

Tania Groppi
Università di Siena

**La circolazione della giurisprudenza canadese
sulla Carta dei diritti e delle libertà**

relazione al convegno:
“La Carta canadese dei diritti e delle libertà”
Genova, 28-29 settembre 2007

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Analisi della giurisprudenza di alcuni ordinamenti. 2.1. Il Regno Unito. 2.2. Sud Africa, Namibia, Nuova Zelanda, Israele. 2.3. Australia, Irlanda, India. 2.4. La Corte europea dei diritti dell'uomo. 3. Alcune ragioni dell'attrattività della giurisprudenza canadese.

1. Premessa

Venticinque anni dopo l'adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, è sempre più diffusa l'idea che esista un “modello canadese” di costituzionalismo, imperniato su alcune caratteristiche della codificazione dei diritti realizzata nel 1982, e che esso rivesta una influenza crescente sullo sviluppo del diritto costituzionale in molteplici aree del mondo¹.

Tale modello, che si colloca appieno entro il “*postwar paradigm*” della protezione dei diritti umani², appare caratterizzato sul piano sostanziale dalla capacità di “riconciliare i diritti individuali e quelli collettivi nel quadro di uno stato plurinazionale e plurilingue”³ e sul piano formale dalla introduzione di elementi di flessibilizzazione dei diritti, quali una clausola limitativa generale (section 1) e una clausola derogatoria (section 33)⁴.

L'influenza del modello è stata misurata essenzialmente in termini di “*constitution making*”, facendo riferimento alle costituzioni o alle carte dei diritti che, nell'ultimo scorcio del XX secolo, hanno preso spunto dalla Carta canadese e in tale

¹ V. per tutti A.M. Dodek, *Canada as Constitutional Exporter: The Rise of the “Canadian Model” of Constitutionalism*, in *Supreme Court Law Review*, 2007, 309 ss.

² Sul quale v. L. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudry (cur.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 84 ss.

³ M. Ignatieff, *The Rights Revolution*, Toronto, Anansi, 2000, 7.

⁴ Così A.M. Dodek, op. cit., 312 ss.

ottica sono state tentate alcune spiegazioni, sia di ordine generale che riferite alle singole esperienze nazionali⁵.

Meno attenzione ha ricevuto fino ad oggi l'influenza del modello canadese di costituzionalismo sulla interpretazione costituzionale, anche se non è sfuggita agli osservatori la crescente quantità di citazioni delle sentenze canadesi riscontrabili nelle decisioni delle corti di molti altri paesi. Al punto che lo stesso Ministro della giustizia del Canada ha potuto affermare, nel 2004, che la Corte suprema è rispettata ovunque "as a model of what a learned, vital and independent judicial institution should be", aggiungendo: "Canadian Supreme Court decisions are constantly cited by courts in diverse jurisdictions across the globe".⁶

Questo lavoro ha lo scopo di verificare l'influenza della giurisprudenza della Corte suprema del Canada relativa alla Carta canadese dei diritti e delle libertà sulla giurisprudenza delle altre democrazie liberali. Esso si inserisce pertanto in quel filone di studi, particolarmente ricco negli anni più recenti, relativo al ruolo svolto dal diritto comparato (o, se vogliamo chiamarlo così, straniero) nelle decisioni giudiziarie, intorno al quale sta articolandosi il c.d. "*new comparativism*".⁷

Poiché l'oggetto della ricerca è la Carta canadese dei diritti e delle libertà, sono state considerate unicamente le decisioni delle Corti costituzionali o le decisioni delle Corti supreme che attengano alla interpretazione della Costituzione. Inoltre, è stata effettuata una selezione degli ordinamenti esaminati, escludendo quelli che utilizzano in modo estremamente limitato o nullo la giurisprudenza straniera⁸, o la utilizzano in

⁵ Così ancora A.M. Dodek, op. cit., 319 ss.

⁶ L'intervento di Irwin Cotler è richiamato da A.M. Dodek, op. cit., 310.

⁷ L. Weinrib, *Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism* in V. Jackson, M. Tushnet (cur.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Westport, Praeger, 2002, 3.

⁸ Come gli Stati Uniti, anche se la giurisprudenza della Corte suprema sulla Carta dei diritti è stata oggetto di due delle rare citazioni compiute dalla Corte suprema USA: si tratta dei casi *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S., 718 n.16 (1997), e *Planned Parenthood of S.E. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 945 n.1 (1992), rispettivamente in materia di suicidio assistito e di interruzione volontaria della gravidanza. V. anche l'affermazione dell'allora Chief Justice William H. Rehnquist, sulla mancanza di citazioni di precedenti canadesi negli USA: "We had a judicial exchange program between Canada and the United States about ten years ago, and one of the things the justices of Canada's Supreme Court asked was, 'We cite your Constitution; why don't you cite ours?' What I answered that time was that the Charter of Rights and Freedom was only seven years old. Of course, now their Charter... is about seventeen years old, so it's less defensible to say that we're not familiar with it": William H. Rehnquist, "Foreword" in V. Jackson, M. Tushnet (cur.), op.cit., ix.

maniera non esplicita⁹, per privilegiare invece gli ordinamenti aperti al metodo comparatistico, ovvero essenzialmente quelli di *common law*¹⁰.

Applicando queste considerazioni, le giurisdizioni esaminate sono: a) in area Commonwealth: House of Lords; Corte costituzionale del Sudafrica; Corte suprema dell'India; Corte suprema della Namibia; Corte suprema australiana; Corte suprema della Nuova Zelanda; b) in area extra Commonwealth: Corte suprema d'Irlanda; Corte suprema di Israele; Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Analisi della giurisprudenza di alcuni ordinamenti.

L'esame della giurisprudenza può essere svolto ordinando le Corti selezionate in quattro gruppi. Lo spunto ci è fornito da una celebre citazione del giudice Calabresi, secondo il quale "Wise parents do not hesitate to learn from their children"¹¹.

In primo luogo, il Regno Unito: le citazioni della giurisprudenza sulla Carta possono mostrare se "i genitori sono saggi", specie dopo l'introduzione, nel 1998, dello *Human Rights Act*. In un secondo gruppo, gli ordinamenti che, dopo il Canada, hanno approvato un *Bill of Rights* analogo alla *Canadian Charter*: da un lato Sud Africa (1996) e Namibia (1990), ove le dichiarazioni dei diritti sono parte del testo della nuova costituzione rigida, adottata a seguito della transizione democratica; dall'altro la Nuova Zelanda (1990), che ha invece un *Bill of Rights* dotato di forza di legge ordinaria e Israele (1992), le cui *Basic Laws* sui diritti sono state rese vincolanti per il legislatore

⁹ Come la Francia o l'Italia (che sono citate come esempi dell'atteggiamento qualificato come "Doing It But Not Admitting" da B.Markesinis, J.Fedtke, *The Judge as Comparatist*, *Tulane Law Review*, 2005, 11 ss.); la Germania (della quale invece B.Markesinis, J.Fedtke, op. cit., 34 ss. parlano nella categoria "Doing it Openly", ma in riferimento al diritto straniero in generale, non alla giurisprudenza); la Spagna (su cui L.Pegoraro, *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007, 19 s.), oppure il Giappone, sul quale v. C. McCrudden, *Human Rights and Judicial Use of Comparative Law*, in E. Örüçü (cur.), *Judicial Comparativism in Human Rights*, UK National Committee of Comparative Law, London, 2003, 8. Per uno sguardo d'insieme, v. A.Sperti, *I giudici costituzionali e la comparazione giuridica*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006, 195 ss.

¹⁰ McCrudden mostra la presenza di citazioni di precedenti stranieri in Israele, Australia, Sud Africa, Hong Kong, Canada, India, Nuova Zelanda, Zimbabwe e Irlanda: op. cit., 1. Non mi è possibile soffermarmi ulteriormente in tale sede su queste importanti opzioni metodologiche. Per una più ampia trattazione, rinvio a T. Groppi, *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions Since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies* in *Supreme Court Law Review*, 2007, 337 ss.

¹¹ Riguardo alla Corte suprema degli Stati Uniti, Guido Calabresi ha affermato, «At one time, America had a virtual monopoly on constitutional judicial review, and if a doctrine or approach was not tried out here, there was no place else to look. That situation no longer holds. Since World War II, many countries have adopted forms of judicial review, which - though different from ours in many particulars - unmistakably draw their origin and inspiration from American constitutional theory and practice. These countries are our "constitutional offspring" and how they have dealt with problems analogous to ours can be very useful to us when we face difficult constitutional issues. Wise parents do not hesitate to learn from their children»: *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995) (Calabresi, J., concurring).

dalla Corte suprema nel caso *Mizrahi Bank* (1995). Da questa giurisprudenza dovrebbe risultare verificata la più ovvia affermazione che “i figli imparano dai genitori”. Un terzo gruppo comprende invece ordinamenti che, pur appartenendo alla stessa area culturale del Canada, presentano Costituzioni molto diverse, se non altro per l’epoca in cui sono state approvate: è il caso dell’Australia (1900), dell’Irlanda (1937) e dell’India (1950). Infine, una considerazione a parte sarà accordata alla Corte europea dei diritti dell’uomo che, benché tribunale sovranazionale, applica una dichiarazione che, insieme ad altri testi internazionali, è stata fonte di ispirazione per la Carta canadese.

2.1. Il Regno Unito

La citazione di precedenti stranieri è abituale in una giurisdizione di *common law* come il Regno Unito, nella quale opera (e continua ad operare, sia pure con una competenza sempre più ridotta) quel formidabile portatore di *cross-country fertilization* che è il *Judicial Committee* del *Privy Council*. Ma è soltanto con lo *Human Rights Act* (HRA) 1998 che il Regno Unito si è andato avvicinando al modello di Stato costituzionale, rendendo significativa un’analisi delle decisioni che citano la giurisprudenza canadese¹².

La citazione di precedenti stranieri nella interpretazione dello HRA è sporadica e non sistematica. Ciò trova spiegazione nella previsione dell’art.2 che, disciplinando la “interpretation of Convention rights”, stabilisce: “A Court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any: “a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights...”. Anche se la interpretazione di tale norma non è del tutto pacifica¹³, essa è stata sufficiente a indirizzare i giudici britannici verso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In alcuni casi le Corti, poste davanti a un precedente straniero, ad esempio canadese, e a una decisione della CEDU, hanno preferito affidarsi a quest’ultima, ritenendo trattarsi di un terreno più “safe”¹⁴.

Nell’ambito dei richiami alla giurisprudenza straniera, le decisioni citate più di sovente sono comunque quelle canadesi, seguite dalle sudafricane e australiane: esse vengono in rilievo soprattutto nei casi più difficili e controversi.

¹² Lord Steyn, *Human Rights Act: The Legacy of Mrs Roosevelt*, in *Public Law*, 2002, 473 ss.

¹³ N. Bamforth, *Courts in A Multi-Layered Constitution* in P. Leyland, N. Bamforth (cur.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003, 290 ss.

¹⁴ *A, X and Y v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56, dove vengono in rilievo sia *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, sia l’opinione del giudice McLachlin nel caso *RJR-MacDonald Inc v Attorney General of Canada* [1995] 3SCR 199, 342.

Ampie citazioni si trovano nella celebre sentenza *Pretty*, sull'eutanasia, dove Lord Bingham of Cornhill afferma che “The most detailed and erudite discussion known to me of the issues in the present appeal is to be found in the judgments of the Supreme Court of Canada”¹⁵, benché successivamente concluda rilevando che le norme costituzionali coinvolte sono incomparabili¹⁶. Oppure nei casi relativi alle misure antiterrorismo, nei quali vengono in rilievo molteplici precedenti canadesi, sia riguardo al problema della espulsione di presunti terroristi verso paesi dove potrebbero essere soggetti a tortura¹⁷, sia a quello della detenzione di presunti terroristi non cittadini¹⁸; in materia di libertà religiosa (si veda il caso sulle punizioni fisiche nelle scuole)¹⁹; in materia di libertà di espressione e di diritto alla privacy²⁰; sulla compatibilità dell'ergastolo con lo HRA²¹.

Anche il test di proporzionalità canadese a due fasi, introdotto con la celebre sentenza *R. v. Oakes* viene richiamato, sia pure come argomento *ad adiuvandum*, in alcune *opinions*²², benché prevalga una impostazione prudente, volta ad evitare un'automatica recezione²³.

Più in generale viene in rilievo, anche attraverso motivazioni molto elaborate, il problema del rapporto tra *judicial review* e *supremacy of parliament* e del punto oltre il quale non può spingersi il controllo delle Corti sulle scelte del legislatore. E' questo il caso delle decisioni sulla presunzione di innocenza e sull'inversione dell'onere della prova²⁴. Sembra quasi, soprattutto nei primi anni di operatività dello HRA, che la giurisprudenza canadese possa fornire un ponte tra la tradizione britannica della supremazia del parlamento e il nuovo “stato costituzionale”, mostrando che si tratta di

¹⁵ *R. (on the application of Pretty) v. Director of Public Prosecutions* [2001] UKHL 61, che cita *Rodriguez v. Attorney General of Canada* [1994] 2 L.R.C. 136

¹⁶ *R. (on the application of Pretty)*, *ibid.* 23

¹⁷ *R. (on the Application of Ullah) v. Special Adjudicator – Do v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 26, che cita *Suresh v. Minister of Citizenship and Immigration* [2002] 1 S.C.R. 3.

¹⁸ *A, X and Y v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

¹⁹ *R. v. Secretary of State for Education and Employment Ex p. Williamson*, [2005] UKHL 15 [*A, X and Y*], che cita *Syndicat Northcrest v Amselem* (2004) 241 D.L.R. (4th) 1.

²⁰ *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, che cita *Aubry v. Les Editions Vice-Versa Inc.* [1989] 1 S.C.R. 591. Sullo stesso tema, v *Douglas, Zeta-Jones and Northern & Shell Plc. v. Hello! Ltd.*, [2001] Q.B. 967, che cita *Les Editions Vice-Versa Inc v. Aubry*, [1998] 1 S.C.R. 591.

²¹ *R. v. Lichniak, R. v. Pyrah* [2002] UKHL 47, che cita *R. v Smith (Edward Dewey)* [1987] 1 S.C.R. 1045.

²² *A, X and Y, supra*, che cita *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

²³ Particolarmente significativo al riguardo è il caso *R. v. Director of Public Prosecutions, Ex P. Kebilene* [2000] H.R.L.R. 93, che si basa sul test stabilito in *R. v. Oakes*.

²⁴ *Attorney General's Reference (No.1 of 2004) R. v. Edwards R. v. Denton, Jackson R. v. Hendley R. v. Crowley*, [2004] EWCA Crim 1025, che cita ampi estratti di *R. v. Whyte*, e *R. v. Oakes*. V. anche *R. v. Lambert*, [2001] UKHL 37.

due opzioni non inconciliabili. A tale fine, è particolarmente interessante la posizione assunta dal giudice Laws: egli, prendendo le mosse dalla citazione di ampi estratti della *opinion* scritta dal giudice Iacobucci nel caso *Vriend*²⁵, afferma che “the British system may be said to stand at an intermediate stage between parliamentary supremacy and constitutional supremacy, to use the language of the Canadian case”, per poi cercare (e trovare) nella motivazione del caso *Vriend* una risposta alla “tension between the maintenance of legislative sovereignty and the vindication of fundamental, constitutional rights”²⁶.

2.2. Sud Africa, Namibia, Nuova Zelanda, Israele

La Corte costituzionale sudafricana rappresenta il punto di riferimento per qualsiasi studio sulla circolazione dei precedenti giurisprudenziali. Essa infatti fa ampio uso della giurisprudenza straniera, anche grazie alla previsione contenuta nella section 39 della Costituzione²⁷.

Come affermato nel *leading case Makwanyane*, riferendosi alla norma analoga contenuta nella section 35 della *Interim Constitution*, “Comparative “bill of rights” jurisprudence will no doubt be of importance, particularly in the early stages of the transition when there is no developed indigenous jurisprudence in this branch of the law on which to draw. Although we are told by section 35(1) that we “may” have regard to foreign case law, it is important to appreciate that this will not. [...this] is implicit in the injunction given to the Courts in section 35(1), which in permissive terms allows the Courts to “have regard to” such law. There is no injunction to do more than this”²⁸.

Le decisioni della Corte suprema del Canada sono frequentemente citate dalla Corte sudafricana. Molto spesso si tratta di citazioni finalizzate alla ricostruzione di un orizzonte ricognitivo, ragione per la quale vengono richiamate insieme a sentenze di altri ordinamenti democratici²⁹, ma in alcuni casi il precedente canadese viene

²⁵ *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493.

²⁶ *R. (on the application of International Transport Roth GmbH) v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 158.

²⁷ V. Section 39 (Interpretation of Bill of Rights) della *Constitution of South Africa 1996*: “(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.” Section 35 (Interpretation) of the *Interim Constitution 1993* stated: “[A court] may have regard to comparable foreign case law.”

²⁸ *S. v. Makwanyane and another*, (CCT3/94) [1995] 1995 (6) B. Const. L. R. 665 (S. Afr. Const. Ct.) 1995 (3) SALR 391 (CC) [*Makwanyane*].

²⁹ In tal senso v. A. Rinella, *La Corte costituzionale del Sudafrica e la comparazione*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006; nonché A. Lollini, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella*

considerato un vero e proprio esempio da seguire³⁰. Nel complesso, la Corte suprema canadese è la principale fonte di ispirazione per la Corte costituzionale sudafricana. In larga misura, tale influenza può essere imputata alla somiglianza dei testi costituzionali: la Carta canadese è stata infatti uno dei punti di riferimento nella scrittura del *Bill of Rights* sudafricano³¹. Ma non solo. La giurisprudenza canadese in molti casi è considerata "particularly helpful" non solo a causa delle analogie esistenti tra la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e il *South African Bill of Rights*, ma a causa del "persuasive reasoning" della Corte suprema del Canada³². Le decisioni canadesi sono analizzate in modo dettagliato, e i loro argomenti sono oggetto di discussione da parte delle diverse *opinions* nelle sentenze in cui non si raggiunge l'unanimità³³.

Molteplici sono le citazioni della giurisprudenza canadese riguardo al "two-stage approach" nella limitazione dei diritti, a partire dalle sentenze emesse nella vigenza della *Interim Constitution*, anche se la Corte costituzionale cerca di mostrare la propria autonomia interpretativa. Così, ad esempio nel caso *Zuma*, si afferma: "The Canadian courts have evolved certain criteria... These criteria may well be of assistance to our courts in cases where a delicate balancing of individual rights against social interests is required. But section 33(1) itself sets out the criteria which we are to apply, and I see no reason, in this case at least, to attempt to fit our analysis into the Canadian pattern"³⁴.

Altri temi sui quali la Corte cerca ispirazione nei precedenti canadesi riguardano il processo penale (e in particolare il divieto di autoincriminazione): le decisioni canadesi relative all'art.7 della Carta, sono attentamente analizzate, anche se la Corte costituzionale si preoccupa sempre di rilevare che "when the Canadian Supreme Court decides that a deprivation of liberty is not "in accordance with the principles of fundamental justice" (concepts which will be dealt with later) we have regard to these

giurisprudenza costituzionale sudafricana, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, 453 ss.

30

Così il giudice Kentridge, in una decisione unanime nel caso *S. v. Zuma and others*, (CCT5/94) [1995] (2) S.A. 642 (S. Afr. Const. Ct.) [*Zuma*] ove la Corte ha esaminato la costituzionalità di una disposizione che invertiva l'onere della prova nel processo penale. Dopo aver citato *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Whyte*, e *R. v. Oakes*, egli afferma: "I consider that we may appropriately apply the principles worked out by the Canadian Supreme Court in particular the first two principles stated by Cory J."

³¹ In questo senso J. Sarkin, *The Effect of Constitutional Borrowings on The Drafting of South Africa's Bill of Rights and Interpretation of Human Rights Provisions*, in *U. Pa. J. Const. L.*, 1998, 176, che riferisce tra l'altro che "the Oakes decision profoundly impacted the drafting of the interim Constitution" (186).

³² Così S. Choudry, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, in *Indiana Law Journal*, 1999, 848, che cita, parafrasandola, la decisione *Zuma*.

³³ E' questo quanto accade in *v. Coetzee and others*, (CCT50/95) [1997] 1997 (4) B. Const. L. R. 437 (S. Afr. Const. Ct.).

³⁴ *V. Zuma*, 35. Nello stesso senso, sempre tra i primi casi, *Makwanyane*, 110.

findings, not in order to draw direct analogies, but to identify the underlying reasoning with a view to establishing the norms that apply in other open and democratic societies based on freedom and equality”³⁵. Il caso *Oakes*, poi, è citato ogni qual volta venga in rilievo il problema della presunzione di innocenza³⁶.

In materia penale viene in rilievo anche il problema della eliminazione, da parte del legislatore, di ogni discrezionalità dei giudici nella valutazione della pena da applicare in base al reato commesso; in tale contesto molteplici sono i precedenti canadesi citati e viene fatta una comparazione tra l’art. 12 della Costituzione sudafricana del 1996 e l’art. 12 della Carta canadese dei diritti, relativi al divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti³⁷.

Un altro settore nel quale la giurisprudenza canadese è richiamata è quello dell’applicazione del principio di uguaglianza³⁸, specie quando si tratta di dichiarare incostituzionali norme che introducono discriminazioni sulla base dell’orientamento sessuale³⁹.

Affermazioni della Corte canadese sono citate anche su temi quali la retroattività delle norme costituzionali⁴⁰, la possibilità di colmare le omissioni del legislatore attraverso la tecnica del “reading in”⁴¹, la scelta del metodo interpretativo⁴².

Anche la Corte suprema della Namibia, che in gran parte si ispira a quella sudafricana, cita con frequenza precedenti canadesi e lo stesso si può dire per la High

³⁵ *Ferreira v. Levin NO and others*, (CCT5/95) [1995] 1996 (1) B. Const. L. R. 1 (S. Afr. Const. Ct.) at para. 72.

³⁶ *S. v. Williams and others*, (CCT20/94) [1995] (3) S.A. 632 (S. Afr. Const. Ct.) par. 30. See also *S. v. Bhulwana*, (CCT12/95) [1995] 1995 (12) B. Const. L.R. 1579 (S. Afr. Const. Ct.) par. 12.

³⁷ *S. v. Dodo*, (CCT 1/01) [2001] 2001 (5) B. Const. L. R. 423 (S. Afr. Const. Ct.), che cita *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045 e *R. v. Latimer*, [2001] 1 S.C.R. 3.

³⁸ *Brink v. Kitshoff NO*, (CCT15/95) [1996] 1996 (6) B. Const. L. R. 752 (S. Afr. Const. Ct.), par. 38, che cita *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, insieme a precedenti di altri paesi. Sull’influenza della giurisprudenza canadese in tema di uguaglianza sulla Corte costituzionale sudafricana v. A. Sachs, *Equality Jurisprudence: The Origin of Doctrine in the South African Constitutional Court in Rev. Const. Stud.* 1999, 76 ss.

³⁹ Così in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v. Minister of Justice and others*, (CCT11/98) [1998] 1998 (1) B. Const. L. R. 1517 (S. Afr. Const. Ct.), sulla incostituzionalità della norma che puniva penalmente la sodomia, che cita ampiamente *Vriend v. Alberta*, cit., e *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. V. anche *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others*, (CCT10/99) [1999] 2000 (1) B. Const. L. R. 39 (S. Afr. Const. Ct.) [*National Coalition v. Minister of Home Affairs*] e *President of the Republic of South Africa and another v. Hugo*, (CCT11/96) [1997] 1997 (6) B. Const. L. R. 708 (S. Afr. Const. Ct.).

⁴⁰ *Du Plessis and others v. De Klerk and another*, (CCT8/95) [1996] 1996 (5) B. Const. L. R. 658 (S. Afr. Const. Ct.) che cita *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669.

⁴¹ V. *National Coalition v. Minister of Home Affairs*, cit., 71: “In *Schachter*, the leading Canadian case, the Supreme Court of Canada held that a court may read words into a statute in appropriate circumstances and set out principles to guide such decisions. Since then, Canadian courts have read words into statutes on several occasions”.

⁴² Così il caso *Zuma*, cit., 15, ove si cita *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, riguardo alla “purposive interpretation”.

Court. In molti casi si tratta di citazioni indirette, mediate da precedenti sudafricani (come *Zuma* o *Ferreira*). La Corte sembra molto attenta ad affermare le peculiarità della Costituzione della Namibia⁴³; in particolare una certa cautela si riscontra negli anni più recenti riguardo all'utilizzo, frequente fin dalle prime decisioni, dell'*Oakes test*⁴⁴.

Più direttamente ispirati alla Carta canadese sono il *Bill of Rights* della Nuova Zelanda e le *Basic Laws* di Israele in materia di diritti: ciò spinge in entrambi i paesi a un ampio uso dei precedenti canadesi.

In Nuova Zelanda le citazioni della giurisprudenza canadese sono sempre state numerose, al pari di quelle australiane⁴⁵. Importanti fattori che spiegano tale opzione sono il background storico analogo e il simile contesto sociale. Alcune citazioni delle decisioni canadesi riguardano casi relativi al *New Zealand Bill of Rights Act 1990*. Lord Cooke, il più influente giudice neozelandese del secolo scorso, ha riconosciuto pubblicamente, in interventi extragiudiziali, l'utilità delle decisioni canadesi per l'interpretazione del *Bill of Rights*. In un discorso del 1995, ad esempio, ha affermato: "In the five years since the enactment of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 we have tended to ransack the Canadian reports for their Charter jurisprudence, while drawing deeply also from the European and United States well"⁴⁶.

La Carta canadese ha costituito un modello per il *Bill of Rights* neozelandese, che però mantiene lo status di legge ordinaria, per l'assenza di una clausola analoga all'art.52 del Constitution Act 1982 e per la presenza dell'art.4, che reca una clausola di

⁴³ Si veda ad es. *S. v. Myburgh*, (SA21/01; SA21/01) [2002] NASC 16, , ove si afferma che "The Namibian Constitution is not only unique in the world in regard to this feature of rigidity and unamendability of the provisions for fundamental rights and freedoms, but in its prescription of a mandatory sanction in par (1)(b) of Art. 12, should the trial as defined in 12(1)(a), not take place within a reasonable time. It is this mandatory remedy expressly prescribed, which distinguishes this provision from "speedy trial" provisions in the USA and in the rest of the world". Il par. (1) (b) stabilisce: "trial referred to in Paragraph (a) shall take place within a reasonable time, failing which the accused shall be released". La sentenza canadese citata è *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

⁴⁴ High Court of Namibia, See *Hendricks and Others v. Attorney General of Namibia and Others*, (PA140/00 ; PA140/00) [2002] NAHC 4: "The first steps this Court took after Independence to examine and define criteria for the constitutional assessment of reverse onus-provisions were mainly based on Canadian and, to a lesser extent, US authorities. I am not altogether convinced that, in adopting that approach, the Court was mindful of the differences between our Constitution and the Canadian Charter of Rights. One of the most fundamental differences is that the presumption of innocence protected under section 11(d) of the Charter is, like all the other fundamental rights protected therein, subject reasonable restrictions "prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society" (see: section 1 of the Charter), whereas our Constitution does not expressly allow for a limitation of the right to be presumed innocent".

⁴⁵ Così P.Rishworth, G.Huscroft, S.Optican, R.Mahoney, *The New Zealand Bill of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 66; H.Forsyth, A.Todd, *The Rule of Law, Human Rights and the Common Law: Addressing New Challenges*, in *Canterbury L. Rev.*, 2003, 322 ss. V. anche l'ampia ricerca sulla giurisprudenza della *Court of Appeal*: R. Smyth, *Judicial Citations – An Empirical Study of Citation Practice in The New Zealand Court of Appeal*, in *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 2000, 847 ss.

⁴⁶ Lord Cooke of Thorndon, *The Dream of an International Common Law*, in Cheryl Saunders (cur.), *Courts of Final Jurisdiction – The Mason Court in Australia*, Federation Press, Sydney, 1996, 142-143.

flessibilizzazione⁴⁷. Ciò nonostante, lo status di legge ordinaria non ha impedito che le corti gli riconoscessero un significato costituzionale, attraverso l'art.6⁴⁸. Nel celebre caso *Moonen v. Film and Literature Board of Review* la Court of Appel ha annunciato la sua intenzione di dichiarare le leggi contrarie al *Bill of Rights*, qualora se ne presenti la necessità⁴⁹.

Le citazioni della giurisprudenza canadese sono particolarmente frequenti quando si tratta di interpretare la section 5, sulle “*justified limitations*”. D'altra parte, una delle ragioni per adottare una “general limitation clause” fu identificata nel modo seguente dal White Paper che propose l'adozione del Bill of Rights: “adoption of a general limitation provision would allow New Zealand courts to take advantage of developing jurisprudence of Canadian Courts”⁵⁰. In effetti, a partire dai primi casi⁵¹, l'impostazione canadese, come definita da *R. v. Oakes* e da altre decisioni successive, è stata seguita in tutte le decisioni sul *Bill of Rights*: in *Ministry of Transport v. Noort*, il giudice Richardson indicò l' “Oakes test” come “helpful case law”⁵², e in *Solicitor-General v. Radio New Zealand Ltd*⁵³ la High Court adottò, all'unanimità, “the general approach of the Canadian Court modified to New Zealand conditions”⁵⁴.

La creazione, nel 2003, di una Supreme Court per sostituire il Privy Council, che dovrebbe operare in modo simile a una corte costituzionale, ci ha spinto ad esaminare la giurisprudenza di questa Corte. Solo 6 casi, sui 207 decisi dal 2004 a oggi, citano la Corte suprema del Canada e, tra questi, solo 2 riguardano la Carta⁵⁵. Al di là del numero limitato di citazioni, spiegabile anche con lo sviluppo di un proprio patrimonio di precedenti, la giurisprudenza canadese continua ad essere il punto di riferimento per la interpretazione della section 5. Così, ad esempio, in una recente sentenza sulla

⁴⁷ La section 4 (Other Enactments) stabilisce: “No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), (a) Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) Decline to apply any provision of this enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”.

⁴⁸ La section 6 (Interpretation) prevede: “Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning”.

⁴⁹ *Moonen v. Film and Literature Board of Review*, [2000] 2 N.Z.L.R. 523 (C.A.).

⁵⁰ *A Bill of Rights for New Zealand* (1985) AJHR A6, par. 10.26.

⁵¹ *Ministry of Transport v. Noort*, [1992] 3 N.Z.L.R. 260 (C.A.). Su questo aspetto v. J. L. Hiebert, *Right-Vetting in New Zealand and Canada: Similar Ideas, Different Outcomes*, in NZJPIL, 2005, 69, nota 19.

⁵² Benché non citi *R. v. Oakes*, ma la motivazione, simile, scritta da Dickson nel *Reference Re Public Service Employees Relations Act (Alta)* [1987] 1 SCR 313

⁵³ *Solicitor-General v. Radio New Zealand Ltd* [1994] 1 NZLR, 48.

⁵⁴ V. anche *Zdrahal v. Wellington City Council* [1995] 1 NZLR 700 e *Duff v. Communicado Ltd* [1996] 2 NZLR 89, ove il giudice Blanchard parla del punto di vista del giudice Richardson come “the New Zealand equivalent of the Oakes test”.

⁵⁵ Circa le statistiche, dobbiamo ricordare che soltanto 24 su 2420 decisioni della High Court dal 2005 citano la Corte suprema del Canada: v. www.nzlii.com (ricerca condotta nell'aprile 2007).

inversione dell'onere della prova⁵⁶, tutti i giudici della Corte suprema citano precedenti canadesi, a partire da *R. v. Oakes*, ribadendone l'utilità⁵⁷ ed esaminando in dettaglio lo sviluppo della giurisprudenza del Canada⁵⁸.

Un discorso analogo può essere fatto per Israele. La Carta canadese è stata infatti una fonte di ispirazione diretta per le due *Basic Laws* sui diritti del 1992⁵⁹, specialmente per quanto attiene la *limitation clause* e la *override clause*⁶⁰. La frequente citazione della giurisprudenza canadese può in larga parte essere messa in relazione con l'originaria influenza sul "constitution making" israeliano, oltre che con la tendenza della Corte israeliana ad utilizzare una tecnica di motivazione discorsiva e aperta a molteplici *sources of authority*. Inoltre, non deve essere sottovalutato il ruolo che nella circolazione giurisprudenziale possono svolgere singole figure: le teorie di Aharon Barak sull'uso della comparazione da parte delle Corti e, più in generale, la sua personale sensibilità verso il diritto comparato, si sono trasfuse spesso nelle decisioni della Corte suprema da lui redatte⁶¹.

Una estensiva ricerca compiuta sul database della Corte Suprema⁶² e relativa a tutti i casi in esso presenti (in inglese ed in ebraico), ha rilevato un gran numero di citazioni, anche se spesso si tratta di semplici riferimenti⁶³.

L'elemento che risalta di più sono le numerosissime citazioni del test di proporzionalità elaborato in *R. v. Oakes*, che è entrato a far parte in modo ricorrente del *reasoning* della Corte suprema⁶⁴. E' citata di frequente anche la giurisprudenza sulla

⁵⁶ *Paul Rodney Hansen v The Queen* [2007] NZSC 7.

⁵⁷ Ivi, *opinion* del giudice Elias, par. 42.

⁵⁸ Così per esempio non ci si limita a *R. v. Oakes*, ma si sottolineano le modifiche al test portate da decisioni successive: v. il giudice Blanchard, par. 64: "In deciding what constitutes a justified limitation under s 5, New Zealand courts have commonly adopted the test used by the Supreme Court of Canada in *R v. Oakes*, which was summarised by that Court in the following way in *R v. Chaulk*".

⁵⁹ Così Z. Segal, *Israel Ushers in a Constitutional Revolution: The Israeli Experience, The Canadian Impact*, in *Constitutional Forum*, 1995, 44; Z. Segal, *The Israeli Constitutional Revolution: The Canadian Impact in the Midst of a Formative Period*, in *Constitutional Forum*, 1997 53; D. Kretzmer, *Basic Laws as Surrogate of Bill of Rights: The Case of Israel*, in P. Alston (cur.), *Promoting Human Rights Through Bill of Rights*, Oxford, 1999, 76.

⁶⁰ La clausola di limitazione nella *Basic Law: Human Dignity and Freedom* è contenuta nella section 8; nella *Basic Law: Freedom of Occupation* è contenuta nella section 4; la *override clause* è presente soltanto in quest'ultima *Basic Law*, section 8.

⁶¹ Tra i molti scritti di Barak sul tema, v. A. Barak, *Comparison in Public Law*, in *Tulane Law Review*, 2005, 195 ss.

⁶² V. www.court.gov.il. Devo ringraziare sentitamente Yoav Dotan, Dean della Law Faculty della Hebrew University e il suo *research assistant*, Ady Noy, che ha svolto la ricerca nell'aprile 2007.

⁶³ Si tratta di 93 sentenze che, dopo il 1 gennaio 1993, citano precedenti canadesi sulla Carta.

⁶⁴ Riguardo alla proporzionalità v. CA 537/95 *Imad Ga'nimat v. The State of Israel*; H CJ 3477/95 *Israel Ben-A'tia v. Minister of Education and Culture*; H CJ 7357/95 *Berki Feta Humphries (Israel) v. The State of Israel*; H CJ 5578/02 *Ra'hel Manor and others v. Minister of finance and others*; H CJ 7052/03 *Ad'alla - Legal center for arab minority in Israel v. Minister of Interior* (quest'ultimo non cita *R. v. Oakes*, ma casi più recenti come *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45).

section 15 della Carta, in materia di uguaglianza.⁶⁵ E' difficile poi non vedere una influenza della giurisprudenza canadese, sia pure non sempre esplicita, sulla opzione per una *purposive interpretation*, sul rifiuto della *non-justiciability doctrine*, sulla concezione stessa dei diritti fondamentali (visti non come mere pretese di non interferenza dei pubblici poteri, ma come doveri dello stato di proteggere gli individui).⁶⁶

Va però rilevato che la maggior parte delle citazioni si rinviene laddove la Corte cerca di ricostruire la nozione di Stato costituzionale⁶⁷, come emerge fin dalla fondamentale decisione con la quale ha stabilito il *judicial review of legislation*⁶⁸. L'impressione è che la Corte suprema israeliana, benché dedichi grande attenzione alle decisioni canadesi, cerchi di collocarle in un contesto di comparazione più ampio, in cui si richiamano con la medesima attenzione anche precedenti di paesi sprovvisti di disposizioni costituzionali simili a quelle israeliane (è il caso del Tribunale costituzionale federale tedesco, le cui sentenze ricevono un'attenzione analoga a quelle canadesi)⁶⁹. Lo scopo di questa tecnica argomentativa sembra abbastanza evidente. La Corte suprema di Israele, che si trova ad agire in una società profondamente divisa sui valori e, per di più, senza un espresso riconoscimento costituzionale del *judicial review*

⁶⁵H CJ 721/94 *El-Al Israel Airlines Ltd v. Jonathan Danielowitz et al.*, nella quale, sul tema dei diritti delle coppie dello stesso sesso, I precedenti canadesi sono citati abbondantemente (v. *Vriend v. Alberta*, *cit.*; *Egan v. Canada*, *cit.*; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1992] 3 S.C.R. 163) congiuntamente a precedenti di altri paesi. V. anche H CJ 453/94, 454/94 *Israel Women's Network v. Government of Israel et al.*, sulle *affirmative actions*. La section 15 della Carta è esaminata attentamente, insieme alla sentenza C.N.R. v. *Canada (Human Rights Commission)* [1987] 1 S.C.R. 1115. Il giudice Mazza scrive per la Corte: “[I]t should be pointed out that the constitutional recognition of the existence of the need to practise affirmative action is very evident in the reasoning of the Canadian Supreme Court, also with regard to the rationale justifying this need.” Although in the end he states: “in my opinion, it should be accepted and recognized as a criterion of equality, which is one of the necessary implications and one of the main guarantees of the principle of equality itself (similar to the approach adopted in Canada), rather than as a tolerated exception to the principle of equality (like the limited approach that has taken root in the United States).”

⁶⁶ V. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, 201.

⁶⁷ H CJ 5432/03 H CJ 5477/03 *SHIN, Israeli Movement for Equal Representation of Women, and 11 others; Chairperson of the Knesset Committee on the Status of Women, MK Gila Gamliel and 52 others v. Council for Cable TV and Satellite Broadcasting and others*, che cita *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452: “[T]hus it can be seen that in democratic legal systems from which we derive inspiration there is a recognition that different pornographic expressions must be distinguished according to their gravity, and only a limited portion of these expressions should be restricted as prohibited ‘obscenities.’”

⁶⁸ CA 6821/93 *The Unified Mizrahi Bank v. "Migdal" cooperative settlement*, in *Israel Law Review*, 1995, 221.

⁶⁹ H CJ 4541/94 *Alice Miller v. Minister of Defence et al.*, sul rifiuto dell'esercito di preparare donne come piloti. Dopo una lunga citazione di *R. v. Oakes*, *cit.*, la Corte cita la Corte costituzionale tedesca, nella traduzione inglese di D. P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, University of Chicago Press, 1994), per affermare: “The principle of proportionality, which was developed in German administrative law as early as the eighteenth century, is comprised of three elements that are in principle similar to the secondary tests in the Canadian ruling in *R. v. Oakes*.” V. F. Oz-Salzberger, E. M. Salzberger, *The Hidden German Sources of the Israeli Supreme Court*, in *Tel Aviv U. Stud. L.*, 2000. 79 ss.

of legislation, deve, più di altre, preoccuparsi della propria legittimazione. A tale fine essa cerca di mostrare che Israele appartiene alla famiglia delle democrazie costituzionali e che le decisioni della Corte sono una conseguenza di tale appartenenza, preoccupandosi allo stesso tempo di far vedere che ciò non implica una automatica importazione di soluzioni dall'esterno. In tale dedicata ricerca di legittimazione, la Corte suprema di Israele partecipa, a pieno titolo, al dialogo globale⁷⁰, come mostra il fatto che, a sua volta, i suoi precedenti sono citati per esteso e in modo solenne da altre Corti, *in primis* proprio dalla Corte suprema del Canada⁷¹.

2.3. Australia, Irlanda, India

Benché sia stato detto che “Australian Constitution is at odds with international and comparative law”⁷², tuttavia le citazioni della giurisprudenza straniera sono numerose, alla luce della circolazione giurisprudenziale propria dei sistemi di *common law*⁷³.

In tale quadro, anche i richiami della giurisprudenza canadese sono molteplici⁷⁴, benché spesso poco significativi, sia perché si affiancano a precedenti statunitensi e britannici, sia perché presenti in note a piè di pagina o in opinioni dissenzienti. Inoltre, la maggior parte delle citazioni riguardano la procedura penale⁷⁵ o il diritto penale⁷⁶, ponendosi quasi come una prosecuzione della tradizionale circolazione della *common law*. In molti casi, poi, è sottolineata la differenza tra la Carta canadese e il diritto australiano⁷⁷. Particolarmente significativa è questa

⁷⁰ Superando le difficoltà linguistiche con la traduzione delle sue decisioni più importanti.

⁷¹ *Application under s. 83.28 of the Criminal Code* [2004] 2 S.C.R. 248, dove si cita H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, at p 845.

⁷² D. Hovell, G. Williams, *A Tale of Two Systems: The Use of International Law in Constitutional Interpretation in Australia and South Africa*, in *Melbourne U. L.R.*, 2005, 130.

⁷³ “The history of this country and of the common law makes it inevitable and desirable that the courts of this country will continue to obtain assistance and guidance from the learning and reasoning of United Kingdom courts just as Australian courts benefit from the learning and reasoning of other great common law courts”: *Cook v. Cook*, [1986] HCA 73. V. per tutti C. Saunders, *Comparative Constitutional Law in the Courts: Is There a Problem?*, in J. Holder (cur.), *Current Legal Problems 2006*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 91 ss.

⁷⁴ Con la semplice ricerca per parola sul sito www.austlii.com sono risultate 249 sentenze della *High Court* che citano casi della Corte suprema del Canada, tra le quali 43 relative alla *Canadian Charter*.

⁷⁵ Per fare solo un esempio tra i moltissimi, v. *Mallard v. The Queen* [2005] HCA 68 (15 November 2005), o *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Lam* [2003] HCA 6 (12 February 2003), o *Wong v The Queen; Leung v. The Queen* [2001] HCA 64 (15 November 2001), sulla *doctrine of legitimate expectation*.

⁷⁶ *North Australian Aboriginal Legal Aid Service Inc v. Bradley* [2004] HCA 31 (17 June 2004).

⁷⁷ *Pasini v. United Mexican States* [2002] HCA 3 (14 February 2002).

affermazione: “Provisions inserted in the American Bill of Rights and in the Canadian Charter of Rights create an express constitutional right to a speedy trial but there is no counterpart in our Constitution. The courts of the United States and Canada have developed doctrines which give content to the right to a speedy trial which the respective Constitutions express in broad terms. It is logically and legally invalid to translate the constitutional doctrines thus developed into our own jurisprudence in order to fashion a right, created by judicial legislation, to be exonerated from liability to conviction on the failure by the executive government to present an indictment within a time limit determined according to a judicial discretion”⁷⁸.

Ciò non di meno, possono essere segnalate alcune significative decisioni nelle quali la giurisprudenza canadese sulla Carta svolge un ruolo rilevante, relativamente a temi cruciali come il valore interpretativo del diritto internazionale⁷⁹; la libertà di espressione⁸⁰; l’uguaglianza del voto⁸¹; il principio di non discriminazione⁸². Nel complesso, la elaborazione di un *judicial bill of rights* in un ordinamento che è sprovvisto di una carta dei diritti costituzionalizzata ha trovato sostegno nella giurisprudenza canadese sulla Carta.

Ma quel che più colpisce è il recepimento del test di proporzionalità definito in *R. v. Oakes*, nell’ambito di un sistema sprovvisto di una clausola analoga all’art.1⁸³, a ulteriore testimonianza del successo di questa giurisprudenza, che va ben oltre gli ordinamenti che hanno riprodotto la previsione della Carta.

⁷⁸ *Jago v. The District Court of New South Wales and Others*, [1989] HCA 46.

⁷⁹ Tema cruciale nell’attuale momento nell’ordinamento australiano: v. *Kartinyeri v. The Commonwealth* [1998] HCA 22 (1 April 1998), ove, contrapponendola a quella statunitense, si afferma della Corte canadese: “On the other hand, it appears that the Supreme Court of Canada has had regard to international human rights laws which did not bind Canada itself”. V. anche *Baker v. The Queen* [2004] HCA 45 (1 October 2004).

⁸⁰ Così *Australian Broadcasting Corporation v. Lenah Game Meats Pty Ltd* [2001] HCA 63 (15 November 2001), ove si rileva che “By comparison, geographical and a degree of cultural proximity to the United States have not impelled the Canadian courts to embrace any notion of completely unabridged freedom of speech, despite the express guarantees of freedom of expression and opinion contained in s 2(b) (the “fundamental freedoms”) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, citando *Hill v. Church of Scientology of Toronto*[1995] 2 SCR 1130, allo scopo di accogliere una concezione di libertà di espressione diversa da quella statunitense.

⁸¹ See *James Andrew McGinty and Others v. The State of Western Australia* [1995] HCA 46, that cites *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158.

⁸² *Purvis v. New South Wales (Department of Education and Training)* [2003] HCA 62 (11 November 2003) che cita ampiamente l’opinione di Sopinka in *Eaton v. Brant County Board of Education*[1997] 1 SCR 241 at 272-273 [67].

⁸³ V. l’ampia citazione di *R. v. Oakes, cit.*, contenuta in *Mulholland v. Australian Electoral Commission* [2004] HCA 41 (8 September 2004); v. anche *Coleman v. Power* [2004] HCA 39 (1 September 2004), che cita *Figueroa v. Canada (Attorney-General)* 2003] 1 S.C.R. 912, aggiungendo curiosamente: “See also, for example, the Constitutional Court of the Czech Republic (Pl ÚS 4/94), cited and explained by Holländer, in Poibáð et al (eds), *Systems of Justice in Transition: Central European Experiences Since 1989*, (2003) 77 at 89-90”.

Meno significative sono le decisioni della Corte suprema irlandese che si riferiscono alla giurisprudenza canadese.

La giurisprudenza canadese, al pari di quella di altre Corti di *common law*, è frequentemente considerata, e spesso discussa in modo dettagliato, sia nelle memorie delle parti che nella decisione. Basti fare un solo esempio: in un caso nel quale veniva in rilievo la costituzionalità di “a strict liability statute” una sentenza canadese sul medesimo problema è esaminata così in dettaglio che, prima di adottare la soluzione in essa accolta, si ritiene necessario persino confutare gli argomenti avanzati nelle opinioni dissenzienti canadesi⁸⁴.

Il principale aspetto della giurisprudenza sulla Carta che viene richiamato adesivamente è il test di proporzionalità, come formulato nella decisione *R. v. Oakes*, che è recepito anche dalla Corte suprema irlandese, benché, anche qui, in assenza di una clausola costituzionale analoga all’art.1 della Carta canadese⁸⁵. La giurisprudenza canadese è “preferita”, nel complesso, a quella della CEDU, che non trova una buona accoglienza nella giurisprudenza irlandese⁸⁶.

In alcuni casi, invece, il diritto canadese è richiamato “a contrario”, attraverso la citazione di precedenti giurisprudenziali, seguita dal rilievo che la situazione canadese è diversa da quella irlandese e, pertanto, incomparabile. Ciò avviene, ad esempio, in materia di diritto di famiglia⁸⁷, nonché nella sentenza sugli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità della Corte suprema⁸⁸.

Diversa rispetto alla posizione delle corti fin qui esaminate è quella della Corte suprema indiana. Le citazioni della giurisprudenza canadese sulla Carta sono rarissime⁸⁹: inoltre, la maggior parte riguardano il federalismo e richiamano la giurisprudenza sul *British North America Act*. Inoltre, sembra trattarsi di riferimenti del tutto casuali: si va dalla citazione della celebre affermazione del Chief Justice Dickson

⁸⁴ *C.C.v Ireland & ors.*, [2006] IESC 33 che cita *Hess and Nguyen v. The Queen*, [1990] 2 S.C.R. 906.

⁸⁵ *Heaney v Ireland* [1994] 3 I.R.593; *Murphy v. the Independent Radio and Television Commission* ([1999] 1 I.R. 12 (si cita *Chaulk v. R.* [1990] 3 S.C.R. 1303).

⁸⁶ B. Carolan, *The Search for Coherence in the Use of Foreign Court Judgements by the Supreme Court of Ireland*, in *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, 2004, 12 ss.

⁸⁷ V. ad es. *Northwestern Health Board v. H.W. and C.W.* [2001] 3 IR 622.

⁸⁸ Nel discutere sulla “retrospective application generally of a declaration of unconstitutionality”, la Corte rileva che “The issue of the application of declarations of unconstitutionality has been the subject of sophisticated jurisprudence elsewhere. The law of Canada appears to be of particular interest. For example, in Charter cases the Supreme Court of Canada has developed the concept of suspending a declaration of invalidity so that Parliament may have time to address the issue”: *A. v. The Governor of Arbour Hill Prison* [2006] IESC 45.

⁸⁹ Nella ricerca per parola condotta sul database della Corte suprema indiana <http://www.judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp> risultano soltanto 4 sentenze che citano la *Charter* e la relativa giurisprudenza. Ne abbiamo trovate solo 22 dal 1985 ad oggi che citano la Corte suprema del Canada.

sulla peculiarità della interpretazione costituzionale⁹⁰, al riferimento puntuale e adesivo alle decisioni sulla libertà di espressione⁹¹, al semplice riferimento, in nota, alla giurisprudenza sui "principles of fundamental justice" (section 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*)⁹². Non pare che l'avvento della Carta abbia provocato un incremento delle citazioni canadesi in India, anzi, sembrerebbe riscontrabile la tendenza contraria. Pur con le necessarie cautele, si può supporre che la Corte suprema indiana, ormai dotata di un proprio patrimonio di precedenti costruiti attentamente interpretando una costituzione che era altamente innovativa nel momento della sua entrata in vigore, non senta, a quasi sessant'anni di distanza, il bisogno di ricorrere ai precedenti di una Corte "più giovane" che interpreta una Carta più recente.

2.4 La Corte europea dei diritti dell'uomo

Alcune interessanti citazioni di giurisprudenza canadese si rinvencono anche nelle sentenze della CEDU⁹³. Nella maggior parte si tratta di citazioni "indirette", presenti laddove la Corte riferisce gli argomenti delle parti⁹⁴ o quelli delle Corti nazionali⁹⁵: ciò spiega perché la quasi totalità delle citazioni si trovi in casi relativi al Regno Unito o all'Irlanda⁹⁶. Va inoltre ricordato che normalmente la Corte europea si limita a citare il diritto, anche giurisprudenziale, dei soli Stati membri⁹⁷.

La decisione più significativa è *Allan v. The United Kingdom* (2002), ove la giurisprudenza canadese viene assunta a fonte di ispirazione diretta: "Whether the right to silence is undermined to such an extent as to give rise to a violation of Article 6 of

⁹⁰ *Rameshwar Prasad and Ors. Vs. Union of India and Anr.*, [2006] INSC 35 (24 January 2006), ove si cita la frase di Dickson ("The task of expounding a constitution is crucially different from that of construing a statute") senza richiamare espressamente la decisione.

⁹¹ *Union of India v. Naveen Jindal & Anr.*, [2004] INSC 43 (23 January 2004);, ove si legge: "The Supreme Court of Canada has stated that a wide and inclusionary approach to the interpretation of the Charter's free expression guarantee is to be preferred (see *Ford v. Quebec* 1988 (2) SCR 90, and *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)* 1989 (1) SCR 927)".

⁹² *Bank of Patiala & Ors v. S.K.Sharma*, [1996] INSC 406 (15 March 1996).

⁹³ La nostra ricerca su database della CEDU <http://www.echr.coe.int/echr/> ci ha fatto rinvenire 9 sentenze.

⁹⁴ *Appleby and Others v. The United Kingdom* [GC], no. 44306/98 (24 September 2003), che cita *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Hirst v. The United Kingdom (No. 2)* [GC], no. 74025/01 (6 October 2005), che cita *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438

⁹⁵ E' questo ciò che accade nel celebre caso *Pretty v. The United Kingdom*, no. 2346/02 (29 April 2002).

⁹⁶ Tra cui il caso *Murphy v. Ireland*, no. 44179/98 (10 July 2003) già esaminato nel trattare la Corte suprema irlandese o, analogamente, *Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited v. Ireland*, no. 55120/00 (16 June 2005).

⁹⁷ P. G. Carrozza, *Uses and Misuse of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of European Court of Human Rights*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1997-1998, 1217 ss.

the Convention depends on all the circumstances of the individual case. In this regard, however, some guidance may be found in the decisions of the Supreme Court of Canada, [...]in which the right to silence, in circumstances which bore some similarity to those in the present case, was examined in the context of section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms”⁹⁸.

3. Alcune ragioni dell’attrattività della giurisprudenza canadese.

Occorre a questo punto interrogarsi sulle ragioni che possono spiegare la *vis atractiva* della giurisprudenza canadese. E’ possibile unicamente avanzare alcune ipotesi al riguardo.

A tal fine va premesso che le citazioni di giurisprudenza straniera non possono assumere, in alcun ordinamento, “binding authority”, ma, se mai, esercitano una “persuasive authority”⁹⁹. In altre parole, esse, nel contesto di pronunce che non possono che essere basate sulla costituzione nazionale, servono principalmente per convincere l’uditorio della bontà della soluzione adottata, al fine di accrescere la legittimazione della Corte citante; ciò quando non si limitino a rappresentare una fonte di informazione, guida, stimolo, chiarimento, o persino illuminazione, al fine, come è stato detto, di “keeping judicial mind open to new ideas”¹⁰⁰.

Una prima considerazione è che, sul piano dei diritti umani, il Canada è oggi un ordinamento particolarmente “persuasivo”. In altri termini, il successo di cui gode la Corte suprema è parte di un fenomeno più vasto, per cui, come è stato detto, “ideas and constitutionalists of Canada have been disproportionately influential”¹⁰¹. Ciò si collega a un insieme di fattori che attengono alla politica in materia di diritti umani condotta dal Canada, sia sul piano nazionale che nell’ambito delle organizzazioni internazionali di cui fa parte, nonché al fatto che si presenta come un ordinamento sprovvisto di qualsiasi volontà di “imperialismo giuridico”. Ciò è particolarmente importante per paesi che nel loro passato hanno subito esperienze coloniali, per i quali non avrebbe senso

⁹⁸ Si citano le sentenze *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, *R. v. Liew*, [1999] 3 S.C.R. 227.

⁹⁹ V. P. Glenn, *Persuasive Authority*, in *McGill L.J.*, 1987, 261ss.; M.C. Ponthoreau, *Le recours à l’argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théorique et techniques*, in F. Mélin-Soucramanien (cur.), *L’interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 168.

¹⁰⁰ L.H. Ackermann, *Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke*, in *Tulane Law Review*, 2005, 183.

¹⁰¹ F. Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, in J.S.Nye Jr., J.D. Donahue (cur.), *Governance in a Globalizing World*, Washington D.C., The Brookings Institution, 2000, 258; A.M.Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, 74.

abbandonare il vecchio “maestro” in favore di uno nuovo¹⁰². Da tale punto di vista l’attrattiva della giurisprudenza canadese rappresenta un aspetto, probabilmente non il più significativo, dell’attrattiva che esercita il diritto costituzionale canadese nell’era della Carta¹⁰³.

Una seconda considerazione, più specifica e più strettamente connessa al tema di questo articolo, è che non solo il Canada, come ordinamento, è “persuasivo”, ma, come abbiamo cercato di mostrare, la giurisprudenza della sua Corte suprema è “persuasiva”. Le ragioni dell’interesse suscitato, presso le corti di altri paesi, dalla giurisprudenza canadese, possono essere analizzate riprendendo puntualmente lo schema con il quale, in un celebre scritto di quasi dieci anni fa, l’allora giudice della Corte suprema del Canada, Claire L’Heureux-Dubé, aveva esaminato le cause del declino dell’influenza della giurisprudenza statunitense¹⁰⁴.

a. Structural similarities

Il punto di partenza è connesso alla considerazione generale avanzata sopra: l’esistenza di costituzioni e carte dei diritti che presentano una struttura e una formulazione simile a quelle canadesi. La *Canadian Charter* è la prima di una serie di *Bill of Rights* con caratteristiche comuni che, negli anni novanta, hanno visto la luce in paesi del *Commonwealth* britannico (Hong Kong, Nuova Zelanda, Regno Unito, Namibia, Sud Africa) e in Israele. L’importanza della comparabilità dei testi costituzionali è sottolineata da molte Corti prima di prendere in esame giurisprudenza straniera e non è un caso che gli ordinamenti che citano casi canadesi abbiano carte dei diritti con una struttura simile. Di particolare rilievo è la presenza, in queste carte, di una clausola di limitazione formulata in termini simili alla section 1 della Carta canadese: come abbiamo visto è proprio la giurisprudenza canadese su tale articolo, a partire da *R. v. Oakes*, a godere del maggiore successo.

b. Constitutional interpretation

¹⁰² Per riprendere le celebri parole del giudice La Forest in *Rahey v. The Queen* [1987] 1 S.C.R. 588: “While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances [...] Canadian legal thought has at many points in the past deferred to that of the British; the *Charter* will be no sign of our national maturity if it simply becomes an excuse for adopting another intellectual mentor. American jurisprudence, like the British, must be viewed as a tool, not as a master”(108).

¹⁰³ V. al riguardo l’analisi di A.M. Dodek, più volte citata all’inizio, sulla influenza del Canada sul piano del *constitution making*.

¹⁰⁴ C. L’Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa Law Journal*, 1998, 15 ss.

L'interpretazione costituzionale della Corte suprema del Canada è particolarmente favorevole alla « esportazione » (potremmo dire che è “user-friendly”), almeno per due motivi. Prima di tutto poiché si tratta di una interpretazione evolutiva, aperta, che guarda a molteplici fonti e materiali, che possono fornire utile ispirazione alla giurisprudenza straniera¹⁰⁵. Inoltre, poiché la Corte canadese ragiona per “general standards and balancing approaches”, piuttosto che seguire “a rigid rule-based approach”¹⁰⁶: ciò rende le sue decisioni facilmente generalizzabili e trasponibili in un contesto diverso da quello originario.

c. Significant cases

La Corte, inoltre, si è trovata ad affrontare, anche grazie all'ampia nozione di *standing* che ha accolto e alla limitazione della dottrina delle *political questions*, una serie di casi che toccano gli aspetti più controversi del diritto attuale, che non sempre vengono portati all'attenzione di Corti supreme o costituzionali di altri ordinamenti, oppure che queste si rifiutano di decidere: ciò fa sì che la giurisprudenza canadese costituisca spesso una risorsa per corti che, per la prima volta, si trovano ad affrontare questioni nuove o controverse.

d. Similar constitutional philosophies

Anche come conseguenza della formulazione della Carta canadese¹⁰⁷, la giurisprudenza della Corte suprema si incentra sul bilanciamento tra diritti individuali e l'interesse generale e sul riconoscimento dell'identità e dei valori dei gruppi¹⁰⁸. Più in generale, essa usa il linguaggio della promozione dei diritti umani, basti pensare alla interpretazione data del principio di uguaglianza¹⁰⁹: ciò rende le decisioni canadesi particolarmente attrattive per quegli ordinamenti che si sono dati nuove costituzioni alla

¹⁰⁵ P. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in J. D. Goldsworthy (cur.), *Interpreting Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 339.

¹⁰⁶ S.K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, in *Yale International Law Journal*, 2002, 427.

¹⁰⁷ Di questa influenza la Corte stessa si mostra consapevole: ad esempio, riguardo al multiculturalismo, essa afferma: “In a multiethnic and multicultural country such as ours, which accentuates and advertises its modern record of respecting cultural diversity and human rights and of promoting tolerance of religious and ethnic minorities, and is in many ways an example thereof for other societies...” (corsivo nostro): *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551.

¹⁰⁸ V. C. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, cit., 36: “[The Charter] concentrated on balancing the rights of individuals and those of society, and on recognizing the importance of group identity and group values. Rather than being documents whose primary purpose is to protect individuals from infringements of their freedom by the state, the goal of other human rights documents is to protect the dignity and equality of all people, and to ensure that the attributes of democratic societies are respected.”

¹⁰⁹ *Ibid.*, 37: “Canadian jurisprudence has emphasized that, for our Court, equality ‘entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component’.”

fine del XX secolo e che appartengono alla famiglia dello Stato costituzionale democratico-pluralista¹¹⁰.

e. Success in taking part in international dialogue

Infine, una ulteriore causa può essere individuata nella capacità della Corte suprema canadese di essere parte di un dialogo transnazionale, grazie all'apertura al diritto costituzionale straniero¹¹¹: tale apertura da un lato arricchisce le sue motivazioni, rendendole attrattive perché capaci di veicolare la giurisprudenza di altri ordinamenti; dall'altro mostra che non si tratta di un rapporto a senso unico, maestro-allievo, rendendo "politicamente corretta", sempre nell'ottica della "*persuasivness*", la citazione delle decisioni canadesi.

In conclusione, in un modello di circolazione planetaria delle giurisprudenze che, diversamente da quanto accadeva in passato, non è più fatto di "chi prende" e "chi riceve", ma nel quale domina l'idea del dialogo orizzontale, la Corte canadese ha le caratteristiche idonee per muoversi al meglio sulla scena globale¹¹². Tuttavia, niente dovrebbe essere dato per scontato nell'incessante processo di globalizzazione giuridica. Un interrogativo per il futuro è se la Corte suprema avrà la capacità di mantenere questa impostazione, oppure se cederà, come spesso accade alle corti che si trovano a disporre di un vasto patrimonio di precedenti propri, alle sirene dell'autosufficienza giurisprudenziale.

¹¹⁰ L. Weinrib, *Canada's Constitutional Revolution: From Legislative to Constitutional State*, in *Israel Law Review*, 1999, 17.

¹¹¹ C.P. Manfredi, *The Canadian Supreme Court and American Judicial Review: United States Constitutional Jurisprudence and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *American Journal of Comparative Law*, 1992, 213 ss.; P. McCormick, *The Supreme Court of Canada and American Citations 1945-1994: A Statistical Overview*, in *Supreme Court Law Review*, 1997, 527; C. L. Ostberg, *Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada*, in *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 2001, 377; B. Roy, *An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation*, in *University of Toronto Faculty of Law Review*, 2004, 99 ss.; N. Olivetti Rason, *La comparazione nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit.

¹¹² Qualcuno ha detto che ciò va messo in relazione con le capacità dialogiche che la Corte ha sviluppato nel contesto interno, soprattutto nel suo rapporto con il legislatore: S.K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, cit., 424.