

Corti di vertice dell’area geo-giuridica esaminata, ma si colloca in un processo di creazione (più precisamente, di dichiarazione) delle tradizioni costituzionali cui rinviano entrambe le leggi dello Stato, *il Roman-Dutch Law* e il *customary law*.

13. “Apertura” e “chiusura” delle Corti di vertice: considerazioni conclusive sull’uso selettivo del *judicial dialogue* nella creazione delle tradizioni costituzionali comparate

I risultati ai quali è pervenuta la proposta di ricerca consentono di formulare talune considerazioni conclusive sulle tecniche di *global judicial dialogue* mediante le quali le giurisdizioni “costituzionali” dell’Africa australe richiamano i precedenti giurisprudenziali e il formante dottrinale. In più luoghi si è fatto riferimento alla finalità di tali citazioni: esse appaiono funzionali a saldare i lasciti dell’eredità europea e il substrato del *customary law* per la formazione di tradizioni costituzionali comparate. È in tale processo di interazione tra sistemi non euro-atlantici e principi del costituzionalismo di derivazione liberale che le Corti dell’area geogiuridica di riferimento hanno saputo utilizzare in modo raffinato le tecniche di giudizio (in particolare, il *device* ironico del *common law*) per *dichiarare* i richiamati principi, darvi diffusione, recepirli in un’opera di ri-legittimazione della dimensione giuridica tradizionale.

In primo luogo, il *global judicial dialogue* e le citazioni hanno saputo costituire uno strumento tecnico capace di raggiungere un risultato sostanziale: la “rimozione” del pregiudizio – un vero

e proprio crittòtipo nella mentalità della comparatistica euro-atlantica – circa la *perifericità* delle Corti in oggetto. L’analisi ha così contribuito a rovesciare i paradigmi tradizionalmente praticati dalla scienza giuridica europea, che è solita classificare Corti e sistemi secondo fasce di gerarchia. Si acquisisce in tal modo un primo risultato: esso milita contro l’impostazione per la quale la «legge ... diventa classificabile, proprio nel senso delle classifiche di *ranking*, e quindi giustificabile sulla base dei soli parametri dell’efficienza del governo efficiente»¹⁷⁵.

In secondo luogo, si è evidenziata la rilevante presenza di decisioni e autorità dottrinali nel corpo delle pronunce. Si ricordi: le citazioni dottorali riguardano fonti sia giuridiche, sia non giuridiche – d’altra parte, la differenza tra le due ipotesi di *judicial borrowing* non osta a unificare il richiamo dell’uno e dell’altro formante nella figura dell’*argomento comparativo*¹⁷⁶.

In terzo luogo, le citazioni del formante giurisprudenziale e della letteratura giuridica hanno evidenziato quella che si è più sopra qualificata come l’“egemonia giuridica” sudafricana – l’ordinamento di riferimento dell’area geogiuridica¹⁷⁷. Volendo concentrarsi sulle sole citazioni, poi, si è nuovamente conseguito il rovesciamento del paradigma eurocentrico, si è guadagnata all’ipotesi di ricerca la demarcazione geo-giuridica dell’area esaminata, si è ulteriormente delimitata, entro i “confini” dell’Africa australe, l’area nella quale la *Cape colonial law* trova applicazione¹⁷⁸.

¹⁷⁵ P. G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 165.

¹⁷⁶ Cfr. *supra*, §§ 1 e 2.

¹⁷⁷ Cfr. *supra*, § 5.

¹⁷⁸ Cfr. *supra*, § 6.

Si è al cospetto di una non indifferente convergenza tra geografia e diritto, in grado di delineare, entro il sistema di dialogo tra le Corti di vertice australi, una "nuova" famiglia giuridica, compatta e omogenea, e autonoma rispetto alle altre famiglie giuridiche occidentali (*Civil Law* e *Common Law*, sistemi nordici, sistemi misti)¹⁷⁹. Ciò è di tutta evidenza in Namibia: l'elevata presenza di citazioni giurisprudenziali e dottorali nel corpo e nelle note delle decisioni, per un verso, accredita la *Supreme Court* e il relativo sistema giuridico-costituzionale come *attore e modello citazionale* nell'ambito del dialogo planetario. Non solo la Namibia ha così operato una compiuta transizione costituzionale dall'*apartheid* alla democrazia, ma si è pure dotata di un testo costituzionale "aperto", in grado di sollecitare il dialogo inter-formanti.

Ne consegue che, fra le Corti dell'area, quella della Namibia sembra la più attiva nel proseguire nell'edificazione della famiglia giuridica di *Cape colonial law*. Da un lato, vi ha concorso, appunto, la dominazione sudafricana, della quale la Namibia ha saputo raccogliere la predisposizione al dialogo "colto" fra formanti. Il Botswana, invece, è sempre rimasto un protettorato britannico: «Until its independence in 1966, British interest and effective presence in Botswana was fairly minimal»¹⁸⁰.

Non può dimenticarsi, infine, la clausola di apertura alla co-

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, § 4.

¹⁸⁰ CH. M. FOMBAD, *Botswana*, cit., p. 481: «The British formally declared a protectorate over Botswana, then known as Bechuanaland, in 1885, at the invitation of one of the prominent indigenous local chiefs. This was mainly to prevent the Boers from using this territory for the reinforcement of their troops in their war with the British as well as to prevent the Germans from having a "coast-to-coast" presence in the subregion».

munità internazionale contenuta all'art. 114 della Costituzione – per cui «the general rules of public international law and international agreements binding upon Namibia under this Constitution shall form part of the law of Namibia» –, che legittima ulteriormente i riferimenti al formante dottrinale di altre aree geogiuridiche mondiali. Il che trasforma i riferimenti in uno strumento particolarmente fecondo, capace di assicurare una costante *accommodation* tra un sistema giuridico che ancor oggi si alimenta di una delle più raffinate declinazioni dello *jus commune* e le esigenze determinate dalla globalizzazione in ambito giuridico.

Così, la decisione *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* sembra compendiare tale attitudine al dialogo globale della *Supreme Court*, funzionale alla rilettura di taluni istituti saldamente radicati nell'ordinamento tradizionale. Ad essere impugnata è la sez. 128 del *Labour Act 2007*, che configura come fattispecie criminosa l'interposizione di manodopera (*labour hire*), perché eccessivamente compromessa con il precedente regime dell'*apartheid*:

In Namibia, the expression "labour hire" is loaded with substantive and emotive content extending well beyond its ordinary meaning. Considered in its historical context, it evokes powerful and painful memories of the abusive "contract labour system" which was part of the obnoxious practices inspired by policies of racial discrimination. So regarded, it constitutes one of the deeply disturbing and shameful chapters in the book of injustices, indignities and inhumanities suffered by indigenous Namibians at the hands of successive colonial and foreign rulers for more than a century before Independence. The

manner of its implementation during that era mirrors and, in a sense, encapsulates a collection of some of the very worst elements the policy of apartheid brought to bear on them: Statutory *classification* of people on the basis of race; proclaimed *segregation* by reference to race and ethnic origins in locations and reserves – the latter at times more euphemistically labelled as “group areas”, “homelands” or “self-governing areas” in an attempt to smarten up the ugly face of apartheid; substantive *isolation* of indigenous groups in reserves and locations by enforced measures of “influx control,” passes, curfew (in urban areas) and the forced removal, repatriation and resettlement of some members of those groups resident in urban areas; relative *repression* of the personal, social, educational and economical development of those Namibians; *exploitation* of their disadvantaged position and of their personal and natural resources and, in general, the application of a system of institutionalised racial discrimination that permeated virtually every aspect of their existence as human beings¹⁸¹.

Senonché, la Corte rilegge la fattispecie criminosa alla luce del principio costituzionale per il quale «All persons shall have the right to practise any profession, or carry on any occupation, trade or business» [sez. 21(1)(j) Cost.]. Con ciò, peraltro, essa può spingersi fino a prospettare una interpretazione adeguatrice della normativa nazionale anti-*apartheid* poggiando sulle evoluzioni intervenute a livello globale nella disciplina giuridica del

¹⁸¹ *Africa Personnel Services*, cit., par. 1.

mercato del lavoro:

both the nature and structure of work are progressively changing, most significantly, towards employment in services. But even in the employment services industry, the term “labour hire” “elicits many connotations but few firm definitions.” Less typical “labour hire” arrangements appeared a few decades ago: (a) the traditional “agency employment industry” in which “temping agencies” assisted in providing workers to client enterprises experiencing temporary fluctuations in demand or the temporary absence of employees; (b) the “recruitment and placement industry”, typified by SWANLA-like agencies in Namibia prior to 1972 and the employment bureaux which replaced it. (c) In other countries, such as Australia, the dynamics of “the recruitment industry,” which evolved in the 1970s and the 1980s, are again somewhat different: As an alternative to permanent placements, recruitment agencies offered their clients short or long term placements to trial prospective employees as if on probation, allowing them to decide subsequently whether or not to engage the labour hire placements as direct employees. During temporary placement, the wages of the workers are paid by the recruitment company but, should a client enterprise decide to directly employ the worker as an employee, it is required to pay a once-off fee to the recruitment-labour hire enterprise. (d) In the 1990’s the “temporary employment services industry”, based on identical labour hire practices which evolved and rapidly expanded in many countries all over the world more than a decade earlier, was established in Namibia. This industry, succinctly described, “is a form of

indirect employment relationship in which the employer (the agency) supplies its employees to work at a workplace controlled by a third party (the client) in return for a fee from the client." It has, of course many more contractual components defining its peculiar nature as an atypical employment structure – some of which will be discussed hereunder – but, whatever may be said for or against it, the reality is that it has proliferated worldwide on both national and supranational levels in recent years and is redefining the frontiers of the global employment services industry¹⁸².

Il che, a livello citazionale, implica richiamare decisioni e formanti dottrinali degli Stati del *Commonwealth* – e financo dell'Unione europea¹⁸³. Ciò conferma l'inserimento della *Supre-*

¹⁸² *Africa Personnel Services*, cit., par. 10.

¹⁸³ Cfr. il report *Labour Hire in Namibia: Current Practices and Effects* (May 2006) del *Labour Resource and Research Institute* («labour hire in Namibia "forms part of a global trend towards more 'flexible' forms of employment ..." (p. 5) and ... it "can be observed in the emergence of new forms of employment ... and new employment relationships"»); THERON, *The Shift to Services and Triangular Employment: Implications for Labour Market Reform* (2008) 29 ILJ 1; O'NEILL, *Labour Hire: Issues and Responses*, Research Paper No. 9 2003-04, p.3, published by Information and Research Services, Parliamentary Library, Commonwealth of Australia; HALL, *Labour Hire in Australia: Motivation, Dynamics and Prospects*, p.3, Working Paper 76 dated April 2002, University of Sydney; THERON, *Intermediary or Employer? Labour Brokers and the Triangular Employment Relationship*, (2005) 26 ILJ 618C; POWER, *Labour Hire: The New Industrial Law Frontier*, (2002) 76 *Law Institute Journal*, p. 64 (Australia); CONTOURIS, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analysis in the European Context*, (2007) Ashgate Publishing Ltd.; C.f. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p 19; il report della European

me Court entro un intenso *judicial dialogue*; e implica la creazione di una tradizione costituzionale post-*apartheid* che – ironicamente – *dichiara* l'incostituzionalità della tradizione precedente, in un'opera non di revisionismo, bensì di ri-legittimazione della dimensione giuridica nazionale:

For these reasons, the prohibition of the economic activity defined by s. 128(1) in its current form is so substantially overbroad that it does not constitute a reasonable restriction on the exercise of the fundamental freedom to carry on any trade or business protected in Article 21(1) (j) of the Constitution and, on that basis alone, the section must be struck down as unconstitutional.¹⁸⁴

Richiami alla giurisprudenza e dottrina europea si rinvencono numerosi nella giurisprudenza dell'Africa australe. Ciò che più rileva è la continua citazione di sentenze rese nel sistema di protezione europeo dei diritti fondamentali che fa riferimento alla CEDU. Si tratta di un ricorso a materiali giurisprudenziali che trova giustificazione nel fenomeno della circolazione dei modelli giuridici. Non a caso il Regno Unito, in sede di concessione dell'indipendenza a colonie e protettorati dell'Africa australe, ha predisposto, nei testi costituzionali, un *bill of rights* modellato sulla CEDU medesima¹⁸⁵. D'altra parte, la *Constitutional Divi-*

Commission for Human Rights in *Handyside v United Kingdom*, (5393/72) Report: 30/9/1975.

¹⁸⁴ *Africa Personnel Services*, cit., par. 91.

¹⁸⁵ Il che spiega, ad esempio, la maggior enfasi posta sui *civil and political rights* rispetto ad altre tipologie di situazioni giuridiche soggettive. Per il

sion della *High Court* del Lesotho, nella sentenza *Metsing v Director General, Directorate of Corruption and Economic Offences and Others* (Constitutional Case No. 11 of 2014) [2015] LSHC 1, ricorda – richiamandone numerose decisioni – come i diritti processuali garantiti dalla sez. 12 Cost. siano «the same as Article 6 of the European Convention of Human Rights»¹⁸⁶.

Dimensione sovranazionale e problematiche relative alla tutela dei diritti si incrociano così nella giurisprudenza delle Corti dell'Africa australe; e acquisiscono rilievo particolare in relazione alla disciplina della pena di morte, sotto il profilo della compatibilità con i principi costituzionali e con le carte sovranazionali dei diritti.

Non s'intende qui ripetere quanto già evidenziato circa la circolazione della sentenza della Corte costituzionale del Sudafrica in *The State v Makwanyane* 1995, 3 SA 391 (CC), dove l'oggetto del sindacato di costituzionalità era sia la previsione della pena capitale come automatismo legislativo¹⁸⁷, sia l'assorbente questione dell'incostituzionalità della stessa pena capitale, perché lesiva dei principi costituzionali della dignità umana, del diritto alla

Botswana cfr. O. K. DINGAKE, *A Introduction*, cit., p. 35 ss., 44. Cfr. altresì R. J. V. COLE, *The Right to Legal Representation and Equality Before the Law in Criminal Proceedings in Botswana*, in *Stellenbosch Law Review*, 22, 2011, p. 94 ss., ove si pone in evidenza come la disciplina del *fair trial* e il sistema delle garanzie processuali contenute nella sez. 10 Cost. Botswana siano modellate sull'art. 6 della CEDU.

¹⁸⁶ In *John Murray v UK* [1996] ECHR 65, para 4; *Saunders v UK* [4] 1996 (1) BCLR 1 (CC).

¹⁸⁷ Cfr. E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, cit., p. 85 ss.

vita e del divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti.

Il fatto è che il richiamo della decisione è drasticamente eluso da parte delle Corti di vertice dell'area. Certo, ci si sarebbe potuti attendere il *borrowing* della *ratio decidendi* della Corte costituzionale sudafricana: sia per il prestigio della stessa come corte di riferimento per l'area; sia per la stringente argomentazione che ha esito nella dichiarazione di illegittimità della pena di morte; sia per gli autorevoli precedenti richiamati in *The State v Makwanyane*.

Sennonché, la stessa Corte costituzionale sudafricana evidenzia, seppur in forma ellittica, come alla "circolazione" della propria decisione non corrisponda in concreto alcuna applicazione. In *Minister of Home Affairs and Others v Tsebe and Others, Minister of Justice and Constitutional Development and Another v Tsebe and Others* (CCT 110/11, CCT 126/11) [2012] ZACC 16; 2012 (5) SA 467 (CC); 2012 (10) BCLR 1017 (CC) (27 July 2012), la Corte ha vietato l'estradizione di un cittadino del Botswana, ivi imputabile di omicidio ed entrato illegalmente in Sudafrica, in assenza della *requisite assurance* che la pena di morte non sarebbe stata irrogata in caso di condanna – e che, ove fosse stata comminata, non avrebbe ricevuto esecuzione.

We as a nation have chosen to walk the path of the advancement of human rights. By adopting the Constitution we committed ourselves not to do certain things. One of those things is that no matter who the person is and no matter what the crime is that he is alleged to have committed, we shall not in any way be party to his killing as a punishment and we will not hand such person over to another country where to do so will expose him

to the real risk of the imposition and execution of the death penalty upon him. This path that we, as a country, have chosen for ourselves is not an easy one. Some of the consequences that may result from our choice are part of the price that we must be prepared to pay as a nation for the advancement of human rights and the creation of the kind of society and world that we may ultimately achieve if we abide by the constitutional values that now underpin our new society since the end of apartheid¹⁸⁸.

La rilevanza della sentenza è tale perché, proprio in Botswana, essa non genera né dialogo, né *legal borrowing*, né *incorporation* della decisione¹⁸⁹.

Il fatto è che, se si eccettuano Namibia e Sudafrica, gli Stati dell'Africa Australe sono tutti *retentionists*; e le Corti hanno "aggirato" il problema dell'illegittimità costituzionale della pena di morte.

È questo uno degli snodi più delicati nel processo di *immissione* dei materiali (giurisprudenziali e dottrinali) per opera delle Corti. Delicato, certamente, perché il processo di immissione viene ad assumere carattere selettivo; ma non problematico, dal momento che la "chiusura" non è denotativa dell'interruzione del dialogo. Molto più semplicemente, essa corrisponde alla volontà di avviare un'autonoma "narrazione costituzionale" funzionale a stabilire momenti di continuità, rottura e innovazione

¹⁸⁸ *Minister of Home Affairs and Others v Tsebe*, cit., p. 67.

¹⁸⁹ Cfr. S. F. KREIMER, *Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1(3), 1999, p. 640 ss.

nell'evoluzione del sistema giuridico nazionale.

La problematica acquista rilievo in Malawi e Botswana.

Nella sentenza *Kafantayeni v. Attorney-General*¹⁹⁰, la giurisdizione costituzionale del Malawi, mediante un richiamo giurisprudenziale selettivo¹⁹¹, perviene a dichiarare una parziale "eccezione" del contenuto dei principi del costituzionalismo rispetto alla legge scritta – incostituzionale non è la pena di morte, ma l'automatismo legislativo nella sua applicazione perché lesivo del diritto alla vita (sez. 16 Cost.), del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti [sez. 19(3) Cost.], del *fair trial* [sez. 42(2)(f)], di un altro principio del costituzionalismo – l'automatismo nega infatti la *judicial discretion* in sede di applicazione della pena capitale, con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri.

In Botswana, invece, non vi è il superamento dell'automa-

¹⁹⁰ Constitutional Case No. 12 of 2005 [2007] MWHC 1.

¹⁹¹ La *question of constitutionality* è infatti decisa richiamando pronunce rese da un limitato numero di *comparable jurisdictions*, adesive rispetto alla decisione poi adottata. La *ratio decidendi* poggia interamente su *Reyes v The Queen* [2002] 2 AC, 235, pronunciata dal *Privy Council* su appello dalla Corte di vertice del Belize su caso analogo di *mandatory death penalty*. Si ritrovano, in materia di *mandatory death penalty*, precedenti di altre Corti sovranazionali; fra tutte, *Edwards v The Bahamas* (Report No. 48/01, 4th April 2001) della Commissione Interamericana dei Diritti dell'Uomo; le *opinions* di Byron CJ nelle decisioni d'appello *Spence v The Queen* e *Hughes v The Queen* (unreported) 2 April 2001 (Criminal Appeals Nos. 20 of 1998 and 14 of 1997) rese dalla *Eastern Caribbean Court of Appeal*. Cfr. B. D. TITTEMORE, *The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: An Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 13(2), 2004, p. 445 ss.

tismo nell'applicazione della pena di morte – ancora costituzionalmente compatibile, come stabilisce la *Court of Appeal* in *Molale v The State* 1995 BLR 146 (CA) e in *Ntesang v. The State* 1995 BLR 151 (CA). La ragione è strettamente connessa alla forma selettiva con cui è possibile partecipare al *judicial dialogue* e incidere sulle tradizioni giuridiche nazionali (l'eredità europea romano-olandese e africana). A tale riguardo, l'ordinamento costituzionale è ormai del tutto “stabilizzato” – si ricordi che esso è l'unico Stato africano a non aver conosciuto regimi autoritari –, cosa che contribuisce a dar conto del (sempre più) limitato richiamo alla giurisprudenza e alla dottrina straniera da parte della *Court of Appeal*.

E ciò, non perché non ve ne sia necessità o perché la citazione non rivesta utilità alcuna. La ragione è sostanziale: la *Court of Appeal* può ormai fare affidamento su di un cospicuo “deposito” di soluzioni attingibili dai propri precedenti, i quali sono stati a loro volta costruiti attingendo al formante dottrinale. Non è un caso che la stessa *judicial review of legislation* sia stata *meramente dichiarata* dalla Corte, in assenza di una *supremacy clause*, in *Petrus & Another v The State*¹⁹², anche facendo riferimento alla letteratura straniera. E così, questioni di legittimità costituzionale su argomenti delicati e riguardanti disposizioni contrastanti con l'art. 3 (*fundamental rights and freedoms of the individual*), 10 (*provisions to secure protection of law e fair hearing*), 18 (*original jurisdiction della High Court* in materia di *constitutional issues* in

¹⁹² [1984] 1 BLR 14. Si tratta, in effetti, del *leading case* in materia: cfr O.K. DINGAKE, *An Introduction*, cit., p. 143. Cfr. altresì *Attorney-General of Botswana v Unity Dow* [1992] BLR 119.

materia di diritti fondamentali) e 51A della Costituzione (istituzione del *Director of Public Prosecutions*) sono state decise in base ai precedenti resi *in point* – dunque, facendo indirettamente rinvio ai formanti dottrinali utilizzati per la loro costruzione¹⁹³.

E, forse, su temi così delicati appare più opportuno, per le Corti di vertice, non solo procedere selettivamente al dialogo, ma instaurarne uno tutto “nuovo”, interno allo stesso ordinamento di appartenenza. È il dialogo con il legislatore “non scritto” del diritto africano tradizionale – più correttamente, con la società africana e con la mentalità giuridica non verbalizzata che la caratterizza. Qui, per così dire, il meccanismo ironico *dichiara* una ulteriore “eccedenza” della legge (tradizionale) rispetto a quella scritta. L'eccedenza è la dimensione comunitaria del *customary law* – crittòtipi derivanti dal diritto tradizionale¹⁹⁴.

Se ne ha conferma in *Kanane v The State*, ove detto crittòtipo riemerge al fine di dichiarare compatibile con la “tradizione costituzionale” del Botswana il reato di sodomia¹⁹⁵. Certo, l'inclusione alla sez. 15 Cost. della *discrimination on the basis of sexual orientation* è patrimonio comune alle democrazie liberali – cui il Botswana fa mostra di aderire citando la relativa giurisprudenza¹⁹⁶ –; ma il dialogo assume carattere selettivo con prevalenza

¹⁹³ V. ad esempio *Nchindo and Others v Attorney-General of Botswana and Another* (CACLB-056-09) [2010] BWCA 49 (29 January 2010) e *Nchindo and Others v Director of Public Prosecutions and Others Auto World (Pty) Limited Trading as Auto World* (CACLB-051-09) [2010] BWCA 52 (29 January 2010).

¹⁹⁴ Cfr. R. SACCO, *Il diritto africano*, cit., p. 80 ss.

¹⁹⁵ Cfr. *supra*, § 10.

¹⁹⁶ *Attorney-General v. Dow* [1992] B.L.R. 119, CA (Full Bench); *Banana v. State* [2000] 4 LRC 621; [2000] (8) BHRC 345; 3 [2001] CHRDL; *Bowers*

del diritto tradizionale e della dimensione collettiva:

The question, however, remains whether the time has arrived when society in Botswana requires that Botswana should follow those other countries where decriminalisation of homosexual practices has occurred. ... It is not necessary for this court to express any opinion as to whether the social norms and values of the people of Botswana as to the question of homosexuality are conservative or liberal. The court has no evidence of either. It, however, does have indications before it that the time has not yet arrived to decriminalise homosexual practices even between consenting adult males in private. Gay men and women do not represent a group or class which at this stage has been shown to require protection under the Constitution.

Qui l'"eccedenza" della legge orale è quella tradizionale – e la Corte si limita a *dichiararla*, rinviando al contenuto normativo comunitariamente stabilito dalla *society of Botswana*. Volendo "recuperare" il paradigma etnocentrico, potrebbe concludersi che l'eredità europea sia stata sospinta ai margini della tradizione costi-

v. Hardwick 478 US 186 (1986), *Gaolet v. The State* [1991] B.L.R. 325; *Lawrence et al v. Texas* 539 US 6 (2003); *Moatshe v. The State* (Crim App 26/01), CA (Full Bench), unreported; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others* 1999 (1) S.A. 6 (CC); *Patrick Reyes v. The Queen* [2002] 2 W.L.R. 1034 (PC); *Petrus and Another v. The State* [1984] B.L.R. 14, CA (Full Bench); *R v. Gough and Narroway* 1926 CPD 159; *R v. H* 1962 (1) S.A. 278 (SR); *S v. H* 1995 (1) S.A. 120 (C); 1993 (2) SACR 545; *S v. Kampher* 1997 (4) S.A. 460 (C); 1997 (2) SACR 418; 1997 (9) BCLR 1283; *S v. M* 1990 (2) SACR 509 (E).

tuzionale nazionale che si è creata – e fa pienamente aderire diritto e società.

In realtà, non solo il sovvertimento del paradigma eurocentrico può dirsi pienamente realizzato, ma l'eredità europea gioca un ruolo centrale in detto sovvertimento. Le Corti di vertice dell'Africa australe partecipano al *global judicial dialogue*, selezionano i materiali normativi da immettere nel sistema giuridico, ne "piegano" i contenuti a fini di auto-conservazione del sistema costituzionale. Infine, utilizzano in modo elegante e raffinato le tecniche di giudizio ereditate dal *common law*, come s'è visto per l'utilizzo del *device ironico*.

Nella "parabola" percorsa dalla giustizia costituzionale nell'area geo-giuridica dell'Africa australe, il *reasoning* occidentale non è minimamente scalzato dal diritto tradizionale; al contrario, essa vertebra interamente di sé i sistemi costituzionali. Si tratta di un ultimo – ma decisivo – argomento in favore dell'equilibrio tra eredità europea, diritto tradizionale e *global judicial dialogue* e a sostegno dell'attitudine delle Corti di vertice esaminate a costruire autonome "narrative (e tradizioni) costituzionali".