO FAVALE – *Professore ordinario di Diritto privato comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino*

VERONICA FEDERICO – *Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze*

MARIA FEOLA – *Professore associato di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

MARIA CHIARA LOCCHI – *Ricercatrice di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Perugia*

MATTEO NICOLINI – *Ricercatore di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona*

PAOLO PASSAGLIA – *Professore associato di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa*

MARIO SERIO – *Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Palermo*

MARTINA TRETTEL – *Ricercatrice nell'Istituto per lo studio del federalismo e del regionalismo dell'Accademia Europea di Bolzano (EURAC) e dottoranda in Scienze giuridiche europee ed internazionali nell'Università degli Studi di Verona*

DOMITILLA VANNI DI SAN VINCENZO – *Ricercatrice confermata di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Palermo*

PARTE PRIMA

LA CIRCOLAZIONE DELLA DOTTRINA,  
OLTRE I CONFINI GEOGRAFICO-STATUALI

---

TRA FORMANTE DOTTRINALE E TRADIZIONI  
COSTITUZIONALI COMPARATE. IL MODELLO  
CITAZIONALE COME FORMA DI  
*SOUTHERN-AFRICAN JUDICIAL DIALOGUE*

---

ENRICO ANDREOLI

SOMMARIO: 1. *Global conversation* nelle Corti di vertice dell’Africa australe: l’influenza della dottrina sul formante giurisprudenziale. – 2. L’ambito della ricerca: le Corti di vertice di Namibia, Botswana e Lesotho nella definizione della propria “identità giuridico-costituzionale”. – 3. I dati empirici. – 4. L’egemonia del modello citazionale della dottrina sudafricana. – 5. Tradizioni costituzionali comparate: “consuetudini” interne e (auto)legittimazione ordinamentale in Lesotho.

1. Come evidenziato da attenta dottrina, la *global conversation* tra Corti di vertice nazionali (ed eventualmente sovranazionali) è costantemente assicurata per il tramite dello strumento rappresentato dal *judicial dialogue*<sup>1</sup>.

Ciò realizza quel dialogo costituzionale<sup>2</sup> che, poggiando precipuamente sull’intenzionalità dello stesso, consente di delineare un ragionato e funzionale interscambio tra diverse esperienze ordinamentali<sup>3</sup>, e che è altresì in grado di porre in atto

---

<sup>1</sup> V. almeno L.B. TREMBLEY, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 2005, p. 617 ss.; M. CLAES, M. DE VISSER, *Are You Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, in *Utrecht Law Review*, 8(2), 2012, p. 102 ss.; M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L’eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, Bologna, 2015, p. 14. La *judicial interaction* viene individuata in quegli «episodes of contact (intentional or casual) between courts that may differ in their degree of intensity, results, and typology»: G. MARTINICO, *Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 2012, p. 886.

<sup>2</sup> Cfr. CL. L’HEREUX-DUBÈ, *The importance of dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Review*, 34, 1998, p. 1 ss.; C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Parigi, 2007, p. 413 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

<sup>3</sup> Sul ruolo delle citazioni e dei riferimenti a giurisprudenza e dottrina esterni quale supporto all’economia della decisione, cfr. L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, p. 243 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 60.

una sorta di (auto)accreditamento delle Corti di vertice<sup>4</sup>: un tentativo, verrebbe da dire, di costruzione, attraverso la citazione di giurisprudenza e dottrina, di una propria “identità giuridico-costituzionale”.

Se il dialogo globale è solitamente analizzato guardando alla *conversation* tra Corti di vertice appartenenti alla c.d. *western legal tradition*<sup>5</sup>, esso trova tuttavia ampio riscontro anche nell’analisi delle Corti degli ordinamenti collocati tradizionalmente ai margini del diritto occidentale e segnatamente delle Corti degli ordinamenti africani australi. Si tratta di casi abitualmente esclusi dal novero degli attori giuridici globali, in virtù di quella concezione che viene definita etnocentrica dei sistemi giuridici, al vertice dei quali è tradizionalmente collocato un generico modello euro-atlantico<sup>6</sup>.

Va ricordato come lo scambio giuridico tra diverse esperienze ordinamentali – che ben può apparire logico – sia stato ampiamente studiato, in ottica comparatistica, soprattutto sotto il profilo del dialogo giurisprudenziale (*rectius*, della recezione giudiziale del formante giurisprudenziale)<sup>7</sup>. Tuttavia, contribuisce non poco proprio

---

<sup>4</sup> Che può essere tanto interno, sotto il profilo dell’auto-legittimazione intraordinamentale, quanto esterno, dal lato dell’estrinsecazione del dialogo tra formanti. Dal lato interno, cfr. T. LEIGH GROVE, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard Law Review*, 114(7), 2001, p. 2051 ss.; L.B. TREMBLEY, *General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(4), 2003, p. 525 ss.; R. LETELIER WARTENBERG, M. NICOLINI, *Nulidad y democracia en la justicia constitucional*, in *Revista de Derecho – Consejo de Defensa del Estado*, 11, 2004, p. 55 ss.; F. PALERMO, M. NICOLINI, *Tensions and Influences in Norway and in a Comparative Perspective*, in *Two Centuries of Norwegian Constitution: between tradition and innovation*, The Hague, 2015. Dal lato esterno, invece, cfr. M. NICOLINI, *Considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in AA.VV. *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un ‘itinerario’ geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, 2015, p. 79 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C.H.J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of Western Legal Tradition*, Cambridge (MA), 1983; J. OJWANG, *Legal Transplantation: Rethinking the Role and Significance of Western Law in Africa*, in *Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop*, Canberra, 1986, p. 11 ss.; D. KENNEDY, *Political ideology and comparative law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge (MA), 2012, p. 47 ss.

<sup>6</sup> Cfr. R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, ed. italiana a cura di R. SACCO, Padova, 2004, p. 476 ss.; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2014, pp. 25 ss. e 156 ss.; P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, p. 223 ss. V. anche N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Economic analysis of law and comparative law*, in M. BUSSANI, U. MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., p. 67 ss.; M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., pp. 24-25; A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 14.

<sup>7</sup> Cfr. TH. ALLEN, B. ANDERSON, *The Use of Comparative Law By Common Law Judges*, in *Anglo-American Law Review*, 23, 1994, p. 435 ss.; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; B. MARKESINIS, J. FEDTKE (eds.), *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London, 2006; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 45 ss. e 97 ss.; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford and Portland (OR), 2013; F. PALERMO, *Judicial dialogue e citazione dei precedenti stranieri. Un contributo alla dogmatica del legal pluralism*, in P. MARTINO (eds.), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America*,

l'innesto del formante dottrinale nel corpo delle decisioni assunte dalle Corti di vertice<sup>8</sup>.

Attraverso l'inserimento di citazioni dottrinali nelle decisioni e nell'*iter* logico-giuridico che ne integra la motivazione si assiste, in altre parole, all'apertura di credito «alla dottrina (o più in generale alla “cultura”) a operare come formante»<sup>9</sup>.

Con una peculiarità: a differenza dell'innesto del formante giurisprudenziale, quello del formante dottrinale permette di richiamare anche citazioni di tipologia non giuridica<sup>10</sup>, e si caratterizza pertanto come un intarsio non semplicemente basato su di un dialogo “giuridico” degli attori giurisdizionali, ma altresì su di una *conversation* implicante la possibile recezione di una cultura esterna.

Si permette così la creazione di un *legal environment* in cui risulta possibile ridisegnare un intero contesto ordinamentale: la creazione, in altre parole, di una narrazione in grado di costruire una tradizione costituzionale comparata.

2. La ricerca che si presenta propone di accertare l'attitudine delle Corti di vertice dell'Africa australe – segnatamente, delle Corti di Namibia, Botswana e Lesotho – ad assurgere anch'esse ad “attori di dialogo” globali, in grado cioè di inserirsi all'interno della più volte richiamata *global judicial conversation*<sup>11</sup>. Nel delineare l'ipotesi di lavoro, in particolare, ci si è interrogati sulla possibilità che tale dialogo risultasse integrato – e in caso di esito positivo, in quale misura – anche da quella attività di costruzione dell'identità giuridico-costituzionale che ben può conseguire al recepimento del formante dottrinale nelle decisioni giudiziali delle Corti.

Sotto il profilo della delimitazione spaziale dell'ambito di ricerca, anzitutto, va ricordato come in letteratura si sia proposto di ricostruire un modello areale per fasce concentriche, attraverso il quale identificare prima di tutto il c.d. diritto africano, quale quello caratterizzante gli ordinamenti situati a sud della fascia sub-sahariana

---

Canada, Unione Indiana e Regno Unito, Rimini, 2014, p. 9 ss.; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2014, p. 249 ss.

<sup>8</sup> Tale ultimo formante, infatti, contribuisce anch'esso al funzionamento operativo del *global judicial dialogue*, mediante l'impiego di uno «strumento tecnico in funzione del raggiungimento d'un risultato sostanziale: le tecniche di giudizio e di dialogo come formulazione di argomenti – e giudizi comparativi – per formazione di regole volte alla risoluzione di controversie concrete»: M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 22. Sull'analisi di esso, v. M.C. PONTHEAU, *Le recours à l'“argument de droit comparé” par le juge constitutionnelle. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, p. 167 ss.; A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 60 ss.; L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 256-257; L. PEGORARO, *Judges and Professors: the Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts' Decisions*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015.

<sup>9</sup> L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 103.

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, nel paragrafo 3.

<sup>11</sup> Cfr. *supra*, note 1 e 2.

del continente<sup>12</sup>; all'interno di esso, poi, trova collocazione il diritto dell'Africa australe<sup>13</sup>.

La delimitazione spaziale, dunque, interseca due direttrici: l'una, appena descritta, spaziale, la quale si muove secondo una specificazione per cerchi concentrici; l'altra, invece, vertente sul ruolo delle famiglie giuridiche, ossia considerante le tradizioni costituzionali così come sviluppatasi all'interno del *commonwealth* africano, in particolare con riferimento al radicarsi del *Roman-Dutch law*<sup>14</sup>.

Nella zona così delimitata gli ordinamenti riscontrabili sono molti (Sudafrica, Namibia, Botswana, Zambia, Malawi, Lesotho, Swaziland e Zimbabwe) e differenziati, passandosi da monarchie a Repubbliche, da Stati democratici a Stati autoritari<sup>15</sup>, da ordinamenti in cui è vigente il diritto romano-olandese nella variante ricevuta dalla "colonia del Capo"<sup>16</sup> ad altri in cui vige il *common law* (Zambia e Malawi).

La scelta di porre l'attenzione sull'impatto del formante dottrinale sulle decisioni delle Corti di vertice di Namibia, Botswana e, seppur in misura inferiore, Lesotho non è affatto casuale: la Namibia, infatti, vede in corso al proprio interno una fase di transizione verso una forma di Stato di democrazia liberale<sup>17</sup>; il Botswana, invece,

<sup>12</sup> V. R. DAVID, C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi*, cit., p. 476 ss.; R. SACCO, *Il diritto africano*, con la collaborazione di M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ, L. CASTELLANI, Torino, 2006, p. 3 ss.; R. SACCO, *The sub-Saharan legal tradition*, in *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, p. 313 ss.; R. ORRÙ, *I Paesi dell'Africa subsahariana*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (eds.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 555 ss.

<sup>13</sup> Ovverosia «il diritto degli ordinamenti costituzionali dell'Africa meridionale che sono stati colonie, protettorati e *dominions* dell'Impero britannico e che, con l'indipendenza, sono divenuti membri del *Commonwealth*»: v. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., pp. 31-32.

<sup>14</sup> Non appare pertanto condivisibile la delimitazione delle famiglie giuridiche africane per il tramite dei c.d. *ESA States* (*Eastern and Southern Africa*), poiché, oltre ad essere un criterio meramente geografico, raccoglie tutti gli ordinamenti d'area già facenti parte dell'Impero britannico, non dunque solo quelli a *Roman-Dutch law*: cfr. J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth. An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, 2010, p. 12 ss. Sul sistema giuridico del *Roman-Dutch law*, v. R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, 1915, p. 15.

<sup>15</sup> L'ordinamento dello Zimbabwe risulta tuttora carente di democraticità al proprio interno. Tuttavia, si segnala come anche le decisioni di tale Stato risultino oggetto di citazione da parte di Corti di vertice dell'area oggetto di studio: v. *Supreme Court of Namibia, Attorney-General of Namibia v Minister of Justice and Others* (P. 12/2009) [2013] NASC 3 (4 April 2013). Altresì, si segnala che l'ordinamento dello Zimbabwe, con la Costituzione del 2013, si è dotato internamente di una Corte costituzionale, competente in materia di sindacato di costituzionalità, di regolarità delle elezioni del Presidente e del Vice-Presidente ed in materia di rispetto delle *constitutional obligations* gravanti in capo al Parlamento e al Presidente: cfr. gli artt. 166 e 167.

<sup>16</sup> «In the late nineteenth century [...] the law of the Cape was extended, bodily, into surrounding British territories in Africa. In this manner the previously mixed laws of the Cape became the common law of Botswana, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe, and Namibia»: V.V. PALMER, *A descriptive and comparative overview*, in V.V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdiction Worldwide. The Third Legal Family*, Cambridge, 2001, p. 25. V., altresì, A.J. KERR, *The Reception and Codification of Systems of Law in Southern Africa*, in *Journal of African Law*, 2(2), 1958, p. 82 ss.

<sup>17</sup> J. COTTRELL, *The Constitution of Namibia: An Overview*, in *Journal of African Law*, 35(172), 1991, p.

costituisce l'unico ordinamento dell'area che ha mantenuto in misura stabile un ordinamento democratico sin dal momento dell'indipendenza, avvenuta nel 1966<sup>18</sup>. Per quanto riguarda il Lesotho, infine, il rilievo di tale ordinamento è stato identificato nell'esistenza di quegli stretti legami che esso storicamente ha mantenuto con il Botswana<sup>19</sup>.

Quanto alle modalità di accesso alle Corti esaminate, esse appaiono competenti, similmente alla *Constitutional Court* sudafricana, nel «hear cases by appeal, referral, or direct application»<sup>20</sup>.

Le forme di accesso alla “giurisdizione costituzionale” nei sistemi dell’Africa australe, dunque, potrebbero apparire di caotica pluralità: si va dal *referral* previsto dalla sez. 79(1) e 87(c) della Costituzione della Namibia<sup>21</sup> al ricorso costituzionale diretto esemplificato nella *direct application* di cui alla sez. 22(1) della Costituzione del Lesotho, per finire all’accesso mediante *appeal* al *final adjudicator in constitutional issues*.

Tuttavia, la riconduzione all’ordine viene dal fatto che all’interrogativo se le citazioni dottrinali contenute in sentenze rese in grado di appello<sup>22</sup> siano in grado di qualificarsi come “costituzionali” – ovvero, se il formante dottrinale così richiamato permetta, attraverso il recepimento di un contesto esterno, di plasmare l’identità giuridico-costituzionale dell’ordinamento recepente – non può che essere data risposta positiva.

Le decisioni delle *Courts of Appeal* di Botswana<sup>23</sup> e Lesotho, in primo luogo, consentono di evidenziare tale narrazione (*rectius*, consentono di dotare del carattere “costituzionale” il formante dottrinale utilizzato in decisioni “ordinarie”) per il tra-

---

56 ss.; S.K. AMOO, *The structure of the Namibian judicial system and its relevance for an independent judiciary*, in N. HORN, A. BÖSL (eds.), *The Independence of the Judiciary in Namibia*, Windhoek, 2008, p. 69 ss.; O.C. RUPPEL, K. RUPPEL-SLICHTING, *Legal and Judicial Pluralism in Namibia and Beyond: A Modern Approach to African Legal Architecture?*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 43, 2011, p. 34 ss.

<sup>18</sup> CH.M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, Durban, 2006, p. 70; A. COOK, J. SARKIN, *Is Botswana the Miracle of Africa? Democracy, the Rule of Law, and Human Rights Versus Economic Development*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 19(2), 2010, p. 453 ss.

<sup>19</sup> Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 42 ss. V. anche S. POULTER, *The Common Law in Lesotho*, in *Journal African Law*, 13(3), 1969, pp. 132-133.

<sup>20</sup> L. BERAT, *The Constitutional Court of South Africa and Jurisdictional Questions: In the interest of Justice?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3(1), 2005, p. 45.

<sup>21</sup> Istituto che permette di porre una *constitutional question* alla *Supreme Court*. V. S.K. AMOO, *The structure of the Namibian judicial system*, cit., p. 73.

<sup>22</sup> E laddove l’*appeal* possa essere deciso da una Corte che riveste la qualità di *final adjudicator in constitutional issues*: esso, infatti, è la tipica forma di attivazione della *judicial review on constitutional grounds*. Le Corti di vertice dell’area dell’Africa australe, va ricordato, «cumulano le funzioni di vertice della giurisdizione ordinaria ed esercitano la *judicial review of legislation* secondo lo stilema dei modelli di tipo diffuso»: v. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 83 ss.

<sup>23</sup> Per la struttura della *Court of Appeal* del Botswana, v. CH.M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 97 ss.



mite dei frequenti richiami alle disposizioni di tenore costituzionale effettuati anche per la decisione di controversie di varia materia, dimostrando in tal modo una sorta di continua sovrapposizione «tra carattere “diffuso” del controllo di legittimità costituzionale ed esercizio di poteri di gravame»<sup>24</sup>.

La *Supreme Court* della Namibia<sup>25</sup>, invece, muove dal costante riferimento giurisprudenziale per cui il potere, in un ordinamento democratico, si presume assoggettato ai principi costituzionali<sup>26</sup>, così evidenziandosi nelle decisioni rese le tracce dell'immediata precettività della Costituzione e di conseguenza dotandosi anche in tal caso le citazioni dottrinali ivi contenute del carattere “costituzionale”, in grado quindi di consentire il *judicial dialogue* già più volte richiamato e di plasmare l'identità giuridico-costituzionale.

In sostanza, è il forte radicamento della concezione della legge fondamentale come *higher law* a permettere di rinvenire la narrazione costituzionale nelle decisioni delle Corti di vertice dell'Africa australe.

Risulta indifferente, pertanto, il ruolo svolto da esse – se nomofilattico o di *constitutional adjudicator* – nel sistema giurisdizionale del proprio ordinamento. La narrazione che permette la creazione di tradizioni costituzionali comparate, invero, viene resa possibile, attraverso il *global judicial dialogue*, dall'intreccio tra il contesto portato da “narrazioni esterne” e tra leggi abilitate a permeare i sistemi giuridici dell'area di riferimento, ossia il *Roman-Dutch law* e il *customary law*.

In definitiva, risultando di tutta evidenza la loro centralità ordinamentale, le Corti di vertice esaminate appaiono pienamente come soggetti in grado di operare la selezione dei principi giuridici da immettere all'interno del patrimonio giuridico sistematico, divenendo così gli attori istituzionali deputati ad identificare le “strofe” della narrazione in grado di definire l'identità giuridico-costituzionale dell'ordinamento.

3. Passando ad analizzare i dati quantitativi, l'ordinamento della Namibia costituisce l'esempio che è risultato maggiormente recettivo rispetto al recepimento del dialogo interordinamentale per il tramite del formante dottrinale: su 84 decisioni dal 2009 al 2014 della *Supreme Court*, invero, ben 49 sono risultate contenenti dei riferimenti dottrinali, pari al 58,33% del totale.

Sotto il profilo del rimando a citazioni a contenuto giuridico o meno, va segnalato che il 93,4% delle citazioni individuate sono rappresentate da dottrina giuridica, mentre il 6,6% rappresenta citazioni tratte da opere non giuridiche. Tra queste ultime risulta interessante notare come, nella quasi totalità dei casi, venga data enfasi a taluni riferimenti lessicali utilizzati nel corpo delle decisioni mediante il rimando alla citazione della voce lessicale contenuta nei principali dizionari di matrice anglosas-

<sup>24</sup> CH. M. FOMBAD, E.K. QUANSAH, *The Botswana Legal System*, cit., p. 95.

<sup>25</sup> Per la cui struttura v. K. AMOO, *The Structure of the Namibian judicial system*, cit., p. 72; O.C. RUPPEL, K. RUPPEL-SCLICHTING, *Legal and Judicial Pluralism*, cit., p. 42 ss.

<sup>26</sup> V. *Rally for Democracy and Progress and Others v Electoral Commission of Namibia and Others* (SA 6/2010) [2010] NASC 8 (6 September 2010).

sone, come ad esempio, tra gli altri, *The Concise Oxford English Dictionary*, oppure *Shorter Oxford English Dictionary*<sup>27</sup>.

Né sono mancati alcuni episodi citazionali curiosi: in un caso<sup>28</sup>, è stato possibile notare come venisse richiamato il passo di un testo autobiografico scritto da un magistrato inglese, LORD PATRICK DEVLIN, *The Judge*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 63<sup>29</sup>; in altro ancora<sup>30</sup>, si è evidenziato l'inusuale riferimento a KARL MARX, *Capital – A Critical Analysis of Capitalist Production*, Vol. 1, Lawrence and Wishart, Londra, 1974, pp. 318-319<sup>31</sup>.

Quanto alla provenienza degli autori, la quasi totalità dei citati nelle decisioni della *Supreme Court* della Namibia risulta essere di nazionalità sudafricana, circostanza giustificata dalla posizione di egemonia giuridica rivestita dell'ordinamento sudafricano nell'ambito degli ordinamenti dell'Africa australe<sup>32</sup>. Una peculiarità, tuttavia, è rappresentata dalla già richiamata decisione *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others*, in tema di tutela derivante dai contratti di lavoro, nella quale si riscontrano numerose citazioni di opere di dottrina straniera, tra le quali, oltre al già menzionato riferimento a Karl Marx: N. COUNTOURIS, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analysis in the European Context*, Ashgate Publishing Ltd., England, 2007; C.F. SIEGHART, *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 19; S. O'NEILL, *Labour Hire: Issues and Responses*, Research Paper 9/2003-04, Information and Research Services, Parliamentary Library, Commonwealth of Australia, p. 3; R. HALL,

---

<sup>27</sup> Fra le molte, *Kamwi v Duvenhage and Another* (SA 22/2008) [2009] NASC 16 (13 November 2009); *Rally for Democracy and Progress and Others v Electoral Commission of Namibia and Others* (SA 12/2011) [2012] NASC 21 (25 October 2012).

<sup>28</sup> *Motor Vehicle Accident Fund of Namibia v Kulobone* (SA 13/2008) [2009] NASC 1 (5 February 2009).

<sup>29</sup> Il passo viene citato al fine di porre in evidenza i dubbi e i tormenti interiori propri di ciascun giudice all'esito di valutare l'attendibilità di un testimone: cfr. par. 51, «I question whether the respect given to our findings of fact based on the demeanour of the witnesses is always deserved. I doubt my own ability, and sometimes that of other judges to discern from a witness's demeanour, or the tone of his voice, whether he is telling the truth. He speaks hesitantly. Is that the mark of a cautious man, whose statements are for that reason to be respected, or is he taking time to fabricate? Is the emphatic witness putting on an act to deceive me, or is he speaking from the fullness of his heart, knowing that he is right? Is he likely to be more truthful if he looks me straight in the face than if he casts his eyes on the ground perhaps from shyness or a natural timidity?».

<sup>30</sup> *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* (SA 51/2008) [2009] NASC 17 (14 December 2009).

<sup>31</sup> In questo caso il rimando è servito ad illustrare i mutamenti intervenuti nel sistema del mercato del lavoro: cfr. par. 23, «This may be illustrated by a borrowed example: No longer was a carriage “the product of the labour of a great number of independent artificiers, such as wheelwrights, harness-makers, tailors, locksmiths, upholsterers, turners, fringe-makers, glaziers, painters, polishers, gilders, etc.” who were independently contracted to perform specific work within thier respective skills, but that of contracted skilled employees who are assembled in one building where they work into one another's hand». Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., pp. 18-19.

<sup>32</sup> Sul punto si tornerà più approfonditamente *infra*, nel paragrafo 4.

*Labour Hire in Australia: Motivation, Dynamics and Prospects*, Working Paper 76, University of Sydney, aprile 2002, p. 3; C. POWER, *Labour Hire: The New Industrial Law Frontier*, in *Law Institute Journal of Australia*, 76, 2002, p. 64; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Loose-leaf Ed., Carswell Publishers, Scarborough, Ontario, 2007, p. 33.20; K. AHLBERG, *Regulating Temporary Agency Work: On the Interplay between EU-Level, National Level and Different Industrial Relations Traditions*, in M. RÖNNMAR, *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations: Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2008.

Dai dati raccolti, risulta pertanto evidente come la *Supreme Court* della Namibia, nella costruzione (e, quindi, narrazione) della propria identità giuridico-costituzionale, faccia abbondante ricorso al formante dottrinale<sup>33</sup>. In altre parole, se l'utilizzo di tale formante può risultare utile quale bagaglio argomentativo al fine di risolvere delle controversie concrete<sup>34</sup>, non si può non ravvisare come la Corte di vertice namibiana faccia ampio ricorso, al fine di legittimare tanto internamente quanto esternamente il proprio *decisum*, alle costruzioni teoriche della letteratura, giuridica o meno.

Per quanto riguarda i casi di Botswana e Lesotho, invece, la tendenza a rafforzare la propria identità giuridico-costituzionale mediante il ricorso alle costruzioni teoriche dottrinali appare meno marcata, pur tuttavia mantenendosi in tali ordinamenti alcuni aspetti di caratterizzazione, primo fra tutti il continuo riscontro del ruolo di egemonia svolto dalla nozionistica della dottrina sudafricana.

Quanto alla *Court of Appeal* del Botswana, su 287 pronunce analizzate dal 2009 al 2015 solamente 33 contengono riferimenti dottrinali, pari all'11,5%. Di esse, 32 (pari al 96,97%) rappresentano citazioni di dottrina giuridica. Si segnala, anche in questo ordinamento e per le stesse finalità già evidenziate in merito alla *Supreme Court* della Namibia, lo sporadico utilizzo di rimandi ai dizionari più diffusi, utilizzati in 4 sentenze sulle 33 contenenti citazioni.

Curiosamente, in una decisione la Corte di vertice ricorre ad un uso metaforico di un testo non giuridico, laddove afferma testualmente: «In my view, the defence of provocation is not available to the appellant merely because he had been attacked by Thespo [...] for him to act like Don Quixote, fighting windmills and in the process look for, chase and kill the deceased»<sup>35</sup>.

Altrettanto curiosamente, l'unica citazione, seppur implicita, di testi non giuridici si riferisce all'opera letteraria di William Shakespeare, *Romeo and Juliet*: «What's in a name? A rose by any other name would smell as sweet»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Talvolta, addirittura, attraverso citazioni di secondo o di terzo grado. Si veda, ad esempio, *Erongo Regional Council and Others v Wlotzkasbaken Home Owners Association and Another* (SA 6/2008) [2009] NASC 2 (17 March 2009), che richiama la decisione della *South African Appeal Court, Conradie v Rossouw*, 1919 AD279, la quale a sua volta contiene un rimando ai *loci* di Grozio e Voet.

<sup>34</sup> Cfr. *supra*, nota 8.

<sup>35</sup> *S v Sethlabi* (CLCLB-097-08) [2009] BWCA 6 (28 January 2009).

<sup>36</sup> *Verma v Attorney general* (CACLB-050-07) [2009] BWCA 104 (30 July 2009). La Corte effettua tale ri-

Per quanto riguarda la *Court of Appeal* del Lesotho, su 301 pronunce analizzate dal 2009 al 2015 sono 36 quelle che contengono dei riferimenti dottrinali, pari all'11,96%. Delle 58 citazioni evidenziate in tali pronunce, tutte sono di letteratura giuridica o comunque riconducibili alla dottrina giuridica.

Lo scarso utilizzo delle citazioni dottrinali della Corte di vertice del Lesotho, tuttavia, trova un'evidente eccezione in un'ipotesi, rappresentata dalla sentenza *Attorney General v His Majesty the King and Others*, C OF A (CIV) 13/2015, CONS/CASE/02/2015, [2015] LSCA 1 (12 June 2015)<sup>37</sup>, nella quale si riscontra una quantità di citazioni del tutto singolare: SIR I. JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge University Press Archive, Cambridge, 1959, p. 1; *Halsbury's Laws of England*, V ed., vol. 20, para 215; SIR W.R. ANSON, *The Law and Custom of the Constitution: The Crown*, II, 1907, p. 76 ss.; F.W. MITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Cambridge, 1919; A.W. BRADLEY, K.D. EWING, C. KNIGHT, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Book, London, 1997, p. 115 ss.; H. BARNETT, *Constitutional and Administrative Law*, Routledge, 1998, pp. 37 e 388-389; E.C.S. WADE, *Introduction*, in A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Palgrave Mcmillan, 1959; A.H. BIRCH, *Representative and Responsible Government: an Essay on the British Constitution*, Allen & Unwin, 1964; NANA S.K.B. ASANTE, *Reflections on the Constitution Law and Development*, Ghana Academy of Art & Science, 2002, p. 21 ss.; S. DE SMITH, R. BRAZIER, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books Ltd., 1988, p. 190 ss.; G. MARSHALL, *Ministerial Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, p. 2 ss.

Addirittura, in tale decisione viene citato del materiale dottrinale in cui è la stessa Corte ad indicare direttamente il link cui potersi rifare: O. GAY, T. POWELL, *The collective responsibility of Ministres – an outline of the issues*, 2004, consultabile su [researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-82.pdf](https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP04-82.pdf); LIA O'HEGARTY, *Constitutional Parameters of Dail Reform*, consultabile su [www.constitution.ie/Attach](http://www.constitution.ie/Attach)

---

ferimento al fine di contestare la coerenza di talune affermazioni effettuate dal *Botswana Health Profession Council*.

<sup>37</sup> In tema di nomina del Primo Ministro ad opera della Corona. Sotto il profilo della forma di governo, si ricorda che il Lesotho, privato subito dopo l'indipendenza ottenuta nel 1966 della normale prassi democratica attraverso la quale si era organizzato sotto la forma di una monarchia costituzionale, è stato governato per sette anni – dal 1986 al 1993 – da una giunta militare che ha costretto il re all'esilio. Benché la monarchia sia stata successivamente restaurata, l'attuale assetto istituzionale prevede per il re solo poteri limitati e un ruolo cerimoniale. Nel corso degli anni Novanta del secolo scorso i difficili rapporti tra il partito predominante e l'esercito hanno permesso alla monarchia di entrare in una stretta relazione con le forze armate. L'obiettivo era sovvertire il nuovo ordine istituzionale che ne ridimensionava le prerogative: il tentativo, sventato, ha condotto a un periodo di instabilità politica, durante il quale si è ripetuto il ricorso alla forza militare. Le tensioni hanno raggiunto un livello tale da spingere la *Southern African Development Community*, sotto la guida del Sudafrica, a intervenire. Da allora la politica interna si è generalmente svolta in maniera pacifica. Le ultime elezioni si sono svolte nel maggio 2012 e hanno portato alla formazione di un governo di coalizione – il primo nella storia del paese – guidato dal primo ministro Motsaohae Thomas Thabane, che ha spodestato Pakalitha Mosisili, al potere dal maggio 1998.

*mentDownload.aspx*. La Corte di vertice del Lesotho, pertanto, dimostra di essere a piena conoscenza dell'utilizzo che viene fatto delle proprie decisioni, inserendo degli strumenti operativi attraverso i quali gli utenti (informatici) del diritto possono direttamente consultare il contesto giuridico-dottrinale richiamato.

In conclusione, si può notare come l'utilizzo del formante dottrinale nella costruzione dell'identità giuridico-costituzionale sia dunque relativamente simile, quanto alle Corti di vertice di Botswana e Lesotho: entrambe, invero, mostrano un grado di citazione della dottrina in percentuali analoghe, ovverosia intorno al 12% circa del totale delle decisioni analizzate. Ciò, del resto, non deve stupire più di tanto, posto che, come rilevato in precedenza<sup>38</sup>, tali due ordinamenti sono sempre stati storicamente legati tra loro.

4. Sotto il profilo della costruzione della propria identità giuridica, gli ordinamenti analizzati risultano debitori nei confronti del contesto sudafricano e della narrazione costituzionale da quest'ultimo sistema derivante.

I precedenti giurisprudenziali della *Constitutional Court of South Africa*, invero, fungono da costante riferimento per la risoluzione dei casi analizzati dalle Corti di vertice dell'area contigua<sup>39</sup> e per la conseguente armonizzazione di quella che può essere definita l'autonoma famiglia giuridica dell'Africa australe<sup>40</sup>, costruita sulle fondamenta della *Roman-Dutch law* ricevuta dalla Colonia del Capo<sup>41</sup>.

Tuttavia, non meno utile alla costruzione dell'identità giuridico-costituzionale appare il contributo apportato dal formante dottrinale sudafricano. Esso, infatti, risulta parimenti utile per elaborare una "narrazione" prodromica alla formazione di quelle tradizioni costituzionali cui già si è fatto cenno<sup>42</sup>.

Una prima "recezione" dottrinale del contesto ordinamentale sudafricano deriva dal dato storico.

Con riferimento alle decisioni della *Supreme Court* della Namibia, ad esempio, si può notare il rinvio effettuato da tale giurisprudenza ad alcune opere della dottrina

<sup>38</sup> Cfr. *supra*, nota 19. V., altresì, E. BEARDSLEY, *The Common Law in Lesotho*, in *Journal of African Law*, 14(3), 1970, p. 198 ss.

<sup>39</sup> V., *ex multis*, *High Court of Lesotho, Nonkululeko Zaly v The Prime Minister and Others* (Constitutional Case No 15/2013) [2014] LSHC 26; *High Court of Lesotho, Division Metsing v Director General, Directorate of Corruption and Economic Offences and Others* (Constitutional Case No 11/2014) [2015] LSHC 1; *Supreme Court of Namibia, Ex Parte: Attorney-General, In Re: Corporal Punishment by Organs of State*, (SA 14/90) [1991] NASC 2; *Supreme Court of Namibia, Government of the Republic of Namibia and Another v Cultura 2000 and Another*, 1991 (3) SA 76 (NmSc) (5 April 1991). Per il rimando alla giurisprudenza sudafricana come precedente meramente persuasivo, v. *High Court of Botswana, Attorney General v Botswana LandBoards & Local Authorities Workers Union and Others*, (CACGB-053-12) [2013] BWCA 8 (20 March 2013). Cfr. M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 36 ss.

<sup>40</sup> V. il contributo di M. NICOLINI pubblicato nel presente volume.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, nota 16.

<sup>42</sup> Cfr. *supra*, paragrafo 1.

in lingua *afrikaans*<sup>43</sup>, assistendosi in tal modo ad un *continuum* nell'evoluzione del sistema namibiano per il tramite di una narrazione che, senza soluzione di continuità, legittima la propria identità anche attraverso l'eredità storica derivante dall'amministrazione fiduciaria, prima, dall'annessione al Sudafrica del 1948, poi.

Del resto, occorre tenere a mente sia che i sistemi africani in genere appaiono quali sistemi a "diritto stratificato"<sup>44</sup>, ovvero si evoluti al proprio interno grazie all'intarsio continuo tra *Roman-Dutch law* e tecniche decisorie di *common law*, sia, ancora, come in Namibia l'estensione del sistema giuridico romano-olandese si sia compiutamente realizzata solamente al termine del primo conflitto mondiale<sup>45</sup>; sia, infine, come detto intarsio con il sistema preesistente e l'ibridazione che ne è derivata siano risultate di assoluto rilievo.

L'eredità storica testimoniata dalle citazioni dottrinali in lingua *afrikaans*, dunque, rappresenta un esempio di applicazione pratica dell'utilizzo del patrimonio genetico del costituzionalismo namibiano delle Corti di vertice dell'Africa australe, del tutto funzionale allo sviluppo di tradizioni costituzionali comparate in grado di legittimarne l'identità giuridico-costituzionale<sup>46</sup>.

Una seconda recezione è rappresentata dalla citazione di quelle che potrebbero essere definite le moderne *auctoritates* dottrinali sudafricane<sup>47</sup>.

Le Corti di vertice di Namibia, Botswana e Lesotho, come già si è ricordato, evidenziano un ampio grado di subordinazione all'ordinamento sudafricano, il quale ben si evidenzia anche sotto il profilo delle opere dottrinali menzionate dalle Corti nel corpo delle pronunce: la maggior parte dei testi di letteratura giuridica citati, infatti, risultano opera della dottrina sudafricana<sup>48</sup>.

Se il rinvio ai testi dottrinali all'interno delle decisioni giurisprudenziali risulta funzionale all'esistenza di una *conversation* implicante il possibile recepimento di una cultura ordinamentale "altra" (nel caso di specie, sudafricana) nella sua globalità, va evidenziato come l'intarsio tra *Roman-Dutch law* e tecniche di giudizio di *common law* venga nuovamente in rilievo. Entrambi i modelli giuridici, invero, sono

---

<sup>43</sup> V., ad es., *Uunona and Another v S* (SA 37/2008) [2009] NASC 12 (23 July 2009), dove viene citato J. KRIEGLER, *Hiemstra: Suid-Afrikaanse Straffproses*, V ed., p. 765 ss.; oppure ancora *Kuiiri and Another v Kandjoze and Others* (SA 42/2007) [2009] NASC 15 (3 November 2009), con il riferimento a C.G. VAN DER MERWE, *Sakereg*, II ed., pp. 118-119; *Gawanas v Government of the Republic of Namibia* (SA 27/2009) [2012] NASC 1 (3 April 2012), con il riferimento a C.G. VAN DER MERWE EN OLIVIER, *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg.*, VI ed.; *Stier and Another v Henke* (SA 53/2008) [2012] NASC 2 (3 April 2012), con il riferimento a C.W.H. SCHMIDT, *Bewysreg*, IV ed.

<sup>44</sup> V. R. SACCO, *Il diritto africano*, cit., pp. 4 e 56.

<sup>45</sup> Cfr. *infra*, nota 53.

<sup>46</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 5.

<sup>47</sup> Tra le quali, a titolo di esempio, R.H. CHRISTIE, *The Law of Contract in South Africa*; HERBSTEIN AND VAN WINSSEN, *The Civil Practice of the High Courts and the Supreme Court of Appeal of South Africa*; C. HOEXTER, *Administrative Law in South Africa*; NEETHLING, POTGIETER AND VISSER, *The Law of Delict*. V., altresì, M. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe*, cit., p. 41.

<sup>48</sup> V. *supra*, paragrafo 3.

esempi di un diritto senza legislatore; in quanto tali, entrambi poggiano su di un'attività giurisprudenziale che cerca modelli autorevoli di riferimento e non mere enunciazioni di principio positivamente predeterminate.

Anche i modelli citazionali appena descritti, pertanto, pongono rilevanti questioni metodologiche.

È l'eredità europea derivante dal recepimento del contesto esterno sudafricano a permettere l'avvio della narrazione costituzionale negli ordinamenti di Namibia, Botswana e Lesotho. In altre parole, l'intarsio tra *Roman-Dutch law* e *common law* permette di porre in piena luce la costruzione dell'identità giuridico-costituzionale degli ordinamenti dell'Africa australe anche con riferimento al formante dottrinale.

Quest'ultimo, in forza della *global judicial conversation*, consente infatti di porre a confronto tra loro istituti della tradizione giuridica africana a costruzioni teoriche degli ordinamenti occidentali, permettendo così, attraverso una narrazione costituzionale "composita", ma tuttavia non debitrice di una logica sistemica gerarchizzata<sup>49</sup>, l'avvio di un processo di innovazione (*rectius*, di definizione identitaria) del sistema giuridico recepite.

5. Dall'analisi delle citazioni dottrinali presenti nella giurisprudenza delle Corti di vertice più volte indicate, l'ordinamento che, grazie anche ad alcune peculiarità dell'evoluzione storica interna, ha permesso di evidenziare il tentativo, forse più compiuto, di affermare la propria identità giuridico-costituzionale è risultato essere quello del Lesotho.

Dall'esame delle pronunce rese dalla *Court of Appeal*, infatti, emerge pienamente quell'esempio di narrazione costituzionale "composita" cui si è fatto riferimento in precedenza, capace di plasmare l'identità ordinamentale predetta per il tramite di una stretta commistione tra recepimento di contesti esterni ed applicazione di *customary law*<sup>50</sup>, *common law* e *Roman-Dutch law*.

La singolarità che ha permesso di identificare la Corte quale vero e proprio attore del *constitutional dialogue* risiede nel fatto che, ove ritenuto opportuno per la creazione della propria narrazione costituzionale, essa effettua un rimando a citazioni dottrinali "interne".

Per una più chiara comprensione di tale scelta non può prescindersi da quella che è stata l'evoluzione storico-giuridica dell'ordinamento.

---

<sup>49</sup> Sulla concezione "etnocentrica" dei sistemi giuridici v. A. SOMMA, *Introduzione*, cit., p. 14 ss.; P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 25 ss. Sulla presunta maggiore funzionalità del sistema di *common law*, v. R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 57(4), 2009, pp. 765 ss.; A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012, p. 33 ss.

<sup>50</sup> Cfr. W. TWINNING, *The Restatement of African Customary Law: A Comment*, in *Journal of Modern African Studies*, 1963, p. 221 ss.; C.M.N. WHITE, *African Customary Law: The Problem of Concept and Definition*, in *Journal of African Law*, 9, 1965, p. 86 ss.; P. FITZPATRICK, *Traditionalism and Traditional Law*, in *Journal of African Law*, 28, 1984, pp. 20-21; W. LENHART, *The Role of Courts in the Conflict between African Customary Law and Human Rights*, in *South African Journal of Human Rights*, 2005, p. 241 ss.