



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXI

COORDINATORE
Prof. Alessandro Simoni

I diritti fondamentali nel rapporto tra giudice e legislatore nei paesi del
Commonwealth

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

Dottoranda

Dott. Maria Sole De Cristofaro

Tutor

Prof. Alessandra de Luca

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni

Anni 2015/2018

I DIRITTI FONDAMENTALI NEL RAPPORTO TRA GIUDICE E LEGISLATORE NEI PAESI DEL COMMONWEALTH

INTRODUZIONE	1
I. LE RADICI DELL'IMPERO.....	9
<i>I.1. PREMESSA.....</i>	9
<i>I.2. 1166-1689: CINQUE SECOLI DI TUTELA DEI DIRITTI NEL REGNO UNITO... 13</i>	
<i>I.3. L'IMPATTO DEL BILL OF RIGHTS 1689: LA GARANZIA DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI TRA RULE OF LAW E SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT.....</i>	18
3.1) Il primo pilastro: la rule of law	19
3.2) Il secondo pilastro: la sovereignty of Parliament	28
<i>I.4. IL RUOLO DEL GIUDIZIARIO NEL REGNO UNITO: TRA SEPARAZIONE DEI POTERI E PECULIARE RAPPORTO TRA GIUDICE E LEGISLATORE</i>	39
4.1) Il principio di separazione dei poteri nel Regno Unito.....	40
4.2) Un Parlamento come Corte ma non un Giudice come Legislatore: il peculiare ruolo del Giudiziario britannico.....	49
II. I MODELLI DI TUTELA DEI DIRITTI NEI PAESI DI COMMON LAW..	59
<i>II.1. IL MODELLO WESTMINSTER: IL COSTITUZIONALISMO POLITICO E LA TUTELA LEGISLATIVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....</i>	59
<i>II.2. IL MODELLO AMERICANO: IL COSTITUZIONALISMO GIURIDICO E LA TUTELA GIUDIZIALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.....</i>	64
<i>II.3. UN TERZO MODELLO DI TUTELA DEI DIRITTI: IL C.D. "COMMONWEALTH MODEL"</i>	72
<i>II.3.1. IL CANADA E LE "NUOVE IDEE COSTITUZIONALI"</i>	72
3.1.1) L'esperienza canadese dalla tradizione di common law al Bill of Rights del 1960.....	73
3.1.2) La Patriation: il Constitution Act 1982 e la Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms	80
3.1.3) Il "dialogic judicial review": la via canadese alla giustizia costituzionale..	86
III. LA NUOVA ZELANDA.....	97
<i>III.1. PREMESSA.....</i>	97
<i>III.2. UN PROFILO STORICO: DA COLONIA A STATO AUTONOMO.....</i>	99
<i>III.3. IL NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990.....</i>	107
<i>III.4. GLI INTERVENTI LEGISLATIVI DEL 1993 E DEL 2001.....</i>	119
<i>III.5. L'IMPATTO DEL NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990 SULL'ORDINAMENTO NEOZELANDESE: TRE PROFILI DI RIASSETTO DEL RAPPORTO TRA GIUDICI E LEGISLATORE.....</i>	124
5.1) L'impatto dei "nuovi" diritti fondamentali sulle garanzie del processo penale di common law	126
5.2) Una nuova voce di danno a seguito della violazione dei diritti fondamentali	130
5.3) Il dovere di interpretazione conforme ai sensi della s 6 del New Zealand Bill of Rights Act 1990 e il principle of legality nell'interpretazione dei diritti fondamentali	133
<i>III.6. IL FUTURO DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN NUOVA ZELANDA</i>	163
IV. IL REGNO UNITO	167
<i>IV.1. PREMESSA.....</i>	167

<i>IV.2. LA RETICENZA INGLESE NEI CONFRONTI DELLA CEDU: LO HUMAN RIGHTS ACT DEL 1998 DOPO CINQUANT'ANNI DI "NON INCORPORAZIONE" ..</i>	167
<i>IV.3. L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE NEL REGNO UNITO</i>	181
<i>IV.4. LA S 3 E LA S 4 DELLO HUMAN RIGHTS ACT 1998: I DUE PILASTRI DEL "DIALOGO ALL'INGLESE"</i>	186
4.1) La s 3 (1) HRA e il dovere di interpretazione conforme nell'ordinamento britannico: tra entusiasmo e critiche	192
4.2) La s 4 da "ultima risorsa" a rimedio preferito dai giudici inglesi	207
<i>IV.5. A VENT'ANNI DALLA HUMAN RIGHTS ACT: COM'È CAMBIATO IL RAPPORTO TRA GIUDICI E LEGISLATORI</i>	220
V. IL COMMONWEALTH OF AUSTRALIA	233
<i>V.1. PREMessa: AUSTRALIA, L'ODD MAN DEL COMMONWEALTH BRITANNICO</i>	233
<i>V.2. LE RADICI STORICHE DEL SISTEMA DI TUTELA DEI DIRITTI IN AUSTRALIA</i>	235
2.1) La storia dimenticata del periodo pre-coloniale: le principali tappe della "questione aborigena"	235
2.2) Il periodo coloniale: da colonia penale a Commonwealth federale	240
2.3) Dallo Statute of Westminster 1931 agli Australia Acts 1986: il lungo cammino verso la piena indipendenza.....	251
<i>V.3. IL COMMONWEALTH OF AUSTRALIA CONSTITUTION ACT 1900 (IMP): I PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO COSTITUZIONALE AUSTRALIANO</i>	257
3.1) Il potere giudiziario federale e la "separation of federal judicial power"	262
3.2) Il principio della separazione dei poteri e il potere giudiziario statale	269
<i>V.4. LA TUTELA DEI DIRITTI IN AUSTRALIA TRA LIVELLO STATALE E FEDERALE: IL MODELLO "PLATYPUS"</i>	276
4.1) La tutela in via ermeneutica tra principle of legality e dovere di interpretazione conforme ex s 32 della Victorian Charter 2006	278
4.2) Lo Human Rights Act (ACT) 2004 e Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006: caratteristiche e struttura	291
4.3) Lo Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth): il nuovo modello politico di tutela dei diritti a livello federale.....	297
<i>V.5. UN CASO ESEMPLARE: MOMČILOVIC V THE QUEEN.....</i>	304
<i>V.6. RILIEVI CONCLUSIVI: UN MODELLO IBRIDO IN CUI FEDERALISMO DI STAMPO AMERICANO E FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE "ORGOGLIOSAMENTE" BRITANNICA.....</i>	321
RILIEVI CONCLUSIVI. IL MODELLO COMMONWEALTH: UN DIALOGO AD INTENSITÀ VARIABILE	327
INDICE DEGLI AUTORI.....	335
INDICE DEI CASI.....	361
<i>CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO</i>	361
<i>CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA</i>	361
<i>CANADA.....</i>	362
Supreme Court of Canada	362
Case Law – Province.....	362
<i>STATI UNITI D'AMERICA.....</i>	362
U.S. Supreme Court	362
Legislazione.....	362
<i>NUOVA ZELANDA.....</i>	362

New Zealand Court of Appeal / New Zealand Supreme Court	362
High Court of New Zealand	364
Corti Speciali - Human Rights Tribunal.....	364
REGNO UNITO.....	364
Supreme Court of the United Kingdom	364
Court of Appeal	366
High Court.....	366
AUSTRALIA.....	366
High Court of Australia.....	366
Corti federali inferiori – Family Court.....	368
Corti Statali.....	368
Judicial Committee of the Privy Council (Casi Australiani)	368
INDICE DEGLI ATTI NORMATIVI	368
REGNO UNITO.....	368
White Paper, Report, Consultation Papers	369
CANADA	370
STATI UNITI D'AMERICA	370
NUOVA ZELANDA.....	370
White Papers, Reports, Consultation Papers	371
AUSTRALIA.....	371
Commonwealth.....	371
Stati	372
Hansard parlamentari – Statali e Federali.....	372
White Papers, Reports, Consultation Papers	373
TRATTATI INTERNAZIONALI	373
ABBREVIAZIONI.....	373

INTRODUZIONE

Il tema del rapporto tra giudici e legislatore è di grande attualità, in quanto, notano alcuni, racchiude in sé “gli aspetti di fondo che caratterizzano l’evoluzione delle democrazie contemporanee: dall’equilibrio tra i poteri dello Stato, al rapporto tra legittimazione democratica e altri nuovi tipi di legittimazione, all’evoluzione del sistema delle fonti normative, agli stessi criteri identificativi di ciò che è diritto e ciò che non lo è.”¹

Queste tensioni sono particolarmente avvertite anche nei paesi di matrice anglosassone – specialmente quando si tratta di diritti fondamentali. In particolare, il problema si pone in termini di legittimazione dei giudici a decidere della validità o meno di una legge adottata dai rappresentanti del corpo elettorale perché contrastante con uno o più diritti fondamentali. Tale critica è stata sollevata per la prima volta negli Stati Uniti d’America, patria del sindacato giurisdizionale di costituzionalità delle leggi,² e si è tradotta in una corrente dottrinale nota come “counter-majoritarian difficulty” (o anche “counter-majoritarian dilemma”).³ Questa parte della dottrina americana ha mosso aspre critiche al potere giudiziale di controllo della costituzionalità delle leggi – e, più precisamente, alla possibilità di disapplicarle ove non passino il vaglio giudiziale - perché operato da soggetti (i giudici) sprovvisti di legittimazione democratica e quindi non rappresentativi della maggioranza del corpo elettorale (da qui il nome, “counter-majoritarian”). Tale

¹ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (A CURA DI), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, pp. 9-42; pp. 9-10.

² M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, (1970) 58 *California Law Review* pp. 1017-53.

³ Il primo teorico della c.d. corrente “counter-majoritarian” è stato Alexander Bickel, che ne ha delineato i caratteri principali nel suo famoso saggio *The Least Dangerous Branch*, (I ed.), Indianapolis-New York City, The Bobbs-Merrill Company, 1962. Tra gli attuali esponenti del “counter-majoritarianism” spiccano Bruce Ackerman e Mark Tushnet. Il primo, in particolare, ha magistralmente esposto il cuore di questa dottrina in un celebre passaggio di un suo libro: “what gives Nine Old Lawyers the democratic authority to veto the statutory conclusions of Our Elected Representatives?”, cfr. B. ACKERMAN, *We The People: Foundations*, Cambridge (Mass)-Londra, Harvard University Press, 1993; p. 261. Nella contrapposizione di Ackerman tra “Our Elected Representatives” e “Nine Old Lawyers” riposa l’essenza della perdurante tensione tra legislatori e giudici: ovvero tra soggetti che hanno la legittimazione del corpo elettorale e soggetti che, in quanto nominati dagli organi politici, ne sono sprovvisti.

concezione ha valicato i confini statunitensi e ha acquistato un certo consenso in tutto il mondo anglo-sassone, ove il singolare ruolo del giudice e il suo rapporto con il legislatore si riverberano inevitabilmente sulla tutela effettiva dei diritti.

Ora, sotto quest'ultimo profilo, negli ordinamenti di matrice anglosassone si conoscono due principali modelli di tutela: quello parlamentare (“parliamentary rights protection”), che si riconduce alla più ampia corrente del costituzionalismo politico, e quello giurisdizionale (“court-based rights protection”), che invece afferisce al costituzionalismo giuridico.

Il primo modello è anche noto come “Westminster model” in omaggio alla sede del Parlamento del Regno Unito che, dal 1689, è il principale garante dei diritti fondamentali dei cittadini inglesi. Infatti, nei sistemi “parliamentary based” la tutela dei diritti è affidata agli organi legislativi poiché ritenuti, in virtù della loro legittimazione democratica, i più idonei ad individuare la migliore forma di tutela per i diritti fondamentali in quanto diretti portavoce delle istanze dei cittadini.⁴

Al contrario, nel modello giurisdizionale di tutela l'individuazione del contenuto e della tutela dei diritti fondamentali è rimesso alle corti e ai giudici che, in quanto arbitri terzi e neutrali, estranei alle trame politiche, possono offrire la migliore garanzia delle libertà dei cittadini. Questo secondo modello trova il suo prototipo nel sistema americano, che, grazie alla precoce affermazione del controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, ha affidato ai giudici l'importante ruolo di salvaguardia dei diritti fondamentali.⁵

A questi due modelli classici, secondo il professor Stephen Gardbaum, se ne è affiancato uno nuovo, denominato “Commonwealth model”.⁶

Gardbaum ipotizza una via alternativa ai due modelli sopracitati, capace di garantire i benefici dell'uno e dell'altro senza ereditarne i difetti. Questo “Commonwealth model” ha preso il nome dal “Commonwealth of Nations”, organizzazione volontaria costituita tra le nazioni che facevano parte dell'Impero coloniale britannico allo scopo di mantenere un canale privilegiato di comunicazione in ragione dell'eredità condivisa. Le caratteristiche principali di

⁴ Si veda *infra* Cap. II, § II.1.

⁵ Si veda *infra* Cap. II, § II.2.

⁶ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Il Prof. Gardbaum ha coniato il termine nel 2001 nell'articolo “*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*” (2001) 49 *American Journal of Comparative Law* pp. 707-60.

tale modello sono quattro: l'adozione di una carta dei diritti fondamentali (che può essere, a seconda del paese, "entrenched" o "statutory" – ovvero "costituzionalizzata" o adottata con legge ordinaria); la previsione di un controllo politico ex ante sulla compatibilità dei disegni di legge ai diritti fondamentali; l'introduzione del dovere di interpretazione conforme, che consenta una qualche forma di controllo giurisdizionale sui diritti e il riconoscimento, sebbene solo "formale", del potere di avere "l'ultima parola" sulla disciplina dei diritti fondamentali al Parlamento.⁷

A questo modello Gardbaum ascrive quattro paesi: il Canada, la Nuova Zelanda, Il Regno Unito e l'Australia. Vista l'eterogeneità dei paesi considerati da Gardbaum, si è scelto sottoporre a valutazione critica l'unicità di tale modello,⁸ partendo proprio dall'analisi del suo archetipo: il Canada.⁹

Infatti, il Canada è stato il primo paese a manifestare la necessità, sull'onda della maggiore sensibilità ai diritti fondamentali seguita alle due guerre mondiali, di aumentare il quantum di tutela a tali diritti. L'esempio più vicino era quello degli Stati Uniti d'America, che, in aperta rottura con la tradizione "non scritta" britannica, avevano scelto di adottare una costituzione scritta e rigida con allegato un "bill of rights" teso a rimarcare il particolare status di tali diritti.

Nonostante l'influenza del modello americano fosse molto forte, altrettanto forte era la tradizione parlamentare britannica alla base dello stato canadese. Così, in un primo tentativo di conciliare il forte parlamentarismo con l'esigenza di una maggiore tutela dei diritti fondamentali, nel 1968 il governo canadese ha adottato il Canadian Bill of Rights ("CBOR"), un catalogo scritto di diritti che aveva rango di legislazione primaria e non costituzionale (c.d. "statutory bill of rights").¹⁰ Tuttavia, tale documento ha avuto vita breve. Infatti, appena vent'anni dopo, durante il processo di "rimpatrio" della costituzione canadese ("patriation"), verrà sostituito con una carta dei diritti c.d. "entrenched", parte integrante del più ampio Constitution Act del 1982: la Canadian Charter of Human Rights and Freedoms ("CCHRF").

⁷ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, cit., pp. 30-1.

⁸ S. CHOUDHRY, *The Commonwealth Constitutional Model or Models?* (2013) 11 (4) *International Journal of Constitutional Law* pp. 1094-99.

⁹ Si veda *infra* Cap. II, § II.3.

¹⁰ Questa è una delle articolazioni diceane della tradizionale "sovereignty of Parliament" di cui ci si occuperà nel dettaglio nel Cap. I, § I.3, 3.2).

Sebbene la Charter avesse rango superiore rispetto alla legge ordinaria – e quindi fosse stata disattesa la tradizione costituzionale britannica che rifiutava l’idea di una legge superiore alle altre –, nel testo dell’atto sono state inserite alcune disposizioni a salvaguardia del principio di supremazia del Parlamento. Sotto questo profilo, si è parlato di una “rigidità ad intensità variabile”¹¹ della costituzione canadese (e della Charter) data la presenza della nota section 33, la c.d. “notwithstanding clause”. Tale disposizione prevede che il Parlamento (sia federale che provinciale) possa derogare alle “fundamental freedoms” della Charter per un periodo massimo di cinque anni, con possibilità di rinnovo, riconoscendo così ai legislatori federali e provinciali il c.d. “override power”, il potere, cioè, “di adottare norme che pongano in non cale le sopra indicate parti del testo costituzionale.”¹² La s 33 riconosce quel “legislative override” che garantisce il potere di avere l’ultima parola al Parlamento. Di conseguenza, a seguito dell’adozione della Canadian Charter si è potuta osservare la nascita di un nuovo modello di tutela dei diritti fondato sul “dialogo” costruttivo tra poteri (Legislativo e Giudiziario), teso ad assicurare una maggiore tutela ai diritti e alle libertà fondamentali, pur mantenendo inalterato il principio di supremazia del Parlamento (“dialogic model of rights protection”).¹³

Dunque, ecco la “quadratura del cerchio”: una carta dei diritti di rango costituzionale con, al suo interno, una disposizione di “salvaguardia” del principio di supremazia parlamentare. Ciò è dovuto al fatto che nel modello parlamentare la tensione giace nell’attribuire al giudice il potere di disapplicare una legge del Parlamento in forza di una legge gerarchicamente sovraordinata.

In Canada questo dissidio è stato risolto con il modello dialogico, anche se v’è chi ritiene che, nel tentativo di conciliare modello parlamentare e giurisdizionale, il modello canadese non sia altro che una variante del modello giurisdizionale di stampo americano.¹⁴

¹¹ P. PASSAGLIA, *Modello inglese vs Modello statunitense nell’edificazione del Sistema canadese di giustizia costituzionale*, in E. CECCHERINI (A CURA DI), *A trent’anni dalla patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press – GUP, 2013; pp. 48-64; pp. 53-4.

¹² P. PASSAGLIA, *Modello inglese vs Modello statunitense nell’edificazione del Sistema canadese di giustizia costituzionale*, cit, p. 54.

¹³ Al “dialogic model” è dedicato l’ultimo paragrafo del Cap. II, § II.3, 3.1.3).

¹⁴ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2008; Cap. 3, pp. 43-78; in particolare, pp. 52-65.

Il lavoro procederà quindi a verificare quale sia e in che modo si articoli la tutela effettiva dei diritti, concentrando l'attenzione sul dovere di interpretazione conforme e sull'approccio giudiziale a tale nuovo obbligo. Tramite l'esame della giurisprudenza della Nuova Zelanda, del Regno Unito e dell'Australia tenteremo di verificare lo stato della tutela dei diritti fondamentali nei tre paesi e chi, tra giudici e legislatore, ha davvero l'ultima parola in materia.

Inoltre, l'approccio che ciascuno dei paesi considerati ha avuto verso tale nuovo strumento ermeneutico ci consentirà di verificare se il nuovo modello è davvero unico oppure se, come già suggerito da alcuni, i nuovi "statutory bill of rights" tenderanno necessariamente verso il polo modello parlamentare o quello del modello giurisdizionale.¹⁵ Così, seguendo il criterio cronologico, esamineremo l'esperienza neozelandese,¹⁶ quella inglese¹⁷ e, infine, quella australiana.¹⁸

Dal punto di vista strutturale, il lavoro si articola in cinque capitoli, i primi due a carattere generale e gli ultimi tre più specifici, poiché dedicati ciascuno ad uno dei tre paesi oggetto di studio.

Il primo capitolo sarà rivolto all'analisi delle radici comuni ai tre sistemi, con particolare attenzione ai tratti caratteristici della tradizionale costituzionale britannica; mentre oggetto del secondo sarà la descrizione dei principali modelli di tutela dei diritti nel Commonwealth (parlamentare, giurisdizionale e modello dialogico).

Il terzo capitolo sarà dedicato alla Nuova Zelanda e al modello di tutela che si è venuto a instaurare a seguito dell'adozione del New Zealand Bill of Rights Act (NZBORA) nel 1990. La Nuova Zelanda segue l'esempio canadese scegliendo però di non costituzionalizzare la carta dei diritti né di prevedere un potere giurisdizionale di disapplicazione della legge. Infatti, il particolare tipo di statutory bill of rights neozelandese è anche noto come "interpretative bill of rights"¹⁹ poiché prende in prestito dal modello giurisdizionale la mera introduzione dello strumento ermeneutico dell'interpretazione conforme (s 6, NZBORA 1990).²⁰ Da qui nasce il problema dell'uso concreto di tale strumento, del rischio di illegittimo

¹⁵ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 23-4.

¹⁶ Di cui ci occuperemo nel Capitolo III.

¹⁷ Che sarà oggetto del Capitolo IV.

¹⁸ Cui è dedicato il Capitolo V.

¹⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 132.

²⁰ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 44-6.

attivismo giudiziario e di prevaricazione del giudice nei confronti del legislatore, con il primo che pretende di sostituirsi al secondo nella definizione del contenuto dei diritti fondamentali. Si pone anche un problema strutturale: il dovere di interpretazione conforme presuppone ontologicamente l'esistenza di una legge superiore a cui "interpretare conformemente" una legge inferiore. Solitamente tale legge ha la forma di una costituzione rigida. La Nuova Zelanda, in ossequio alla tradizione costituzionale britannica, manca di un atto unico che si identifichi come legge fondamentale dello Stato, riconoscendo piuttosto molteplici documenti di rango costituzionale. Pertanto, i giudici si trovano ad utilizzare uno strumento concepito per un sistema di fonti gerarchicamente organizzato in un ordinamento che paradossalmente nega proprio tale ipotesi e riconosce la legge ordinaria quale unica fonte di diritto. Di conseguenza, si rende necessario chiarire i rapporti tra il nuovo dovere di interpretazione conforme e le regole già esistenti in materia di interpretazione della legge (la c.d. "statutory interpretation"), verificando l'uso che i giudici ne hanno fatto nel corso del tempo.

Il quarto capitolo prenderà in esame il Regno Unito, offrendo una breve ricognizione delle principali tappe che hanno portato all'adozione dello Human Rights Act (HRA) 1998. Tale atto ha creato, come in Nuova Zelanda, un nuovo sistema di tutela dei diritti fondamentali che prevede un "dialogo" tra giudici e legislatore nelle forme previste dalle ss 3 e 4 dello HRA 1998.²¹ Il Regno Unito ha espressamente previsto sia il dovere di interpretazione conforme (s 3) che il potere di dichiarare l'incompatibilità della legge ordinaria ove la ricerca ermeneutica fosse infruttuosa (s 4). Pur non inficiando la validità della legge dichiarata incompatibile, quest'ultimo strumento ha rappresentato una grande novità rispetto al precedente neozelandese. Come vedremo, la giurisprudenza inglese ha esplorato, più delle altre esperienze considerate, le possibilità offerte dal nuovo strumento ermeneutico, attestandosi poi su quella che sembrerebbe essere una preferenza per l'uso della s 4 rispetto alla s 3 - limitandosi quindi a segnalare un'incompatibilità, piuttosto che tentare l'operazione ermeneutica. Questa è l'articolazione del dialogo "all'inglese", con il giudice che emette una dichiarazione di incompatibilità per attirare l'attenzione del legislatore e quindi

²¹ A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; pp.128-33.

attivare il vero titolare del potere di definire la disciplina dei diritti fondamentali. Tuttavia, v'è chi ha segnalato una “passività” del Parlamento che, nella quasi totalità dei casi, è tempestivamente intervenuto a seguito di una dichiarazione giudiziale rimuovendo l'incompatibilità segnalata dal giudice. In altre parole, l'ultima parola parrebbe in realtà averla quest'ultimo al momento della dichiarazione di incompatibilità; mentre solo formalmente tale potere è attribuito al Parlamento.²²

Infine, si volgerà lo sguardo verso l'Australia, che, per molti versi, presenta caratteristiche a sé stanti. Innanzitutto, l'ex-colonia britannica ha scelto una forma di stato federale e, a tal fine, ha adottato, ancora prima di raggiungere la piena indipendenza dalla madrepatria, una costituzione scritta, esplicitamente ispirata a quella degli Stati Uniti d'America. In secondo luogo, l'Australia è tutt'oggi sprovvista di una carta dei diritti, ad esclusione di due Stati (Victoria e l'Australian Capital Territory) che hanno seguito il modello britannico e si sono dotati di due statutory bills of rights. L'assenza di un bill of rights federale rende alquanto problematica la collocazione dell'esperienza australiana nel “Commonwealth model”, poiché – sempre a livello federale – l'Australia pare appartenere al modello Westminster,²³ che predilige una tutela squisitamente politica dei diritti. L'unico elemento di “ibridazione” è la presenza della costituzione federale scritta e rigida, ma ciò parrebbe accentuare ancora di più la particolarità del sistema australiano anziché renderlo assimilabile alle altre esperienze del Commonwealth.²⁴ Inoltre, la recente giurisprudenza della High Court of Australia sulla natura del dovere di interpretazione conforme della Victorian Charter (s 32 VCHRR 2006) pare segnalare una netta chiusura a qualsiasi intervento di “miglioramento” della tutela dei diritti fondamentali downunder.

Alla luce di queste premesse, il lavoro si propone di vagliare la tenuta del Commonwealth model, verificando se davvero costituisca una possibile alternativa ai due modelli; oppure se le particolarità dei singoli sistemi che lo

²² A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 322-4.

²³ A. STONE, *The Australian Free Speech Experiment and Scepticism about the UK Human Rights Act*, in T. CAMPBELL; K.D. EWING AND A. TOMKINS, *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001; pp. 391-410; p. 391.

²⁴ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, p. 259.

compongono siano tali e tante da rendere necessario considerare ciascuna esperienza a sé stante.²⁵

^{**}I principali testi normativi richiamati nel presente lavoro sono raccolti, in ordine cronologico, nell'Appendice finale.

I. LE RADICI DELL'IMPERO

1. Premessa – 2. 1166-1689. Cinque secoli di tutela dei diritti nel regno Unito – 3. L'impatto del Bill of Rights 1689: la garanzia delle libertà fondamentali tra rule of law e sovereignty of Parliament – 3.1) Il primo pilastro: la rule of law – 3.2) Il secondo pilastro: la sovereignty of Parliament - 4. Il ruolo del Giudiziario nel Regno Unito: tra separazione dei poteri e peculiare rapporto Giudice/ Legislatore – 4.1) Il principio di separazione dei poteri nel Regno Unito – 4.2) Un Parlamento come Corte ma non un Giudice come Legislatore: il peculiare ruolo del Giudiziario britannico

I.1. Premessa

Nel Regno Unito, la libertà individuale è il bene più prezioso che un suddito di Sua Maestà possa possedere, tanto che i documenti che affermano tali libertà, succedutisi nella plurimillennaria storia del Regno, costituiscono il nucleo essenziale della “costituzione britannica”.¹

Quando si discorre di libertà e diritti fondamentali il pensiero corre subito a cataloghi di diritti e carte costituzionali proclamate con forme solenni, ma chi volesse applicare tale concettualizzazione al Regno Unito rimarrebbe deluso: la costituzione non c'è² - o meglio, c'è ma non è scritta, positivizzata.³ Con “british constitution” si intende quindi una costituzione composita, “comprensiva di diritti naturali riconosciuti al suddito in quanto tale e di leggi del Regno, che riconoscono e tutelano tali diritti, e caratterizzata, infine, da un particolare processo di

¹ J. LAWS (SIR), *The Constitution: Morals and Rights*, [1996] *Public Law* 622; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009; in particolare pp. 11-15 e 18-20; C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014; Cap. I.

² Così concluse la sua analisi A. DE TOCQUEVILLE nel suo famoso saggio, *La democrazia in America*, (A CURA DI G. CANDELORO), Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1992.

³ M. ALLEN & B. THOMPSON, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, (X ed.) Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 7; E. BARENDT, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998; pp. 26-50. A dire il vero, di recente, c'è stato un tentativo, molto cauto, di redigere una costituzione scritta, proposto dal Governo di Gordon Brown con il “*Green paper on The Governance of Britain*” del luglio del 2007. La proposta non ha avuto un seguito legislativo (reperibile online sul sito <https://www.gov.uk/government/>, cui si rimanda per la consultazione di ogni ulteriore testo normativo del Regno Unito). Per un commento esaustivo sul testo si veda, V. BOGDANOR, T. KHAITAN, S. VOGENAUER, *Should Britain Have a Written Constitution?*, (2007) 78 *The Political Quarterly*, pp. 499- 517.

formazione della legge e un altrettanto peculiare modo di implementazione della stessa”.⁴

Ad ogni modo, coloro che continuano ad interrogarsi sull’esistenza di una costituzione britannica⁵ e coloro che invece ritengono giunta l’ora per il Regno di adottare una costituzione scritta e rigida⁶ si trovano d’accordo su un punto: se si può parlare di una costituzione britannica, ad essa deve riconoscersi natura “politica”.⁷ Per cui i suoi caratteri essenziali sono determinati dall’attività degli attori politici (Parlamento ed Esecutivo) mentre il ruolo assegnato ai giudici è di gran lunga secondario.⁸ Sul punto, significativa è la ragione adottata da Walter Bagehot a giustificazione superiorità della costituzione britannica: “fusione pressoché completa del potere esecutivo con quello legislativo”.⁹ Opposto invece è il ruolo del Giudiziario, che Bagehot addirittura “estromette” dalla sua descrizione delle caratteristiche della costituzione inglese.¹⁰ Infatti, alle corti del Re è assegnato il “solo” compito di interpretare (in modo strettamente letterale)¹¹ e dare attuazione alle leggi che rappresentano il risultato della composizione

⁴ R. ROBINSON, *A Political Catechism*, (III ed.), Londra, 1784, p. 38, come citato da J. P. GREEN, *The Origin of American Constitutionalism*, pp. 23-42, in A. E. DICK HOWARD (ed.), *The United States Constitution. Roots, Rights and Responsibilities*, Washington and London, Smithsonian Institution Press, 1992, Cap. II, pp. 23-42; p. 23.

⁵ E. BARENDT, *Is There a United Kingdom Constitution?* (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 137-146.

⁶ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009; V. BOGDANOR, S. VOGENAUER, *Enacting a British Constitution: Some Problems*, [2008] *Public Law* 38; V. BOGDANOR, *Politics and the Constitution: Essays on British politics*, Aldershot, Dartmouth Press, 1996.

⁷ J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, (1979) 42 *Modern Law Review*, pp. 1-21; *ID.*, *The Common Law And The Political Constitution* (2001) 117 *Law Quarterly Review*, pp. 42 -67; A. TOMKINS, *In Defence of the Political Constitution*, (2002) 22 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 157-175; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁸ J. KING, *Rights and the Rule of Law in Third Way Constitutionalism*, (2015) 30 *Constitutional Commentary*, pp. 101-126; in particolare p. 113.

⁹ W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 52.

¹⁰ Nel saggio di Bagehot si parla del Gabinetto, del Parlamento, del ruolo della Monarchia, ma non del potere giudiziario W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La costituzione inglese*, cit., Indice.

¹¹ Regola fondamentale dell’attività ermeneutica del giudice della legge ordinaria (c.d. statutory interpretation) è l’interpretazione letterale della legge (“literal rule”) per cui è limitata, se non del tutto preclusa, qualsiasi attività di interpretazione teleologica (“purposive interpretation”). J. BELL & G. ENGLE, *Cross’s Statutory Interpretation*, (III ed.), London-Dublin-Edinburg, Butterworths, 1995, pp. 177-179.

democratica del conflitto tra gli interessi della società che si svolge nell'Assemblea parlamentare nella forma del processo legislativo.¹²

Dunque, il ruolo del Giudiziario inglese appare sempre “subalterno” agli altri due rami del potere.¹³ L'unico ambito esclusivamente riservato all'operato delle Corti regie è la common law, in cui i giudici inglesi hanno potuto esprimere a pieno la loro creatività e “judicial activism”, alimentando la continua e costante evoluzione del “diritto comune” senza incappare nella scure dei puristi della “parliamentary sovereignty”.¹⁴

Queste caratteristiche accompagnate alla dottrina diceana della supremazia del Parlamento rappresentano la “Old British constitution”, il cui principale scopo è quello di legittimare l'onnicomprendività del government.¹⁵ Tale concezione è in contrasto con le basi del “costituzionalismo moderno”, che si fonda sull'idea di dover porre limiti all'azione del potere politico e dello Stato – limiti che vengono individuati nei diritti fondamentali dei cittadini. Pertanto, secondo tale concezione, la garanzia dei diritti costituisce la base della costituzione non il risultato di essa.¹⁶ Peraltro, sebbene non si possa parlare di costituzione “scritta”, grazie alla dinamicità intrinseca della common law britannica, anche nell'ordinamento inglese è stata sostenuta la possibilità di individuare¹⁷ un nucleo di norme che, in ragione della loro costante e continua applicazione, hanno acquistato un rango superiore nella scala delle fonti del diritto, potendo configurarsi come “norme costituzionali” nel senso di rappresentare le fondamenta dell'ordinamento

¹² G. GEE, *The Political Constitutionalism of J.A.G. Griffith*, (2007) 28 *Legal Studies*, pp. 20-45; G. GEE AND G. C. N. WEBBER, *What is a Political Constitution?*, (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 273-299.

¹³ Sulla peculiare separazione dei poteri nel Regno Unito parleremo più avanti in questo capitolo, § I.3, 3.1).

¹⁴ J. A. G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, (V ed.), Harper-Collins Publishers, 1997.

¹⁵ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, cit., p. 21.

¹⁶ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (VIII ed., London, McMillan, 1915, p. 121.

¹⁷ A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2012; pp. 38-9.

britannico.¹⁸ Tra di esse spiccano le norme a tutela dei diritti fondamentali nel Regno Unito.¹⁹

Nell'evoluzione del modello inglese di tutela dei diritti fondamentali c'è una data "spartiacque" dopo la quale il modello formatosi dal 1066 in poi non sarà più lo stesso: l'adozione del Bill of Rights nel 1689 alla fine della Glorious revolution.²⁰ Dal 1690 in poi l'ordine costituzionale britannico si è consolidato su tre pilastri: la rule of law,²¹ la sovereignty of Parliament²² e la separazione dei poteri- anche se l'articolazione di quest'ultimo principio nel Regno Unito è estremamente peculiare.²³

Occorre qui fare una precisazione. E' noto che la caratteristica del sistema britannico è la supremazia – con profili di onnipotenza – del Parlamento di Westminster. Tuttavia si noti che il principio di supremazia del Parlamento assume tale valore predominante solo dopo il 1689, perché solo con la sconfitta dei tiranni Stuart il Parlamento si è affermato come garante dei diritti dei sudditi. Prima del 1689 era la rule of law, intesa come "dominio del diritto comune", della common law applicata dalle Corti regie, a garantire i diritti dei sudditi inglesi, ad essere suprema e a vincolare lo stesso Sovrano.²⁴ Dopo il 1689 si parlerà sempre di rule of law, ma intendendo con essa il "dominio della legge parlamentare", della statute law, espressione del potere legislativo supremo riconosciuto alla nuova corporation costituzionale del "Re in parlamento".²⁵

¹⁸ Per tutti, J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, Milano, BUR – Rizzoli Editore, 2009, versione in lingua italiana dell'opera completa di Locke 'Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles, and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown. The Latter Is an Essay Concerning The True Original, Extent, and End of Civil Government', apparsa per la prima volta nel 1690. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 18; J. J. SPIGELMAN, *Magna Carta. The rule of law and liberty*, (2015) 31 (2) *Policy* pp. 24-31.

¹⁹ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, (II ed.), Torino, Giappichelli Editore, 1995, p. 18.

²⁰ A. TORRE, *Regno Unito*, cit., p. 51.

²¹ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 107-122.

²² A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 3-35; E. COKE, *The Fourth Part of the Institute of the Laws of England: Concerning the Jurisdiction of Courts*, London, E. and R. Brooke, Bell-Yard, near Temple Bar, 1797, p. 36.

²³ Sul punto ci soffermeremo ampiamente *infra* § I.3, 3.1)

²⁴ Si veda la Magna Carta Libertarum, il cui testo integrale è reperibile sul sito <http://magnacarta.cmp.uea.ac.uk>, consultato il 16 gennaio 2017, a cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento al testo della Carta.

²⁵ A. TORRE, *Regno Unito*, cit., pp. 42-46.

Al fine di comprendere la “madre” (che diviene, a seconda del luogo in cui si trova, madrina o matrigna)²⁶ dei modelli di tutela che andremo ad esaminare nel secondo capitolo,²⁷ occorre perciò iniziare con un breve panoramica sull’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali oltremarina.

I.2. 1166-1689: cinque secoli di tutela dei diritti nel Regno Unito

L’analisi del modello inglese di tutela delle libertà fondamentali non può non prendere le mosse dall’esame dell’ininterrotta evoluzione storica che lo caratterizza.

Infatti, in Inghilterra le libertà fondamentali sono radicate nei “lunghi tempi della storia, sottraendole quindi alle pericole definizione del legislatore, nello stesso tempo però accreditando la fortunata immagine di una loro progressiva evoluzione, contro l’immobilismo medievale, che le consegna forti ed intette ai tempi nuovi della civil society borghese.”²⁸ Di conseguenza, il modello di tutela utilizzato è stato definito da autorevoli Maestri “modello storicistico”,²⁹ fondato sull’idea che le libertà dei sudditi fossero “sostanzialmente indisponibili” dal Sovrano in quanto affondavano le proprie radici nelle tradizioni giuridiche comuni del Regno e, in quanto tali, non potevano essere limitate salvo che così venisse deciso “da un tribunale di loro pari e secondo le leggi del paese”.³⁰

Dunque, v’era già in nuce la concezione di una “higher law” che vincolava anche il Re – vincolo, peraltro, messo per iscritto nella famosa Magna Charta³¹- e che coincideva con la common law del Regno, formata dalla tradizione giurisprudenziale sedimentata nel tempo.³² E’ appunto grazie all’incessante

²⁶ F. DURANTI, *La nuova circolazione dei modelli costituzionali negli ordinamenti di matrice anglosassone*, (2010) *Forum di Quaderni costituzionali* pp. 1-12, reperibile online sul sito <http://www.forumcostituzionale.it> (18 gennaio 2018).

²⁷ Vedi *infra* Cap. II.

²⁸ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 26.

²⁹ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 17.

³⁰ Magna Charta Libertarum, clause 39.

³¹ Magna Charta Libertarum, clause 60.

³² U. MATTEI, *Il Modello di Common Law*, (IV ed.), Torino, Giappichelli editore, 2014, pp. 22-23; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, (VI ed.), Torino, Giappichelli editore, 2018; K. ZWEIGERT & H. KÖTZ (ED.

operato dei giudici, non di un legislatore sovrano,³³ che viene ad affermarsi il rango “quasi costituzionale” delle regole a tutela delle libertà fondamentali dei cittadini.

Il primo documento espressione di questa cultura è l’Assize of Clarendon, promulgato da Re Enrico II d’Inghilterra nel 1166.³⁴ Con tale documento vennero introdotti i principi cardine dell’attuale processo inglese, in particolare in materia di procedura penale. Invero, per la prima volta si accennò al “processo con giuria” (“trial by jury” o, come era chiamato allora, “trial by a grand, or presenting, jury”),³⁵ in sostituzione del “trial by combat” (che può, a grandi linee, tradursi come “duello”) e del “trial by ordeal” (il processo a mezzo ordalia).³⁶ Tuttavia, l’Assize of Clarendon fu principalmente lo strumento con cui la Corona accrebbe la quantità di potere giudiziario nelle mani delle proprie Corti, sottraendolo ai Lord locali. Il fine era quello di presentare la giurisdizione regia come quella maggiormente efficace e vantaggiosa per i cittadini che volevano veder assicurate le proprie libertà.

Neanche cinquant’anni più tardi, le libertà dei sudditi britannici vennero riformulate nella più famosa Magna Charta Libertarum del 1215. Tuttavia, sebbene essa sia oramai considerata un “mito”³⁷ in quanto prima “carta delle libertà” della cultura giuridica occidentale, la Carta possiede invero una duplice natura: quella di “collection of rights” e di “statement of law”.³⁸

ITALIANA A CURA DI A. GAMBARO E A. DI MAJO), *Introduzione al Diritto Comparato. Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè editore, 1998, pp. 220-247.

³³ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 25.

³⁴ D. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

³⁵ Invero, Enrico II ordinò che alcuni uomini probi (quattro per ogni villaggio o dodici per ogni “hundred” o centena) dichiarassero sotto giuramento se qualcuno nel villaggio o nella centena fosse accusato o solo sospettato di essere ladro, assassino o brigante o avesse dato rifugio a ladri, assassini o briganti. Le loro dichiarazioni dovevano essere rese agli sceriffi e poi ripetute davanti ai giudici del Re. Tutti coloro che venivano arrestati in base alle succitate dichiarazioni dovevano venire giudicati soltanto dai giudici del Re e, in caso di condanna, i loro beni mobili passavano alla Corona. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell’Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 136-141.

³⁶ Detta pratica giuridica consisteva nel determinare l’innocenza o la colpevolezza dell’imputato sottoponendolo a prove fisiche molto spesso cruento e dolorose. L’innocenza sarebbe stata determinata dalla capacità dell’imputato di sopravvivere all’ordalia. Ad esempio, molto praticata era l’ordalia del fuoco, secondo la quale l’imputato doveva tenere le mani su di un ferro rovente: a seconda delle conseguenze riportate (o della velocità di guarigione) l’imputato sarebbe stato dichiarato colpevole o innocente.

³⁷ M. FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, (2016) 45 *Quaderni fiorentini del pensiero giuridico moderno*, pp. 67-86.

³⁸ M. FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, cit. p. 72.

Invero, l'importanza della Magna Charta non sta tanto nel fatto che essa abbia riconosciuto ogni cittadino quale titolare di "diritti fondamentale", ma quanto nel fatto che essa abbia affermato i limiti (coincidenti con le libertà ("liberties") degli uomini liberi) che il potere sovrano ("sovereign power") doveva rispettare.³⁹ Infatti, la natura della Charta era quella di "atto dichiarativo di usi e consuetudini immemorabili, non enunciazione di nuovi obblighi".⁴⁰ A questo proposito è significativo l'esempio del diritto di imposizione fiscale, che il Re non poteva esercitare se non previa consultazione del Gran Consiglio. Sul punto, alcuni hanno sostenuto che la Magna Carta avesse trasformato "il diritto di esigere le imposte nello scudo della libertà",⁴¹ sancendo così la natura della Charta quale importante dichiarazione delle libertà fondamentali quale limite al potere regio. Tuttavia, come nota Bagehot, l'esercizio moderato di tale diritto da parte del Sovrano era già conosciuto nel sistema giuridico dell'Inghilterra del XII-XIII secolo e venne semplicemente messo per iscritto tramite "un contratto [la Magna Charta] che chiariva i dubbi originati dal mutamento delle consuetudini", fonte della controversia tra il Re e la nazione, in quel caso rappresentata dai baroni. L'affermazione della necessaria consultazione del Gran Consiglio da parte del Re prima dell'imposizione fiscale fu dunque "il risultato non il punto di partenza, la conseguenza e non una causa" della Magna Charta.⁴²

³⁹ Magna Charta Libertarum, Clause 60.

⁴⁰ W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 255.

⁴¹ Così affermò Sir James Mackintosh, riportato da W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), in *La Costituzione inglese*, cit., p. 255.

⁴² W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 256.

Trecento anni dopo,⁴³ nel turbolento Seicento inglese,⁴⁴ le libertà dei sudditi tornarono in primo piano con i famosi Petition of Rights del 1628, Habeas Corpus Act (HCA) 1679 e infine, con il già citato Bill of Rights 1689.⁴⁵

La Petition of Rights venne “estorta” a Carlo I Stuart dal Parlamento al fine di arginare la deriva assolutistica del Sovrano che aveva imposto ulteriori tasse per finanziare una politica militare estera fallimentare, ricorrendo all’incarcerazione arbitraria in caso di mancata ottemperanza alle nuove misure tributarie.⁴⁶ Non a caso, nella Petition of Rights venne ribadita l’importanza del principio “no taxation without representation” e l’istituto dell’habeas corpus - vessilli politici della fazione parlamentare opposta a Re Carlo.⁴⁷ Tuttavia, a causa dell’“impotenza istituzionale del parlamento” di quegli anni, fu molto facile per il Re, all’apice della propria potenza, aggirare la Petition del 1628, arrivando a decidere di governare senza più convocare il parlamento.⁴⁸

⁴³ In cui si avranno a più riprese diverse “riformulazioni” delle libertà contenute nella Magna Carta, ogni qualvolta il Sovrano fosse “in vena di assolutismo”. A. TORRE, *Regno Unito*, cit., p. 51.

⁴⁴ Ci si riferisce qui, alla guerra civile inglese tra re Carlo I Stuart e il Parlamento, conclusasi con la decapitazione di Carlo I a Whitehall e con l’avvento della repubblica guidata da Oliver Cromwell (1649-1658). Dopo la restaurazione della monarchia, Carlo II Stuart ascese al trono nel 1660. Alla sua morte, non avendo eredi, salì al trono suo fratello, Giacomo VII di Scozia, con il nome di Giacomo II d’Inghilterra (1683-1689). Tuttavia, quest’ultimo manifestò le stesse velleità del padre Carlo I, volendo imporre la prerogativa regia (“royal prerogative”) sul Parlamento e restaurando la fede cattolico-romana nel Regno Unito. A seguito della sua conversione al cattolicesimo romano e alla nascita di un figlio maschio dalla seconda moglie, la cattolica Maria di Modena, il Parlamento, temendo l’instaurarsi di una monarchia cattolica nel Regno, chiese aiuto alla figlia di primo letto del Re, la Principessa Maria, e a suo marito, Guglielmo III d’Orange, entrambi protestanti. Ebbe così inizio la “Bloodless” o “Glorious revolution”, che si concluderà con la deposizione di Giacomo II e l’incoronazione di Maria e Guglielmo come sovrani d’Inghilterra, Scozia e Irlanda. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell’Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 278-298 e 305-312.

⁴⁵ I testi integrali della legislazione britannica citati in questo capitolo sono reperibili sul sito <http://www.legislation.gov.uk/>, consultato il 16 gennaio 2017, cui pertanto si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

⁴⁶ In conseguenza di queste politiche il contrasto tra Parlamento e Sovrano si esacerbò a tal punto che nel decennio 1630-40 Carlo I Stuart governò senza il Parlamento, inasprendo ancor di più i già tesi rapporti con i membri del Parlamento, i quali si videro del tutto estromessi dalla funzione proprie dell’organo stesso: riunirsi regolarmente, promulgare leggi e sottoporre al sovrano le lagnanze dei sudditi. K. O. MORGAN (a cura di), *Storia dell’Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 270-273.

⁴⁷ I tre parlamenti convocati tra il 1625 ed il 1629 furono caratterizzati da grande virulenza e risentimento nei confronti del Sovrano, senza però riuscire ad opporre resistenza alla Corona, comprovando così tutta “l’impotenza istituzionale” dell’organo legislativo di allora. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell’Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., p. 272.

⁴⁸ K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell’Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 272-273.

Cinquant'anni dopo la Petition of Rights, a seguito il trauma dell'esperienza repubblicana del Protettorato di Cromwell⁴⁹ e con la restaurazione della monarchia, si ebbe una “nuova riformulazione” delle libertà dei sudditi con l'Habeas Corpus Act (HCA) del 1679. Con esso si ampliavano principalmente le garanzie dell'imputato, specificando che, in caso di arresto, l'autorità procedente era tenuta, su istanza dell'arrestato stesso, a rendere conto alla Corte delle ragioni giuridiche che giustificavano una tale misura privativa della libertà personale. Veniva dunque ripresa ed ampliata la famosa clausola 39 della Magna Carta, che conteneva in sé l'embrione della tutela della libertà personale com'è oggi delineata nel Regno Unito. Inoltre, in suddetta clausola è enunciato il principio cardine del processo inglese: il sopramenzionato “trial by jury”.⁵⁰

Una tale attenzione alle garanzie procedurali fu dettata dal clima di caos istituzionale e stallo politico che caratterizzò il regno di Carlo II (1660-1685)⁵¹ e che poi culminerà, a causa dell'inasprimento delle tensioni religiose tra protestanti e cattolici, con l'abbandono del trono da parte di Giacomo II e l'ascesa di Guglielmo e Maria d'Orange.⁵²

Nonostante la precoce affermazione nell'ordinamento anglo-britannico delle fondamentali garanzie in materia di libertà personale e patrimoniali, fu il Bill of Rights del 1689 a plasmare, per i successivi tre secoli,⁵³ la concezione dei diritti

⁴⁹ K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell'Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 285-288.

⁵⁰ Meglio articolato e dettagliato rispetto al precedente *Assize of Clarendon* del 1166. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell'Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 271-276.

⁵¹ La restaurazione della monarchia rappresentò un “accordo politico di ampio respiro” (“restoration settlement”) teso a limitare il potere regio trasferendo ampi poteri dal centro alla periferia, allo scopo di farne un contrappeso alla Corona. Il tentativo non andò a buon fine a causa delle forti tensioni religiose tra protestanti (rappresentati dai parlamentari whigs) e cattolici (che trovarono protezione nello stesso Carlo II, convertitosi sul letto di morte). Invero, le politiche di tolleranza proposte dal Sovrano a favore della minoranza cattolica venivano sistematicamente rigettate dal parlamento protestante, acuendo la frattura tra Corona e parlamento. Solo il trauma ancora vivo della passata guerra civile e del Protettorato di Cromwell fecero desistere le due fazioni dal ricorso alle armi. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell'Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 288-291.

⁵² Invero, Giacomo II non venne deposto ma, alla nascita del suo erede dalla seconda moglie, la cattolica Maria di Modena, i parlamentari whig, spaventati dal concreto pericolo di una dinastia cattolica sul trono inglese, “invitarono” Guglielmo d'Orange a venire in Inghilterra “con un vasto seguito armato”. Allo sbarco di Guglielmo sulla costa del Devon, Giacomo, dopo un tentativo di resistenza, abbandonò il proprio esercito e venne catturato da Guglielmo a Londra. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell'Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., pp. 295-298.

⁵³ Fino al 1998 quando verrà adottato lo Human Rights Act e la tutela dei diritti fondamentali tornerà in primo piano con alcune importanti novità per cui si rinvia al Cap. III, § IV.2 e IV. 4.

fondamentali e della loro tutela nel Regno Unito in virtù del consolidamento di un “nuovo assetto costituzionale”.

I.3. L’impatto del Bill of Rights 1689: la garanzia delle libertà fondamentali tra rule of law e sovereignty of Parliament

Il Bill of Rights del 1689 ha sancito la supremazia parlamentare quale paradigma del ritrovato equilibrio costituzionale britannico, inaugurando così una nuova stagione di tutela dei diritti sotto l’egida parlamentare.⁵⁴

Invero, adottato subito dopo l’ascesa al trono di Guglielmo III d’Orange e della principessa Maria,⁵⁵ il Bill of Rights ha offerto tutela ai diritti fondamentali dei sudditi solo di riflesso,⁵⁶ occupandosi principalmente di consolidare la nuova allocazione della sovranità nella convenzione costituzionale del “King-in-Parliament”,⁵⁷ intesa come composizione bilanciata dei tre ordini politici del Regno - la Corona, i Lords e i Comuni - riuniti nell’assemblea parlamentare. Quest’ultima si afferma come “autentico legislatore” del Regno,⁵⁸ in quanto luogo ideale ove “tendenze perniciose” di ciascun ordine si controllano e bilanciano a vicenda.⁵⁹ Così la riunione dei tre ordine dello Stato nell’assemblea parlamentare diviene l’“intima essenza motrice”⁶⁰ dell’ordine costituzionale britannico perché permette un’equa ripartizione del potere politico e un governo moderato, evitando la concentrazione di potere nella mani di uno solo degli ordini sopra citati.⁶¹

⁵⁴ A. TORRE, *Regno Unito*, cit., p. 47 e ss.

⁵⁵ Garantendo così che il trono inglese rimanesse ad una dinastia protestante, i Principi olandesi d’Orange-Nassau. Il trono inglese passò poi alla dinastia tedesca di Hannover, con la successione al trono della sorella di Maria, Anna, Elettrice di Hannover e suo figlio, il Duca di Gloucester. K. O. MORGAN (A CURA DI), *Storia dell’Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, cit., p. 307. A questo proposito venne adottato l’Act of Settlement nel 1701.

⁵⁶ B. DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 19.

⁵⁷ A. TORRE, *Interpretare la costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli Editore, 1997, p. 286. e pp. 288-289.

⁵⁸ A. TORRE, *Regno Unito*, cit., p. 40.

⁵⁹ W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 46.

⁶⁰ W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 46.

⁶¹ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., p. 27.

Dunque, la finalità ultima del Bill del 1689 era quella di delimitare il potere sovrano, riaffermando le libertà già esistenti in capo ai sudditi. In tal senso, esso è stato definito come un “atto del Parlamento improntato alla massima concretezza poiché specificamente volto al conseguimento di garanzie pratiche” il cui nucleo pulsante consiste “nel definitivo riconoscimento, nella riconferma e nella garanzia per il futuro – rinforzati soprattutto dalla loro giustiziabilità di fronte alle Corti – dei diritti già sussistenti, sulla base di antiche consuetudini, in capo ai sudditi del Regno d’Inghilterra”.⁶² Tuttavia esso non incrementa il potere dei giudici, ne dispone solo la necessaria autonomia, espressamente sancita qualche anno dopo,⁶³ in quanto organi deputati a definire in concreto la portata ed i confini della tutela tramite l’applicazione della legge parlamentare.

In altre parole il compromesso del 1689 costrinse il monarca a collaborare con il parlamento, se voleva sopravvivere.⁶⁴

L’assestamento di tale sistema costituzionale ha delineato i tratti fondamentali del costituzionalismo britannico, che si articola tuttora nei due principi cardine della rule of law e della Parliamentary sovereignty. Controversa è invece la questione circa l’annoverare o meno tra i principi della costituzione britannica la separazione dei poteri.⁶⁵

3.1) Il primo pilastro: la rule of law

⁶² A. TORRE, *L’esperienza britannica*, intervento al Convegno di studi *Le associazioni tra pubblico e privato. Una rimediazione sul tema*, Napoli 30 maggio 1994; Bari 1996, p. 4.

⁶³ Con la famosa clausola III.7, c.d. clausola “quamdiu se bene gesserint”, dell’Act of Settlement del 1701 che ha sancito l’indipendenza del potere giudiziario disponendo che “i giudici conserveranno il loro ufficio finché terranno una condotta degna”, così la traduzione proposta da E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA, *Le Costituzioni dei paesi dell’Unione europea*, (II ed.), Padova, Cedam, 2001, pp. 737-738. Act of Settlement 1701, clausola III.7, che recita nel testo originale: “that after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them.”

⁶⁴ R. STEVENS, *The English Judges. Their Role in the Changing Constitution*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2005, p. 5.

⁶⁵ Sul punto si tornerà *infra* Cap. I, § I.3.

Nel definire il primo dei due principi, Joseph Raz dirà “rule of law means literally what it says: the rule of law”.⁶⁶ Sebbene la frase sia di grande impatto, poco ci dice circa il vero contenuto del principio della “rule of law”, che, in realtà, ha una portata assai ampia e risulta pressoché impossibile da definire esaustivamente in poche righe.⁶⁷ Si tenterà comunque una breve e schematica panoramica dell’evoluzione del contenuto (o dei contenuti) di tale principio.

Le radici storiche della rule of law (o supremacy of the law of the land) risalgono al Medioevo, quando già si affermava che una legge – fosse stata essa di natura divina o umana – regolava tutte le relazioni umane. Con il famoso trattato “*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*” di Bracton nel XIII secolo, si affermerà il concetto per cui tutti, sia i sudditi che il Re, sono soggetti alla legge, che vincola perciò tutti i consociati, siano essi governanti o governati.

Tale concetto di rule of law durerà fino al XV secolo quando, con l’ascesa del Parlamento, sarà leggermente modificato, per conciliarsi con l’altro principio che andava affermandosi, la supremazia del Parlamento. L’unico momento in cui la “rule of law” è stata incrinata è stato durante il regno degli Stuart, a causa del loro tentativo di affermare la prerogativa regia quale “potere supremo” del paese in grado di sovvertire, a propria discrezione, la legge stessa. L’apice della crisi si raggiunse quando il Chief Justice Coke venne allontanato dal bench per essersi opposto al Re ed aver affermato la supremazia della legge, cui anche il Sovrano doveva obbedire. Alla fine, com’è noto, prevalse la fazione parlamentare e l’idea della “supremacy of positive law” divenne la base su cui si fondò la moderna concezione della legge nel Regno Unito.⁶⁸ Tuttavia, la Rivoluzione del 1688 e la vittoria del Parlamento, determinarono una modifica alla struttura originaria della

⁶⁶ J. RAZ, *The Rule of Law and its virtue*, (1977) 93 *Law Quarterly Review*, pp. 195-211; in particolare, p. 196.

⁶⁷ Per tutti, M. ALLEN & B. THOMPSON, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 92-126; J. JOWELL, *The Rule of Law and its underlying values*, pp. 11-34 in J. JOWELL & D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, (VII ed.), Oxford, Oxford University Press, 2011; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010; P. GRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, [1997] *Public Law* 467; J. LAWS (SIR), *Law and Democracy*, [1995] *Public Law* 72; A.C. HUTCHINSON & P. MONAHAN, *The Rule of Law. Ideal or Ideology*, Carswell: Toronto, 1987; J. RAZ, *The Rule of Law and its virtue*, cit.; A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., Cap. IV, pp. 107-123.

⁶⁸ M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, (1970) 58 (5) *California Law Review* pp. 1017-54; p. 1030.

rule of law, in modo da adeguarla alla graduale affermazione del moderno stato territoriale.⁶⁹

Infatti, sul finire della Gloriosa Rivoluzione John Locke definiva la rule of law come la “freedom of people under government [...] to be under no restraint apart from standing rules to live by that are common to everyone in the society and made by the lawmaking power established in it [...] and not be subject to the inconstant, uncertain, unknown, and arbitrary wills of others.”⁷⁰

Dunque, la legge che promanava dall’organo a cui gli uomini liberi avevano demandato il potere supremo (ossia, il potere legislativo) con la stipula del contratto sociale e la creazione di una società politica (“commonwealth”) era la fondamentale regola del vivere comune che tutti dovevano rispettare per poter fruire appieno della propria libertà individuale.⁷¹ Lo stato di natura – in cui l’uomo era rimesso alla legge naturale (“freedom of nature is to be under no other restraint but the law of nature”) – sebbene non inteso come il “bellum omnia contra omnes” hobbesiano,⁷² era comunque “inefficiente” poiché mancava “una legge stabilita, fissa, nota, accettata e riconosciuta per comune consenso come criterio del giusto e dell’ingiusto e come comune misura per decidere ogni controversia” tra gli uomini, che altrimenti sarebbero rimasti assoggettati all’incostante e arbitraria volontà altrui.⁷³ E’ in questo senso che, sull’altra sponda dell’oceano, la “volontà di essere governati da leggi anziché da editti di uomini” sarà talmente forte da sfociare nella Costituzione federale ancora oggi in vigore.⁷⁴

Dopo l’Act of Settlement, la rule of law divenne principio costituzionale cardine dell’intero sistema inglese post-rivoluzionario, con un piccolo ma importante

⁶⁹ *The Report of the Committee on Ministers’ Powers (The Donoughmore Report)*, Cmd 4060, 1932, in particolare, pp. 71-72.

⁷⁰ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI L.F. ABBOTT), *Two Treaties on Government: a Translation into Modern English*, (eBook), Manchester, Industrial Research System, 2013, p. 117.

⁷¹ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA) *Il Secondo Trattato Sul Governo*, cit., Capp. IX e XI, pp. 228-235 e 241-257.

⁷² T. HOBBS (TRAD. A CURA DI R. SANTI), *Il Leviatano*, Milano, Bompiani, 2001.

⁷³ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA) *Il Secondo Trattato Sul Governo*, cit., p. 229.

⁷⁴ La bella espressione è stata coniata da John Adams, secondo Presidente degli Stati Uniti d’America, al momento della redazione della Costituzione del Commonwealth del Massachusetts del 1780. In particolare, l’espressione è contenuta nell’articolo XXX della Part I della Costituzione, che recita: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a *government of laws and not of men.*” La fortunata espressione è spesso usata per definire il più ampio concetto di “rule of law”, v. J. RAZ, *The Rule of Law and its Virtue*, cit., p. 196.

cambiamento nell'accezione dell'espressione. Con l'affermazione del Parlamento quale organo espressione della volontà collettiva, il termine "law" passò da significare "diritto", inteso come legge del paese che sino ad allora era stata rappresentata dalla common law, a "legge parlamentare,"⁷⁵ quale tangibile risultato dell'attività del King-in-Parliament che andò via via consolidandosi nei successivi secoli grazie alla proliferazione di statutes che seguì all'ascesa di Guglielmo e Maria.⁷⁶ Essenziale era dunque il nuovo ruolo istituzionale assunto dal Legislativo che si tradurrà nell'altro perno dell'architettura costituzionale britannica, la supremazia del Parlamento, di cui parleremo a breve.

Ad ogni modo, tenendo a mente la nuova "parte" assegnata al Parlamento, è possibile comprendere la classica formulazione della rule of law, di natura prettamente "formale" – perché centrata sulla correttezza formale della nozione a scapito della "sostanza" dei contenuti⁷⁷ - che Dicey ha articolato in tre punti.⁷⁸ In primo luogo, con rule of law si intende l'assoluta supremazia della legge ordinaria rispetto a qualsiasi ingerenza del potere arbitrario, escludendo qualsiasi forma di discrezionalità o prerogativa illimitata da parte del Governo. Pertanto, un uomo potrà essere punito solo per una violazione di norme legalmente statuite ("breach of law") al termine di un processo innanzi ad una Corte legalmente istituita ("before the ordinary courts of the land").⁷⁹ Secondariamente, la rule of law si traduce nell'eguaglianza formale di fronte alla legge, per cui nessuno, indipendentemente dal ceto o dalla classe sociale a cui appartiene, è superiore alla legge. Infine, in terzo luogo, con rule of law si intende che la "law of the constitution" non è "la fonte ma la conseguenza dei diritti degli individui, come interpretati ed applicati dalle Corti del Regno". Ne consegue, dunque, che i ruoli

⁷⁵ Siamo dopo il 1689, quindi il Parlamento si è già imposto come 'guardiano delle libertà' dei sudditi.

⁷⁶ R. STEVENS, *The English Judges. Their Role in the Changing Constitution*, cit., p. 6.

⁷⁷ P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework*, cit., pp. 470-474.

⁷⁸ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., Cap. IV, pp. 107-122.

⁷⁹ Tale condizione era motivo di vanto per i sudditi di Sua MAestà, tanto che Dicey stesso affermerà lapidariamente che gli "Englishmen are ruled by the law, and by the law alone", cfr. A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., Cap. IV, p. 120. Naturalmente, come nota Craig, Dicey non era un ingenuo e non si illudeva che le leggi del Regno fossero "substantively just"; nondimeno l'Inghilterra era in una posizione migliore rispetto al Continente perché non era governata da un potere assoluto e discrezionale, ma da leggi formalmente corrette perché promulgate seconde le regole procedurali del tempo. Perciò un uomo ben poteva essere privato della sua libertà, ma solo se così fosse stato deciso da una Corte del Regno in ottemperanza alla legge del paese. P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework*, cit., p. 471.

istituzionali della Corona, delle Corti e del Parlamento si sono definiti e consolidati tramite l'incessante azione delle Corti e del Parlamento nell'applicazione del diritto che ha reso così "la costituzione inglese il frutto della legge ordinaria del paese".⁸⁰ Pertanto la legge da qualificarsi come "suprema" è quella "law of England" intesa come legge scritta e non scritta, applicata dalle Corti di common law, dalle Corti di Equity, dalle Corti Ecclesiastiche e dalla Court of Admiralty.

In buona sostanza, la moderna dottrina britannica della rule of law consiste, in quanto risultato di un'ininterrotta evoluzione storica, nella supremazia della "law of England" nella sua interezza, composta sia dagli statutes del Parlamento che dai principi della common law.⁸¹

Dunque, volendo astrarre ancora di più possiamo individuarne due macro-significati della rule of law. Con il primo, che coincide con un'accezione in senso lato e generale dell'espressione, s'intende che gli individui devono obbedire alla legge e da essa sono governati; con il secondo, più squisitamente tecnico della teoria politica, s'intende invece affermare che lo Stato deve fondarsi sulla legge e da essa deve essere guidato.⁸²

Di particolare rilevanza è la definizione fornita da Hayek per cui la rule of law consiste nel fatto che "lo Stato è in tutto e per tutto vincolato a norme fisse e predeterminate – norme che consentono ai singoli di prevedere come lo Stato userà i propri poteri coercitivi in determinate circostanze e, allo stesso tempo, permettendo a questi di organizzare la propria vita ed i propri affari in base a questa conoscenza".⁸³ In particolare, la rule of law non significa solo che la legge governa la vita dei singoli individui e che questi la devono rispettare, ma che, per essere rispettata, la legge deve essere idonea a guidare l'azione dei singoli e quindi fornire un modello di comportamento per la collettività.⁸⁴ Da questa idea di base è quindi possibile ricavare alcuni principi che costituiscono corollario indispensabile della rule of law nella sua accezione formale e che, senza pretesa di esaustività, andiamo brevemente ad elencare.

⁸⁰ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., Cap. IV, p. 121.

⁸¹ *The Donoughmore Report*, cit., pp. 71-72.

⁸² J. RAZ, *The Rule of Law and its virtue*, cit., p. 196.

⁸³ F. A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, (VIII ed), Londra, Routledge, 1962.

⁸⁴ J. RAZ, *The Rule of Law and its virtue*, cit., p. 198.

In primo luogo, la legge non può disporre che per il futuro.⁸⁵ Primo essenziale principio per la salvaguardia della rule of law è dunque il divieto di retroattività della legge, che deve essere formulata in modo chiaro e non ambiguo e deve essere reperibile da parte di tutti. In secondo luogo, la legge deve essere fissata in modo stabile e duraturo, se non, addirittura, in modo permanente, tale da permettere ai singoli di potersi adeguare senza che essa cambi repentinamente, con il rischio che si pongano in essere comportamenti che la legge nel frattempo ha vietato. In terzo luogo, le leggi speciali devono essere conformi a principi generali chiari, precisi e determinati, in modo da evitare che le prime possano arrecare danno ad alcuni soggetti o gruppi di soggetti in forza di un'eccessiva discrezionalità nella loro formulazione. In quarto luogo, è fondamentale garantire l'indipendenza del Giudiziario, poiché ad esso spetta il compito di applicare le leggi al caso concreto, decidendo in modo tendenzialmente definitivo una determinata questione di diritto.⁸⁶ A tal fine, è necessario individuare regole precise, ad esempio per l'accesso alla magistratura o riguardo la retribuzione e la durata dell'incarico, affinché i giudici siano sottoposti solo all'autorità della legge e non a pressioni esterne di altra natura. In questo senso la loro funzione è essenziale per la salvaguardia della rule of law. Ancora, v'è la necessaria osservanza dei criteri di giustizia naturale, tra cui spicca la garanzia di un giusto processo e il diritto ad un giudice terzo ed imparziale. Alle corti deve essere riconosciuto il potere di verificare la conformità alla rule of law della legislazione ordinaria e dei regolamenti dell'Esecutivo.⁸⁷ Infine, l'accesso alle corti deve essere garantito a

⁸⁵ Tale principio è cristallizzato nel nostro ordinamento all'art. 11 delle "Preleggi" al Codice Civile, che recita "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo". CODICE CIVILE, DISPOSIZIONI SULLA LEGGE IN GENERALE, CAPO I, ART. 11 'EFFICACIA DELLA LEGGE NEL TEMPO'.

⁸⁶ Peraltro, è interessante notare che RAZ non nega che le corti abbiano un "law-making power" al pari del legislatore, per cui saranno sottoposte alla rule of law allo stesso modo di quest'ultimo. J. RAZ, *The Rule of Law and its virtue*, cit., p. 201, nota 6.

⁸⁷ Il "judicial review" che qui si vorrebbe riconoscere alle Corti riguarderebbe sempre e solo la correttezza formale dell'emanazione delle leggi. Rimane pertanto escluso un giudizio di merito circa la legittimità o meno dei contenuti della legge.

tutta la popolazione,⁸⁸ altrimenti la forza della rule of law verrebbe vanificata dall'impossibilità per alcune categorie di consociati di avere giustizia.⁸⁹

Tali accezioni del principio di rule of law rientrano sempre nella già ricordata concezione "formale" di rule of law. All'opposto di tale concezione c'è l'idea di rule of law in senso "sostanziale", che guarda alla concretezza e all'effettività del contenuto dei principi che devono essere garantite perché un dato ordinamento possa dirsi conforme alla rule of law.⁹⁰ Fattori di questa seconda dottrina sono principalmente Ronald Dworkin,⁹¹ Sir John Laws⁹² e Trevor Allan.⁹³

Lasciando momentaneamente da parte i primi due, preferiamo occuparci della posizione di Allan in quanto egli, come notato da alcuni, pur condividendo in toto la concezione formale proposta da Raz, se ne differenzia per il semplice fatto di ricondurne la fonte all'idea sostanziale di rule of law, fondata sul riconoscimento della libertà individuale, asserendo quindi che la distinzione tra concezione formale e sostanziale di rule of law non esiste.⁹⁴ Pertanto, l'ordinamento britannico ove le Corti sono solite utilizzare i principi generali della common law assieme alle regole di statute law, andando oltre la correttezza formale della norma per garantire la soddisfazione concreta ai singoli, viene indicato come il modello migliore di ottemperanza concreta alla rule of law.⁹⁵

⁸⁸ Sull'importanza dell'accesso alla giustizia, per tutti si veda M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access To Justice: The Worldwide Movement To Make Rights Effective A General Report*, Leyden-Milano, A. W. Sijhoff Intl.-Giuffrè editore, 1978; mentre per un'analisi dell'accesso alle Corti nel Regno Unito, G. SLAPPER & D. KELLY, *The English Legal System: 2015-2016*, (XVI ed.), London-New York, Routledge, 2015, in particolare, Cap. XVII, pp. 669-697; A. DE LUCA, *L'Accesso alla Giustizia in Inghilterra fra Stato e Mercato*, Torino, Giappichelli Ed., 2007; in particolare Cap. I, pp. 9-12 e Cap. II, pp. 41-124.

⁸⁹ J. RAZ, *The Rule of Law and its virtue*, cit., pp. 198-202. Per completezza si ricorda che il Professor Raz individua come ottavo principio corollario della rule of law quello per cui deve essere fatto divieto alle autorità di polizia e al Crown Prosecution Service, la Procura della Corona, di poter modificare la legge a proprio piacimento ad esempio, scegliendo discrezionalmente quando esercitare l'azione penale e quali crimini perseguire e quali no. Riconoscere un tale potere a questi soggetti equivarrebbe per Raz ad una pericolosa deviazione dalla rule of law. *IBID.*, p. 201.

⁹⁰ P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework*, cit., p. 467.

⁹¹ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1985, pp. 11-12.

⁹² J. LAWS (SIR), *Law and Democracy*, cit.; *Id.*, *The Constitution: Morals and Rights*, cit..

⁹³ T. R. S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 1993, p. 46.

⁹⁴ P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework*, cit., p. 482.

⁹⁵ T. R. S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, cit., pp. 28-43.

Riportata brevemente la posizione di Allan, possiamo occuparci ora degli altri due Autori.

Secondo Dworkin, la concezione sostanziale di rule of law – o “rights conception” come da lui definita – impone che la legge promulgata sia il risultato di un’accurata ricognizione dei diritti individuali, riconosciuti come preesistenti alla legge stessa, il cui fine ultimo è quello di assicurarne la piena fruizione ai singoli. Pertanto, essenziale è il ruolo delle corti, in particolare la loro funzione giurisdizionale (“adjudication”) tesa a definire, volta volta, il contenuto sostanziale dei diritti degli individui verificando se “l’attore ha o meno diritto ad ottenere ciò che chiede”.⁹⁶

Sir John Laws, invece, propone una visione della rule of law strutturata sul ruolo delle Corti nella tutela dei diritti fondamentali, che, avendo il proprio perno nel riconoscimento della libertà individuale, si muove su tre direttrici: il principio di libertà (“freedom”), il principio della certezza del diritto (“certainty”) e il principio di equità (“fairness”). Dunque, un ordinamento rispetterà la rule of law assicurando il massimo grado di libertà ai singoli. Ciò può essere conseguito tramite il principio della minima interferenza nella sfera individuale. Secondariamente, dovrà garantire la certezza del diritto, per cui la legge deve essere formulata in modo chiaro e preciso, tale da poter essere compresa dall’uomo di media diligenza, oltre a disporre esclusivamente pro futuro. Infine, deve essere garantita l’imparzialità nelle decisioni, per cui casi simili dovranno essere decisi in modo uguale e, in particolare, dovranno essere rigidamente osservate le garanzie del giusto processo. La legge così caratterizzata dovrà inoltre soddisfare due ulteriori requisiti: dovrà essere osservata da tutti i consociati (“universality”) e dovrà essere applicata senza discriminazioni (“equality”).⁹⁷ Pertanto, se al Parlamento viene riconosciuta la supremazia politica, ossia nel dettare la linea politica da seguire per garantire la migliore tutela alle libertà fondamentali, alle Corti spetterà il compito di verificare che i principi della rule of law siano rispettati.⁹⁸

Come abbiamo visto, la letteratura in materia di rule of law è alquanto vasta e varia. Per concludere la breve ricognizione sin qui condotta, occorre, infine, guardare agli ultimi sviluppi.

⁹⁶ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., p. 16.

⁹⁷ J. LAWS (SIR), *The Constitution: Morals and Rights*, cit., p. 630.

⁹⁸ J. LAWS (SIR), *Law and Democracy*, cit., p. 92.

A seguito dell'adozione del Constitutional Reform Act nel 2005 il principio costituzionale della rule of law ha avuto per la prima volta espresso riconoscimento legislativo.⁹⁹ Nonostante tale positivizzazione non sia mai stata accompagnata da una definizione univoca del principio in questione né abbia conciliato le due concezioni sopra descritte, Lord Bingham, allora Senior Law Lord, ha fornito quella che da molti¹⁰⁰ è riconosciuta come la più completa definizione di rule of law. Lord Bingham, nella sesta Sir David Williams Lecture individuò otto “sub-categorie” del principio, di cui qui si richiamano solo quelle utili ai fini della nostra analisi.¹⁰¹ La prima, per cui la legge deve essere accessibile e, per quanto possibile, comprensibile, chiara e prevedibile; la terza, per cui le leggi del paese devono essere applicate senza discriminazioni, salvo che oggettive differenze tra soggetti non giustifichino una differenziazione di trattamento; la quarta, per cui la legge deve garantire adeguata tutela ai diritti fondamentali dell'uomo e l'ottava, per cui il principio di rule of law richiede l'adempimento da parte dello Stato delle proprie obbligazioni di diritto internazionale, sia che esse derivino da trattati che da norme internazionali generalmente riconosciute o dalla prassi che governa la condotta delle nazioni.¹⁰²

Il dibattito sin qui richiamato è lungi dal concludersi. Ad ogni modo quanto sin qui riferito è più che sufficiente a comprendere il tema centrale di questo lavoro: il complicato rapporto tra giudici e legislatore. Pertanto, occorre soffermarci ora sull'altra componente essenziale del compromesso del 1689, il principio di supremazia del Parlamento (“sovereignty of Parliament”).

⁹⁹ Constitutional Reform Act 2005, s 1 “The Rule of Law” – “This Act does not adversely affect— (a) the existing constitutional principle of the rule of law, or (b) the Lord Chancellor's existing constitutional role in relation to that principle.”

¹⁰⁰ D. FELDMAN, *English Public Law*, (II ed), Oxford, Oxford University Press, 2009; pp. 7-8; G. SLAPPER & D. KELLY, *The English Legal System: 2015-2016*, cit., Cap. II, pp. 36-38.

¹⁰¹ Le altre “sub-categorie” sono, secondo l'ordine indicato dall'Autore: (2) l'attribuzione di responsabilità devono essere risolte tramite l'applicazione della legge e non tramite l'esercizio della discrezionalità; (5) devono essere predisposti mezzi adeguati per garantire alle parti meno abbienti di poter ottenere giustizia; (6) i ministri e i pubblici ufficiali di ogni livello devono esercitare i poteri loro conferiti in modo ragionevole e in buona fede, al fine di raggiungere lo scopo per cui tali poteri gli sono stati conferiti e senza oltrepassare i limiti fissati dal legislatore; (7) in tutti i processi, di qualsiasi natura (civile, penale), deve essere garantito il principio dell'equo processo. Cfr., T. BINGHAM, *The Rule of Law*, 2007 (66) *Cambridge Legal Journal*, pp. 67-85; p. 67.

¹⁰² T. BINGHAM, *The Rule Of Law*, Londra, Penguin Books, 2011; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, cit.; in particolare, pp. 69, 73, 75 e 81.

3.2) *Il secondo pilastro: la sovereignty of Parliament*

Il principio di supremazia del Parlamento é la chiave di lettura di tutta la dottrina costituzionalistica britannica ed è a sua volta intrinsecamente legato al principio di rule of law.

Infatti, come notato da alcuni¹⁰³ ed evidenziato da Dicey stesso¹⁰⁴, la supremazia del Parlamento favorisce il rafforzamento della rule of law, che, a sua volta, suggella l'egemonia parlamentare in quanto il dominio del diritto è, come abbiamo visto, il dominio della legge parlamentare, che non conosce "higher law".¹⁰⁵

Prima di Dicey, fu l'Earl of Shaftesbury, all'indomani della deposizione di Giacomo II, a fornire una definizione della "parliamentary sovereignty", affermando che "il Parlamento inglese è quel potere supremo ed assoluto che dà vita ed energia al Governo del paese".¹⁰⁶ Nel 1689 si passa, come hanno notato alcuni, "da una fase c.d. dualista, in cui appunto due sono i centri di decisione politica che si fronteggiano (Re e Parlamento) in una posizione di sostanziale equilibrio, ad una fase c.d. monista, in cui al centro del sistema si colloca saldamente un solo organo (il Parlamento)."¹⁰⁷

Duecento anni più tardi, Dicey definirà la supremazia del Parlamento come "that the Parliament, defined as the Queen, the House of Lords, and the House of Commons acting together, has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament."¹⁰⁸

Secondo la descrizione diceana, la supremazia del Parlamento presenta tre caratteristiche essenziali: il potere di modificare qualsiasi legge, qualunque rango essa abbia, tramite l'iter legislativo ordinario; l'assenza di qualsiasi distinzione tra legge costituzionale e legge ordinaria; e, infine, il diniego di qualsiasi potere

¹⁰³ M. TARUFFO, *Il Giudice e la Rule of Law*, (1999) 3 *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 931-940; F. NEUMANN, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leanington Spa-Heidelberg, Dover, N.H., 1986, p. 179 e ss.

¹⁰⁴ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 268-273.

¹⁰⁵ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. 269.

¹⁰⁶ EARL OF SHAFTESBURY, *Some Observations Concerning the Regulating of Elections for Parliament*, (1689), citato da J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament*, cit., p. 150.

¹⁰⁷ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, (III ed.), Torino, Giappichelli, 2017; in particolare, p. 37.

¹⁰⁸ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. 39.

giurisdizionale di invalidare un Atto del Parlamento, o di disapplicarlo in quanto nullo o incostituzionale.¹⁰⁹

La prima caratteristica è la base portante dell'egemonia del Parlamento in virtù della quale “there is no law which Parliament cannot change”. In altre parole, qualsiasi legge, anche quelle che definibili come “costituzionali”, possono essere modificate dallo stesso organo e con il medesimo procedimento previsto per le leggi ordinarie: tramite l'esercizio dell'attività legislativa ordinaria da parte dell'assemblea parlamentare (“by Parliament acting in its ordinary legislative character”).¹¹⁰

La seconda caratteristica attiene alla peculiare natura della costituzione inglese che non contempla il ricorso alla distinzione tra leggi “fondamentali” o “costituzionali” e leggi “ordinarie” non prevedendo alcuna assemblea “costituente” diversa da quella legislativa. Invero, come nota de Tocqueville, il Parlamento britannico è “allo stesso tempo assemblea legislativa e costituente”.¹¹¹ Diretta conseguenza di ciò è il fatto che un Parlamento supremo non è vincolato dall'azione o dall'operato dei suoi predecessori, pertanto nessun Parlamento può vincolare, in modo definitivo, la successiva legislatura (“no Parliament can bind its successors”).¹¹²

Infine, la terza caratteristica è quella più afferente all'argomento che ci occupa: la negazione formale di qualsiasi potere di controllo giurisdizionale sulle leggi del Parlamento. C'è chi vi ha rilevato un'applicazione ortodossa della c.d. teoria “pura” della separazione dei poteri, per cui se ogni potere è autonomo e sovrano nel proprio campo, non è possibile concepire il potere del Giudiziario di invalidare un Atto che è il risultato dell'esercizio di un altro potere, il Legislativo.¹¹³

Sebbene la dottrina diceana della supremazia parlamentare sia ritenuta un pilastro del diritto costituzionale britannico, l'egemonia di Westminster è andata

¹⁰⁹ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 37 -40. Molto coerentemente con la sua visione di un Parlamento onnipotente, DICEY rigetta il potere di judicial review (minimo) – dichiarandolo “obsoleto”- che era stato rivendicato da Lord Coke CJ nel famoso *Dr. Bonham's Case* del 1610, per cui uno *statute* poteva essere dichiarato “void” se in conflitto con “common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed”. *Ibid.*, cit., pp. 61-62.

¹¹⁰ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. 38.

¹¹¹ A. DE TOCQUEVILLE (A CURA DI G. CANDELORO), *La democrazia in America*, cit., p. 115.

¹¹² A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, pp. 35-69 in J. JOWELL & D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, (VII ed), Oxford, Oxford University Press, 2011, in particolare, p. 39.

¹¹³ M. C. J. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 13.

consolidandosi solo con il notevole aumento della produzione legislativa (“statutes”) dal 1690 in poi,¹¹⁴ che ha fatto emergere la legge parlamentare come “prevalente” tra le fonti del diritto.¹¹⁵ Espressione di tale primazia è, ad esempio, l’Act of Settlement del 1701, con cui il Parlamento ha determinato la linea di successione al trono e ha regolato l’esercizio dei poteri sulla Corona.¹¹⁶ Sebbene alla concezione diceana di sovereignty of Parliament se ne siano affiancate altre, il cuore del principio era sempre il medesimo: nel sistema britannico c’è un’unica fonte del diritto ed è la volontà del Parlamento.¹¹⁷ Tuttavia, l’intensità di tale supremazia è andata lentamente attenuandosi a causa di vari fattori.¹¹⁸ In particolare, dal secondo dopoguerra in poi, questo principio è stato oggetto di una lente ma costante “erosione”,¹¹⁹ per cui, secondo alcuni il contenuto di tale principio è stato volta volta manipolato e modificato per renderlo attuale nel ventunesimo secolo.¹²⁰

¹¹⁴ Produzione legislativa aumentata notevolmente soprattutto negli ultimi cento anni – tanto da portare alcuni a definire il secolo scorso come l’“età degli statuti”. Così, A. REPOSO, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto Pubblico Comparato*, (IV ed.), Torino, Giappichelli editore, 2012, pp. 203-240; in particolare, p. 235.

¹¹⁵ P. STEIN (TRAD. A CURA DI A. DE VITA, M. D. PANFORTI, V. VARANO E V. BARSOTTI), *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, Giuffrè editore, 2013, p. 126.

¹¹⁶ Tra gli altri poteri si rammentano l’esercizio esclusivo del potere di legittimazione retroattiva di atti illeciti o, più interessante per noi, il divieto per le corti di disapplicare, per quanto illogico, un atto del Parlamento; A. TORRE, *Regno Unito*, cit., p. 40.

¹¹⁷ Per un’accurata ricognizione delle principali teorie in materia di supremazia parlamentare si veda N. W. BARBER, *Sovereignty Re-examined: the Courts, Parliament, and Statutes*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(1), 2000, pp. 131-154.

¹¹⁸ Anche se vi è chi nega tale tendenza, si veda D. OLIVER, *Parliament and the Courts: A pragmatic (or Principled) Defence of the Sovereignty of Parliament*, pp. 309-337 in J. JOWELL & D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, (VII ed), Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹¹⁹ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, cit., p. 15.

¹²⁰ P. C. OLIVER, *Sovereignty in the Twenty-First Century*, (2003) 14 *King’s College Law Journal*, pp. 137-178; in particolare, p. 142 e pp. 157-160; T.R.S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutional Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

I principali fattori di “erosione” sono tre: l’adozione dello European Community Act 1972;¹²¹ la devolution cominciata con lo Scotland Act 1998 e l’adozione dello Human Rights Act 1998.¹²²

Il primo atto è quello con il quale il Regno Unito ha aderito all’allora Comunità economica europea, attraverso la ratifica del Trattato di Bruxelles del 1972. Ora, il potere di stipulare trattati internazionali rientra nelle prerogative della Corona esercitate dal Governo.¹²³ Di conseguenza, tale prerogativa implica che, in alcune circostanze, il Parlamento sarà costretto a legiferare per non incorrere in una sanzione per violazione di obblighi internazionali. Questa “costrizione” tuttavia, notano alcuni, non comporta una minaccia alla supremazia del Parlamento, perché la legge ordinaria in violazione degli obblighi internazionali sarà comunque applicata dalle corti.¹²⁴

Tuttavia, com’è ben noto, i Trattati costitutivi¹²⁵ dell’Unione Europea non istituiscono una semplice “unione economica”, ma creano un vero e proprio ordinamento sovranazionale con propri organi legislativi, esecutivi e giudiziari e relative competenze esclusive.¹²⁶ Di conseguenza, gli organi dell’Unione

¹²¹ Si ricorda che, a seguito della decisione di lasciare l’Unione Europea del 24 giugno 2016 da parte del Regno Unito (*Brexit*), il Governo May ha attivato la procedura per il ritiro dall’Unione prevista dall’Articolo 50 del TUE con lo European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017, con cui si è proceduto a notificare all’Unione la volontà di recedere dal Trattato. Molto più recentemente è stato presentato lo European Union (Withdrawal) Bill (EUW Bill), con cui si abroga lo European Communities Act 1972 (ECA). J. SIMSON CAIRD, *The European Union (Withdrawal) Bill: Constitutional Change and Legal Continuity*, UK Const. L. Blog, 18 Luglio 2017, reperibile sul sito <https://ukconstitutionallaw.org/>. Il nuovo atto, al vaglio della Camera dei Lords, pone non pochi problemi, in particolare nei rapporti tra il Parlamento e l’Esecutivo; cfr. HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *European Union (Withdrawal) Bill: Interim Report*, HL Paper 19, (2017-19); in particolare, Chap. 3 “Delegated Powers”, reperibile sul sito <https://publications.parliament.uk/>; per un commento al *Report* dei Lords, M. ELLIOTT AND S. TIERNEY, *House of Lords Constitution Committee Issues Interim Report on the EU (Withdrawal) Bill*, U.K. Const. L. Blog, 7 sett. 2017, reperibile sul sito <https://ukconstitutionallaw.org/>.

¹²² A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., pp. 52-66; M. ELLIOTT, *United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under Pressure*, (2004) 2 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 545-54.

¹²³ L’unica eccezione a tale potere, che si ha quando il trattato comporti una modifica ai diritti dei sudditi, è stata introdotta di recente dal Constitutional Reform and Governance Act 2010. Infatti, la Part 2 di tale atto, rubricata “Ratification of Treaties”, prevede che se da un trattato internazionale possono derivare modifiche ai diritti dei cittadini inglesi, allora la decisione di stipulare o meno tale trattato spetterà solo al Parlamento.

¹²⁴ A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 52.

¹²⁵ Ci si riferisce naturalmente al Trattato di Bruxelles del 1972 ed alle successive modifiche, tra cui spicca il Trattato di Lisbona del 2007, costituito dal Trattato dell’Unione europea (TUE) e dal Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), entrato in vigore nel 2009.

¹²⁶ “A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli stati membri all’atto dell’entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti, istituendo una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di

legiferano nelle materie di loro competenza con efficacia vincolante per tutti gli Stati membri. Specularmente, il Consiglio dei Ministri europeo adotta regolamenti direttamente applicabili negli ordinamenti dei singoli Stati o ancora, alcune norme dei Trattati UE sono esse stesse “self-executive”.¹²⁷ A tali organi si affianca la Corte di Giustizia (CGUE), le cui sentenze e decisioni hanno efficacia vincolante per gli Stati Membri. Fondamentale, quindi, per il successo dell’Unione è stata l’applicazione uniforme della normativa europea per cui questa ha necessariamente prevalso sulla legislazione interna, a pena di perdere “il carattere comunitario” che ha mosso gli Stati Membri a costituire l’Unione.¹²⁸

Alla luce di quanto detto, è chiaro che l’ordinamento europeo è incompatibile con la dottrina della supremazia del Parlamento, in quanto l’adesione all’Unione “implica ... una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani”, in particolare nella forma di cessione di sovranità.¹²⁹

Con lo European Community Act 1972 si è tentato di conciliare tale principio cardine della dottrina costituzionale britannica con la partecipazione all’allora comunità europea, introducendo nell’ordinamento interno il diritto europeo con un Atto formale del Parlamento di Westminster. Infatti, la s 2 (1) dell’ECA dispone espressamente che tutte le norme di diritto europeo derivanti dal Trattato di Bruxelles e successive modifiche avrebbero avuto piena efficacia nell’ordinamento interno senza ulteriore attività da parte del Parlamento.¹³⁰

Il problema che si pose sin da subito riguardava il futuro: se davvero si doveva osservare il principio per cui “no Parliament can bind its successors”, come si poteva garantire che la legislatura successiva, di diverso colore politico, non

capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli stati alla comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.” CGUE, Sentenza del 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL* C-6/64, EU:C:1964:66, p. 1144. In generale, in materia di diritto dell’Unione si rinvia a A. ADINOLFI, G. GAJA, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2014; similmente, nella letteratura britannica si veda P. CRAIG & G. DE BÚRCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, (VI ed.), Oxford, Oxford University Press, 2015.

¹²⁷ Ossia “direttamente applicabili” senza necessità di intermediazione Stato Membro. Sul concetto di norme “self-executive” o “non self-executive”, si veda B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

¹²⁸ CGUE, Sentenza del 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL* C-6/64, EU:C:1964:66, p. 1145.

¹²⁹ CGUE, Sentenza del 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL* C-6/64, EU:C:1964:66., p. 1145.

¹³⁰ European Community Act 1972, s 2 (1) “General Implementation of Treaties”. La s 2(2) invece attribuiva al Governo ampi poteri regolamentari per approntare le misure e gli strumenti più appropriate ad attuare al meglio la normativa UE, ivi compreso il potere di emendare la legislazione ordinaria (c.d. “Henri VII clause”).

avrebbe ritirato la partecipazione inglese all'Unione¹³¹ o non avrebbe emanato leggi in violazione dell'ECA (e quindi del diritto europeo da esso introdotto)? Nel 1972 non venne data alcuna risposta in merito, lasciando aperta la questione.¹³² Al contrario, lo European Community Act 1972 detta regole ermeneutiche ben precise per le corti circa l'applicazione del diritto europeo. In particolare, si stabiliva che ogni atto successivo all'ECA 1972 sarebbe dovuto essere interpretato in conformità a quanto stabilito dalla s 2 (1), ovvero conformemente al diritto dell'Unione. Questo avrebbe significato che le corti inglesi avrebbero potuto disapplicare una legge interna se in contrasto con il diritto dell'Unione: e, tuttavia, chi si aspettava una "rivoluzione" del rapporto tra corti e Parlamento era destinato a rimanere deluso. La reazione delle Corti britanniche è stata tutt'altro che "rivoluzionaria" e ben più attaccata, almeno in principio, alla rigida osservanza della parliamentary sovereignty. L'atteggiamento delle corti è, invero, stato definito "riluttante"¹³³ poiché, ben consapevoli delle implicazioni sul piano inter-istituzionale di un'eventuale disapplicazione della legge ordinaria ex s 2 (4), a lungo le corti si sono appellate all'interpretazione per risolvere eventuali conflitti, evitando di ricorrere al potere di disapplicazione. Tuttavia, già negli anni Ottanta la

¹³¹ European Community Act 1972, s 2 (4). Occorre sul punto fare molta attenzione perché, com'è noto, il 24 giugno 2016, la maggioranza della popolazione britannica si è espressa a favore dell'uscita dall'Unione Europea, concretizzando la c.d. "Brexit". Sul punto, per gli ultimi sviluppi si vedano le due decisioni in *Miller (R (on the application of Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin) e *R (on the application of Miller and Dos Santos) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5) in cui sia il *Queen's Bench* sia la *Supreme Court* hanno confermato la primazia del diritto europeo, salvo in caso di modifiche tali da "alterare l'architettura costituzionale interna" per cui è necessario l'intervento del Parlamento. Tra i tanti commenti al caso Miller, si segnalano: [N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, (2016) U.K. Const. L. Blog (27th June 2016); R. CRAIG, *Miller Supreme Court Case Summary*, (2017) U.K. Const. L. Blog (26th Jan 2017) reperibili online sul sito <https://ukconstitutionallaw.org/>, consultato il 26 ottobre 2017. In materia di diritti fondamentali derivanti dalla Carta europea di Nizza, si veda la decisione in *Benkharbouche v Secretary of State for Foreign And Commonwealth Affairs; Secretary of State for Foreign And Commonwealth Affairs and Libya v Janah* [2017] UKSC 62, in cui i Lords hanno disapplicato la normativa interna perché in violazione dell'Articolo 6 della Convenzione di Roma e dell'Articolo 47 della Carta di Nizza, affermando il dovere del giudice di disapplicare la normativa interna ove questa risulti contraria alle disposizioni della Carta. Per un commento, si suggerisce, A. YOUNG, *Benkharbouche and the Future of Disapplication*, U.K. Const. L. Blog (24th Oct 2017); e, in generale, sul destino dell'applicabilità della Carta europea dei diritti dell'uomo post-Brexit si veda: M. AMOS, *Red Herrings and Reductions: Human Rights and the EU (Withdrawal) Bill*, U.K. Const. L. Blog (4th Oct 2017), reperibili online sul sito <https://ukconstitutionallaw.org/>, consultato il 26 ottobre 2017.

¹³² A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 54.

¹³³ A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 54; M. ELLIOTT, *United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under Pressure*, cit., p. 548.

posizione delle corti si stava lentamente aprendo all'uso del potere di cui alla s 2(4).¹³⁴

La vera svolta arriverà nel 1991 con il caso *Factortame I*, con cui la House of Lords si pronunciò sulla validità o meno del Merchant Shipping Act 1988 (MSA) sotto il profilo della lamentata violazione del diritto dell'Unione (nella specie l'obbligo per i pescherecci che si registravano nel Regno Unito di essere di proprietà britannica per almeno il 75%).¹³⁵ Vista la delicatezza della questione, e ammettendo che non vi erano precedenti in materia a cui guardare, i Lords si videro costretti a rinviare la questione alla Corte di Giustizia.¹³⁶ La CGUE confermò l'incompatibilità tra MSA e il diritto dell'Unione affermando la prevalenza di quest'ultimo.¹³⁷ Ritornata la questione all'attenzione della House of Lords, con una sentenza definita "rivoluzionaria",¹³⁸ la Corte disapplicò il MSA perché in contrasto con il diritto europeo, accogliendo il principio enunciato dalla Corte di Giustizia per cui "le norme europee direttamente applicabili devono essere applicate in modo uniforme in tutti gli Stati Membri dal momento della loro entrata in vigore ... in conformità al principio di primazia del diritto comunitario".¹³⁹ Lo stesso Lord Bridge, prevedendo eventuali critiche, dirà "it had always been clear that it was the duty of a United Kingdom court when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law".¹⁴⁰

La decisione in *Factortame* ha definito, a detrimento della supremazia parlamentare, i rapporti tra Westminster e Unione europea sancendo il principio per cui, fino a che il Regno Unito rimarrà parte dell'Unione europea, la legge

¹³⁴ *Garland v British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751, per Lord Diplock at. 7: "[...] the words of a statute passed after the Treaty has been signed and dealing with the subject-matter of the international obligation of the United Kingdom, are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the obligation and not to be inconsistent with it."

¹³⁵ P. CRAIG, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament After Factortame*, (1991) 11 *Yearbook of European Law*, pp. 221-255; W. WADE (SIR), *Sovereignty: Revolution or Evolution?* (1996) 112 *Law Quarterly Review*, pp. 568-575.

¹³⁶ *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd (No. 2)* [1991] 1 AC 603.

¹³⁷ CGUE, Sentenza 19 giugno 1990, *The Queen/ Secretary of State for Transport ex parte Factortame et al.*, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257.

¹³⁸ W. WADE (SIR), C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 28.

¹³⁹ *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd (No. 2)* [1991] 1 AC 603, 643.

¹⁴⁰ *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd (No. 2)* [1991] 1 AC 603, per Lord Bridge at para. 658.

parlamentare ordinaria dovrà, ove necessario, essere disapplicata in virtù della primazia del diritto UE.¹⁴¹

Come abbiamo anticipato, anche se l'introduzione del diritto europeo ha, per la prima volta, minato la supremazia assoluta del Parlamento, vi sono altri due fattori che hanno contribuito a minare l'integrità della parliamentary sovereignty.

Dagli anni Settanta in poi, il Regno Unito ha intrapreso un lungo cammino verso il decentramento amministrativo che ha dato vita al fenomeno della "devolution", ossia di una graduale e costante devoluzione di competenze, legislative, esecutive e amministrative dal centro alle autorità locali.¹⁴² Tale decentramento ha visto protagoniste le tre grandi macro-regioni che compongono il Regno Unito: Scozia, Galles ed Irlanda del Nord.¹⁴³ In particolare, ci preme qui analizzare le conseguenze sulla supremazia del Parlamento della devolution scozzese.¹⁴⁴

A seguito del referendum del settembre del 1997, la maggioranza della popolazione scozzese si pronunciò a favore della creazione del Parlamento di Edimburgo.¹⁴⁵ Così, nel 1998 il Parlamento britannico promulgò lo Scotland Act 1998, conferendo ampi poteri legislativi autonomi al neonato Parlamento di Holyrood.¹⁴⁶ Allo stesso tempo la legge indica tutte le materie che invece restano nella competenza esclusiva di Westminster, tra cui spiccano l'esclusiva competenza in materie costituzionali come l'esistenza della Corona, del Governo e del Parlamento del Regno Unito; l'Act of Union del 1801; il comando delle forze armate, il potere di stipulare trattati internazionali.¹⁴⁷ Inoltre, lo Scotland Act prevede espressamente l'obbligo per il Parlamento scozzese di legiferare conformemente al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.¹⁴⁸ Sebbene

¹⁴¹ A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 56

¹⁴² Sulla devolution britannica la letteratura è vastissima, per tutti si vedano: E. WISTRID, D. M. SMITH, *Devolution and Localism in England*, Farnham, Ashgate, 2014; J. MITCHELL, *Devolution in the UK*, Manchester, Manchester University Press, 2009; A. TORRE, *On Devolution. Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, Bologna, Il Mulino, 2000.

¹⁴³ Il decentramento all'interno dell'Inghilterra presenta problemi diversi rispetto alle tre macro regioni sopra citate, che qui non trattiamo. Per approfondimenti si rinvia a R. HAZELL, *The English Question*, Manchester (NY), Manchester University Press, 2011.

¹⁴⁴ Ma quanto diremo in materia di rapporti tra Parlamento di Westminster e Parlamenti devoluti vale, in linea di massima, per Scozia, Galles e Irlanda del Nord.

¹⁴⁵ SCOTTISH OFFICE, *The White Paper: Scotland's Parliament. Scotland's Right*, Cm. 3658 (1997).

¹⁴⁶ Scotland Act 1998, ss 28 (1) e 29 (1).

¹⁴⁷ Scotland Act 1998, Schedule 5 "Reserved Matters".

¹⁴⁸ Scotland Act 1998, s 29 (2) (d).

vi sia stata una corposa devoluzione di competenze legislative relative agli affari interni della Scozia, per cui è oggi Holyrood il “legislatore primario” al di là del vallo di Adriano, l’incidenza sulla supremazia del Parlamento della devolution scozzese è, in realtà la minore tra i tre fattori di erosione che abbiamo elencato. Difatti, l’unico vero attacco alla “parliamentary sovereignty” si ha nella previsione per cui, nell’esercizio dei poteri devoluti, il parlamento scozzese può emendare o abrogare leggi ordinarie di Westminster che sconfinino nella competenza ad esso riservata, salvo che il Parlamento di Westminster non intenda avocare a sé una determinata competenza assegnata a Holyrood. In tale caso, tuttavia, occorrerebbe una modifica di natura costituzionale allo Scotland Act, presentata in Parlamento e promulgata secondo l’iter legislativo ordinario.¹⁴⁹

Passando all’ultimo fattore di erosione, costituita dall’adozione dello Human Rights Act (HRA) nel 1998, occorre fare una breve precisazione. La trattazione che ci accingiamo a compiere dello Human Rights Act 1998 (HRA) si concentrerà sull’analisi dell’incidenza che un tale Atto ha avuto sulla dottrina della “sovereignty of Parliament”.¹⁵⁰ Lo HRA sarà poi oggetto di ampia ed approfondita discussione nel quarto capitolo di questo lavoro, cui si rinvia per ogni approfondimento del caso.¹⁵¹

Nonostante la grande importanza che la supremazia del Parlamento riveste nell’ordinamento inglese, alle volte, la rigida osservanza di tale dottrina ha rappresentato un ostacolo per ogni tentativo di ampliamento della tutela assicurata ai diritti fondamentali dei sudditi di Sua Maestà.¹⁵² Ciò è evidente nell’ostinata e pluridecennale “non incorporazione” della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali del 1950 (d’ora in avanti, “la Convenzione” o “CEDU”) da parte del Regno Unito.¹⁵³ Infatti, pur essendo stati tra i primi paesi a ratificare la Convenzione nel 1951, oltremarina hanno impiegato più di quarant’anni nel darle piena e concreta attuazione. Solo con l’ascesa al potere del Labour di Tony Blair nel 1997 la situazione è stata affrontata sul

¹⁴⁹ A. PAGE & A. BATEY, *Scotland’s Other Parliament: Westminster Legislation about Devolved Matters since Devolution*, [2002] *Public Law*, p. 501 citato in A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 61.

¹⁵⁰ M. ELLIOTT, *United Kingdom: Parliamentary sovereignty under pressure*, cit., pp. 552-554.

¹⁵¹ Vedi *infra* IV, §§ IV.2 e IV.4.

¹⁵² A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 61.

¹⁵³ Vedi *infra* IV, § IV.1.

serio.¹⁵⁴ Naturalmente, non è stato facile raggiungere una soluzione condivisa, anche e soprattutto per le implicazioni che le prospettive di risoluzione avrebbero comportato per la supremazia del Parlamento. In particolare, emersero due principali difficoltà. La prima si poneva come un'alternativa o si interveniva rafforzando l'abilità delle corti di tutelare i diritti fondamentali introducendo nuovi strumenti di statutory interpretation; oppure si ampliavano le ipotesi del controllo giurisdizionale che le corti britanniche operavano, ad esempio, sugli atti delle agenzie governative, con la conseguenza che la legislazione in violazione dei diritti della CEDU sarebbe stata dichiarata nulla e disapplicata.¹⁵⁵ Ora delle due, solo quest'ultima alternativa si poneva in netta opposizione con la supremazia del Parlamento, violando proprio quel corollario diceano che escludeva qualsiasi controllo giurisdizionale della legislazione ordinaria.¹⁵⁶

La seconda difficoltà discende dalla prima poiché, pur ampliando i poteri delle Corti, dal punto di vista ermeneutico o del controllo giurisdizionale delle leggi, dubbi rimanevano circa l'oggetto di tale sindacato: solo leggi già in vigore o anche leggi future?

Entrambe le problematiche vennero considerate attentamente dal Governo, che inizialmente propose tre possibili modelli di Human Rights Bill. Così, si prospettò l'introduzione di un nuovo "Interpretation Act", che imponeva (solo) il dovere per le Corti regie di interpretazione conforme alla Convenzione; oppure l'attribuzione di un potere di annullamento della legislazione in violazione della CEDU solo per leggi già in vigore, mentre per le leggi future si manteneva la proposta di un "Interpretation Act" simile a quello del primo modello; infine, si prospettò l'ipotesi di un judicial review of legislation, sia per la legislazione in vigore che per quella futura, con pieno potere di annullamento delle normative interna in violazione dei diritti convenzionali.¹⁵⁷

Alla fine, la struttura dello HRA approvato nel 1998 non coincide esattamente con nessuno dei tre modelli appena visti.¹⁵⁸ Come già detto, la piena portata innovativa dello HRA sarà discussa più avanti, qui ci limiteremo a richiamare gli aspetti che

¹⁵⁴ Si veda il *White Paper* presentato dal Governo Blair nell'ottobre del 1997: HOME OFFICE, *Rights Brought Home: the Human Rights Bill*, Cm. 3782 (1997).

¹⁵⁵ HOME OFFICE, *Rights Brought Home: the Human Rights Bill*, cit., Chap. 2. A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 62.

¹⁵⁶ Si veda quanto detto *supra*.

¹⁵⁷ HOME OFFICE, *Rights Brought Home: the Human Rights Bill*, cit., Chap. 2.

¹⁵⁸ HOME OFFICE, *Rights Brought Home: the Human Rights Bill*, cit., Chap. 2.

presentano maggiori criticità per la sovereignty of Parliament. In primo luogo, la s 3 ha introdotto il dovere d'interpretazione conforme alla Convenzione della legislazione ordinaria per tutte le Corti e i tribunali, “so far as it is possibile to do so”.¹⁵⁹ Allo stesso tempo, la successiva s 4 attribuisce alle Corti superiori, ove tale interpretazione non fosse possibile, il potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità (“declaration of incompatibility”), che, tuttavia, non permettere alla Corte di disapplicare né tantomeno annullare la legge ordinaria.¹⁶⁰ Tuttavia, una tale dichiarazione permetterà al Governo di poter agire in via straordinaria, tramite decretazione d'urgenza, per porre rimedio alla situazione di conflitto rilevata dalla Corte.¹⁶¹ Inoltre, il cittadino il cui diritto è stato violato dalla disposizione di legge dichiarata incompatibile adirà, quasi subito, la Corte di Strasburgo per ottenere giustizia.¹⁶²

Pur non avendo lo HRA conferito un potere di “judicial review” specularmente a quello che esercitano i colleghi americani,¹⁶³ il combinato disposto delle ss 3 e 4 acuisce lo stato di sofferenza in cui versa attualmente il principio di supremazia del Parlamento, accrescendo la crepa già creata dallo ECA 1972 e dalla devolution territoriale. Infatti, lo HRA ha completamente rivisto e ridisegnato lo “status” della legislazione ordinaria ed i confini della supremazia del Parlamento creando un vero e proprio “new legal order”, in cui tale principio continua ad esistere, nella sua accezione assoluta, solo “formalmente”,¹⁶⁴ mentre la sostanza ed i contenuti della legislazione parlamentare sono oggi oggetto di un ampio potere di sindacato giurisdizionale.¹⁶⁵ Inoltre, alcune recenti sentenze¹⁶⁶ hanno alimentato la crisi

¹⁵⁹ Human Rights Act 1998, s 3. Sul punto, si tornerà in modo più approfondito *infra* Cap. IV, § IV.4.

¹⁶⁰ Human Rights Act 1998, s 4; vedi *infra* Cap. IV, § IV.4.

¹⁶¹ Human Rights Act 1998, s 10, *infra* Cap. IV, § IV.2.

¹⁶² *Hansard*, HC, col. 773 (16 febbraio 1998).

¹⁶³ Di cui si parlerà *infra* Cap. II, § II.2.

¹⁶⁴ LORD STEYN, *The Role of the Bar, the Judge and the Jury: Winds of Change*, [1999] *Public Law* 51, in particolare, p. 55. Inoltre, si deve considerare che, oggi, la “delegated legislation” ad opera dell'Esecutivo è tale da “eclissare”, in termini quantitativi, la produzione legislativa ‘puramente’ parlamentare. Si veda, REFORM’S 2015 REPORT ‘*How to Run a Country. A Parliament of Lawmakers*’, (march 2015), pp.17-18, reperibile online sul sito <http://www.reform.uk>, consultato il 26 ottobre 2017.

¹⁶⁵ A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 66.

¹⁶⁶ *R (on the application of Unison) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

della nozione di sovranità parlamentare ridefinendo il suo ruolo di primo ed ineguagliabile principio cardine del diritto costituzionale britannico.¹⁶⁷

Ad ogni modo, nonostante la perdita di fiducia nell'autorità di Westminster e nella sua supremazia come efficace strumento di tutela dell'individuo,¹⁶⁸ da sempre nella storia costituzionale britannica il ruolo del Parlamento è stato essenziale nel garantire il rispetto della rule of law e la tutela delle libertà dei singoli dalle pretese del potere arbitrario.¹⁶⁹ Esso ha rappresentato (e rappresenta tuttora) “the storehouse of our liberties” e “the bulwark between rights and all designs of oppression”,¹⁷⁰ plasmando così la concezione, tutta britannica, di diritto costituzionale, nota anche come “political constitutionalism”.¹⁷¹

Tuttavia, prima di passare all'analisi di tale concezione, occorre vagliare il ruolo (se ne ha uno) del principio di separazione dei poteri nel Regno Unito.

I.4. Il ruolo del Giudiziario nel Regno Unito: tra separazione dei poteri e peculiare rapporto tra giudice e legislatore

In questo paragrafo verranno delineati in linea di massima i contenuti ed il significato del principio della separazione dei poteri, con particolare attenzione al profilo degli effetti che l'attuazione in concreto di tale principio ha sulla conformazione del Giudiziario nel Regno Unito.¹⁷² Partiremo così da una breve

¹⁶⁷ M. HAIN, *Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law*, U.K. Const. L. Blog, (Sett. 2017), reperibile sul sito <https://ukconstitutionallaw.org/>, (12 settembre 2017).

¹⁶⁸ J. GOLDSWORTHY, *Losing Faith in Democracy. Why Judicial Supremacy is Rising and What to Do About It*, (May 2015) Vol. LIX, No. 5, *Quadrant Online*, pp. 7-17; pp. 8-9.

¹⁶⁹ J. GOLDSWORTHY, *Is Parliament Sovereign? Recent Challenges to the Doctrine of Parliamentary Sovereignty*, (2005) 3 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 7- 37; in particolare, p. 23.

¹⁷⁰ J. WHITELOCKE; B. WHITELOCKE, cit. in J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, cit., p. 106.

¹⁷¹ Di cui si parlerà *infra* Cap. II, § II.1.

¹⁷² Per comprendere appieno le peculiarità della separazione dei poteri nel Regno Unito, letture indispensabili sono: M. ALLEN & B. THOMPSON, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, cit., pp. 27-35; R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; E. CAROLAN, *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*, Oxford, Oxford University Press, 2009; C. SAUNDERS, *Separation of Powers and the Judicial Branch*, (2006) *Judicial Review*, pp. 337-347; N. W. BARBER, *Prelude to the Separation of Powers*, (2001) 60 (1) *Cambridge Law Journal*, pp. 59-88; E. BARENDT, *Separation of Powers and Constitutional Government*, [1995] *Public Law*, pp. 599 -619; M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit.; W. BAGEHOT

ricognizione dei caratteri del principio per poi passare all'esame delle sue peculiarità oltremaniche e dei conseguenti effetti sul ruolo della magistratura e dei giudici inglesi.¹⁷³

4.1) Il principio di separazione dei poteri nel Regno Unito

Nella tradizione occidentale, il principio di separazione dei poteri presuppone la tripartizione del potere pubblico in legislativo, esecutivo e giudiziario; ciascuno attribuito ed esercitato in via esclusiva da tre diversi organi dello Stato (Parlamento, Governo e magistratura), tra loro in relazione di reciproca indipendenza.¹⁷⁴

La genesi¹⁷⁵ di tale principio si rinviene nelle opere di Montesquieu¹⁷⁶ e Locke,¹⁷⁷ che tuttavia differiscono riguardo la convenienza dell'attuazione pratica di tale principio.

Per Montesquieu, fine ultimo e ragion d'essere della separazione dei poteri era prevenire l'accentramento dei poteri nella mani di un solo organo dello Stato, com'era accaduto durante l'ancien regime del periodo pre-rivoluzionario. Per Locke, l'adozione e la realizzazione concreta di tale principio avrebbe comportato anche un ulteriore vantaggio. Avrebbe infatti potenziato l'operato e l'attività del governo nel suo complesso, rendendolo così una macchina i cui ingranaggi funzionano in armonia senza sovrapposizioni tra un ramo e l'altro del potere.¹⁷⁸ In

(TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit.; SIR I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, (V ed.), London, University of London Press 1967, p. 241.

¹⁷³ R. STEVENS, *The English Judges: Their Role in the Changing Constitution*, cit.; J. A. G. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, (V ed.), Fontana Press, 1997; LORD LESTER OF HERNE HILL, *English Judges as Lawmakers*, [1993] *Public Law* 269; LORD DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, (1976) 39 (1) *Modern Law Review*, pp. 1-16; LORD REID, *The Judge as Law Maker*, (1972-73) 12 *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, pp. 22-29.

¹⁷⁴ Per un'introduzione generale sulle radici del costituzionalismo occidentale, A. BURATTI, *Western Constitutionalism. An Introduction*, Torino, Giappichelli Editore, 2016; pp. 1-10 e 13-48.

¹⁷⁵ Per completezza, si segnala che la necessaria separazione dei poteri era già predicata dal filosofo greco Aristotele nella sua opera *Politica*. ARISTOTELE (A CURA DI C. A. VIANO), *Politica*, Milano, BUR: classici greci e latini, 2002.

¹⁷⁶ C.L. DE SECONDAT-MONTESQUIEU (TRAD. A CURA DI B. BOFFITTO SERRA), *Lo spirito delle leggi*, Milano, Bur-Rizzoli, 1989.

¹⁷⁷ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., Cap. IX.

¹⁷⁸ Principio ereditato ed ampliato dal costituzionalismo americano, cfr. G. R. STONE, L. M. SEIDMAN, C. R. SUNSTEIN, M. V. TUSHNET, *Constitutional Law*, (II ed.), Boston-Toronto-London, Little Brown, 1991, p. 363.

questo senso, si dice che Locke promuovesse la separazione dei poteri “perché una tale ripartizione avrebbe facilitato il raggiungimento del bene comune a cui è volta l’azione dello Stato.”¹⁷⁹

Inoltre, le ragioni a sostegno della separazione dei poteri sono molto differenti in Montesquieu e in Locke.

Innanzitutto, il filosofo francese concepisce la separazione dei poteri per lo più come la necessaria separazione del Legislativo e dall’Esecutivo, poiché altrimenti “leggi arbitrarie sarebbero state eseguite in modo altrettanto arbitrario, sfociando così in una tirannia irrispettosa dei diritti individuali”.¹⁸⁰ Perciò, Montesquieu attribuisce grande importanza all’indipendenza del potere giudiziario, poiché considerato l’unico potere in grado di applicare le leggi equamente ed in modo imparziale, sottraendole così alla discrezionalità del legislatore o del governo, come invece avveniva con i “Pàrlements” dell’ancien regime.¹⁸¹

Nell’opera di Locke, invece, le ragioni a favore della separazione dei poteri in Inghilterra sono intimamente connesse con le peculiarità dell’isola britannica. Innanzitutto, il filosofo inglese assegna il ruolo di supremazia al potere legislativo, individuando nel Parlamento l’organo titolare di tale potere, a cui è strettamente connesso il potere esecutivo. Nella teoria lockeana tali poteri già esistevano in capo agli uomini nello stato di natura, prima della costituzione in società civile. In tale condizione, a ciascuno spettava il potere di fare tutto ciò che era necessario per preservare se stessi e gli altri entro i limiti della legge naturale (il potere legislativo); inoltre, a ciascuno spettava anche il potere di punire chiunque non rispettasse la legge naturale e minacciasse la vita, la libertà o la proprietà di un altro (il potere esecutivo). Di questi poteri l’uomo si spoglia una volta scelto di entrare in società con i suoi simili, rimettendoli ad un’entità nuova e distinta, lo Stato. Unico limite a tali poteri da parte dello Stato era che fossero esercitati in modo tale da garantire a tutti i consociati la vita, la libertà e la proprietà.¹⁸²

Come Montesquieu, anche Locke temeva che la concentrazione del potere legislativo ed esecutivo nella mani del Parlamento avrebbe potuto portare ad un’eccessiva discrezionalità al momento di attuazione pratica della legge.

¹⁷⁹ N. W. BARBER, *Prelude to the Separation of Powers*, cit., p. 64.

¹⁸⁰ C.L. DE SECONDAT-MONTESQUIEU (TRAD. A CURA DI B. BOFFITTO SERRA), *Lo spirito delle leggi*, cit., Libro XI, s. 6.

¹⁸¹ P. GROSSI, *L’Europa del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 123.

¹⁸² J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., pp. 232-4.

Tuttavia, la necessità di un altro, diverso organo che assicurasse l'imparziale osservanza delle leggi, separato dal Legislativo, venne determinata da un altro fattore, strettamente legata alla realtà politica del tempo: la saltuarietà con cui si riuniva il Parlamento britannico per legiferare.¹⁸³ Infatti, nei periodi in cui il Parlamento non era in seduta, era necessaria la presenza di un organo con piena ed esclusiva potestà esecutiva, in grado di garantire la continua applicazione delle leggi sul territorio: il Governo, appunto. Infine, Locke teorizzò anche la necessità di un potere "federativo" ("federative power") cui spettassero le decisioni di politica estera e le competenze circa la dichiarazione di guerra.¹⁸⁴

Alla luce di quanto detto, è chiara la differenza di Locke rispetto a Montesquieu: il filosofo inglese non era veramente interessato a fornire uno schema di separazione dei poteri, ciò che gli premeva era presentare un modello di Stato ("commonwealth") in cui il potere legislativo conferito dal popolo ad uno o più soggetti non "fosse diretto ad altro fine che la pace, la sicurezza e il pubblico bene del popolo stesso".¹⁸⁵ Pertanto, la principale separazione che doveva essere rispettata era quella tra un potere supremo, superiore agli altri ed in grado di promulgare leggi tese alla conservazione della proprietà e della libertà dei singoli e un potere subordinato, ma egualmente importante, che dia seguito a tali leggi, facendole rispettare per garantire a tutti di conservare i propri beni.¹⁸⁶ Come vedremo più avanti, le teorie di Locke avranno successo al di là dell'Atlantico, tant'è che il filosofo inglese verrà definito "il padre della Costituzione americana"¹⁸⁷ nonostante l'omissione di qualsiasi riferimento al potere giudiziario (che invece negli Stati Uniti avrà un ruolo preponderante) nella partizione lockeana.¹⁸⁸

¹⁸³ Si consideri che dal 1681 al 1689, anno di pubblicazione dell'opera di Locke, il Parlamento si riunì per soli due mesi in otto anni. G. HOLMES, *The Making of a Great Power: Late Stuart and Early Georgian Britain, 1660-1722*, London-New York, Longman (Foundations of Modern Britain), 1993, p. 166, citato in E. BARENDT, *Separation of Powers and Constitutional Government*, cit. p. 602.

¹⁸⁴ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., pp. 232-4.

¹⁸⁵ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., p. 234.

¹⁸⁶ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., pp. 241-82.

¹⁸⁷ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 66.

¹⁸⁸ Di fatti, la forma di separazione proposta da Locke è stata definita come una "inter-relazione tra poteri" ("inter-relationship of the powers of government") più che una vera e propria separazione, il cui nucleo essenziale era la creazione di diverse categorie di potere con funzioni differenti e separate. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 58.

In realtà, tale omissione non significa che il Giudiziario fosse inesistente o che non avesse un vero e proprio ruolo per Locke o oltremontana - aveva solo una veste diversa. Difatti, è bene rammentare che nella tradizione di common law inglese, da Bracton in poi,¹⁸⁹ il potere giudiziario è considerato un ramo del potere esecutivo, corrispondente al potere di “iurisdictio”, che si distingue dal potere più squisitamente governativo di “gubernaculum”. Dunque, il ruolo del Giudiziario è simile a quello dell’Esecutivo: consiste nel dare esecuzione alle leggi dello Stato nella forma di amministrazione della giustizia dello Stato, di “rendere giustizia” intervenendo nel caso di conflitto patologico tra soggetti privati e indicando la soluzione conforme alla legge.¹⁹⁰ Non a caso, lo stesso Locke prevedeva che vi fossero “giudici imparziali e retti” a dirimere le controversie tra privati, secondo “leggi stabilite e fisse, promulgate e rese note al popolo” dal Parlamento.¹⁹¹

La teoria lockeana è l’eredità politica della Guerra Civile inglese: la necessità di un governo limitato, cui partecipano tutti i principali ordini dello Stato affinché si raggiunga la migliore soluzione che soddisfi equamente tutti gli interessi in gioco (“limited government”).

Infatti, alla luce delle vicende del 1642 e 1689 era assodato che occorreva modificare il tradizionale modello di “governo moderato” (“mixed government”) per limitare ulteriori derive arbitrarie del potere pubblico ed evitare un’altra crisi costituzionale. Nuova chiave di lettura era il principio di supremazia parlamentare, per cui il potere legislativo era il potere supremo ma non era arbitrario o illimitato.¹⁹² Andò così affermandosi l’idea per cui il potere legislativo era assoluto, unico e superiore agli altri poteri dello Stato ma i soggetti che lo esercitavano erano diversi, separati perché separate sono le funzioni che sono chiamati a svolgere: l’uno fare le leggi, l’altro renderle esecutive.

¹⁸⁹ HENRY DE BRACON, grande giurista inglese del XIII secolo, autore del famoso trattato sul sistema inglese *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* del 1267.

¹⁹⁰ P. COSTA, *Iurisdictio: semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale 1100-1433*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.

¹⁹¹ J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., p. 234.

¹⁹² Per Locke, infatti, “legislative supremacy” non significava affatto che l’organo titolare del potere legislativo potesse fare ciò voleva nel modo che voleva. Il potere legislativo era supremo perché era stato conferito all’organo dal popolo al momento della rinuncia a vivere nello stato di natura. J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., Cap. XIII, p. 265.

E' questo il modello politico della "costituzione mista" ("theory of the balanced constitution")¹⁹³ che si fonda, più che su una separazione di poteri, su di una "separazione di funzioni" – o meglio, una "parziale separazione di funzioni"- per cui, pur ammettendo la condivisione dell'esercizio del potere legislativo tra organo legislativo e organo esecutivo ("sharing of legislative authority"), si fissa una netta distinzione di funzioni in concreto esercitate dai due organi: la funzione legislativa e la funzione esecutiva. La prima corrisponde all'attività di normazione in senso stretto, alla titolarità del potere di "fare le leggi", c.d. "law-making power", attribuita in modo esclusivo al Parlamento;¹⁹⁴ la seconda, invece, concerne il potere di dare esecuzione alle leggi, di implementarle e farle rispettare da tutti i consociati, conferita ad un organo determinato e distinto, il Governo.¹⁹⁵ Nel Regno Unito tale modello si concretizzava nella "necessaria presenza di una Corona che rappresentasse l'istanza monarchica, di una House of Lords espressione dell'aristocrazia (e, ovviamente della grande proprietà terriera) e di una House of Commons che difendesse le istanze del popolo, il tutto custodito da un ceto di giuristi proposto a vegliare sul mantenimento di tale equilibrio".¹⁹⁶ In un siffatto contesto "tutte le forze sono dunque moderate, ma sono anche preservate, proprio perché nessuna di esse può crescere a dismisura a danno della altre. Ogni forza, dentro la costituzione, accetta di essere limitata, e nello stesso tempo riceve la garanzia della permanenza della sua identità".¹⁹⁷ Infatti, la co-titolarità del potere legislativo non determina la fusione di poteri. Perciò, il Re, cui veniva assegnato il potere esecutivo, non poteva legiferare ma prendeva parte al processo legislativo. Il Parlamento aveva piena potestà legislativa, ma non poteva attuare le leggi che promulgava, poteva solo supervisionarne l'esecuzione.

¹⁹³ Tale modello è stato a lungo "la principale tradizione costituzionale europea" e affonda le sue radici nei concetti di medietas e firmitudo, moderazione e stabilità. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, (II ed.), Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 133-136. Molto acutamente, LONGO parla di "stabilità tramite moderazione, visto che la stabilità del governo, e del sistema politico in genere, è garantita dall'equilibrio delle parti sociali, da quella aequabilitas ciceroniana, che non è risoluzione dei conflitti attraverso la sublimazione in un tutto superiore (Nazione, Stato) ma composizione continua (e mai risolta) di tali conflitti, attraverso la loro proiezione nelle istituzioni." A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine: stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, (2017) 1 *Diritto Pubblico*, pp. 239-280, in particolare p. 243.

¹⁹⁴ Che Locke definisce appunto potere "supremo". J. LOCKE (TRAD. A CURA DI A. GIALLUCA), *Il Secondo Trattato sul Governo*, cit., Cap. IX, p. 234.

¹⁹⁵ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 66.

¹⁹⁶ A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine: stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, cit., p. 243.

¹⁹⁷ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit., p. 137.

Alla luce di tale ripartizione di potere pubblico, alcuni hanno parlato di “balance of powers”, ritenendo tale definizione più appropriata per sistema inglese che tende a preferire l’equilibrio tra i poteri dello Stato più che una separazione netta.¹⁹⁸

Qualche anno più tardi, la “balanced constitution” di matrice lockeana venne riformulata da Sir Humphrey Mackworth.¹⁹⁹ Siamo dopo il 1701, quindi l’equilibrio istituzionale è assicurato dalla supremazia del King-in-Parliament, cui spetta la “legislative authority”. Tuttavia, Mackworth aggiunse un altro elemento essenziale per una “costituzione di successo”, che invece Locke aveva trascurato: la funzione giudiziale.

Da ciò discende che il potere legislativo è sì condiviso dai tre ordini dello Stato (Re, Comuni e Lords), ma a ciascuno di essi è attribuita una funzione diversa: al Re spetta il potere di convocare o sciogliere le camere, di dichiarare guerra o concludere la pace; alla Camera dei Comuni spetta il potere di imposizione fiscale; mentre alla Camera dei Lords è riservata la funzione giudiziale (“rights of judicature”). Tale tripartizione permetteva di raggiungere il miglior equilibrio perché sotto l’ombrello del potere legislativo i tre rami dello Stato esercitavano funzioni diverse potendo così controllarsi a vicenda, secondo il principio dei “checks and balances” che troverà la sua massima espressione nella Costituzione federale degli Stati Uniti.²⁰⁰

Nei due secoli successivi, la convinzione che un governo moderato tutto teso a mantenere in perfetto equilibrio i poteri dello Stato fosse la migliore forma di governo del paese venne superata. In particolare, il diciottesimo secolo aveva visto il graduale sviluppo dei primi partiti politici, portatori delle istanze sociali della borghesia medio-alta, che era divenuta l’ossatura portante della società inglese del tempo. I membri del Parlamento erano per lo più rappresentanti della borghesia, che si dividevano tra Conservatori e liberali Whigs, configurando così un nuovo equilibrio tra i poteri in gioco che vedeva contrapposto il partito di maggioranza a quello di minoranza, in una lotta continua per ottenere l’incarico di governo.

¹⁹⁸ R. STEVENS, *The English Judges. Their Role in the Changing Constitution*, cit., p. 9.

¹⁹⁹ SIR H. MACKWORTH, *A Vindication of the Rights of the Commons of England*, Londra, 1701, riportato da M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 69 ss.

²⁰⁰ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 69.

Così, tra la fine del diciottesimo secolo e l'inizio del diciannovesimo, si avviò una revisione della teoria della "balanced constitution", che riformulò il concetto di "checks and balances" e ideò una teoria della separazione dei poteri più funzionale alle nuove circostanze socio-politiche. Proprio sotto questo profilo, nel Regno Unito vennero rifiutate le forme più radicali di separazione dei poteri di cui erano esempio la Francia e gli Stati Uniti.²⁰¹ La via seguita fu quella che meglio prometteva il mantenimento dell'armonia tra Esecutivo e Parlamento, due facce del medesimo potere. Ciò spiega anche il passaggio dal King-in-Parliament, che vedeva la Corona opposta al parlamento, al "parliamentary government", ove al Parlamento si contrappone l'Esecutivo.²⁰²

La nuova teoria si focalizzò su come garantire il migliore funzionamento dell'organo parlamentare, coordinando la funzione legislativa con quella esecutiva.²⁰³ L'ascesa di una forma "parlamentare pura" di governo si deve al "declino" del ruolo della Corona, dovuto ad un secolo e più di conflitti e lotte intestine che avevano irrimediabilmente intaccato la certezza del "diritto divino del Re".²⁰⁴

Ruolo essenziale nel nuovo assetto era svolto dal "gabinetto di governo" ("cabinet") che venne definito la "cinghia di trasmissione" tra Parlamento e Governo, permettendo di raggiungere l'armonia tra l'attività dei due organi. Infatti, il cabinet era un'evoluzione del governo moderato, poiché era formato dai membri del partito che aveva la maggioranza nella House of Commons, che divenivano così "government members" ossia Ministri dell'Esecutivo, rimanendo, allo stesso tempo, membri della Camera bassa del parlamento (MPs – members of Parliament) che, già allora, era la principale titolare dell'azione legislativa.²⁰⁵ La

²⁰¹ Ove le idee di Montesquieu e Locke (quest'ultimo avrà grande seguito soprattutto negli Stati Uniti, ove le conseguenze della teoria lockeana di separazione dei poteri andranno ben oltre l'iniziale schema di pensiero del filosofo inglese; *infra* Cap. II, § II.2) erano state implementate alla lettera, prevedendo una netta e rigida separazione di poteri, assegnati a tre organi del tutto separati l'uno dall'altro, oltre che di funzioni: l'esatto contrario rispetto al tradizionale modello di governo moderato e costituzione equilibrata che si era affermato nel Regno Unito dal 1690 in poi.

²⁰² Infatti il modello di governo moderato fondato sulla "balanced constitution", nato in virtù di circostanze a dir poco uniche e decisamente irripetibili nella storia del paese (la Guerra Civile, il Protettorato di Cromwell e la Rivoluzione del 1689), non rispondeva alle nuove esigenze politiche del diciannovesimo secolo. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 212.

²⁰³ LORD J. RUSSELL, *Essay on the History of the English Government*, Londra, 1821, come riportato in M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 217 ss.

²⁰⁴ R. STEVENS, *The English Judges. Their Role in the Changing Constitution*, cit., p. 5.

²⁰⁵ La House of Lords aveva già perso molto in termini di peso politico nel procedimento legislativo, in quanto Camera composta da membri non eletti. Per convenzione costituzionale il

Camera dei Comuni era il foro ideale per la composizione delle istanze della maggioranza e della minoranza, garantendo un confronto e una cooperazione continua tra Esecutivo e Parlamento. La commistione tra i due organi andò consolidandosi grazie al peculiare meccanismo di nomina dei membri del gabinetto: era l'assemblea legislativa che indicava la lista dei nomi tra cui scegliere i membri del gabinetto di governo ed il Primo Ministro - poi formalmente nominato dalla Regina - in base alla fiducia che questi godevano presso l'assemblea parlamentare stessa.²⁰⁶ Tuttavia, al gabinetto era riconosciuto un potere potenzialmente distruttivo: il potere di sciogliere le camere.²⁰⁷ E' un potere anomalo da affidare ad una "commissione dell'assemblea legislativa" perché si dà alla "creatura il potere di distruggere il proprio artefice."²⁰⁸ In realtà, il rapporto tra Legislativo ed Esecutivo aveva natura cooperativa, all'insegna della leale collaborazione, in cui spiccava il ruolo essenziale del Primo Ministro quale "fondamentale nesso cooperativo" tra Cabinet government e maggioranza parlamentare.²⁰⁹

suo ruolo nell'attività di produzione legislativa è di gran lunga subordinato alla Camera dei Comuni, composta da rappresentanti eletti.

²⁰⁶ W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., pp. 53-54.

²⁰⁷ Per un'analisi esaustiva dell'argomento si veda, C. MARTINELLI, *The Constitutional Conventions for the Dissolution of the House of Commons in the Evolution of the Form of British Government (Le constitutional conventions per la dissoluzione della House of Commons nell'evoluzione della forma di governo britannica)*, (2009) 18 *Journal of Constitutional History (Giornale di Storia Costituzionale)*, pp. 256-295.

²⁰⁸ W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 55.

²⁰⁹ A. TORRE, *Regno Unito*, cit. pp. 77-84. Essenziale per il buon funzionamento di un tale assetto costituzionale è il "mutual respect" tra i tre rami del potere, che si sostanzia nel divieto per ciascun potere di ingerirsi nella sfera di competenza degli altri. L'inizio del sistema di premiership britannico risale al 1721 quando, a seguito dello scandalo *South Sea Bubble* (avente ad oggetto la bancarotta della South Sea Company in cui avevano investito migliaia di cittadini britannici e in cui erano coinvolti anche ministri di Stato e Pari del Regno) venne chiamato ad assumere la carica di premier Robert Walpole, che riuscì a dare nuova credibilità alla politica nazionale sull'orlo del collasso. Dunque, grazie alla sua risolutezza nel governare e alla sua accortezza nel risolvere la *South Sea Bubble*, Sir Walpole acquistò una preminenza tale all'interno del gabinetto di governo da imporsi come figura fondamentale delle dinamiche di governo, spianando la strada alla figura del "Primo ministro".

Oggi, il sistema di governo britannico è imperniato sulla premiership, ove, grazie alla crescente affermazione dei partiti politici come protagonisti della scena di governo del paese, è il partito che gode della maggioranza nella House of Commons - guidato dal proprio leader, il Premier- a governare il paese attraverso il Parlamento, sancendo così l'effettiva prevalenza dell'Esecutivo sul Legislativo. Il buon funzionamento di un tale meccanismo è favorito anche dal sistema elettorale britannico, che si sostanzia in un sistema maggioritario puro, secondo il modello storico del "first-past-the-post", per cui viene eletto il candidato che riceve la maggioranza dei voti. Nel caso in cui non si raggiunga una maggioranza sufficiente, allora passerà il turno il candidato con più voti. Il secondo turno sarà quello definitivo. Sul punto si veda ampiamente, V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, cit., p. 15; A. TORRE, *Interpretare la costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, cit., pp. 434-458. LORD NEUBERGER, *Judges and Policy: A Delicate Balance, Institute for Government*, 18 giugno 2013, p. 3; ID, *The Role of Judges in a Representative*

Alla luce di una tale “profonda compenetrazione” tra i due organi divenne chiaro che una netta separazione di poteri non poteva essere raggiunta, né era, d'altronde, necessaria, poiché Esecutivo e Legislativo si confrontavano nell'arena politica dei Commons.²¹⁰ Perciò, alcuni hanno notato come, a differenza di altri modelli ove il potere legislativo e quello esecutivo finiscono con l'inglobarsi l'uno nell'altro, nel Regno Unito i due poteri non si fondono mai del tutto, annullandosi l'uno con l'altro, ma rimangono in equilibrio, controllandosi a vicenda.²¹¹ Tuttavia, sebbene lo stesso Bagehot articoli il rapporto tra gabinetto e Parlamento secondo il modello classico di “balanced constitution”, finisce con il concludere che la caratteristica che rende superiore a qualsiasi altra la costituzione inglese è proprio la “fusione pressoché completa del potere esecutivo con quello legislativo”,²¹² dovuta al peso sempre più rilevante conquistato dai partiti politici di massa dalla fine del diciannovesimo secolo in poi e alla ferrea implementazione della disciplina e lealtà di partito (“party discipline”)²¹³ in Parlamento.²¹⁴

Il ventesimo secolo è stato caratterizzato da un'attenzione particolare all'individuazione del soggetto che “fa le leggi”, ovvero il “supreme law-making body”: nel Regno Unito la risposta scontata è sempre stata il Parlamento.²¹⁵

Tuttavia, come già visto, a partire dalla seconda metà del Novecento si è sempre più affermata la prassi della “delegificazione” con cui il Parlamento rimette al Governo la disciplina di settori specifici.²¹⁶ Inoltre, la stessa funzione esecutiva è

Democracy, IV° seduta del Judicial Committee of the Privy Council alle Isole Bahamas, (24 febbraio 2017) reperibile sul sito <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>, consultato il 15 maggio 2017.

²¹⁰ J. J. PARK, *The Dogmas of the Constitution*, Londra, 1832, come riportato in M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 218-219.

²¹¹ E' il caso degli Stati Uniti, ove, per lungo tempo, si è assistito ad una vera e propria coincidenza tra Legislativo ed Esecutivo. P. F. AIKEN, *A Comparative View of the Constitutions of Great Britain and the United States of America*, Londra, 1842, come riportato in M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., p. 221.

²¹² W. BAGEHOT (TRAD. A CURA DI S. PASTORINO), *La Costituzione inglese*, cit., p. 52.

²¹³ Con “party discipline” si intende quella prassi per cui i membri di un partito, una volta eletti, devono obbligatoriamente uniformarsi alla linea e alle scelte politiche del partito. E' interessante notare come tale prassi sia agli antipodi rispetto al sistema italiano, ove la Costituzione dispone il divieto di mandato imperativo, affermando all'articolo 67 che: “Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.” C. J. KAM, *Party Discipline and Parliamentary Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

²¹⁴ M. RADFORD (TRAD. A CURA DI G. F. CARTEI), *Controllo giurisdizionale e controllo politico*, in M. P. CHITI (A CURA DI) *Cittadini e Potere nell'Inghilterra di oggi*, Milano, Giuffrè editore, 1990, pp. 42-128; p. 72.

²¹⁵ Per tutti, A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., p. 121.

²¹⁶ Basti pensare al recentissimo European Union (Withdrawal) Bill (EUW Bill), con cui si abroga lo European Communities Act 1972 (ECA) a seguito della decisione di lasciare l'Unione Europea del 24 giugno 2016 da parte del Regno Unito. La clause 9 attribuisce al Governo il potere di dare

andata spalmandosi tra soggetti diversi rispetto al ristretto Cabinet di Bagehot a seguito del decentramento amministrativo iniziato negli anni Settanta.²¹⁷

Ciò deriva dal fatto che la “unique separation of powers”²¹⁸ del Regno Unito intende come unico potere veramente separato il Giudiziario perché ritenuto titolare di una funzione del tutto subordinata alle altre due: quella di applicare regole generali a casi particolari.

4.2) Un Parlamento come Corte ma non un Giudice come Legislatore: il peculiare ruolo del Giudiziario britannico

Dunque, alla luce della peculiare articolazione della separazione dei poteri, ove spicca la predominanza del Legislativo, molti si sono chiesti appunto, quale sia il ruolo del potere giudiziario nelle dinamiche inter-istituzionali dell'ordinamento britannico.²¹⁹

Come già visto, il punto di svolta nella storia del Giudiziario britannico è senza dubbio l'Act of Settlement nel 1701,²²⁰ con cui ai giudici è stata riconosciuta piena

attuazione al ritiro dall'Unione Europea tramite legislazione secondaria, con la possibilità di modificare anche la legislazione ordinaria nell'ambito del nuovo corpo di leggi chiamato “retained EU law”. Sul punto si veda, J. SIMSON CAIRD, *The European Union (Withdrawal) Bill: Constitutional Change and Legal Continuity*, cit., p. 2.

²¹⁷ Sono rispettivamente del 1972 e del 1973 i primi due atti di “devolution” politico-amministrativa nei confronti di Galles e Scozia (Local Government Act e Local Government (Scotland) Act). Dopo un periodo di grande mobilitazione a livello di amministrazioni locali, che, tuttavia, si arresterà con la sconfitta ai referendum del 1979 e l'avvento del governo fortemente unionista guidato da Margaret Thatcher. Solo con l'avvento del New Labour nel 1997 si tornerà a parlare di devolution, con le riforme di riorganizzazione territoriale poste in essere con lo Scotland Act 1998 e il Government of Wales Act 1998. A. TORRE, *Uno stato unitario a geometria variabile. Asimmetrie della politica, delle istituzioni e dei diritti nella devolution nel Regno Unito*, reperibile sul sito *Astrid-online*, 2002, pp. 1-28; pp. 15-6; J. SHARLAND, *A Practical Approach to Local Government Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006; A. ALEXANDER (TRAD. A CURA DI D. MELLINGTON E M. NICOLETTI), *L'amministrazione locale in Gran Bretagna: una riforma alla prova*, Padova, Cedam, 1984.

²¹⁸ R. MASTERMAN, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution*, cit., p. 5.

²¹⁹ H. W. R. WADE, *The Basis of Legal Sovereignty*, (1955) *Cambridge Law Journal*, pp. 172-197; in particolare, pp. 186-189.

²²⁰ L'Act of Settlement è stato adottato dal Parlamento britannico con la principale finalità di assicurare una linea di successione protestante alla Corona dell'Inghilterra e d'Irlanda. Infatti, Guglielmo III e Maria II, chiamati a prendere il posto di Giacomo II alla fine della Gloriosa Rivoluzione, non riuscirono ad avere un erede, perciò, temendo la possibilità che il figlio di Giacomo II e Maria di Modena potesse avanzare pretese sul trono, il Parlamento emanò questo atto “disponendo” per la successione del trono inglese (la traduzione letterale di “Act of Settlement” è, infatti, atto di “disposizione”). Così, il diritto di successione al trono d'Inghilterra e d'Irlanda venne assegnato all'Elettrice di Hannover, Sofia, figlia di Giacomo I, di religione

indipendenza durante lo svolgimento dell'incarico.²²¹ In realtà tale riconoscimento, al pari dell'idea di un Giudiziario indipendente, scaturì dalla discussione circa le funzioni giudiziali del Parlamento, in particolare della House of Lords, a cui era (ed è stata a lungo)²²² affidato il c.d. “right of judicature”, per cui i Lords agivano in sede giudiziaria “come una sorta di comitato dell'organo legislativo intero (composto dalle due camere e dal Re).”²²³

Per lungo tempo, infatti, il Parlamento è stato percepito come una vera e propria Corte di giustizia,²²⁴ diversa dalle altre soltanto perché le sue decisioni non erano assoggettabili alla procedura d'appello.²²⁵ Di conseguenza, laddove la giustizia di common law si fosse rivelata impotente, sarebbe stato possibile ricorrere al Parlamento, attraverso la c.d. “bill procedure”. In questo senso “ogni atto del Parlamento era a tutti gli effetti uguale ad un giudizio”.²²⁶

E' pacifico, invero, che la tradizione di common law inglese è frutto di un continuo attivismo giudiziario (“judicial policy-making”) dal 1066 in poi e, storicamente parlando, è indubbio che il giudice inglese possa definirsi come un “legislatore”

protestante e ai suoi eredi non cattolici. Il testo integrale è reperibile sul sito <http://www.jacobite.ca/documents/1701settlement.htm>, consultato il 12 gennaio 2017.

²²¹ Con la famosa clausola “quamdiu se bene gesserint” dell'Act of Settlement 1701.

²²² A partire dall'Appellate Jurisdiction Act 1876, l'ultima istanza di giudizio nel Regno Unito è stata l'Appellate Committee della House of Lords, che corrispondeva alla House of Lords in composizione giudicante e ristretta, di cui erano parte dodici Lord of Appeal in ordinary (anche noti come Law Lords), che erano anche membri della Camera Alta del Parlamento britannico. Questa struttura, fortemente ancorata appunto alla tradizionale “balanced constitution” affermatasi dal diciassettesimo secolo in poi, è stata radicalmente cambiata con il Constitutional Reform Act (CRA) 2005. Il CRA ha separato – anche fisicamente, spostando la sede dell'Appellate Committee in un palazzo distinto dal Palazzo di Westminster, sede storica del Parlamento inglese – la funzione legislativa e la funzione giudicante della House of Lords, creando una nuova Supreme Court of the United Kingdom (s 23), composta dai medesimi membri della nuova corte (che ora hanno il nome di Justices of the Supreme Court). E' inoltre prevista una nuova procedura di nomina (ss 25-31). Sull'argomento letture indispensabili sono: V. BOGDANOR, *Constitutional Reform in Britain: The Quiet Revolution*, (2005) 8 *Annual Review of Political Science*, pp. 73-98; L. BLOM-COOPER (SIR.), B. DICKSON & G. DEWRY (EDS.), *The Judicial House of Lords: 1876-2009*, Oxford, Oxford University Press, 2011; G. SLAPPER & J. KELLY, *The English Legal System: 2015-2016*, cit., Cap. VI, pp. 219-238 – in particolare, pp. 230-235; A. DE LUCA, *Una Rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, Giappichelli editore, 2016; pp. 19-34 e 181-211.

²²³ U. MATTEI, *Il Modello di Common Law*, cit., p. 25.

²²⁴ U. MATTEI, *Il Modello di Common Law*, cit., p. 23; A. REPOSO, *Ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 233. Critico di una tale concezione è J. GOLDSWORTHY, *Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, cit., p. 6.

²²⁵ J. GOLDSWORTHY, *Losing Faith in Democracy. Why Judicial Supremacy is Rising and What to Do About It*, cit., p. 10.

²²⁶ FINCH, *Nomotechnia*, 1613, cit. in J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, (IV ed.), Londra, Butterworths, 2002, p. 180, riportato da U. MATTEI, *Il Modello di Common Law*, cit., p. 24, n. 79.

nel senso di colui che formula i principi di diritto.²²⁷ Tuttavia, il ruolo politico delle Corti britanniche è molto diverso rispetto quello rilevato da Tocqueville nel sistema giudiziario statunitense.²²⁸

Infatti, pur manifestando un alto grado di dinamismo rispetto alle corti continentali, a partire dal Bill of Rights 1688, “l’attivismo” del Giudiziario britannico è stato moderato e comunque rispettoso del ruolo sovraordinato del Parlamento all’interno del sistema istituzionale, cui è comunque riconosciuto il “potere di avere l’ultima parola”.²²⁹ Ciò dipende della radicata affermazione della dottrina della parliamentary sovereignty in conseguenza della quale il ruolo puramente giudiziale delle Corti è sempre stato limitato poiché subordinato al rigido rispetto di tale dottrina.²³⁰

²²⁷ LORD DEVLIN, *Judges and Lawmakers*, cit., p. 5.

²²⁸ A. DE TOCQUEVILLE (A CURA DI G. CANDELORO), *La democrazia in America*, cit., pp. 101-105.

²²⁹ L’espressione è stata coniata dal Professor GOLDSWORTHY nel suo già citato saggio *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, cit, p. 126. Tale espressione ricorre anche tra i nostri studiosi di diritto costituzionale, si veda M. FIORAVANTI, *Legge e Costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, (2014) 43 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 1076-1094; in particolare, p. 1081.

²³⁰ Il complicato rapporto tra corti e Parlamento ha radici antiche oltremarina, ove il primo “scontro” tra i due risale al caso *Stockdale v Hansard* (1837) 174 ER 196, primo di una serie di decisioni che hanno visto, per la prima volta, fronteggiarsi Corti e Parlamento. Nella specie, la questione concerneva l’accusa di diffamazione a mezzo di stampa (“libel”) promossa da JJ Stockdale, un editore del tempo, rispetto all’opinione riportata nel Report of the Inspectors of Prisons del 1836, pubblicato da Luke Hansard, che aveva ottenuto nel 1774 l’esclusiva licenza di pubblicare i lavori parlamentari della House of Commons (che ancora oggi si chiamano “Hansards” in suo onore). In detto report gli Ispettori lamentavano il fatto che nella prigione di Newgate circolasse un libro, edito dallo stesso Stockdale, definito “disgustoso” e “osceno oltre il comune senso del pudore”. La giuria chiamata a decidere non ritenne sussistente l’ipotesi di diffamazione poiché il report era pubblicato sotto l’autorità della House of Commons godeva dello speciale privilegio parlamentare per cui le opinioni espresse come membro del Parlamento non erano perseguibili dalla legge (“parliamentary privilege”). La decisione venne aspramente criticata. Così, nel 1836 gli Inspectors of Prisons pubblicarono, tramite Hansard, la risposta a tali critiche, riaffermando l’oscenità del lavoro di Stockdale. Quest’ultimo impugnò nuovamente il secondo report con una nuova azione di libel. Questa volta tuttavia, avendo saputo della questione pendente davanti al Queen’s Bench, la House of Commons intervenne in via preventiva, emanando una risoluzione (House of Commons Journal, 31 May 1837, Vol. 92) in cui la pubblicazione dei reports da parte di Hansard veniva definita un’attività essenziale per il corretto espletamento delle funzioni costituzionali del Parlamento e pertanto, non giustiziabile davanti ad una Corte. L’impugnazione di tali report dinanzi ad una corte di giustizia sarebbe stata considerata violazione dei parliamentary privilege e punibile per contempt of the House of Commons. Su raccomandazione della stessa House of Commons, Hansard non presentò la tipica memoria difensiva (che in casi di defamation o libel è nota come “defence of truth”) ma si difese citando la risoluzione del 31 Maggio 1837 come “defence”. In *Stockdale v Hansard* (1839) 112 ER 1112, il Queen’s Bench ritenne tale posizione non compatibile con i principi della Costituzione inglese, affermando che, sebbene fosse pacifica la supremazia del Parlamento, il Parlamento era formato dalla Regina e dalle due Camere e pertanto, la risoluzione di una sola delle due Camere, non suffragata dal voto dei Lords né dall’assenso reale, non poteva considerarsi “legge” parlamentare. Questa impasse tra Parlamento e Corti, che vedeva i due poli continuare a sfiorare, senza mai raggiungere, l’aperto scontro, si concluse nel 1840, quando il Parlamento adottò il Parliament Papers Act 1840, introducendo una nuova ipotesi di “parliamentary privilege” proprio per le

Di conseguenza, tenendo a mente quando detto in merito alla supremazia del Parlamento, è possibile trarre due conclusioni, a seconda dell'interpretazione del principio in senso positivo o negativo. Nel primo caso, ne deriverà un obbligo per le corti di rispettare ad ogni costo la legge parlamentare; nel secondo viene esclusa a priori l'esistenza di un soggetto in grado di annullare o derogare ad una legge del Parlamento.²³¹ Alle corti viene riconosciuta piena autorità solo in materia di common law e non riguardo la validità o meno degli statutes. Tale limite venne riconosciuto dai giudici stessi tanto da affermare, nel 1872, che “non esiste alcun organo giurisdizionale del Regno che possa mettere in discussione un Atto del Parlamento.”²³² Tuttavia, in tempi più recenti è stata, a più riprese, ventilata l'ipotesi di un judicial review degli statutes in funzione di una maggiore tutela dei diritti fondamentali, partendo dalla circostanza per cui “alcuni diritti garantiti dalla common law...hanno radici così profonde [nella tradizione costituzionale del Regno] che neanche il Parlamento può ignorarli”.²³³

Pertanto, come ha osservato Lord Woolf, per lungo tempo le corti sono state allo stesso tempo “prigioniere e carnefici”²³⁴ nella complessa e difficile interazione con il Parlamento.

Un tale atteggiamento di self-restraint da parte dei giudici inglesi è espressione del più ampio concetto di “judicial deference”, con cui suole riferirsi “ai limiti che i giudici si auto-impongono al momento di sindacare gli atti del Parlamento o le decisioni delle autorità pubbliche.”²³⁵ Sarebbe più opportuno parlare di “degrees of deference”, ossia di gradi di deferenza riconosciuti dalle corti alle decisioni prese dagli altri rami del potere, a dimostrazione del “rispetto” riconosciuto alla conclusione raggiunta da un altro organo dello Stato e alle sue peculiari

“publications under the House’s authority”. Cfr., T. BLACKSHIELD & G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials*, (IV ed.), The Federation Press, Sydney, 2006, pp. 94-100. Sul rapporto tra corti e Parlamento si veda anche M. RADFORD (TRAD. A CURA DI G. F. CARTEI), *Controllo giurisdizionale e controllo politico*, cit., pp. 74-7.

²³¹ A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 39.

²³² *Ex Parte Cannon Selwyn* [1872] 36 JP 5 citato in A. W. BRADLEY, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, cit., p. 42.

²³³ *Taylor v New Zealand Poultry Board* [1984] 1 NZLR 394 at 398 per Sir Robin Cooke.

²³⁴ LORD WOOLF, *Droit Public – English Style*, [1995] *Public Law* 57, in particolare pp. 67-70.

²³⁵ S. SONELLI *La Tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, Giappichelli editore, 2010, p. 101. La deference viene definita dalla Professoressa Kavanagh in questi termini: “Judicial deference occurs when judges assign varying degrees of weight to the judgments of the elected branches, out of respect for their superior expertise, competence or democratic legitimacy.” Cfr., A. KAVANAGH, *Defending Deference In Public Law and Constitutional Theory*, (2010) 126 *Law Quarterly Review* pp. 222-250; pp. 223-6.

caratteristiche.²³⁶ L'esercizio della "judicial deference" è espressione della distinzione di ruoli tra Giudiziario e Legislativo: il primo non può – e non deve – mai sostituirsi al secondo quale "primary decision maker" operando una valutazione di merito anziché di legittimità. Perciò il sindacato giudiziale non può mai portare le corti ad invalidare un atto del Parlamento in ragione del solo fatto che esse "avrebbero adottato una soluzione diversa". Il sindacato giudiziale deve essere condotto a luce di requisiti di legittimità ben precisi, che esulano dal merito della questione. In tali casi si parla dunque di "due deference", che, al contrario, diventa "indebita" ("undue deference") quando è eccessiva o infondata rispetto alle circostanze fattuali.

Nonostante la "due deference" sia un approccio ben radicato nella prassi giudiziaria inglese, il suo esercizio non è andato esente da critiche. L'accusa ripetutamente mossa al ricorso alla deference è quello di "abdicare alla responsabilità di assicurare la tutela dei diritti dall'interferenza illegittima del Legislativo, dell'Esecutivo e delle altre pubbliche autorità,"²³⁷ – atteggiamento divenuto intollerabile all'indomani dell'entrata in vigore dello Human Rights Act nel 1998.²³⁸

Dal 1690 in poi, il potere giudiziario ha fatto frequente ricorso alla deference nei confronti del Legislativo e dell'Esecutivo, mantenendo un così basso profilo – salvo rari interventi di rilievo²³⁹ – da risultare assente nel fondamentale saggio di Bagehot del 1867.²⁴⁰

La quiescenza del Giudiziario deriva in parte dal fatto che, al tempo della Guerra civile del 1642, le Corti vennero viste come la longa manus del re Stuart a causa della forte influenza che la Corona aveva esercitato sulle corti regie fino all'affermazione delle garanzie della loro indipendenza nell'Act of Settlement del

²³⁶ Come particolari competenze tecniche o scientifiche. S. SONELLI *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 102.

²³⁷ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., pp. 103-105.

²³⁸ Sull'uso della deference post HRA 1998 si veda, F. KLUG, *Judicial Deference under the Human Rights Act 1998*, paper presented to the Society of Public Teachers of Law (SPTL) Conference, *De Montfort University*, Leicester, Sep. 2002; per un'attenta analisi critica dell'uso della deference in casi successivi all'adozione dello HRA 1998 si veda, J. JOWELL, *Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Incapacity?* [2003] *Public Law* pp. 592-601.

²³⁹ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, lezione del 18 marzo 2017 in occasione della *Personal Support Unit Fundraising Breakfast*, reperibile sul sito <https://www.supremecourt.uk/>, (17 maggio 2017).

²⁴⁰ Ci si riferisce al già citato *La Costituzione inglese*, ove appunto, manca qualsiasi riferimento al potere giudiziario.

1701.²⁴¹ Tuttavia, pur guadagnando un ruolo potenzialmente molto forte, anche dopo il 1701 i giudici britannici rimasero “leoni fermamente sottoposti al potere della Crown-in-Parliament”²⁴² che era il vero centro nevralgico di potere.

Infatti, per lungo tempo dopo l’assestamento del nuovo ordine costituzionale, le corti scelsero di defilarsi dal piano pubblico-costituzionale, non rinunciando però al compito assegnato loro: applicare ed interpretare la legge.²⁴³ Tuttavia, se, da una parte, la funzione loro assegnata di difensori della rule of law e guardiani dei diritti dei cittadini contro gli abusi dell’esecutivo era fuor di dubbio,²⁴⁴ dall’altra, la supremazia del Parlamento come principio supremo dell’ordinamento imponeva l’osservanza di un certo grado di deferenza da parte delle corti.²⁴⁵

In altre parole, le corti stesse si presentano come “subordinate” al Parlamento, arrivando ad affermare che anche una pratica del tutto estranea alla common law poteva essere giustificata – e applicata dalle corti stesse – se il Parlamento avesse così legiferato.

Una tale posizione fa ben comprendere l’alto grado di deferenza riservato all’organo legislativo, che ha determinato, fino agli anni Sessanta del Novecento, una vera e propria “ritirata” delle corti in materia di sindacato sull’azione legislativa ed esecutiva tanto da essere definite deboli e “imbelli”.²⁴⁶ Ancora durante la Seconda Guerra Mondiale, le corti si dimostravano “più attente agli interessi dell’Esecutivo dell’Esecutivo stesso.”²⁴⁷ Emblematico è, al riguardo è il

²⁴¹ Si veda *supra* Cap. I, § I.2.

²⁴² Con questa espressione LORD LESTER riprende la metafora di Francis Bacon in cui ricorda ai giudici che il trono di Salomone, esempio di Sovrano-giudice per eccellenza, era sostenuto da leoni che “pur rimanendo leoni, erano comunque assoggettati al trono” quindi sempre sottoposti al Sovrano. Ciò rispecchiava le posizioni monarchiche e realiste di Bacon stesso, che credeva fermamente “that the King can do no wrong” in virtù del potere divino di cui era investito il Sovrano. Di conseguenza, i giudici dovevano limitarsi ad obbedire alla volontà regia e a garantirne la sua osservanza. LORD LESTER OF HERNE HILL, *English Judges as Law Makers*, [1993] *Public Law* 269; in particolare, p. 270.

²⁴³ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., §§ 7-9.

²⁴⁴ LORD NEUBERGER fa riferimento al caso *Entick v Carrington* del 1765, che vedeva l’allora *Secretary of State*, il signor Entick, venir accusato di “trespass to the land” dal signor Carrington, sospettato di essere in possesso di pamphlets sovversivi e anti-governativi. Il *Secretary of State* venne riconosciuto colpevole di trespass perché non v’era alcun potere, “statutory or common law power”, che permettesse al Sovrano ed ai suoi rappresentanti di irrompere nella proprietà privata di un cittadino. LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 7.

²⁴⁵ Si veda *supra* in questo capitolo, § 2.2).

²⁴⁶ Lord Neuberger definisce le Corti “spineless”, letteralmente “prive di spina dorsale”, rammollite davanti ad un Governo e un Parlamento sempre più forti. LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 11.

²⁴⁷ La frase appartiene all’opinione dissenziente di Lord Atkin in *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206 at 244 e recita nella sua versione originale: “I view with apprehension the attitude of judges

caso *Liversidge v Anderson*, ove la House of Lords riconobbe all'allora Home Secretary il diritto di detenere a tempo indeterminato chiunque fosse "ragionevolmente" sospettato di avere affiliazioni con organizzazioni ostili agli Alleati, senza che questi avesse provato alla corte la fondatezza del "ragionevole sospetto" - che nel caso di specie era fondato su "voci e dicerie".²⁴⁸ La deference era ancora molto forte e la ritrosia delle corti ad ingerirsi nelle decisioni dell'Esecutivo prevalse sul rispetto delle regole procedurali²⁴⁹ - anche se tale atteggiamento non era condiviso da tutti i membri del Bench, alcuni dei quali lo ritenevano "forse tollerabile ai tempi del King's Bench di Carlo I Stuart" ma non certo allora.²⁵⁰ Ad ogni modo, un tale atteggiamento poteva essere giustificato dalla guerra in corso e dalle critiche condizioni socio-politiche del paese al tempo. Occorrerà attendere qualche decennio²⁵¹ perché il grado di deference si attenui e le corti comincino a rivendicare il proprio ruolo "costituzionale" nella dinamica istituzionale britannica.²⁵² L'occasione arrivò con le pronunce nei casi *Anisminic*²⁵³ e *Simms*.²⁵⁴

Nel caso *Anisminic* i Law Lords si trovarono a giudicare sul riconoscimento o meno del diritto all'indennizzo a soggetti che avesse subito la confisca delle proprietà che possedevano all'estero ai sensi del Foreign Compensation Act 1950.²⁵⁵ Detta legge stabiliva espressamente che l'accoglimento o il rigetto della richiesta di indennizzo da parte dell'autorità che aveva effettuato la confisca ("Foreign Compensation Commission" o "FCC") non era giustiziabile innanzi ad una Corte di giustizia. Ciononostante, la House of Lords annullò la decisione di rigetto della FCC in favore del signor Anisminic, affermando che la FCC aveva

who on a mere question of construction when face to face with claims involving the liberty of the subject show themselves more executive minded than the executive."

²⁴⁸ *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206 per Lord Atkin dissenting at 226.

²⁴⁹ Invero, secondo le Rules of Court della House of Lords una detenzione fondata solo su "voci e dicerie" non integrava il requisito di "ragionevole sospetto" per l'applicazione della misura limitativa della libertà personale. Si veda l'aspra critica di Lord Atkin nella sua dissenting opinion in *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206 at 226-36.

²⁵⁰ Sempre Lord Atkin, in *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206 at 244: "In this case I have listened to arguments which might have been addressed acceptably to the Court of King's Bench in the time of Charles I."

²⁵¹ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 12-13.

²⁵² LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 14. Sul punto ci si soffermerà più avanti in questo paragrafo.

²⁵³ *Anisminic Ltd. v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

²⁵⁴ *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115 (*Ex parte Simms*).

²⁵⁵ *Anisminic Ltd. v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

commesso un “errore di diritto” e dunque, era compito, anzi dovere, delle corti porvi rimedio.²⁵⁶

Come notato da alcuni, nel giro di un quarto di secolo l’atteggiamento del Giudiziario britannico è radicalmente mutato. Dal caso *Liversidge* del 1941, in cui i Law Lords avevano scelto, pur avendone il diritto, di non interferire con l’azione dell’Esecutivo “abdicando al loro dovere di giudici”,²⁵⁷ si arriva nel 1969 ad *Anisminic*, ove i Lords hanno ritenuto “doveroso” per i giudici intervenire annullando una decisione dell’Esecutivo, anche se la legge escludeva espressamente un tale potere.²⁵⁸

Con *Anisminic* viene a delinearsi un netto cambiamento nell’esercizio della funzione giudiziaria, dovuto prevalentemente alla proliferazione di agenzie ministeriali, autorità locali e “quangos” (“quasi autonomous non-government organisations”; ossia autorità autonome e indipendenti molto diffuse nell’ordinamento britannico). Ad un tale aumento dell’attività amministrativa ed esecutiva, le corti hanno risposto attenuando il grado di “deference” riservato all’Esecutivo al momento del sindacato di legittimità su tali attività.²⁵⁹ In termini strettamente giuridici, da *Anisminic* in poi, le corti hanno manifestato la volontà di usare in maniera più incisiva gli strumenti a loro disposizione e, in particolare, quello di natura ermeneutica.

Il principio utilizzato maggiormente a tal fine è il c.d. “principle of legality”,²⁶⁰ la cui interpretazione estensiva e sistematica porterà alla celeberrima decisione nel caso *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Simms (Simms)* del 1999, prima condanna dell’Esecutivo da parte dei Law Lords in virtù del dovere prevalente delle corti di applicare i principi fondamentali di common law quando in gioco ci sono i diritti e le libertà dei cittadini.²⁶¹

²⁵⁶ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 13. *Anisminic Ltd. v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147, per Lord Morris at 22: “[...] it contains errors in law which have caused the commission to exceed their jurisdiction.”

²⁵⁷ LORD LESTER OF HERNE HILL, *English Judges as Law Makers*, cit., p. 275.

²⁵⁸ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 14.

²⁵⁹ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 15.

²⁶⁰ J. BELL & G. ENGLE, *Cross’s Statutory Interpretation*, cit., pp. 177-9. Questo principio ermeneutico, con le sue peculiarità, è essenziale anche per l’analisi che faremo del sistema neozelandese e australiano; v. *infra* Cap. III §§ 4, 4.3) e Cap. V, §§ 3, 3.1).

²⁶¹ *Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, per Lord Hoffman at 131. L’enunciazione di un tale principio rimarrà nota come il “principio *Simms*” o la “regola *Simms*”.

In *Simms* infatti, la Corte, pur riconoscendo la supremazia del Parlamento nel disciplinare diritti e libertà fondamentali, ha affermato l'obbligo dello stesso di disciplinare tali diritti in modo chiaro e preciso, senza ambiguità o oscurità di linguaggio, richiamando proprio il principle of legality.²⁶² Questo principio costituisce la regola aurea nel campo dell'interpretazione della legge in materia di diritti fondamentali nel Regno Unito ("statutory interpretation").²⁶³ Il principle of legality riunisce in sé tutte le presunzioni di legge fondate sull'assunto che il Parlamento non legifererebbe mai in contrasto con i principi della common law o i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini e, quando lo fa, lo deve fare in modo chiaro e preciso.²⁶⁴ Altrimenti, dinanzi ad una legge formulata in termini troppo generali, le corti avrebbero sempre preferito l'interpretazione più favorevole ai diritti fondamentali.²⁶⁵

In *Simms*, Lord Hoffman si spinse fino ad affermare che "le corti britanniche osservano ed applicano i principi della common law come una costituzione in maniera non diversa dalle corti di paesi ove il potere legislativo è limitato da una costituzione scritta".²⁶⁶ Poco dopo la sentenza *Simms*, venne promulgato lo Human Rights Act che ha incrementato e modificato ulteriormente i poteri dei giudici nel Regno Unito.²⁶⁷

²⁶² *Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115; per Lord Hoffman at 131.

²⁶³ J. BELL & G. ENGLE, *Cross's Statutory Interpretation*, cit., pp. 179.

²⁶⁴ J. GOLDSWORTHY, *Losing Faith in Democracy. Why Judicial Supremacy is Rising and What to Do About It*, cit., p. 13: l'Autore esprime una posizione molto interessante circa gli sviluppi del canone ermeneutico interpretativo delle presumptions in questo campo, che sono viste, pèer lo più, come un mezzo per manipolare lo scopo del Parlamento, modificando quanto in verità il Parlamento voleva perseguire, per rendere il risultato dell'operato del Legislativo conforme ai diritti fondamentali. Si va così incontro a quello che molti hanno chiamato un "common law bill of rights", che scaturisce proprio dall'opinione di Lord Hoffman in *Simms*.

²⁶⁵ LORD NEUBERGER, *Reflections on significant moments in the role of the Judiciary*, cit., § 17. In altre parole, come notato da alcuni, Lord Hoffman afferma che i principi costituzionali di common law possono essere adoperati dalle Corti per costringere il Parlamento a considerare "le eventuali conseguenze dannose" della legislazione promulgata, pur lasciando al Parlamento stesso l'ultima parola in materia di formulazione della normativa, e assicurando, allo stesso tempo, un ampio margine di ambiguità nella risposta al legislatore ("legislative replies") ad un tale input da parte delle Corti. T. R. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, [2005] *Public Law*, pp. 306-335; in particolare, p. 326.

²⁶⁶ *Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, per Lord Hoffman at 131: "The UK Courts though acknowledging the sovereignty of Parliament, apply principles of constitutionality little different from those which exist in countries where the power of the legislature is expressly limited by a constitutional document."

²⁶⁷ L'impatto dello Human Rights Act sul rapporto tra giudici e Legislatore verrà ampiamente analizzato *infra* Cap. IV, §§ IV.2 e IV.4.

II. I MODELLI DI TUTELA DEI DIRITTI NEI PAESI DI COMMON LAW

II.1. Il modello di Westminster: il costituzionalismo politico e la tutela legislativa dei diritti fondamentali - II.2. Il modello americano: il costituzionalismo giuridico e la tutela giudiziale dei diritti fondamentali - II.3 Un terzo modello di tutela dei diritti fondamentali: il “Commonwealth Model” - II.3.1. Il Canada e le “nuove idee costituzionali” - 3.1.1) L’esperienza canadese dalla tradizione di common law al Bill of Rights del 1960 - 3.1.2) La Patriation: il Constitution Act 1982 e la Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms - 3.1.3) Il “dialogic judicial review”: la via canadese alla giustizia costituzionale

II.1. Il modello Westminster: il costituzionalismo politico e la tutela legislativa dei diritti fondamentali

Proprio in virtù di questa centralità del potere e del processo politico, nel Regno Unito si parla di “political constitution”¹ o meglio, di “political constitutionalism” (“costituzionalismo politico”), intendendo così quel modo di pensare la costituzione come una struttura politica, disegnata in modo tale da conciliare il dissenso insito in una società democratica pluralista e garantire un’adeguata rappresentanza alle minoranze.² Ad esso si contrappone il c.d. “legal constitutionalism” - o “costituzionalismo giuridico” - per cui il primato spetta al diritto, non alla politica.³ Il costituzionalismo giuridico promuove l’adozione di Carte costituzionali e dichiarazioni di diritti per garantire una politica democratica, sottraendo principi di diritti fondamentali al processo legislativo ordinario. Essenziale pertanto è il ruolo delle corti supreme e costituzionali, uniche interpreti della Costituzione, e della loro opera di “judicial review”, ossia di controllo sull’operato degli altri poteri. Tali corti sono considerate migliori arbitri per i conflitti circa il rispetto o meno delle disposizioni costituzionali in ragione della loro distanza dalla politica ordinaria.⁴ Tale modello è proprio dell’ordinamento

¹ Per un’esaustiva analisi dei vari significati di “costituzione politica” si rinvia agli Autori già citati alla nota 12.

² J. A. G. GRIFFITH, *The Common Law and The Political Constitution*, cit., pp. 59-60.

³ Di cui si parlerà *infra* in questo capitolo, § II.2. M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, (2010) 10 *Diritto e questioni pubbliche*; in particolare, p. 341.

⁴ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., pp. 339-342

statunitense ove, per la prima volta, si è affermato il ruolo essenziale delle corti quali titolari del potere di controllo del rispetto dei diritti costituzionalmente previsti.⁵

Tornando al costituzionalismo politico, i tratti salienti di questo modello sono tre.⁶ Il primo riguarda il rapporto tra politica e diritto: la politica precede il diritto, determinando una maggiore attenzione alla filosofia politica e alla questione della legittimità delle procedure decisionali. Il diritto viene quindi concepito come “continuazione della politica con altri mezzi”,⁷ nella convinzione per cui il diritto è frutto della politica e non può sostituirsi ad essa, poiché neanche tramite leggi o costituzioni scritte è possibile raggiungere l’ideale: cioè che la società venga governata da leggi e non da uomini,⁸ evitando derive autoritarie.⁹

Tale concezione poggia sul presupposto per cui la società è intrinsecamente portata all’autoritarismo e gli essere umani sono costantemente divisi tra la loro natura di animali sociali, che li spinge verso un’organizzazione comune della vita, e il lato più egoista e competitivo, che li costringe ad un continuo conflitto l’uno con l’altro per soddisfare i propri bisogni.¹⁰ Dunque, la scelta di affidarsi ad un’autorità che possa garantire la pacifica convivenza di tutti, rinunciando al ricorso alla giustizia privata, appare la migliore.¹¹

Di qui il secondo tratto e vero e proprio fondamento normativo del costituzionalismo politico: l’eguaglianza politica dei cittadini.¹² Per comprendere appieno la definizione di “eguaglianza politica” occorre tenere ben presente il

⁵ E’ questo il ben noto “judicial review of legislation” che ha avuto una sua prima affermazione nella famosa sentenza *Marbury v Madison* del 1803, di cui si parlerà *infra* Parte I, Cap. II, § II.1..

⁶ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., pp. 336-360.

⁷ J. A. G. GRIFFITH, *The Common Law and The Political Constitution*, cit., p. 59.

⁸ La bella espressione è stata coniata da John Adams, secondo Presidente degli Stati Uniti d’America, al momento della redazione della Costituzione del Commonwealth del Massachusetts del 1780. In particolare, l’espressione è contenuta nell’articolo XXX della Part I della Costituzione, che recita: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men.” Come abbiamo già visto, la fortunata espressione è spesso usata per definire il più ampio concetto di rule of law.

⁹ J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 16.

¹⁰ Ci si riferisce alla famosa espressione “bellum omnium contra omnes” del filosofo inglese THOMAS HOBBS, nel suo *Il Leviatano*, cit.

¹¹ Dunque l’ipotesi è il contratto sociale lockeano più che quello hobbesiano, che vedeva nel Leviatano l’unica soluzione per migliorare la condizione umana, di per sé negativa. J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., pp. 4-5.

¹² M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., pp. 344-345.

contesto, ossia quelle che i costituzionalisti politici chiamano “circostanze della politica”.¹³ Con esse si intendono quelle circostanze ove è necessaria una decisione collettiva circa un determinato oggetto, ma persiste un disaccordo circa le ragioni, il contenuto e le procedure con cui adottare tale decisione.¹⁴ In tale contesto l’unico legittimo sistema di tutela dei diritti sarà quello “negoziato politicamente”, frutto di un accordo istituzionale teso a conciliare le varie ragioni in gioco. Ed è sotto questo profilo che si valuta l’autorità del diritto: nella sua capacità di consentire il raggiungimento di una decisione che “garantisca la convivenza dando a ciascuno un’eguale possibilità di determinare tale decisione”, riconoscendo “la ragionevole diversità delle opinioni dei soggetti coinvolti”.¹⁵

A tal fine, essenziale è garantire l’eguale diritto di voto per tutti e l’adozione del principio di maggioranza è l’unico strumento in grado di garantire la partecipazione politica di tutti. Ciò in ragione di due motivi. In primo luogo, il principio di maggioranza attribuisce ad ogni persona “un peso uguale, quello del voto,” assicurando a ciascuno “la possibilità equa di contribuire al risultato finale della decisione”.¹⁶ In secondo luogo, tale garanzia di eguale considerazione e partecipazione consente di ottenere una decisione che, anche se diversa o opposta alle ragioni di alcuni, sarà da essi rispettata poiché essi si sentiranno comunque presi in considerazione e dunque vincolati alla decisione finale.

Infine, il terzo ed ultimo aspetto del costituzionalismo politico, che configura anche il tratto più caratterizzante dell’intero approccio, riguarda il modello istituzionale. Sotto tale profilo, viene rigettato completamente il controllo di costituzionalità, sia accentrato che diffuso, in quanto i diritti individuali sono meglio protetti solo se lasciati alla competenza del processo politico, frutto della partecipazione politica dei cittadini, che trova la migliore espressione nell’assemblea parlamentare. Pertanto, si auspica l’avvento di un neoparlamentarismo quale assetto istituzionale più adeguato a garantire la migliore tutela ai diritti. A differenza dei costituzionalisti giuridici, che vedono nei tribunali il luogo ideale per tutelare i diritti costituzionali,¹⁷ per i costituzionalisti

¹³ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, *International Journal of Constitutional Law - ICON*, 9, 2011, pp. 86-111; in particolare, p. 88.

¹⁴ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, cit., p. 88.

¹⁵ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 345.

¹⁶ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 346.

¹⁷ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 339-343; in particolare, *infra* § II.2.

politici è il Parlamento, “in virtù della sua composizione plurale e del suo metodo decisionale, conflittuale ma non competitivo,”¹⁸ a rappresentare l’arena migliore per garantire l’eguale partecipazione di tutti i cittadini alla decisione circa i diritti fondamentali e legittimare così la decisione stessa. Le corti invece, devono mantenere il ruolo che hanno sempre avuto: quello di organi di conservazione dei traguardi raggiunti tramite l’iter politico.

La prima conseguenza di un tale assetto istituzionale è il rifiuto di qualsiasi forma di positivizzazione dei principi fondamentali, sia essa in una costituzione o in un apposito catalogo di diritti (“bill of rights”), perché ciò equivarrebbe a bloccare “la discussione politica sul significato e sull’applicabilità degli stessi”¹⁹ che ha sede in Parlamento, eliminando la possibilità di partecipazione da parte delle tutte le componenti della società. I diritti e principi fondamentali devono essere definiti dal processo politico perché sono beni pubblici, che riguardano la collettività e, in quanto tali, ogni decisione su di essi deve essere presa in presenza di tutti, considerando tutte le ragioni.²⁰ Inoltre, secondo alcuni, ogni tentativo di costituzionalizzazione dei principi fondamentali non sarebbe altro che un “passaggio di consegne” tra i rappresentanti politici e le corti, cui verrebbe affidato il potere di prendere tali importanti decisioni di natura politica – talvolta anche sovvertendo le decisioni già prese dal parlamento tramite il c.d. “judicial review”.²¹

L’auspicabilità del neoparlamentarismo non sta nel fatto che il processo politico garantirebbe la migliore soluzione alla questione, ma piuttosto nel fatto che i titolari del potere decisionale (i rappresentanti politici) sono più “attaccabili” (“vulnerable”) dei giudici – fosse solo in termini di reputazione²²–, i quali sono responsabili solo davanti alle giurisdizioni superiori o, addirittura, neanche davanti a quelle.²³

¹⁸ J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., pp. 4-5. M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 347.

¹⁹ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 350.

²⁰ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 350.

²¹ J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 16.

²² J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 18.

²³ In caso di corte suprema o costituzionale non v’è un grado superiore – esse stesse sono il vertice della giurisdizione. Si pensi alla nostra Corte costituzionale che, tra le sue caratteristiche, ha proprio quella di essere “superiorem non recognoscens”. M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 351.

Questa è la seconda conseguenza – o meglio, il vantaggio – di un assetto istituzionale articolato in senso neoparlamentare.

I rappresentati politici sono responsabili (“politically accountable”) di fronte ai cittadini e possono essere rimossi tramite l’esercizio del diritto di voto da parte dei medesimi. Non solo. Per mezzo del concetto di responsabilità politica (“political accountability”) anche gli altri poteri, Esecutivo e Amministrativo, sono chiamati a “rendere di conto” del loro operato davanti al Parlamento, che così esercita un grande potere di controllo su di essi, evitando eventuali abusi.²⁴ Si rende così più “accessibile” il meccanismo decisionale ai diretti destinatari delle scelte (i cittadini), garantendo la trasparenza dell’azione del potere costituito che è tenuto a giustificare i propri comportamenti e le proprie scelte all’interno di un dialogo, più o meno aspro, tra governati e governanti. Al contrario, le corti mancano di questa responsabilità che permette ai cittadini di essere parte della decisione circa interessi di carattere generale e, in particolar modo, circa i diritti fondamentali.²⁵

In definitiva, secondo il costituzionalismo politico il processo democratico, nelle forma di discussione politica in sede parlamentare, è la migliore via per la protezione dei principi e delle libertà fondamentali comuni a tutti i consociati. In tal senso, quindi, il processo è allo stesso tempo costituente e costituito, soggetto alla sua stessa forza normativa.²⁶ Rammentando le parole di Dicey in materia di supremazia del Parlamento,²⁷ si può comprendere come tale impostazione dottrinale abbia caratterizzato in modo peculiare il sistema di tutela dei diritti nel Regno Unito – il “Westminster model” appunto.

Pur prendendo le mosse da una concezione politica della costituzione, intesa come processo democratico, il Westminster model non esclude del tutto l’eventualità di una enunciazione in forma scritta, a scopo di tutela, di un catalogo di diritti, ma solo secondo due diverse modalità: come orientamento consolidato della giurisprudenza (“legalised in the common law”) o tramite legge ordinaria (“statute”). Condizione necessaria ed imprescindibile rimane il fatto che le decisioni fondamentali su tali diritti debbono essere sempre rimesse al processo decisionale ordinario, sotto la responsabilità politica dell’organo legislativo e solo

²⁴J. A. G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 16. M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 350.

²⁵M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 352.

²⁶M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 352.

²⁷A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 3-35.

ove si sia manifestata una volontà politica in tal senso.²⁸ Ciò che invece non è ammesso è il riconoscimento alle corti del “potere di avere l’ultima parola” in materia di diritti, sovvertendo la decisione politica dell’organo parlamentare.

Tuttavia, sarebbe “obsoleto” definire il rapporto tra le corti ed il Parlamento secondo il “traditional understanding” per cui le prime sono subordinate al secondo.²⁹ Sebbene la strada sia ancora incerta, è possibile affermare che, negli ultimi anni, le corti abbiano assunto un ruolo sempre più “costituzionale”, rivalutando certamente la propria posizione all’interno dell’ordinamento. Ciò grazie a molteplici fattori, tra cui, si ricorda l’adozione dello European Communities Act nel 1972, che, come abbiamo visto, ha conferito, per la prima volta, alle corti britanniche il potere di disapplicare la legge ordinaria in contrasto con la normativa europea.³⁰ Invero, alcuni affermano che la United Kingdom Supreme Court svolga oggi funzioni in tutto e per tutto equiparabili ad una Corte costituzionale italiana o tedesca.³¹ A ciò si è aggiunto il nuovo “public law profile” che le corti britanniche sono andate costruendosi negli ultimi cinquant’anni a partire da *Anisminic*.³² Invero, proprio con *Simms* è venuta meno la “sacralità” del linguaggio legislativo ordinario, che vincolava le corti ad interpretare letteralmente le disposizioni di legge,³³ a favore di un’interpretazione sistematica e teleologica delle leggi.³⁴ Ciò tuttavia, non deve essere inteso come un’usurpazione dei poteri del Parlamento né una giurisdizionalizzazione indebita del processo politico democratico. Piuttosto rappresenta l’essenza di ciò che dovrebbe essere una costituzione moderna e democratica.³⁵

II.2. Il modello americano: il costituzionalismo giuridico e la tutela giudiziale dei diritti fondamentali

²⁸ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 5-7.

²⁹ J. MURKENS & R. MASTERMAN, *The New Constitutional Role of the Judiciary*, (2014) LSE Law: *Policy Briefing* pp. 1-4; in particolare, p. 3.

³⁰ Vedi *supra* Cap. I, § I.3, 3.2).

³¹ J. MURKENS & R. MASTERMAN, *The New Constitutional Role of the Judiciary*, cit., p. 2.

³² Si veda *supra* Cap. I, §§ I.4; I.4.2.

³³ J. BELL, G. ENGLE, *Cross’s Statutory Interpretation*, cit., pp. 177-9.

³⁴ J. MURKENS & R. MASTERMAN, *The New Constitutional Role of the Judiciary*, cit., p. 3.

³⁵ J. MURKENS & R. MASTERMAN, *The New Constitutional Role of the Judiciary*, cit., p. 4.

L'entrata in vigore della Costituzione americana nel 1789 ha rappresentato una svolta storica nel mondo di common law, con particolare riferimento al modo in cui può attuare la tutela dei diritti fondamentali, finendo per configurare un modello di garanzia delle libertà fondamentali opposto rispetto a quello storico della madrepatria inglese.³⁶ Oltre all'adozione di un carta costituzionale scritta, con caratteri di rigidità e resistenza passiva superiore alla legge ordinaria ("entrenched"), l'aggiunta del Bill of Rights, inteso come catalogo di diritti inviolabili dell'essere umano, al testo costituzionale ha rappresentato un nuovo approccio alla tutela dei diritti fondamentali, ponendo tali diritti alla base dell'(allora neonato) ordinamento americano e riconoscendo loro il rango di legge suprema del paese.

Invero, la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali consente di garantire una tutela concreta molto più incisiva a tali diritti in quanto "giustiziabili" dalle Corti, che guardano ad essi come principi fondanti dello Stato e dunque prevalenti in caso di contrasto con altre norme di legge.

Sotto il profilo storico, la nascita del Bill of Rights americano affonda dunque le sue radici nella peculiare situazione post rivoluzionaria americana.³⁷

Se nel Regno Unito il principio di supremazia del King-in-Parliament ha costituito, dalla sua affermazione, il massimo livello di tutela che potesse venire garantito ai diritti inviolabili dei sudditi britannici, oltreoceano, quello stesso Parlamento veniva disconosciuto in quanto diventato despota e autoritario nei confronti dei diritti inviolabili dei coloni.³⁸

Così, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione federale dei neonati Stati Uniti d'America, i padri fondatori ritennero fosse necessario apportate alcune modifiche al nuovo testo costituzionale.³⁹ In particolare, le modifiche consistettero

³⁶ Per un'approfondita analisi della costituzione americana come "modello costituzionale" si veda M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenza attuali*, cit., p. 53 ss.

³⁷ E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, (V ed.), New York City, Wolters Kluwer, 2015.

³⁸ Famoso è lo slogan della Rivoluzione Americana "no taxation without representation", coniato dai coloni per protestare contro l'imposizione di nuove tasse da parte di Re Giorgio III, approvate dal Parlamento inglese senza che i rappresentanti delle colonie potessero prendervi parte. L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, (III ed.), New York, Touchstone by Simon & Schuster, 2005; pp. 63-104.

³⁹ Sul punto si vedano per tutti, V. VARANO, V. BARSOTTI, *La Tradizione Giuridica Occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 314-21; U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 93-110.

in dieci emendamenti, approvati nel 1791, che da allora fissano, in modo permanente ed univoco, i diritti dei cittadini americani.⁴⁰

Di documenti simili, la tradizione di common law già ne conosceva: basti pensare a quanto detto del Bill of Rights inglese.⁴¹ Tuttavia, il Bill of Rights americano, pur riprendendo il nome dal fortunato omonimo inglese, è radicalmente diverso. Esso non è un documento che regola i rapporti tra poteri, ma elenca i diritti inviolabili degli individui al fine di garantirne l'integrità da eventuali attacchi da parte del potere legislativo o esecutivo.⁴² Certamente, nella redazione di questi dieci articoli, i coloni attinsero a piene mani dai tradizionali principi della common law inglese, che prevedeva il "sacro diritto di ogni uomo libero d'Inghilterra alla tutela della propria vita, libertà e proprietà dall'ingerenza del potere arbitrario."⁴³ Tuttavia, nonostante gli illustri precedenti, il Bill of Rights americano è andato oltre il patrimonio di diritti fondamentali ereditato dalla madrepatria. Invero, alcuni ritengono che sulla tutela dei diritti assicurata dal catalogo americano abbiano inciso le condizioni socio-culturali in cui nacquero le tredici colonie.⁴⁴ E' pacifico, ad esempio, che i coloni superarono la madrepatria nella redazioni di leggi e costituzioni a tutela delle libertà fondamentali; specialmente con riguardo alla libertà di religione, alla libertà di parola e alla libertà di stampa.⁴⁵ Difatti, appena cento anni dopo il primo insediamento inglese permanente in America, era già possibile individuare un preciso modello di tutela delle libertà individuali dei coloni grazie alla precoce adozione di leggi e carte dei diritti volte a tale scopo. Tra queste, degne di nota sono il "Body of Liberties" adottato nello Stato del Massachusetts Bay nel 1639,⁴⁶ la Rhode Island Charter del 1663 – ove si rinviene la prima affermazione di tutela della libertà religiosa individuale – e la "Charter of Liberties and Priviledges" adottata dallo Stato di New York nel 1683.⁴⁷ Tuttavia, oltre all'adozione di tali documenti, le tredici colonie rimanevano salde

⁴⁰ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, Boston, Northeastern University Press, 1991.

⁴¹ Vedi *supra*, Cap. I, § I.2.

⁴² E. CHEREMINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., p. 12.

⁴³ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., p. 12.

⁴⁴ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., pp. 12-3.

⁴⁵ P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (A CURA DI), *Diritto costituzionale comparato (tomo II)*, (II ed.), Laterza, Roma-Bari, 2014; pp. 737-774; in particolare, pp. 752-754.

⁴⁶ L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., pp. 50-3.

⁴⁷ Per un'accurata analisi delle carte di libertà nelle tredici colonie, precedenti al *Bill of Rights*, si veda, R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., pp. 13-22.

nel loro attaccamento alla madrepatria, considerando motivo di orgoglio potersi definire “sudditi di Sua Maestà”. L’unica richiesta che avanzavano alla Corona, visto il notevole grado di sviluppo politico e sociale che avevano raggiunto rispetto ad altre zone dell’Impero, era il riconoscimento dei medesimi diritti dei cittadini britannici e, in particolare, il diritto di essere rappresentati nel Parlamento Imperiale.⁴⁸

Com’è noto, fu proprio tale diritto ad essergli negato dalla madrepatria che, invece, rispose alle richieste delle colonie con l’inasprimento della politica fiscale, che culminò con la rivolta delle colonie.⁴⁹

In particolare, di fronte “ai numerosi, inammissibili abusi” commessi dall’Inghilterra,⁵⁰ andò affermandosi oltreoceano la necessità di una più netta ed incisiva affermazione “colonial rights.”⁵¹ In un primo tempo, il celebre binomio “liberty and property” venne inteso nell’accezione più strettamente economica, come diritto del singolo al godimento dei propri beni - parimenti ai sudditi dall’altro lato dell’Atlantico - senza alcuna arbitraria restrizione (com’era avvenuto, ad esempio, con l’imposizione dei nuovi tributi a seguito dello Stamp Act del 1765).

Tuttavia, quando fu chiaro che una tale proposta sarebbe caduta nel vuoto, i coloni non ebbero altra scelta che quella di staccarsi dalla madrepatria.⁵² Iniziò così la guerra d’indipendenza americana, che si concluse con la vittoria delle colonie e la Dichiarazione d’Indipendenza del 4 luglio 1776.

Di pari passo con le fasi della rivoluzione americana crebbe la necessità di una più incisiva affermazione dei diritti individuali per evitare futuri abusi da parte di un legislatore tiranno – com’era diventato il Parlamento di Londra.⁵³

⁴⁸ L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., pp. 63-7.

⁴⁹ L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., pp. 65-71.

⁵⁰ Così definiti da Thomas Jefferson nello scritto del 1774, circolato in forma di opuscolo sia in America che in Inghilterra, *Esposizione sommaria dei diritti dell’America Britannica*, in A. AQUARONE (A CURA DI), *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, Bologna, Il Mulino, 1961, p. 33.

⁵¹ Si cita qui il giurista del Maryland, Daniel Dulany, che, per primo, scrisse un saggio a difesa dei diritti dei coloni (“Considerations on the Propriety of Imposing Taxes in The British Colonies, for the Purpose of Raising a Revenue, by Act of Parliament”) in risposta allo Stamp Act del 1765. R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., pp. 25-26. Sul punto si veda anche, T. JEFFERSON, *Esposizione sommaria dei diritti dell’America Britannica*, in A. AQUARONE (A CURA DI), *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, cit., pp.33-52.

⁵² M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, cit., pp.75-98; in particolare, pp. 76-83.

⁵³ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791.*, cit., pp. 25-40.

Invero, alla vigilia della Dichiarazione d'Indipendenza, lo Stato della Virginia si era dotato di una dettagliata Dichiarazione di diritti ove veniva affermata con vigore l'inviolabilità dei diritti dei coloni anche da parte del Parlamento inglese.⁵⁴ A seguito del "Fourth of July manifesto", molti altri Stati seguirono l'esempio della Virginia, inserendo preamboli contenenti dichiarazioni di diritti alle già esistenti costituzioni statali.⁵⁵ Tuttavia, sebbene vi fossero già buone basi per una dichiarazione di diritti valevole per tutte e tredici le colonie, gli attriti tra le due fazioni, federalisti e anti-federalisti, rimandarono l'adozione di un tale documento ad un momento successivo alla promulgazione della Costituzione federale del 1787.⁵⁶

Il periodo di gestazione del Bill of Rights federale fu tutt'altro che sereno, con aspri dibattiti alla Camera dei Rappresentanti e al Senato circa l'opportunità di modificare così presto la Costituzione.⁵⁷ Inoltre, il conflitto tra federalisti e anti-federalisti era tutt'altro che risolto. Dopo il compromesso raggiunto sulla natura della forma di Stato, lo scontro tra le due fazioni si spostò sul piano delle garanzie dei diritti individuali, la cui tutela, per la fazione anti-federalista, era divenuta "particolarmente debole, se non del tutto cancellata" con l'entrata in vigore della Costituzione federale.⁵⁸ Non a caso, sebbene gli anti-federalisti avessero acconsentito all'attribuzione di importanti poteri al nuovo governo federale, insistettero affinché la Costituzione riflettesse l'impegno (richiesto dalla fazione di Jefferson come *condicio sine qua non* per l'accordo sul testo della Carta del 1787) a garantire il sostanziale, oltre che formale, esercizio della sovranità attribuita agli Stati.⁵⁹ E l'adozione del Bill of Rights, avvenuta nel settembre del 1789⁶⁰ proprio su proposta dell'anti-federalista James Madison,⁶¹ rifletté appunto

⁵⁴ Adottata nel 1776. L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., p. 73.

⁵⁵ Tra cui si ricordano la Pennsylvania, il Vermont, il Delaware, il New Jersey, New York, la Georgia e la South Carolina. Per l'analisi dettagliata delle singole dichiarazioni R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., pp. 41-77 e 79-105.

⁵⁶ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., pp. 106-158 e 159-189.

⁵⁷ L. M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., pp. 71-9

⁵⁸ Testuale dalla lettera del 21 settembre 1788 di James Madison a Thomas Jefferson, in J. MADISON, *The Writings of James Madison*, (V ed.), New York, Gaillard Hunt eds., 1900-10, p. 264 in R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, cit., p. 191.

⁵⁹ N. LUND, *Federalism and Civil Liberties*, (1996-7) 45 *University of Kansas Law Review*, pp. 1045-1073; p. 1049.

⁶⁰ Entrato in vigore nel 1791.

⁶¹ Il quale temeva che i rappresentanti eletti, specie a livello federale, fossero molto propensi ad abusare del proprio potere e violare così i diritti fondamentali degli altri consociati in assenza di un forte disincentivo – come una carta dei diritti di natura costituzionale. Cfr., M. TUSHNET, *Weak-*

la necessità di dare piena attuazione al c.d. “dual federalism”, ai due livelli di governo (statale e federale),⁶² il cui scopo principale era quello di limitare il potere federale per evitare l’eventualità di una “tyrannical rule”.⁶³ Pertanto, la funzione del Bill of Rights, che rappresenta la fonte della tutela delle libertà degli americani da oltre duecento anni, risulta ancor più importante alla luce del meccanismo di “checks and balances” della Costituzione federale.⁶⁴ Infatti, il pregio di una dichiarazione di diritti scritta sta nel fatto che vengono fissati in modo tendenzialmente permanente i diritti fondamentali degli individui, sottraendoli alla discrezionalità del legislatore ordinario⁶⁵ e rimettendone l’intangibilità nelle mani del potere giudiziario. Al riguardo, brillante fu la considerazione di Thomas Jefferson secondo il quale un catalogo di diritti come un eventuale Bill of Rights avrebbe costituito un fondamentale strumento di controllo (“legal check”) di un potere sull’altro,⁶⁶ sancendo, nella specie, il ruolo dei giudici come vigili guardiani delle libertà dei cittadini.⁶⁷

Ed è proprio questo il tratto essenziale del modello americano di tutela dei diritti e, più in generale, dell’ordinamento stesso: il centrale ruolo del Giudiziario nel contrastare ogni abuso di potere del corpo legislativo o esecutivo.⁶⁸

Come già rilevato, cardine del modello americano di tutela dei diritti è il ruolo del potere giudiziario, che ha, perciò, un “immenso potere politico”.⁶⁹ Infatti, già de Tocqueville osservava che la fonte di tale potere oveva rinvenirsi nel diritto dei

Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures, (2004) 23 *Supreme Court Law Review* pp. 212-31; p. 214.

⁶² Sulla natura e struttura del federalismo americano sono state (e sono tuttora) oggetto di studio da parte di molti accademici e studiosi, in questa sede ci limitiamo a citare le principali fonti, rinviando ad esse per un’analisi esaustiva del tema: M.C.J. VILE, *The Structure of American Federalism*, Oxford, Clarendon Press, 1961; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola (N.Y.), The Foundation Press, 1988, pp. 18-22; U. MATTEI, *Il Modello di Common Law*, cit., pp. 105-117; E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., pp. 326-40.

⁶³ E. CHERMERINSKY, *Federalism Not as Limits, But as Empowerment*, (1996-7) 45 *University of Kansas Law Review*, pp. 1219-40; p. 1220.

⁶⁴ U. MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 98-99. R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights*, 1176-1791., cit., pp. 214-216.

⁶⁵ Invero, i dieci emendamenti sono comunque soggetti alla rigidissima procedura di revisione costituzionale prevista dall’articolo V della Costituzione federale. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 316-19.

⁶⁶ Lettera del 15 marzo 1789 di Thomas Jefferson a James Madison, in A. AQUARONE (A CURA DI), *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, cit., p. 134.

⁶⁷ N. LUND, *Federalism and Civil Liberties*, cit., p. 1045; R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights*, 1176-1791, cit., p. 219.

⁶⁸ R. A. RUTLAND, *The Birth of the Bill of Rights*, 1176-1791, cit., pp. 193-194.

⁶⁹ Così definito da A. DE TOCQUEVILLE (A CURA DI G. CANDELORO), *La democrazia in America*, cit., pp. 101-5.

giudici americani di “fondare le loro sentenze sulla costituzione piuttosto che sulle leggi”, potendo disapplicare quelle leggi che ritengono incostituzionali.⁷⁰ Questo è, in buona sostanza, il nucleo essenziale del potere di “judicial review of legislation” – c.d. controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi – di cui sono titolari i giudici americani, che consente loro di vagliare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie e, in caso di violazione, di disapplicarle.⁷¹

Tuttavia, chiunque legga la Costituzione americana non troverà traccia di tale potere, specularmente a quanto prevedono, ad esempio, il nostro articolo 134 Cost. e seguenti.⁷² Come spesso accade nei sistemi di common law, questo principio cardine dell’ordinamento è contenuto in una pronuncia giurisprudenziale. Così è accaduto per la nascita del controllo di costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti.⁷³ Invero, il potere dei giudici di disapplicare la legge in contrasto con la Costituzione, in forza del fatto che quest’ultima è la “supreme law of the land”, viene affermato per la prima volta con la celeberrima pronuncia nel caso *Marbury v Madison* del 1803.⁷⁴ L’efficacia di una tale dichiarazione di incostituzionalità comporta la disapplicazione, da parte del giudice, di quella legge nel caso concreto, con efficacia inter partes.⁷⁵

Dunque, conferendo ai giudici il potere/dovere di disapplicare le leggi ordinarie in contrasto con la costituzione, il Chief Justice Marshall delineò, in potenza, il fulcro di quello che è stato definito “strong model of judicial review”,⁷⁶ in quanto l’operato dei giudici in sede di sindacato di conformità delle leggi a costituzione si conclude con un definitivo giudizio di validità della legge.

⁷⁰ A. DE TOCQUEVILLE (A CURA DI G. CANDELORO), *La democrazia in America*, cit., p. 101.

⁷¹ M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1974; ID., *Judicial Review in Comparative Perspective*, (1970) 58 *California Law Review* pp. 1017-53; pp. 1034-39.

⁷² Articolo 134 Cost. – “La Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.”

⁷³ Altri casi di introduzione di judicial review per via giurisprudenziale si sono avuti in Norvegia, con il famoso caso *Wedel-Jarlsberg* del 1866 e in Argentina, con il caso *Sojo* del 1887; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La Tradizione Giuridica Occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., pp. 480-4 e pp. 509-11.

⁷⁴ E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., pp. 31-47. Si veda sul punto, l’articolo VI della Costituzione degli Stati Uniti, anche nota come “supremacy clause”.

⁷⁵ E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., pp. 32-37.

⁷⁶ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 33-6.

Di conseguenza, tale modello è caratterizzato da una vera e propria “supremazia del Giudiziario” (“judicial supremacy”),⁷⁷ che si presenta come l’unico potere in grado di garantire una tutela forte ai diritti fondamentali.

Questo peculiare ruolo di forza e di primato del potere giudiziario è il tratto caratterizzante del già menzionato “legal constitutionalism” (“costituzionalismo giuridico”).⁷⁸ Secondo tale approccio il solo modo per evitare instabilità e conflitti nella società è quello di cristallizzare i principi fondanti in una costituzione che garantisca le condizioni per una politica democratica. In questo senso, la costituzione fissa norme che possono essere applicate solo dalle corti perché solo tramite la giurisdizione si può conseguire l’ordine sociale. Dunque, contrariamente al “costituzionalismo politico”, il “costituzionalismo giuridico” configura un sistema in cui è predominante il carattere di bilanciamento tra i poteri, allo scopo di limitare che un potere abusi del proprio ruolo o usurpi competenze o funzioni altrui. Pertanto, per assicurare il rispetto dei limiti da parte di ciascun potere - che poi si traducono nei diritti dei singoli che non devono essere illegittimamente compressi - si predilige la stesura di carte costituzionali o cataloghi di diritti rigidi e scritti al fine di assicurarne la tutela.⁷⁹ In una tale ottica, il legislatore appare “indebolito” e quasi “indietreggia” innanzi ad un Giudiziario molto forte e più idoneo a garantire adeguatamente i diritti fondamentali.⁸⁰

Perciò si ha un diverso approccio nei confronti dei diritti fondamentali, agli antipodi rispetto a quello tipico del costituzionalismo politico, in base al quale si ritiene che l’unica tutela adeguata ai diritti fondamentali possa essere assicurata dall’opera delle corti supreme o costituzionali che, in quanto dotate di un alto grado di indipendenza dalle contingenze politiche, rappresentano il luogo ideale per la risoluzione di conflitti tra interessi fondamentali come i diritti dell’uomo, il cui bilanciamento deve essere sottratto alle considerazioni politiche contingenti.⁸¹ Per i costituzionalisti giuridici i diritti fondamentali integrano il parametro di validità della legge, poiché contenuti in una costituzione scritta avente rango di

⁷⁷ M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, in M. REIMANN AND R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; pp. 1225-1257.

⁷⁸ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 22.

⁷⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 22.

⁸⁰ M. TUSHNET, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, (1995) 94, *Michigan Law Review*, pp. 245-301.

⁸¹ M. GOLDONI, *Che cos’è il costituzionalismo politico?*, cit., p. 339-

legge superiore, sottratta ai mutamenti politici e agli strumenti di revisione ordinaria.⁸²

II.3. Un terzo modello di tutela dei diritti: il c.d. “Commonwealth model”

Oltre ai due modelli “classici” di tutela dei diritti sin qui illustrati, alcuni hanno individuato un terzo modello: il “Commonwealth model of constitutionalism”.⁸³ Detto modello si posiziona ad un livello intermedio tra il “legal constitutionalism” e il “political constitutionalism”.⁸⁴

Se le due varianti sono difficilmente conciliabili, il “terzo modello” prende in prestito specifiche caratteristiche da entrambi, combinandole in modo nuovo ed originale per adeguarsi alle novità rispettando, pur sempre, la tradizione.

Non è un caso che il modello di tutela in parola sia stato denominato “Commonwealth model of constitutionalism”, espresso rinvio all’eredità dell’Impero coloniale britannico sia ad ovest che ad est di Londra.⁸⁵

Passiamo adesso ad analizzare il sistema in cui questo nuovo sviluppo ha preso l’avvio, per concentrare poi l’attenzione, nei prossimi capitoli, su Nuova Zelanda, Regno Unito e Australia.

II.3.1. Il Canada e le “nuove idee costituzionali”

⁸² S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 21 -22.

⁸³ L’Autore che ha per primo proposto tale nuovo modello è il Professor STEPHEN GARDBAUM nel suo articolo del 2001 *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, (2001) 49 *American Journal of Comparative Law*, pp. 707-760. Da esso è tratto il saggio del Prof. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit. In particolare, qui ci si riferisce *ibidem*, pp. 30-36.

⁸⁴ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 21-25.

⁸⁵ Si veda la breve ma chiara distinzione di S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 8-11. In generale, per un’approfondita analisi della storia e dell’evoluzione del Commonwealth britannico si vedano, I. W. JENNINGS (SIR), *The British Commonwealth of Nations*, (IV ed.), London, Hutchinson University Library, 1961; I. W. JENNING (SIR); C. M. YOUNG, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1952.

Con l'analisi dell'esperienza canadese ci apprestiamo ad osservare un nuovo modello di tutela dei diritti, sbocciato e maturato nei paesi c.d. "parliamentary based", ove il sistema costituzionale dello Stato si regge sul principio di supremazia del Parlamento. Naturalmente, si tratta di paesi parte del Commonwealth britannico, in cui le tradizioni di common law della madrepatria inglese sono state imposte ed osservate per secoli. Come rilevano alcuni, il Canada fu il primo tra i paesi del Commonwealth ove si manifestò la volontà di migliorare lo storico "Westminster model" per ampliare la portata della tutela dei diritti fondamentali.⁸⁶ Per questa sua precoce attitudine a cercare nuove soluzioni - o meglio "nuove idee costituzionali"⁸⁷ -, il Canada si pone come imprescindibile parametro di valutazione delle successive esperienze neozelandese, inglese e australiana.⁸⁸

3.1.1) L'esperienza canadese dalla tradizione di common law al Bill of Rights del 1960

La tutela dei diritti fondamentali in Canada ha avuto uno sviluppo ed un'evoluzione molto simile a quella della madre patria inglese.⁸⁹ Invero, sin dal British North America Act del 1867 (BNA Act 1867),⁹⁰ il novello Stato canadese

⁸⁶ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 97.

⁸⁷ JANET. L. HIEBERT, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?* (2004) 82(7) *Texas Law Review*, pp. 1963-87.

⁸⁸ Vedi *infra* Cap. III e V.

⁸⁹ Sul punto e, più in generale, in materia di diritto costituzionale canadese, la fonte più autorevole è P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, (V ed.), Scarborough, Carswell-Thomson Reuters, 2007 e la sua recentissima versione per gli studenti, *Constitutional Law of Canada. 2017 Student Edition*, Toronto, Carswell-Thomson Reuters, 2017, cui pertanto si rinvia per approfondimenti.

⁹⁰ Primo vero documento costituzionale nella storia giuridica del Canada, che costituì ufficialmente lo Stato canadese. Verrà poi incorporato e rinominato "Constitution Act 1867" dal Constitution (Canada) Act del 1982 (UK) e con la famosa "patriation" di cui parleremo *infra* 3.1.2). Il BNA Act è entrato in vigore il 1 luglio 1867 ed è composto da undici parti più un preambolo, in cui si rileva che il "dominion canadese [...] ha espresso la volontà di avere una costituzione in linea di principio simile a quella del Regno Unito". La Part I, "Preliminary", è composta da due soli articoli che recano il titolo esteso dell'Atto e stabiliscono l'applicabilità delle disposizioni alla regina e a tutti i suoi eredi (artt. 1-2). La Part II "Union" istituisce formalmente la nuova federazione canadese (artt. 3-8). La Part III e IV disciplinano rispettivamente il potere esecutivo (artt. 9-16) ed il potere legislativo (artt. 17-57) della nuova federazione canadese. Il potere esecutivo federale è affidato alla Regina che lo esercita, sul territorio, tramite un Governatore Generale ed un Consiglio privato (che diverrà poi il gabinetto di governo). Il potere legislativo federale è attribuito ad un Parlamento bicamerale, formato da un Camera dei Comuni (art. 37) e un Senato (art. 22) La Part V, rubricata "Provincial Constitution", illustra la struttura governativa delle quattro province originarie

andò strutturandosi sul modello istituzionale del Regno Unito.⁹¹ In primo luogo, come voluto dai “padri della confederazione” (“Fathers of Confederation”), era pacifico che il Canada avrebbe ereditato il diritto costituzionale britannico,⁹² adottando, come recita il Preambolo del BNA Act, “a constitution similar in principle to that of the United Kingdom”.⁹³ Di conseguenza, non era previsto un vero e proprio Bill of Rights, ma venivano assicurate le fondamentali garanzie di eguaglianza con particolare riguardo ai due principali gruppi linguistici (francese ed inglese) e alle due principali confessioni religiose (cattolici e protestanti)⁹⁴; oltre a riconoscere (e limitare, seppure in modo molto blando e generico)⁹⁵ le

(Ontario, Québec, Nova Scotia e New Brunswick), ma lo schema vale per tutte le successive annessioni (artt. 58-90). La Part VII, “Judiciary”, disciplina il Giudiziario federale (artt. 96-101), in particolare l’art. 101 conferisce al Parlamento federale il potere di istituire una “corte d’appello generale per il Canada” e tutte le altre corti federali inferiori che riterrà necessarie. Tale potere verrà esercitato quasi subito con la creazione della Corte Suprema canadese (Canadian Supreme Court) nel 1875 con il Supreme Court Act – anche se fino al 1949 l’ultimo grado di giudizio era il Judicial Committee of the Privy Council di Londra. La Part VIII “Revenues; Debts; Assets; Taxation”, si occupa del funzionamento finanziario della confederazione canadese, istituendo l’unione fiscale delle province (artt. 102-26). La Part IX “Miscellaneous”, è composta da soli due articoli tra cui spicca quello che stabilisce l’inglese ed il francese come lingue ufficiali del parlamento del Canada e del Québec. Le Parti X e XI, rubricate rispettivamente “Intercolonial Railway” e “Admission of Other Colonies”, stabiliscono l’impegno del governo federale di proseguire i lavori di costruzione della ferrovia intercoloniale (art. 145) e la procedura di ammissione delle nuove colonie di Newfoundland e Prince Edward Island (art. 146-7). Cfr., L. BRUTI LIBERATI; L. CODIGNOLA, *La difficile evoluzione costituzionale del Canada*, in G. ROLLA (A CURA DI), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Milano, Giuffrè editore, 2000; pp. 1-18; pp. 1-2. Il testo integrale del BNA Act 1867 è reperibile sul sito <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/constitution/lawreg-loireg/>, consultato il 14 marzo 2017, cui si rimanda per ogni ulteriore riferimento normativo.

⁹¹ Invero, il modello parlamentare era già conosciuto in Canada dal 1791, quando, con il The Clergy Endowments (Canada) Act 1791 (Imp), la Provincia del Québec venne divisa in “Lower” (oggi corrispondente alla zona più a sud dello Stato dell’Ontario) e “Upper Canada” (oggi il Québec meridionale), per dare asilo a diecimila coloni inglesi in fuga dalle oramai indipendenti Stati Uniti del “sud”. Le due province di Lower e Upper Canada, con i rispettivi organi legislativi, vennero abolite ed unificate nell’unica Provincia del Canada, e in un unico Parlamento (“Parliament of the United Canadas”), con l’Act of Union 1840. Si dovrà tuttavia attendere il BNA Act 1867 per avere l’unione, politica e territoriale, delle province “canadesi” e l’inizio della “Canadian Confederation” che è tuttora la forma di stato del paese. Oggi, il Clergy Endowments (Canada) Act 1791 (Imp) è stato incorporato dal Constitution (Canada) Act 1982, a seguito del quale è noto come Constitutional Act 1791 (o, nella versione francese, Acte constitutionnel de 1791). Cfr., L. CODIGNOLA; L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, Milano, Bompiani, 1999, pp. 275-9; W. P. McCLURE KENNEDY, *Documents of the Canadian Constitution: 1759-1915*, Toronto-Oxford, Oxford University Press, 1918; pp. 205-7.

⁹² W. S. TARNOPOLSKY, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (1981) 44 *Law and Contemporary Problems*, pp. 169-193; p. 170.

⁹³ Preambolo al British North America Act 1867.

⁹⁴ British North America Act 1867, s 133.

⁹⁵ British North America Act 1867, s 91 (Powers of the Parliament) e s 92 (Exclusive Powers of the Provincial Legislatures).

competenze legislative affidate al Parlamento federale e a quelli provinciali.⁹⁶ Pertanto, le libertà civili dei singoli canadesi erano garantite secondo le regole della common law e delle consuetudini britanniche,⁹⁷ rimesse alla mutua interazione tra i principi della rule of law e della parliamentary sovereignty. Se quest'ultimo prevale nettamente nel Regno Unito, la supremazia del Legislativo in Canada veniva mitigata dalla natura federale dello Stato, riconosciuta dallo stesso BNA Act,⁹⁸ e quindi, in un certo senso, "positivizzata".⁹⁹ Infatti, come abbiamo visto, le principali (ed uniche) libertà civili garantite dal BNA Act riguardavano la tutela delle minoranze e dei gruppi linguistici diversi da quello "maggioritario".¹⁰⁰ La forma federale dello stato, in quanto sintesi perfetta delle istanze delle comunità che coesistevano sul territorio, fu il compromesso fondamentale per la creazione del Dominion canadese nel 1931, anche se permanevano importanti legami con la madrepatria inglese.¹⁰¹

La situazione rimase pressoché invariata sino alla Seconda Guerra Mondiale, quando crebbe l'attenzione verso le libertà civili e i diritti fondamentali degli individui.¹⁰² Invero, all'indomani delle atrocità commesse durante tale conflitto emerse chiaramente che la tutela dei diritti umani allora esistente non era stata sufficiente ad impedire ai governi di abusare del loro potere, comprimendo al punto tale la portata di tali diritti da annullarli completamente nei confronti di alcune categorie di cittadini.¹⁰³ Ne seguì un fermento legislativo a livello

⁹⁶ W. S. TARNOPOLSKY, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cit., p. 170.

⁹⁷ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, (1998) 3 *European Human Rights Law Review*, pp. 312-31.

⁹⁸ Anche se alcuni hanno definito la forma di Stato canadese come "quasi-federale", G. ROLLA, *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, *Quaderni Costituzionali*, 2, 1996, pp. 197-228; in particolare, p. 223.

⁹⁹ G. MARSHALL, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1957.

¹⁰⁰ Come giustamente rilevato da Alcuni, il BNA Act 1867 rappresenta "la sintesi" tra le due comunità dell'Ontario e del Québec, l'una anglofona l'altra francofona; la prima più favorevole ad uno Stato unitario; la seconda più propensa ad un sistema federale che lasciasse grande autonomia alle Province. In altre parole si potrebbe dire che "il federalismo canadese è stato costruito intorno all'esigenza di far coesistere in un unico Stato due comunità [...], due lingue, due culture e due sistemi giuridici" diversi. A. PITINO, *Il Federalismo canadese e i "limiti ragionevoli" in una free and democratic society*, in E. CECCHERINI (A CURA DI), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 137-48.

¹⁰¹ Anche dopo l'adozione dello Statute of Westminster, così G. ROLLA, *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, cit., p. 202.

¹⁰² L. CODIGNOLA; L. BRUTI LIBERATI, *Storia del Canada*, cit., pp. 658-63.

¹⁰³ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 314.

internazionale che portò alla creazione di strumenti di maggiore incisività per assicurare effettiva tutela ai diritti fondamentali.¹⁰⁴

Differentemente da quanto accadde nel Regno Unito, ove la tradizione britannica ha determinato la pluridecennale “non-incorporazione” della Convenzione di Roma,¹⁰⁵ il Canada fu molto attivo a livello internazionale e, alla luce della Dichiarazione delle Nazioni Unite, vi furono molte pressioni affinché venisse rafforzata anche la tutela garantita a tali diritti a livello nazionale, adeguandola agli standard raggiunti a livello internazionale. Caratteristica essenziale del caso canadese fu il sostegno trasversale mostrato da vari appartenenti al panorama giuridico nazionale, che permise al Primo Ministro John Diefenbaker di adottare, a livello federale, il Canadian Bill of Rights (CBOR) nel 1960.¹⁰⁶ In linea con la tradizione anglosassone, il CBOR venne promulgato dal Parlamento federale canadese, a conclusione dell’iter legislativo ordinario, confermando così che, per quanto la materia fosse delicata, la veste formale del nuovo strumento di tutela era rimasta quella di legge ordinaria.

Il CBOR coincide con la Part I dell’ “Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” ed è composto da quattro sezioni. Le più importanti sono le ss 1 e 2, note rispettivamente come “declaratory section” e “enacting clause”. La s 1 (“declaratory section”) deriva la sua natura “dichiarativa” dal fatto che enuncia alcune libertà fondamentali (la libertà di parola, di pensiero, di riunione e associazione, di religione e culto) affermandone, allo stesso tempo la preesistenza al CBOR e la loro esistenza anche in caso di abrogazione del CBOR. La s 2, invece, contiene la c.d. “enacting clause” perché dispone che nessuna legge canadese dovrà essere interpretata e attuata in modo da comprimere, violare o abolire un diritto contenuto nel CBOR.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Ci si riferisce chiaramente alle Nazioni Unite e all’adozione della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo come standard di diritti che i singoli Stati avrebbero dovuto garantire a livello interno. J. L. HIEBERT, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, cit., p. 4.

¹⁰⁵ Vedi *supra* Cap. I, § I.2, 2.2) ed *infra* Cap. IV; § IV.1.

¹⁰⁶ Invero, come specifica il Prof. BLACK-BRANCH, già le singole provincie canadesi si stavano muovendo in questa direzione, dotandosi, l’una dopo l’altra, di Bill of Rights provinciali. Prima fra tutte, la provincia di Saskatchewan adottò un proprio Bill of Rights nel 1947, su proposta del membro del Co-operative Commonwealth Federation (CCF), Alistair Stuart. J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 315-6.

¹⁰⁷ W. S. TARNOPOLSKY, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cit., pp. 173-4.

Nel Canadian Bill of Rights si mettevano per iscritto i diritti e le libertà fondamentali già riconosciuti e garantiti dalla tradizione britannica di common law. Ciò perché la sola certezza che in base alla tradizione, seppure pluricentenaria, di common law i diritti fondamentali dei cittadini sarebbero stati al riparo da ogni eventuale abuso del potere sovrano non era più una garanzia sufficiente.¹⁰⁸ Pertanto, si sentì la necessità di rendere il legislatore maggiormente consapevole dei diritti fondamentali, chiedendo una maggiore attenzione al rispetto di tali diritti nell'esercizio delle sue funzioni. E per far ciò l'unico strumento ritenuto veramente efficace era l'adozione di un catalogo scritto che elencasse in modo tassativo e definitivo i diritti fondamentali.

Con il CBOR si aprì quella fase in cui i sistemi "Westminster model" iniziarono a ricercare nuove modalità di tutela dei diritti fondamentali che, come vedremo, andrà ad assumere caratteri propri e autonomi rispetto al modello di partenza.¹⁰⁹

Il sistema istituito dal CBOR si affidava ad un meccanismo che combinava in sé l'eventualità di un controllo giudiziale sulla legge con la pressione nei confronti del Parlamento a legiferare nel rispetto dei principi indicati dal Bill of Rights.¹¹⁰

Il sistema venne completato, con l'adozione dello Statutory Instruments Act del 1971, che impose al Ministro della Giustizia l'obbligo di verificare la compatibilità di ogni nuovo disegno di legge al Bill of Rights e, in caso di incompatibilità, il conseguente obbligo di darne comunicazione, tempestivamente e senza ritardo, alla cancelleria della House of Commons.¹¹¹ A seguito di tale "report", il Parlamento avrebbe condotto la sua indagine e avrebbe legiferato di conseguenza. L'idea era che con molta probabilità, visto che la segnalazione giungeva da un Ministro del Governo in carica, la normativa viziata non avrebbe passato il voto del Parlamento, ma sarebbe stata ritirata oppure modificata per eliminare l'incompatibilità. Ciò perché, come notato da alcuni, "nessun governo avrebbe mai potuto permettersi, politicamente parlando, che il proprio Ministro della Giustizia si dimettesse a causa di una tale questione o che rendesse un parere negativo su una proposta di legge del Governo, chiedendone il ritiro ai sensi della

¹⁰⁸ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 315-6.

¹⁰⁹ J. L. HIEBERT, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, cit., p. 4.

¹¹⁰ J. L. HIEBERT, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, cit., p. 5.

¹¹¹ Adottato in conformità con la s 3 del Bill of Rights nel 1971.

s 3 del CBOR alla House of Commons.”¹¹² Veniva così prospettato un controllo politico di conformità ai diritti a cui corrispondeva la previsione di una “notwithstanding provision” della s 2 del Bill of Rights con cui si riconosceva al Parlamento la facoltà di adottare una legge in violazione dei principi del CBOR, purché lo avesse dichiarato per iscritto e previamente alla discussione parlamentare, prevedendo, contestualmente, l’obbligo per le Corti di applicare tale legge anche se in contrasto con il Bill of Rights.¹¹³

Tale clausola venne particolarmente contestata, proprio perché indeboliva fortemente il meccanismo sopra descritto, accordando al Parlamento una grande discrezionalità circa l’uso della notwithstanding provision. Tuttavia, per alcuni questa era il perno su cui poggiava l’intero sistema istituito dal CBOR.¹¹⁴ Ciò perché l’effetto combinato dell’interesse politico del Governo a non trovarsi nella situazione di avere un proprio Ministro che rende un parere negativo e la volontà di evitare malumori e critiche dovute ad un eccessivo ricorso alla notwithstanding provision, avrebbero fatto sì che ogni disegno di legge venisse attentamente esaminato, con tempestiva correzione in caso di violazione del Bill of Rights, prima dell’esame in Parlamento.¹¹⁵

Tuttavia, il tanto auspicato controllo attivo da parte delle corti, che serviva da contrappeso ad un eccessivo ricorso alla notwithstanding provision, non c’è stato e, di conseguenza, il “rigoroso controllo politico” rispetto ai principi del CBOR è venuto meno. Di conseguenza, al grande potenziale innovativo di un tale documento non corrispose una concreta ed efficace attuazione pratica.

In particolare, sono stati individuati tre “punti deboli” del CBOR del 1960.

In primo luogo, esso era un atto del Parlamento e, come tale, poteva essere modificato, emendato o abrogato da un altro, successivo atto del medesimo Parlamento, adottato a maggioranza. I critici pertanto sottolineavano che, se un partito come quello Nazionalsocialista tedesco fosse salito al governo avrebbe potuto facilmente sospendere i diritti e le libertà fondamentali dei cittadini tramite

¹¹² E. A. DRIEDGER, *The Meaning and Effect of the Canadian Bill Of Rights. A Draftman’s Viewpoint*, (1977) 9 *Ottawa Law Review*, pp. 303-20; p. 311.

¹¹³ Canadian Bill of Rights 1960, s 2.

¹¹⁴ E. A. DRIEDGER, *The Meaning and Effect of the Canadian Bill Of Rights. A Draftman’s Viewpoint*, cit., p. 311-5.

¹¹⁵ J. L. HIEBERT, *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, cit., p. 5.

una legittima votazione a maggioranza in Parlamento.¹¹⁶ In secondo luogo, la già citata s 2 prevedeva la primazia del CBOR, rispetto al quale tutte le leggi e gli atti avente forza di legge dovevano conformarsi.¹¹⁷ Allo stesso tempo però, la medesima disposizione prevedeva che se il Parlamento lo avesse ritenuto necessario, avrebbe potuto adottare una legge non conforme al Bill of Rights e le Corti avrebbero dovuto rispettare tale scelta applicando la legge “incompatibile”.¹¹⁸ Infine, l’ultimo limite del CBOR 1960 era legato alla natura federale dello Stato canadese. Il CBOR era un atto del governo federale, dunque non applicabile alle province, con relativa esclusione dall’obbligo di conformità al CBOR delle leggi relative a materie sottratte alla competenza federale.¹¹⁹ Dunque, il CBOR non era altro che uno strumento ermeneutico, di portata molto generale, utilizzabile dalle corti principalmente nell’interpretazione e nell’applicazione della (sola) legge federale, senza che potesse venir invocato dai cittadini delle singole province o territori.¹²⁰

A ciò si aggiunga che le corti preferirono incardinare il CBOR ed il nuovo potere di controllo giudiziale loro conferito negli schemi tradizionali della supremazia parlamentare, limitando così le potenzialità pratiche e l’effettività della protezione dei diritti in essa contenuti.¹²¹

Tutto ciò evidenziò come un Bill of Rights avente natura di legge ordinaria (“ordinary statute, unentrenched bill of rights”) non avesse fatto altro che consentire al principio di supremazia parlamentare di prevalere, ancora una volta, sul controllo giudiziale, determinando il fallimento del tentativo di conciliare i due principi e confermando, all’apparenza, l’impossibilità di raggiungere un compromesso.¹²²

¹¹⁶ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 317.

¹¹⁷ Canadian Bill of Rights 1960, s 2.

¹¹⁸ Canadian Bill of Rights 1960, s 2 in particolare laddove recita “[...] unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights [...]”

¹¹⁹ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 318.

¹²⁰ Esempio è il caso *Ward et al. and Board of the Blain Lake School Unite No. 57* 4 W.W.R. 161 (Sask. Q.B.), in cui il Queen’s Bench affermò l’impossibilità di estendere l’applicabilità del CBOR alla legislazione provinciale del Saskatchewan in quanto essa esulava dalla competenza dello Stato federale.

¹²¹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 99.

¹²² S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 100.

Tuttavia, i fautori di un maggiore controllo giudiziale sulla legislazione ordinaria non si arresero e l'evoluzione del modello canadese che seguì ne è il risultato.

Invero, il dibattito interno circa la tutela dei diritti fondamentali non si spense mai, ma anzi acquistò sempre maggiore attualità, concludendosi, infine, con l'adozione, appena venti anni dopo il CBOR, del Constitution Act del 1982 e della Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

3.1.2) La Patriation: il Constitution Act 1982 e la Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms

Come abbiamo visto, dopo il 1960 si intensificarono le pressioni per una più incisiva tutela dei diritti fondamentali, cui il CBOR non era stato in grado di fornire.

Particolare punto debole che inficiava l'efficacia complessiva del CBOR era la sua operatività limitata al solo ambito federale. Dunque, molta importanza fu data alla necessità di adottare un catalogo di diritti che si applicasse sia a livello federale che a livello provinciale.¹²³ Una grande spinta venne dagli sviluppi a livello internazionale nel campo dei diritti umani,¹²⁴ che alzarono la soglia minima di tutela, rendendo ancora più evidente l'inadeguatezza del CBOR nel garantire una tutela attuale ed efficace, specie in un "mosaico" culturale come è il Canada.¹²⁵ In particolare, il multiculturalismo caratteristico della società canadese rendeva ancora più urgente l'adozione di una carta dei diritti poiché solo attraverso di essa si sarebbe garantita piena parità nei diritti fondamentali a tutti i cittadini.

Pertanto, nel 1963 il Primo Ministro canadese Lester B. Pearson, assieme con il Ministro della Giustizia Pierre Elliot Trudeau,¹²⁶ avanzò l'idea di una "costituzionalizzazione" della carta dei diritti fondamentali, più vicina al modello

¹²³ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 319.

¹²⁴ Ad esempio, il 1968 venne dichiarato l'anno dei diritti umani dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, al fine di promuovere a livello internazionale la tutela dei diritti fondamentali.

¹²⁵ Espressione usata da tanti commentatori politici e sociologi circa l'ordinamento canadese, per indicare il multiculturalismo che caratterizza il Canada. Cfr., L. WEINRIB, *The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution*, (2001) 80 *Canadian Bar Review* pp. 699-748; p. 702.

¹²⁶ Che in seguito gli succederà alla guida del Paese.

francese e americano che al modello britannico ispiratore del precedente Bill of Rights del 1960.¹²⁷ Il consenso generale circa una simile proposta crebbe sempre di più tra la fine degli anni Sessanta e la fine degli anni Settanta, sino a che, una volta divenuto Primo Ministro, Trudeau fece della proposta di una carta canadese dei diritti, assieme alla “patriation” della costituzione canadese, il principale vessillo del suo programma politico.

Per comprendere perché in Canada si sentì il bisogno di “riportare a casa” la costituzione occorre fare un piccolo passo indietro. Come abbiamo già detto, la fonte di rango costituzionale in Canada era, dal 1867, il British North America Act, che istituiva ufficialmente lo Stato canadese. Nel 1931 il Canada ottenne dalla madrepatria lo status di “dominion”,¹²⁸ che gli riconobbe piena sovranità politica con un solo residuale legame di natura formale alla madrepatria: la Regina ricopre ancora oggi il ruolo di Capo dello Stato canadese.¹²⁹ Tuttavia, “alcune vestigia della dominazione coloniale” si erano mantenute.¹³⁰ In particolare, il potere di revisione costituzionale era rimasto nelle mani del Parlamento di Westminster anche dopo il riconoscimento della piena indipendenza del Parlamento canadese.¹³¹ Dunque, nel 1982, ciò che il Governo Trudeau mirava ad ottenere era il recupero della costituzione canadese, al fine di “portarla a casa” o meglio, di “rimpatriarla”,¹³² facendola propria e facendo sì che tutti canadesi la sentissero come tale.

Così, nell’aprile di quello stesso anno venne approvato con legge ordinaria del Parlamento federale il Constitution (Canada) Act, una vera e propria costituzione scritta e rigida, a cui venne aggiunto un catalogo di diritti che prevedeva un vero

¹²⁷ W. S. TARNOPOLSKY, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cit., p. 169.

¹²⁸ Con la promulgazione da parte del Parlamento inglese dello Statute of Westminster del 1931, reperibile sul sito <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/22-23/4/contents>, consultato il 16 marzo 2017.

¹²⁹ Rappresentato oltreoceano da un Governor General, che attualmente è David Johnston.

¹³⁰ P. PASSAGLIA, *La giustizia costituzionale in Canada*, in J. LUTHER; R. ROMBOLI; R. TARCHI, *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli editore, 2000, pp. 85-105.

¹³¹ Statute of Westminster 1931, s 7.

¹³² Da notare che lo slogan della “patriation” di Trudeau era “Bringing home the Constitution”, espressione che, neanche dieci anni più tardi, verrà ripresa dal Governo Blair per il *White Paper – Bringing Rights Home* e *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* - che porterà all’adozione dello *Human Rights Act* 1998. Si veda *infra* Parte II, Cap. II, § II.1. e II.2. .

e proprio sistema di tutela autonomo: la Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms.¹³³

Nonostante il radicale cambiamento che il Canada Act ha operato sul sistema costituzionale canadese,¹³⁴ ci soffermeremo qui solo sulla Part I del Canada Act 1982 che consiste nella Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms (CCFRF).

Con l'adozione della Charter, le disposizioni in materia di libertà e di diritti fondamentali hanno acquistato rango di norme costituzionali e pertanto superiori a qualsiasi altra legge ordinaria, federale o provinciale.¹³⁵ Dette norme devono considerarsi, per espressa previsione costituzionale, "supreme law of the land",¹³⁶ soggette quindi alla nuova procedura aggravata di revisione costituzionale previsto dalla s 38 (1) del Canada Act 1982.¹³⁷ Di conseguenza, tutti gli apparati governativi sono tenuti ad operare (anche se con importanti eccezioni che vedremo a breve) in conformità alla Charter, pena la impugnabilità dei provvedimenti incompatibili con la Carta.

¹³³ Sulla Canadian Charter si veda E. CECCHERINI, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento dei diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali*, in G. ROLLA (A CURA DI), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, cit., pp. 41-62; pp. 41-8.

¹³⁴ Il Constitution (Canada) Act si compone di quattro sezioni. La Section One richiama integralmente l'Allegato B, che contiene la Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms, e ne costituisce il nucleo portante. La Section Two, invece, afferma che "nessun Atto del Parlamento del Regno Unito avrà più effetto sul territorio canadese dal 17 aprile 1982 (data dell'entrata in vigore del Constitution (Canada) Act)". La Section Three dispone la pari vincolatività della versione inglese e francese del Constitution (Canada) Act. Infine, la Section Four stabilisce che il nome dell'atto sarà "Canada Act". La Schedule B è nota come "Constitution Act 1982" e si compone di sette parti, oltre ad una schedule che prevede i meccanismi di modifica e/o ammodernamento del Constitution Act stesso. La Part I del Constitution Act 1982 è composta dalla Charter (ss. 1-34); la Part II, che sancisce i diritti delle popolazioni aborigene del Canada (Rights of the Aboriginal Peoples of Canada – s. 35); la Part III, che enuncia le principali disposizioni in materia di eguaglianza e pari opportunità (Equalisation and Regional Disparities – s. 36); la Part IV, che prevede la convocazione di una commissione (formata dal Primo Ministro canadese e i Premier delle province e dei territori) per verificare, entro un anno dall'entrata in vigore della Carta, il suo stato d'attuazione (Constitutional Conference – s. 37); la Part V, che disciplina la procedura di revisione costituzionale (Procedure for Amending Constitution of Canada – ss. 38-39); la Part VI, che elenca le modifiche apportate al precedente BNA Act 1867 (Amendment to the Constitution Act 1867, formerly the BNA Act (British North America Act) ss. 50-51); infine, la Part VII contiene clausole generali (ss. 52-61). Inoltre, il Constitution Act 1982 incorpora in sé il precedente Canadian Bill of Rights del 1960.

¹³⁵ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 32 (1).

¹³⁶ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 52 (1). E' chiaro qui il riferimento alla concezione americana della legge fondamentale, con la differenza che, nel caso canadese, l'invalidità delle leggi in violazione della costituzione è espressamente sanzionata dal testo costituzionale; mentre, negli Stati Uniti l'affermazione di tale principio è stato raggiunto in via pretoria con la sentenza *Marbury v Madison* del 1803, di cui si è parlato *supra* § II.2.

¹³⁷ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 38 (1).

Un tale potere di controllo giudiziale di conformità delle leggi alla Charter non trova consacrazione in una precisa disposizione del composito Canada Act 1982, ma tale è stata la prassi della Corte suprema canadese (Supreme Court of Canada, anche SCC) alla luce del combinato disposto¹³⁸ delle ss 52 (la già citata “supremacy clause”)¹³⁹ e 24 (la c.d. “enforcement clause”).¹⁴⁰ Dunque, come notato da alcuni,¹⁴¹ la Charter istituisce un sistema di tutela che ha tutte le caratteristiche essenziali del modello americano¹⁴² prevedendo un catalogo di diritti di rango costituzionale, sottratto alla discrezionalità delle maggioranze di governo e giustiziabile dalle corti che hanno il potere di invalidare la normativa incompatibile con esso.¹⁴³

Tuttavia, pur “consacrata” come legge fondamentale, il valore della Charter canadese non è assoluto, ma subordinato a due limiti.¹⁴⁴

Il primo è espressamente contenuto nella s 1 della Charter, ove l’applicabilità della stessa è subordinata a “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.¹⁴⁵ Si tratta della nota “general limitations clause”, per cui ai diritti e le libertà individuali possono applicarsi “limiti ragionevoli” imposti per legge, che possano giustificarsi in una società libera e democratica. Dunque, i diritti dei singoli possono essere limitati per consentire il perseguimento di uno scopo più ampio, a favore dell’intera collettività. Come osservato da più parti,¹⁴⁶ la ragionevolezza della limitazione deriva dal fatto che essa sia disposta per legge, a seguito di un’attenta valutazione

¹³⁸ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 101.

¹³⁹ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 52 (1).

¹⁴⁰ La “enforcement clause” garantisce al cittadino che lamenta la violazione di un diritto o di una libertà prevista dalla Charter il diritto di adire la Corte competente per ottenere giustizia. Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 24 (1).

¹⁴¹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 100-101.

¹⁴² Vedi *supra* § II.2.

¹⁴³ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 101.

¹⁴⁴ P. PASSAGLIA, *Modello inglese vs. modello statunitense nell’edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, cit., pp. 53-4.. L’Autore invero, cita come primo limite quello di natura “transitoria” della s 32(2) del Constitution Act 1982 che posticipava di tre anni l’efficacia delle previsioni in materia di eguaglianza allo scadere dei tre anni dalla entrata in vigore della Charter. Nel testo ci si riferisce invece alle due clausole della s 1 e della s 33, note come la “general limitations clause” e “notwithstanding clause”. Pertanto il primo limite cui qui ci si riferisce è da individuarsi con la “general limitations clause” della s 1 della Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

¹⁴⁵ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 1.

¹⁴⁶ R. J. SHARPE, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali*, Quaderni Costituzionali, 1992, pp. 363-77.

degli interessi in gioco.¹⁴⁷ Decisiva inoltre, è stata la posizione della giurisprudenza della Corte Suprema canadese, che ha enucleato un “test” per verificare la legittimità o meno della limitazione disposta dalla legge.¹⁴⁸

L’altro limite è contenuto della famosa s 33, cui abbiamo accennato nella veloce panoramica sul Canadian Bill of Rights del 1960: si tratta della “notwithstanding clause”.¹⁴⁹ Nota anche come “clausola d’eccezione” (“override clause”),¹⁵⁰ questa mette a disposizione del legislatore un potente strumento per limitare la maggior parte dei diritti tutelati dalla Charter, consentendo al Parlamento federale o ai legislativi provinciali di sospendere l’operatività della stessa (seppure per un periodo di tempo limitato) e di emanare una legge malgrado sia in contrasto con i

¹⁴⁷ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 324.

¹⁴⁸ Trattasi del famoso caso *R v Oakes* [1986] 2 S.C.R. 713, in cui la Corte Suprema del Canada indicò il procedimento da seguire per verificare la sussistenza del requisito della ragionevolezza nei provvedimenti legislativi che dispongono una limitazione o sospensione dei diritti fondamentali. Il procedimento, noto come “Oakes test”, si articola in due fasi. Nella prima occorre verificare se l’oggetto della normativa che impone la limitazione sia o meno di un’importanza tale da giustificare l’esclusione dell’operatività dei diritti. Nella seconda fase si verificherà che lo scopo della legge sia perseguito con mezzi proporzionati e non arbitrari. La Corte ha inoltre definito i tre profili che la “proporzionalità” deve soddisfare: la legge deve essere studiata in modo tale da essere ragionevolmente correlata allo scopo che intende perseguire; l’impatto della legge sul diritto fondamentale deve essere il minore possibile (teoria del “danno minore”- “minor impairment test”- , R. J. SHARPE, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali*, cit. p. 371) e, infine, deve esservi proporzionalità tra l’effetto della misura limitatrice del diritto e lo scopo indicato come “sufficientemente importante”. J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., pp. 326-7.

¹⁴⁹ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 1 – “Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).”

¹⁵⁰ R. J. SHARPE, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà fondamentali*, cit., p. 374. La s 33 è, com’è noto, uno dei “limiti a tutela del federalismo” poiché rappresenta il risultato del compromesso tra la federazione e il governo del Québec, che non firmò con le altre province al momento della ratifica ufficiale. Per un ulteriore approfondimento su questo profilo si rinvia a: A. BURATTI, *Western Constitutionalism. An Introduction*, cit., p. 125; A. PITINO, *Il federalismo canadese e i “limiti ragionevoli” in una free and democratic society*, in E. CECCHERINI (A CURA DI), *A trent’anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, GUP – Genova University Press, 2013, pp. 137-49; E. CECCHERINI, *La Carta dei diritti e delle libertà del 1982: un difficile equilibrio fra il riconoscimento dei diritti universali e salvaguardia delle competenze provinciali*, cit., pp. 41-8; T. GROPPI, *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in G. ROLLA (A CURA DI), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale interpretative*, cit., pp. 19-40; pp. 27-31.

diritti previsti dalla s 2¹⁵¹o dalle ss 7-15¹⁵² della Charter medesima. ¹⁵³
L'inclusione di una tale clausola, molto discussa e criticata in sede di redazione della Charter, riafferma il principio fondante dell'architettura costituzionale canadese, cui neppure il legislatore del 1982 ha rinunciato: il tradizionale principio di supremazia del Parlamento.¹⁵⁴

Qui sta la grande novità nonché prima caratteristica del “new constitutionalism” canadese. Con l'inclusione della s 33 nel corpo della Charter non si è rifiutato completamente il principio di supremazia parlamentare in favore della supremazia del Giudiziario, rigettando così l'essenziale caratteristica del modello americano puro che attribuisce il “potere dell'ultima parola” sulla validità di una legge ordinaria alle Corti senza che l'organo legislativo possa in alcun modo (neanche tramite il procedimento legislativo ordinario) sovvertire una tale decisione.¹⁵⁵
Invero, nonostante il sistema propenda considerevolmente a favore della supremazia del Giudiziario, la s 33 smorza l'impatto concreto di tale principio, attribuendo al legislatore il potere di avere l'ultima parola sulla conformità della legge alla Charter, con la possibilità di sospenderne l'operatività.

Pertanto, è possibile affermare che “la notwithstanding clause attiva [...] un complesso circuito istituzionale in materia di diritti fondamentali, la cui protezione è, innanzitutto, affidata alle corti, le quali dispongono, al proposito, anche del sindacato diffuso di costituzionalità che gli consente di disapplicare norme di legge con essi contrastanti, ma è anche rimessa al legislatore – federale che provinciale – cui è attribuito il legislative override, con il quale i diritti possono trovare temporanea limitazione per motivazioni ritenute politicamente preminenti.”¹⁵⁶

Inoltre, la Charter mitiga ulteriormente le caratteristiche il modello americano, affiancando al controllo giurisdizionale dei diritti un controllo politico preventivo

¹⁵¹ Si tratta della libertà di espressione, religione, associazione e riunione (Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms, s 2 - freedom of conscience and religion; freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; freedom of peaceful assembly; freedom of association).

¹⁵² Tali articoli riguardano un gruppo vario tra cui i diritti di libertà civile e il principio di eguaglianza.

¹⁵³ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 33 (3).

¹⁵⁴ J. BLACK-BRANCH, *Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms*, cit., p. 328.

¹⁵⁵ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 101.

¹⁵⁶ F. DURANTI, *La nuova circolazione dei modelli costituzionali negli ordinamenti di matrice anglosassone*, cit., p. 10.

obbligatorio sulla conformità di ogni nuova proposta di legge alla Carta (c.d. “political rights review”).¹⁵⁷ Sebbene la Charter non preveda espressamente il dovere di esaminare i disegni di legge e comunicare eventuali incompatibilità come il CBOR suo predecessore,¹⁵⁸ il Parlamento canadese ha reso concreto tale obbligo con la modifica del Department of Justice Act nel 1985.¹⁵⁹ Ad oggi, il Minister of Justice ha l’obbligo giuridico di esaminare tutte le proposte di legge del governo per verificarne la conformità alla Charter, di certificare l’avvenuto esame e comunicare alla House of Commons ogni eventuale incompatibilità rilevata.

3.1.3) Il “dialogic judicial review”: la via canadese alla giustizia costituzionale

Il sistema consolidatosi con l’implementazione della Charter e la giurisprudenza della Corte suprema canadese configura il primo tentativo di una conciliazione tra il modello inglese e quello statunitense. Il risultato che si osserva è quello di un “dialogo”¹⁶⁰ tra poteri che, invece di tentare di prevalere l’uno sull’altro,

¹⁵⁷ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 102.

¹⁵⁸ Canadian Bill of Rights 1960, s 3 (1).

¹⁵⁹ Department of Justice Act 1985, s 4.1 (1) – “Subject to subsection (2), the Minister shall, in accordance with such regulations as may be prescribed by the Governor in Council, examine every regulation transmitted to the Clerk of the Privy Council for registration pursuant to *the Statutory Instruments Act* and every Bill introduced in or presented to the House of Commons by a minister of the Crown, in order to ascertain whether any of the provisions thereof are inconsistent with the purposes and provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Minister shall report any such inconsistency to the House of Commons at the first convenient opportunity.”

¹⁶⁰ La metafora del dialogo ed il modello “dialogic judicial review” sono stati conati da PETER W. HOGG e ALLISON A. BUSHHELL nel loro articolo *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*, (1997) *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 75-105. L’impiego della metafora del “dialogo” tra Corti e legislatore avrà grande seguito in Canada ma anche molti critici: a favore del modello dialogico si veda innanzitutto, l’articolo di risposta alle critiche di P. W. HOGG, A. A. BUSHHELL THORTON & W. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited: or “Much Ado About Metaphors”*, (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 1-65, cui seguirono: C. MATHEN, *Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on ‘Charter Dialogue Revisited’*, (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 125-46; K. ROACH, *Dialogic Judicial Review and its Critics*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 49-104. Tra i recenti a favore si segnalano T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, [2012] *Public Law* 306; P. YAP, *Defending dialogue*, [2012] *Public Law* 527. Tra i critici del modello dialogico si riportano qui i più noti, oltre che coloro contrari all’esportazione del modello in altri ordinamenti di common law (ad es. come è successo nel Regno Unito con l’adozione dello Human Rights Act 1998): E. CAROLAN, *Dialogue Isn’t Working: The Case For A Collaboration As A Model Of Legislative-Judicial Relations*, (2016) 36 *Legal Studies*, pp. 209-29; C. BATEUP, *The dialogic promise – assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, (2009) 71 *Brook Law*

intraprendono la via della collaborazione, dialogando tra loro per garantire una migliore tutela dei diritti fondamentali.¹⁶¹

E' andata così affermandosi una corrente dottrinale, nota come "dialogue theory",¹⁶² per cui il "dialogo" si ha quando ad una decisione giudiziale di incompatibilità tra una legge ordinaria e la Charter segua una misura legislativa prontamente predisposta dall'organo a ciò deputato (c.d. "legislative sequels").¹⁶³ Presupposto di tale teoria è che può aversi dialogo solo tra organi di pari grado, che possano interfacciarsi alla pari. Pertanto, intendere lo strumento di judicial review come il potere delle corti di avere l'ultima parola sulla validità di una legge, vincolando definitivamente l'organo legislativo, mal si concilia con l'idea del "dialogo". E' piuttosto quando il legislatore mantiene la propria discrezionalità nel recepire in tutto o in parte la decisione della corte che la relazione tra giudici e legislatore è paritaria e, di conseguenza, dialogica.¹⁶⁴ Dunque, il (mitigato) potere di judicial review introdotto dalla Charter innesca dialogo tra i due poteri dello Stato.

Con la loro giurisprudenza, le corti pongono al centro del dibattito pubblico il rispetto dei diritti, sottolineando il ruolo essenziale che i giudici svolgono per un'effettiva tutela dei diritti dei cittadini. Il legislatore è lasciato, quindi, nella condizione di individuare soluzioni conformi all'interpretazione della Charter fornita dalla Corte, conseguendo al contempo anche quegli obiettivi socio-economici propri della sua funzione politica. Inoltre, il mantenimento del margine di discrezionalità da parte del legislatore ridimensiona sensibilmente l'impatto del

Review, pp. 1109-80; M. TUSHNET, *The Hartman Hotz: Dialogic Judicial Review*, (2008) 61 *Arkansas Law Review*, pp. 205-216; A. PETER, *Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing After All)*, (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 147-67; D. NICOL, *Law and Politics after the Human Rights Act*, [2006] *Public Law* 722; L. N. TREMBLAY, *The Legitimacy of Judicial Review: the Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures* (2005) 4 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 317-648; C. P. MANFREDI, J. B. KELLY, *Six Degrees of Dialogue: a Response to Hogg and Bushell*, (1999) 37 *Osgoode Hall Law Review*, pp. 513-28.

¹⁶¹ C. MATHEN, *Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: a Comment on "Charter Dialogue Revisited"*, cit., p. 128; K. ROACH, *Dialogic Review and Its Critics*, cit., p. 55.

¹⁶² Il modello dialogico è divenuto lo schema dominante nel "constitutional discourse" contemporaneo, ricevendo anche il beneplacito della giurisprudenza canadese: *Vriend v Alberta* [1998] 1 SCR 493; *R v Mills* [1999] 3 SCR 668; *Sauvé v Canada* (Chief Electoral Officer) [2002] 3 SCR 519.

¹⁶³ P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 76.

¹⁶⁴ P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 79.

judicial review, attenuando le preoccupazioni dei più accaniti oppositori.¹⁶⁵ Naturalmente, a seguito di una pronuncia della Corte il legislatore si trova quasi “costretto” ad esaminare una determinata questione, che, senza tale input, non necessariamente avrebbe esaminato.¹⁶⁶ E’ pur vero che qualora il legislatore rimanesse inerte, non adeguando la normativa ai principi enucleati dalle corti, sarebbe stato comunque costretto ad intervenire per non inasprire il rapporto tra i due organi.¹⁶⁷ Dunque, anche se “caldamente invitato”, alla fine, l’ultima parola sulla normativa applicabile è sempre rimessa al processo democratico dell’iter legislativo. Il riconoscimento al legislatore del potere di override, notano alcuni, garantisce “una più autentica espressione di democraticità”¹⁶⁸ rispetto, ad esempio, al modello americano, in cui il destino della legislazione è rimesso alla decisione di “few black-robed celebrities”.¹⁶⁹

Pertanto, elementi imprescindibili del modello dialogico sono la presenza di una sentenza di annullamento della legge ordinaria e l’azione/reazione (o la mancata azione/reazione)¹⁷⁰ del legislatore ad essa.

Il modello di “dialogue” così illustrato è considerevolmente favorito da quattro essenziali caratteristiche della Charter. Ai già citati meccanismi della s 1 e della s

¹⁶⁵ A. PETER, *Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn’t Such a Good Thing After All)*, cit., p. 163.

¹⁶⁶ K. ROACH, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, cit., p. 101.

¹⁶⁷ Sul punto molto critici sono Manfredi e Kelly, per i quali si ha un “dialogo effettivo solo se al legislatore è riconosciuta pari dignità nell’interpretazione della costituzione e gli sono riconosciuti anche gli strumenti per darvi seguito.” Cfr., C. MANFREDI & J. KELLY, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, cit., p. 524.

¹⁶⁸ K. ROACH, *Dialogue Theory and Its Critics*, cit., p. 64.

¹⁶⁹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; p. 291. Gli stessi dubbi circa la mancanza di legittimazione dei giudici americani era già stata segnalata, qualche anno prima di Waldron, dal professore americano Bruce Ackerman. Cfr. B. ACKERMAN, *We The People: Foundations*, cit., p. 261; A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit.

¹⁷⁰ In particolare, l’assenza del legislative sequels da parte del Parlamento viene considerata come elemento dirimente per capire se v’è stato dialogo o no: Manfredi e Kelly ritengono l’inattività del legislatore come indice di mancanza di dialogo o di “judicial monologue”. C. MANFREDI & J. KELLY, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, cit., p. 514. E. CAROLAN, *Dialogue Isn’t Working: The Case For A Collaboration As A Model of Legislative-Judicial Relations*, cit., p. 215.

33¹⁷¹ si aggiungono quello fondato sui “qualified rights” delle ss 7, 8,¹⁷² 9¹⁷³ e 12¹⁷⁴ ovvero diritti che, a determinate condizioni, possono essere limitati o la cui efficacia può essere sospesa dal legislatore¹⁷⁵ e quello posto per assicurare la garanzia del principio di uguaglianza della s 15 (1).¹⁷⁶ Il primo consente al legislatore uno spazio di manovra relativamente ampio, a condizione che la normativa rispetti gli standard di correttezza (“fairness”) e ragionevolezza (“reasonableness”); il secondo, ponendo un esteso obbligo di garanzia, può essere soddisfatto attraverso una larga varietà di misure legislative, attribuendo una significativa discrezionalità al legislatore.¹⁷⁷

Vi sono poi alcuni casi in cui il dialogo tra corti e Parlamento è precluso da “barriere” di varia natura.¹⁷⁸ Una prima barriera esiste nell’ipotesi in cui la s 1 non trovi applicazione, poiché un particolare diritto è disciplinato così accuratamente che il legislatore, federale o provinciale, non ha possibilità di intervenire, imponendo quei limiti ragionevoli previsti dalla s 1.¹⁷⁹ Una seconda barriera si ha nel caso in cui i giudici dichiarino “incostituzionale” una legge ordinaria perché non soddisfa il primo requisito dell’*Oakes* test ossia non persegue uno scopo

¹⁷¹ Anche se, molti dei detrattori del modello dialogico vi scorgono “l’arma letale” attribuita al Legislatore per chiudere qualsiasi canale di dialogo con le corti, ignorando la sentenza. In realtà, non è così. Il potere di *override* concesso al legislatore, se esercitato, annulla l’interpretazione della Corte di quel particolare diritto e pone nel nulla la sentenza di condanna in forza della presunta violazione; non tocca il contenuto del diritto stesso, che rimane vincolante per il Legislatore. K. ROACH, *Dialogue Theory and Its Critics*, cit., p. 61. Inoltre, secondo alcuni, il “non-uso” della s 33 è significativo del fatto che in Canada, il potere di avere l’ultima parola spetta de facto alle corti, A. PETTER, *Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn’t Such a Good Thing After All)*, cit., pp. 161-163.; R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, (2009) 47 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 235-286; in particolare, p. 240.

¹⁷² Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 8.

¹⁷³ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 9.

¹⁷⁴ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 12.

¹⁷⁵ Ad esempio, la s 7 garantisce il diritto di ciascuno di non essere privato della vita, della libertà e della propria sicurezza, salvo che ciò non sia ritenuto indispensabile dal legislatore per il rispetto dei “principi fondamentali di giustizia” (“principles of fundamental justice”). Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 7.

¹⁷⁶ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 15 (1).

¹⁷⁷ P. W. HOGG, A. A. BUSHHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 82.

¹⁷⁸ P. W. HOGG, A. A. BUSHHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 92 ss.

¹⁷⁹ Ad esempio si pensi al caso *Québec (AG) v Québec Protestant School Boards* [1984] 2 S.C.R. 66, in cui la Corte Suprema ha annullato la legge provinciale Charter of the French Language che limitava ai soli figli di cittadini del Québec appartenenti alla minoranza inglese l’accesso alle scuole che impartivano l’insegnamento scolastico in inglese anziché in francese perché in contrasto con la Charter, che invece garantiva l’accesso privilegiato ai figli di tutti i cittadini canadesi che avessero ricevuto l’educazione in inglese *ovunque* nello Stato del Canada.

fondamentale e necessario (“pressing and substantial purpose”) tale da giustificare la limitazione di un diritto fondamentale.¹⁸⁰

Da ultimo, il dialogo tra Corti e legislatore potrebbe subire un “cortocircuito” in caso di una questione sociale particolarmente sensibile o controversa. L’esempio principe è la famosa sentenza *R v Morgentaler* del 1988, con cui la Corte dichiarò incostituzionale la legislazione penale in materia di interruzione di gravidanza perché in contrasto con il diritto delle donne a non essere private della propria libertà o sicurezza se non per motivi eccezionali.¹⁸¹ In casi come questo, nonostante la decisione giudiziale tracci una via precisa per conformarsi alla Charter, spesso accade che le forze politiche di sentire opposto siano tante e tali da impedire al legislatore di dar seguito ai suggerimenti delle corti. Di conseguenza, alcuni ritengono che la colpa della “stagnazione” legislativa in tali delicati ambiti non possa essere attribuita ai giudici, bensì ai necessari compromessi della politica.¹⁸²

Molto spesso è la decisione delle corti a porre al centro dell’arena politica una questione particolarmente spinosa, che altrimenti sarebbe rimasta latente nel dibattito politico e legislativo. Al contrario, di fronte ad una pronuncia giudiziale il Parlamento è costretto a rivedere le normative in vigore in quella determinata materia, che molto spesso non rispecchiano più il sentire comune. Pertanto, se l’azione legislativa tarda a manifestarsi, tale inerzia non deve imputarsi ad un cattivo uso del “judicial review” da parte dei giudici, bensì deve essere considerata come una delle conseguenze del vivere ed essere governati secondo un sistema democratico.

La natura del “Charter dialogue” può poi assumere forme diverse. Alle volte succede che il Parlamento, accogliendo la decisione della Corte, emani una nuova legge (o ne modifichi il contenuto incompatibile) riprendendo il lessico stesso della Charter, al fine di sottolineare l’attenzione al suggerimento proveniente dalle

¹⁸⁰ Sul punto, l’esempio suggerito da HOGG e BUSHELL è quello di *R v Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 SCR 295, in cui la Corte Suprema dichiarò l’incostituzionalità della legge federale Lord Day’s Act, perché adottata con il preciso scopo di obbligare la popolazione a celebrare lo Sabbath cristiano. Qui la Corte ritenne che una tale normativa federale era in palese contrasto con la libertà di religione garantita a tutti i cittadini dalla s 2 (a) della Charter.

¹⁸¹ Ovvero per “principi fondamentali di giustizia”. Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 7.

¹⁸² P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 96.

corti.¹⁸³ Altre volte, invece, il Parlamento agisce anche ove le corti abbiano confermato la normativa o addirittura, in assenza di una pronuncia. Un esempio del primo caso è dato dal caso *R v Daviault* del 1994,¹⁸⁴ ove la Corte suprema canadese accolse la difesa del signor Daviault il quale, accusato di stupro, affermava di essersi trovato, al momento del reato, in uno stato di intossicazione da alcol tale da essere paragonabile ad un automa, senza coscienza di sé o delle proprie azioni. Di conseguenza non v'era quel "general intent" richiesto dalla common law affinché la fattispecie potesse integrare gli estremi dell'aggressione sessuale.¹⁸⁵ La Corte suprema accolse la tesi difensiva, ritenendo che vi fosse stata la violazione delle ss 7¹⁸⁶ e 11(d)¹⁸⁷ della Charter, e consentì all'imputato di ottenere un nuovo giudizio. Data la delicatezza della questione, la decisione della Corte suscitò molte polemiche e aspre critiche da parte di molte componenti sociali. Così, il Parlamento, pur non avendo subito una "condanna", modificò la s 33 (1) del Criminal Code escludendo espressamente che lo stato di intossicazione da alcol in cui l'imputato si venga a trovare al momento del fatto possa costituire una defence valida. Dunque, a seguito del caso *Daviault*, il Parlamento ha emendato la legislazione penale, implementando esattamente la tesi rigettata dalla Corte suprema, in ragione del fatto che lo stato di ubriachezza dell'accusato esula dallo "standard di diligenza e cura comunemente accettato e riconosciuto dalla società canadese".¹⁸⁸

Come già anticipato, poi, ci sono i casi in cui si ha azione legislativa anche in assenza di una pronuncia giudiziale. E' questo il caso della sentenza *Thibaudeau v Canada*.¹⁸⁹ La signora Thibaudeau lamentava la lesione del principio di

¹⁸³ Si parla allora di "Charter-speak", ovvero il legislatore adotta lunghi e dettagliati preamboli alle "post-Charter laws" a dimostrazione del proprio impegno al rispetto dei principi e dei valori espressi dalla carta stessa. P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 101 ss.

¹⁸⁴ *R v Daviault* [1994] 3 SCR 63.

¹⁸⁵ Invero, la common law escludeva che potesse addursi come scusante l'essersi posto in una condizione di forte intossicazione da alcol (c.d. "drunkenness defence") poiché, ai fini della sussistenza del reato di stupro, bastava un "general intent", un dolo generico, che permaneva anche in caso di stato di ebbrezza dell'accusato. Invero, il testo previgente della s 33 (1) del Criminal Code, recitava così: "It is not a defence to an offence referred to in subsection (3) that the accused, by reason of self-induced intoxication, lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence, where the accused departed markedly from the standard of care as described in subsection."

¹⁸⁶ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 7.

¹⁸⁷ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 11 (d).

¹⁸⁸ P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, cit., pp. 103-104.

¹⁸⁹ *Thibaudeau v Canada* [1995] 2 SCR 627.

eguaglianza di cui alla s 15 (1)¹⁹⁰ della Charter poiché, ai sensi dell'Income Tax Act, che riconosceva la possibilità ai soli genitori non affidatari di detrarre dalle tasse quanto corrisposto per il mantenimento dei figli, lei, in quanto madre affidataria, non poteva fruire della medesima esenzione. La Corte suprema respinse la questione come inammissibile, non ravvisando alcuna violazione dell'obbligo di garantire l'eguaglianza tra i genitori da parte del governo federale. Tuttavia, fu lo stesso governo federale a modificare, appena qualche anno dopo, l'Income Tax Act, escludendo entrambi i genitori, siano stati essi affidatari o meno, dalla possibilità di fruire dell'esenzione per quanto corrisposto per il mantenimento dei figli.¹⁹¹

Dunque, alla luce di quanto detto, la soluzione canadese di “Charter dialogue” parrebbe un buon modello per conciliare i valori individualistici con gli scopi delle politiche sociali ed economiche che il Parlamento, in quanto rappresentante degli interessi dei cittadini, è tenuto a prendere.¹⁹² Tuttavia, oltre ai sostenitori del “dialogue model”, vi sono altre posizioni – due in particolare – più “scettiche” rispetto a questo “nuovo modello” canadese, che è opportuno richiamare.¹⁹³

Da una parte, c'è chi non condivide la necessità di differenziare il sistema canadese dagli altri – in particolare da quello americano -, arrivando a creare una categoria ad hoc. Ciò in ragione del fatto che il Canada si conformerebbe allo “strong model of judicial review” allo stesso modo dei vicini Stati Uniti, attribuendo, in pratica, il potere di avere l'ultima parola in materia di diritti fondamentali alle corti.¹⁹⁴ Dall'altra c'è chi, pur non essendo del tutto scettico rispetto a questo nuovo “modello dialogico”, non lo ritiene abbastanza incisivo nella concreta individuazione del contenuto dei diritti e della loro tutela, caldeggiando invece, una riforma della s 33.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982, s 15 (1).

¹⁹¹ Income Tax Budget Amendments Act 1996, SC 1997, c. 25.

¹⁹² P. W. HOGG, A. A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, cit., p. 105.

¹⁹³ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 112-4.

¹⁹⁴ Si vedano per tutti, M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, cit., pp. 52-65; G. HUSCROFT, *Rationalizing Judicial Power. The Mischief of Dialogue Theory*, in J. B. KELLY AND C. P. MANFREDI (EDS.), *Contested Constitutionalism: Reflections on the Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver: University of British Columbia Press, 2009, p. 68.

¹⁹⁵ Di questo avviso sono, per tutti, C. P. MANFREDI AND J. B. KELLY, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, cit., pp. 513-527.

Infine, sempre all'interno di questa terza concezione del dialogue model, v'è chi prospetta una "new dialogue theory",¹⁹⁶ per cui il modello di judicial review canadese non è, di per sé, più debole rispetto a quello statunitense, ma ha alcuni elementi che lo indeboliscono rispetto al cugino americano. Il principale elemento di debolezza sarebbe rappresentato dal marcato ricorso alla "deference", soprattutto nei c.d. "second-look cases", ossia quei casi in cui viene sottoposta a scrutinio la risposta legislativa ("legislative sequel") alla prima pronuncia giudiziale.¹⁹⁷ Sul punto, di particolare interesse è la distinzione proposta da Rosalind Dixon in un suo articolo del 2009 – che offre una lucida analisi del nuovo modello di dialogo inter-istituzionale ("new dialogue model")¹⁹⁸ - in cui spicca la distinzione tra "ex ante deference" e "ex post deference" proprio con riferimento ai "second-look cases". Secondo Dixon infatti, la Corte userà la "ex ante deference", che corrisponde ad un grado molto basso di deferenza nei confronti del legislatore, nei "first-look cases", che le accorda una maggiore flessibilità ed un più ampio margine di giudizio e analisi, al pari di un vero e proprio judicial review della legge ordinaria alla Charter. Mentre la seconda, la "ex post deference", indica la maggiore deferenza che la Corte deve osservare nei "second-look cases" al fine di garantire un dialogo "in buona fede" con il legislatore.¹⁹⁹ Tuttavia, anche per i sostenitori dell'esistenza del "Commonwealth model"²⁰⁰ il "Charter dialogue" canadese non risulta integralmente ascrivibile a quella "terza via" che verrà a delinearsi nel Commonwealth a sud-est del Pacifico,²⁰¹ pur rappresentando un'iniezione di novità nella lunga diatriba tra modello inglese e modello americano di judicial review. Ciò per due ordini di motivi.

Il primo riguarda l'erronea considerazione per cui la "deference" e il "self-restraint" esercitati dalla Corte suprema canadese rappresentano un'altra forma del riconoscimento del Parlamento come unico titolare del potere di "avere l'ultima parola" sulla validità della legge, anche rispetto (o contro) la decisione delle corti. In tal senso, il modello canadese di judicial review si differenzerebbe da quello

¹⁹⁶ R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, (2009) 47 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 235-73, pp. 247-51.

¹⁹⁷ In questo, il Giudiziario canadese ha seguito pedissequamente la tradizionale *deference* delle Corti britanniche di cui abbiamo parlato *supra*, Cap. I, § I.3, 3.2.

¹⁹⁸ R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, cit., pp. 247-51.

¹⁹⁹ R. DIXON, *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference*, cit., p. 262.

²⁰⁰ P. PASSAGLIA, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, p. 9 ss.

²⁰¹ Vedi *infra* Cap. III e V.

americano perché attribuirebbe alle corti un minor peso istituzionale e un ruolo di “subordinazione” nella dinamica tra poteri. In realtà, secondo questa lettura, molte corti supreme o costituzionali, titolari di un vero e proprio potere di controllo di costituzionalità delle leggi, esercitano tale potere con moderazione, ma ciò non rende il controllo giurisdizionale meno incisivo.²⁰²

Il secondo ordine di motivi per cui il dialogo canadese non integrerebbe perfettamente il modello “Commonwealth” attiene alle caratteristiche tipiche del “third model of judicial review” che, abbiamo visto, sono due: l’istituzione di un controllo politico dei diritti e il “legislative override”.²⁰³ Se entrambe tali caratteristiche sono ritracciabili nel sistema istituito dalla Charter canadese,²⁰⁴ l’elemento discordante è la general limitations clause della s 1. Invero, un tale potere di sospendere o di limitare l’esercizio di uno o più diritti fondamentali è comune a quasi tutti i sistemi costituzionali del secondo dopo guerra.²⁰⁵

Infine, per concludere la nostra panoramica sulla tutela dei diritti in Canada, non può trascurarsi un breve accenno alle recenti critiche mosse al “dialogic judicial review”.²⁰⁶

Ebbene, in tempi recenti si è notato come la necessaria bilateralità del modello dialogico, che postula l’eguale partecipazione al dialogo di giudici e legislatori, tenda ad “intrappolare” i soggetti dialoganti in una comunicazione circolare che finisce per ridursi ad una “contrattazione perpetua”, tesa a convincere la controparte della fondatezza della propria posizione, senza però garanzia di successo.²⁰⁷ In questo senso, si pone appunto il problema sulla “finality” della decisione e sulla tutela che una sentenza soggetta al potere di override legislativo può, in concreto, garantire ai diritti dei singoli. Infatti, consentendo sempre la possibilità di reazione legislativa alla sentenza si andrebbe a minare l’autorità di

²⁰² Con il termine “corti costituzionali” GARDBAUM si riferisce a quei sistemi “accentrati” di controllo di costituzionalità, in cui si prevede un organo ad hoc, con una competenza esclusiva in materia di controllo di conformità delle leggi a Costituzione. Tra gli esempi riportati dal Professore ci sono la Corte costituzionale giapponese e quella norvegese. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 114.

²⁰³ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 114-5.

²⁰⁴ La prima nell’obbligo del Ministro della Giustizia di comunicare qualsiasi incompatibilità tra la nuova legislazione e la Charter; la seconda nella oramai nota s 33, che prevede un illimitato potere di legislative override. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 115-116.

²⁰⁵ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 116.

²⁰⁶ Per le critiche “storiche” al modello sin qui descritto, vedi *supra* nota n. 441.

²⁰⁷ E. CAROLAN, *Dialogue Isn’t Working: The Case For A Collaboration As A Model Of Legislative-Judicial Relations*, cit., p. 222.

cosa giudicata della sentenza. Non a caso molto problematico è l'ambito dei già citati "second-look cases", ove la Corte si trova a giudicare nuovamente un caso in cui oggetto di impugnazione è la modifica legislativa apportata dal Parlamento a seguito di una precedente sentenza di incostituzionalità.²⁰⁸ In tali casi è stato suggerito che sia dovuta dalla Corte una maggiore deferenza verso la volontà del Parlamento, in quanto la modifica legislativa è scaturita dalla – o comunque, ha tenuto conto della – sentenza di condanna della Corte, che quindi riconosce la maggiore idoneità del legislatore nel contemperare le varie istanze e scegliere la soluzione migliore.²⁰⁹ Una volta operato il controllo di conformità alla Charter e comunicato al legislatore il risultato, dinanzi all'impugnazione del legislative sequel la Corte dovrebbe accettare la soluzione proposta, altrimenti la situazione di continua incertezza circa la definizione della controversia finirebbe per andare a detrimento della certezza del diritto e della stabilità delle relazioni socio-giuridiche tra i soggetti privati.²¹⁰ D'altro canto c'è chi ha rigettato la necessità di una "deferenza automatica" nei "second-look cases" affermando che, sebbene in tali casi un certo grado di "judicial deference" sia dovuto, esso debba essere considerato come "il semplice riconoscimento da parte della Corte del processo di modifica che il legislatore ha intrapreso alla luce della prima sentenza" che però non esclude la ricognizione degli interessi in gioco e della proporzionalità delle misure adottate dall'organo legislativo per garantire un equo bilanciamento.²¹¹ Dall'altro lato, invece, vi è chi non ritiene che il dialogo sia la strada migliore in materia di tutela dei diritti poiché scopo di esso è "definire", per via giudiziale o legislativa, in modo tendenzialmente rigido e fisso il quantum di tutela. Al contrario, quando sono in gioco interessi fondamentali di rado è possibile raggiungere una decisione propriamente "definitiva", visto che il bilanciamento tra diritti fondamentali è strettamente legato ai mutamenti della società e perciò anche un dialogo tra organi saldamente ancorati alle loro posizioni non fornisce

²⁰⁸ P. W. HOGG, A. A. BUSHELL THORNTON & W. K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited – or 'Much ado about metaphors'*, (2007) 45, pp. 1-65; in particolare, pp. 19- 26.

²⁰⁹ Lo stesso Hogg era di questo avviso in un primo momento, P. W. HOGG, *Discovering Dialogue*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review* 3, in particolare, p. 5, salvo poi cambiare opinione nel successivo articolo del 2007, di cui si parlerà a breve.

²¹⁰ Che, peraltro, costituisce uno dei principali punti critici della critica alla teoria dialogica.

²¹¹ P. W. HOGG, A. A. BUSHELL THORNTON & W. K. WRIGHT, *Charter Dialogue Revisited – or 'Much ado about metaphors'*, cit., p. 48

alcuna garanzia di migliore tutela.²¹² Pertanto, si è prospettata l'adozione di un modello fondato sulla "collaborazione" tra le istituzioni, c.d. "collaborative constitutionalism", anziché di dialogo. Questo "collaborative constitutionalism" si fonda sul concetto di "disaccordo" inteso come "fruitful conflict", ossia di "conflitto proficuo", che invece nel modello dialogico è visto come il problema da evitare. Si ha "fruitful conflict" quando i soggetti in conflitto, anziché agire da soli per trovare una soluzione, agiscono in sinergia l'uno con l'altro, permettendo così di raggiungere una soluzione che determina un sostanziale progresso rispetto al punto di partenza. Lo schema collaborativo applicato al ruolo di giudici e legislatori in tema di tutela dei diritti consente di addivenire ad una soluzione condivisa dalle parti "in conflitto" che, in quanto tale, ha in sé quella "solidità" e certezza essenziali per assicurare l'eguale fruizione dei diritti fondamentali da parte di tutti – e che il modello dialogico parrebbe non sempre garantire.²¹³

²¹² E. CAROLAN, *Dialogue Isn't Working: The Case For A Collaboration As A Model Of Legislative-Judicial Relations*, cit., p. 224.

²¹³ C. ANSELL, *Pragmatism democracy: Evolutionary Learning as Public Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 168 come riportato da E. CAROLAN, *Dialogue Isn't Working: The Case For A Collaboration As A Model Of Legislative-Judicial Relations*, cit., p. 224.

III. LA NUOVA ZELANDA

III.1.Premessa – III.2. Un profilo storico: da colonia a stato autonomo – III.3. Il New Zealand Bill of Rights Act 1990 – III.4. Lo Human Rights Act 1993 e le importanti modifiche del 2001 – III.5. Tre profili di riassetto del rapporto tra giudici e legislatore alla luce del New Zealand Bill of Rights Act 1990 e dello Human Rights Act 1993 – 5.1) L’Impatto dei “nuovi” diritti fondamentali sulle garanzie del processo penale di common law – 5.2) Una nuova voce di danno a seguito della violazione dei diritti fondamentali – 5.3) Il profilo ermeneutico: il dovere di interpretazione conforme ai sensi della s 6 del New Zealand Bill of Rights Act 1990 e il principle of legality nell’interpretazione dei diritti fondamentali - 5.3.1) Le conseguenze dell’impossibilità dell’interpretazione conforme tra obbligo di applicare la legge incompatibile e declaration of inconsistency – III.6. Il futuro dei diritti fondamentali in Nuova Zelanda

III.1. Premessa

La Nuova Zelanda rappresenta il primo esempio, dopo il Canada, di ordinamento che si è dotato di uno statutory bill of rights.

Come si vedrà, l’isola più lontana dalla madre patria, in realtà, parrebbe essere quella più attaccata alla tradizione del costituzionalismo politico, differenziandosi dalla vicina Australia, che invece ha intrapreso un percorso tutto particolare a partire dalla scelta di confederarsi nel 1900. Addirittura, alcuni hanno definito la Nuova Zelanda “more Westminster than Westminster”,¹ non prevedendo – per lo meno in un primo tempo² – il potere del giudice di emettere dichiarazioni di incompatibilità come invece farà il Regno Unito con la s 4 dello Human Right Act 1998.³

Infatti, il New Zealand Bill of Rights Act, che sarà poi il modello dello HRA britannico del 1998, ha seguito le orme canadesi con una sua versione della “patriation” della costituzione, senza rinnegare però la tradizione costituzionale britannica: il Constitution Act (NZ) 1986 rimane una legge ordinaria priva di un

¹ B. GALLIGAN AND S. BRENTON (EDS.), *Constitutional Conventions in Westminster Models. Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; p. 9.

² Si veda *infra* in questo capitolo, § III.4.

³ Di cui si parlerà nel prossimo capitolo *infra* Cap. IV, §§ IV.2 e 4.

procedimento di revisione costituzionale aggravato⁴ e l'aggettivo con cui più spesso si descrive la costituzione neozelandese è “non scritta”.⁵

L'isola della grande nuvola bianca⁶ è definita un vero e proprio “executive paradise”⁷ in quanto presenta un governo altamente centralizzato caratterizzato da un potere legislativo formalmente illimitato e concentrato in un'unica camera (la House of Representatives), dominata da due partiti (National Party e Labour Party) che pertanto detengono il controllo dell'intera attività parlamentare della nazione. In un tale sistema, il rischio, come notato da alcuni, sarebbe quello di un'eccessiva e pericolosa concentrazione di potere, ma, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, l'ordinamento neozelandese ha sviluppato un peculiare sistema parlamentare in cui convivono un forte ed unico potere pubblico con una società aperta e partecipe alla gestione della cosa pubblica, grazie ad una ininterrotta storia di elezioni libere e democratiche che risale al 1850.⁸

Sotto il profilo dell'evoluzione del c.d. Westminster model in materia di tutela dei diritti fondamentali l'esperienza neozelandese, sebbene geograficamente più “remota” tra i tre paesi oggetto del presente studio, parrebbe in realtà rappresentare il vero “viable candidate”⁹ per i sostenitori del “Commonwealth model” di tutela dei diritti. In particolare, a seguito della scelta di adottare un bill of rights in forma di legge ordinaria, la Nuova Zelanda ha introdotto contestualmente un “nuovo” strumento, di natura ermeneutica, al fine di dare più spazio al ruolo del giudice: il

⁴ A cui si affiancano altri documenti “costituzionali” tra cui si ricordano l'Official Information Act 1982, Regulations (Disallowance) Act 1989, il New Zealand Bill of Rights Act 1990 (di cui ci occuperemo ampiamente più avanti), Citizen Initiated Referendum Act 1993 (con cui si è radicalmente modificato il sistema elettorale, introducendo l'attuale modello di Mixed Member Proportional - MMP), il Supreme Court Act 2003 e il Governor-General Act 2010. Cfr. G. PALMER (SIR), *The Bill of Rights after Twenty-One Years: The New Zealand Constitutional Caravan Moves On*, (2013) 11 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 257-288, p. 258.

⁵ A. GEDDIS, *Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Change*, (2016) 14 (1) *International Journal of Constitutional Law* pp. 99-118; G. DUNCAN, *New Zealand*, in B. GALLIGAN AND S. BRENTON (EDS.), *Constitutional Conventions in Westminster Models. Controversies, Changes and Challenges*, cit.; pp. 217-232, p. 217.

⁶ Questo è il significato del nome Māori “Aotearoa” che venne dato dal navigatore polinesiano Kupe all'isola al momento della scoperta nel 950 d.c. Cfr., G. BYRNES (ED.), *The New Oxford History of New Zealand*, South Melbourne-New York, Oxford University Press, 2009; P. G. MCHUGH, *The Māori Magna Carta: New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Auckland, Oxford University Press, 1991.

⁷ L. ZINES, *Constitutional Change in the Commonwealth*, 1991, p. 47 citato in A. GEDDIS, *Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Change*, cit., p. 104.

⁸ A. GEDDIS, *Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Change*, cit., p. 105.

⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 129.

dovere di interpretazione conforme. Tale potere ha messo “in crisi” il rapporto tra giudice e legislatore che, in Nuova Zelanda, era fortemente improntato alla tradizionale deference del primo nei confronti del secondo. In questo capitolo vedremo, quindi, in quale misura tale rapporto sia cambiato alla luce del nuovo strumento ermeneutico.

III.2. Un profilo storico: da colonia a stato autonomo

La storia della Nuova Zelanda non può prescindere dal periodo coloniale britannico e dalle sue conseguenze.¹⁰

Prima dell’arrivo degli europei, l’arcipelago della Nuova Zelanda venne scoperto dal navigatore polinesiano Kupe nel 950 d.c., ma solo intorno alla metà del XIV secolo la popolazione Māori, cui Kupe apparteneva, si stabilì in Nuova Zelanda,¹¹ dove è rimasta indisturbata fino allo sbarco britannico nel 1769.¹²

Il capitano James Cook fu il primo a compiere la circumnavigazione dell’isola, sbarcando a Mercury Bay il 15 novembre 1769 e prendendone possesso in nome della corona britannica, nonostante gli insediamenti Māori fossero ben radicati sul territorio. I primi “incontri” con le popolazioni autoctone furono veri e propri “scontri” tra i guerrieri Māori e le truppe imperiali. In un primo momento, la Corona britannica parve optare per la strada della diplomazia, riconoscendo la “sovranità” delle popolazioni indigene e riconoscendo ai Māori il titolo di “owners and sovereigns of the [New Zealand] soil”.¹³ Ben presto, tuttavia, si rese

¹⁰ In generale sulla storia della Nuova Zelanda, M. KING, *The Penguin History of New Zealand*, Auckland, Penguin Books New Zealand, 2003.

¹¹ Infatti si identificano due diverse fasi di sviluppo: una arcaica, che ebbe per protagoniste popolazioni autoctone poco evolute, dedite soprattutto alla caccia (X-XIV secolo) e una più recente, definita “classica” (secoli XIV-XVIII), in cui fu dominante il gruppo etnico dei Māori. Cfr. A. ANDERSON, *Origins, Settlement and Society of Pre-European South Polynesia*, in G. BYRNES (ED.), *The New Oxford History of New Zealand*, cit., pp. 21-46; in particolare, p. 23.

¹² Ad onore del vero la Nuova Zelanda fu raggiunta prima di allora, nel 1642, dall’olandese Abel Tasman, che la chiamò “Nieuw Zeeland” dal nome di una provincia della madrepatria olandese. Tuttavia, Tasman ed il suo equipaggio rinunciarono a qualsiasi operazione di conquista dell’isola a causa della fiera resistenza della popolazione indigena, che riuscì nel tenere lontani gli stranieri per un altro secolo. Cfr. M. KING, *The Penguin History of New Zealand*, cit., pp. 17-9.

¹³ Infatti, a più riprese il Governo britannico negò la rivendicazione fatta dal Capitano Cook rispetto alla presa di possesso della Nuova Zelanda. Cfr. T. BALLANTYNE, *The State, Politics and Power, 1769-1893*, in G. BYRNES (ED.), *The New Oxford History of New Zealand*, cit., pp. 99-124; p. 101.

necessario regolarizzare la politica territoriale e definire i rapporti tra coloni e indigeni, che si facevano sempre più conflittuali, rendendo la posizione dell'isola all'interno dell'Impero oggetto di continui dibattiti.¹⁴

Solo nel 1840 il British Colonial Office,¹⁵ che già amministrava la vicina colonia penale australiana del New South Wales,¹⁶ stipulò “nell'interesse della popolazione Māori e per tutelarla da ulteriori invasioni”¹⁷ il Trattato di Waitangi, con cui i Māori cedettero la sovranità sulla loro terra in cambio della protezione inglese e della garanzia di mantenere il possesso delle loro terre, la possibilità di coltivarle e i relativi diritti di pesca.

Questo è pacificamente riconosciuto come il primo documento costituzionale della storia giuridica della Nuova Zelanda,¹⁸ e alcuni lo definiscono addirittura come l'archetipo per una futura “costituzione repubblicana” - ove la Nuova

¹⁴ In particolare, un ruolo centrale fu svolto dai missionari anglicani e metodisti che avevano trovato rifugio nelle nuove terre, i quali, temendo l'instaurarsi di una colonia francese cattolica, chiesero l'aiuto e la protezione del re Guglielmo IV. Tale protezione venne accordata nel maggio del 1833 con la creazione della figura del “British Resident to New Zealand” – che era il rappresentante del Re nella colonia-, sostituita poi con il Consul to New Zealand nel febbraio del 1839. Vedi, T. BALLANTYNE, *The State, Politics and Power, 1769-1893*, in G. BYRNES (ED.), *The New Oxford History of New Zealand*, cit., pp. 99-124; in particolare, pp. 102-3.

¹⁵ In persona del Capitano William Hobson, che deteneva anche la carica di Consul to New Zealand.

¹⁶ Di cui si parlerà ampiamente più avanti, quando affronteremo la storia australiana *infra* Cap. V, § V.1.

¹⁷ P. RISHWORTH, *Writing Things Unwritten: Common law in New Zealand's Constitution*, (2016) 14 (1) *International Journal of Constitutional Law* pp. 137-155; p. 137.

¹⁸ Particolarmente delicata e complessa è la questione del ruolo del Trattato nel moderno ordinamento giuridico neozealandese. La tensione nasce dal fatto che tale trattato viene ampiamente riconosciuto come “documento costituzionale” interno ma sia al contempo anche un trattato internazionale a tutti gli effetti (intervenuto tra l'allora governo imperiale e i capi della tribù Māori). Tuttavia, non essendo stato formalmente ratificato dal Parlamento, esso non ha alcun valore giuridico sul piano interno. Tale discrasia ha enormi conseguenze rispetto al Trattato e alla sua efficacia, in particolare con riguardo al riconoscimento dei diritti della popolazione Māori. Tutt'oggi è venuta meno la visione prettamente assimilazionista che interpretava il Trattato come una “resa senza condizioni” dei Māori agli inglesi e si tende a considerare il Trattato come una “partnership” tra i due popoli, in virtù della quale i Māori hanno una propria identità e propri diritti all'interno della nazione creata dai coloni britannici. Tuttavia, nonostante il favore di cui gode questa seconda concezione tra l'opinione pubblica neozelandese, la stessa visione è avversata, nei fatti, dalla classe politica, che si mostra particolarmente riluttante a riconoscere i Māori come partner “uguali” nel governo del paese. Ad ogni modo, il Trattato è da sempre una solida base giuridica per le rivendicazioni in materia di “land rights” grazie all'operato del Waitangi Tribunal, tribunale speciale creato all'indomani della stipula del Trattato, con l'espressa competenza in materia di “Aboriginal rights”. Sul Trattato di Waitangi e sullo stato dei rapporti con l'ordinamento interno si rinvia a C. ORANGE, *The Treaty of Waitangi* (II ed.), Wellington, BWB Limited, 2011; D. O' SULLIVAN, *The Treaty of Waitangi in Contemporary New Zealand Politics* (2008) *Australian Journal of Political Science*, 43(2) pp. 317-331, P. G. MCHUGH, *Law, History and the Treaty of Waitangi*, (1997) 31 (1) *New Zealand Journal of History*, pp. 38- 57; P. G. MCHUGH, *The Māori Magna Carta. New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Auckland, Oxford University Press, 1991; per la casistica giurisprudenziale si veda il landmark case *New Zealand Maori Council v Attorney-General* (CA) [1987] 1 NZLR 641.

Zelanda volesse “rompere” anche l’ultimo legame (la monarchia) con la madrepatria.¹⁹

Dei tre articoli di cui si compone il trattato, scritti in inglese e tradotti in Māori, gli ultimi due cristallizzano i diritti che vennero riconosciuti alla popolazione indigena: il diritto di proprietà sulle terre concesse dall’Impero (art. 2) e “tutti i diritti ed i privilegi di cui godono i sudditi britannici” (art. 3); mentre il primo sancisce “assolutamente e senza riserve” la cessione di “tutti i diritti e i poteri relativi all’esercizio della sovranità sulla Nuova Zelanda” alla Corona britannica.²⁰ Appena giunse a Londra la notizia della stipula del trattato, il processo di “constitution-making” si mise in moto: vennero così creati un Lieutenant-Governor, un Consiglio Legislativo²¹ e un sistema di corti.²² Inoltre, il Parlamento imperiale procedette a fissare le linee generali dell’ordinamento costituzionale neozelandese con il Constitution Act 1846 e il New Zealand Constitution Act 1852.²³

¹⁹ P. RISHWORTH, *Writing Things Unwritten: Common Law in New Zealand’s Constitution*, cit., p. 138.

²⁰ Treaty of Waitangi 1840, art. 1 – “The Chiefs of the Confederation of the United Tribes of New Zealand and the separate and independent Chiefs who have not become members of the Confederation cede to Her Majesty the Queen of England absolutely and without reservation all the rights and powers of Sovereignty which the said Confederation or Individual Chiefs respectively exercise or possess, or may be supposed to exercise or to possess over their respective Territories as the sole sovereigns thereof.” Il testo del trattato è reperibile online sul sito <http://www.nzhistory.govt.nz/> (18 maggio 2018).

²¹ Questo Consiglio Legislativo (“New Zealand Legislative Council”) venne creato come assemblea legislativa coloniale all’indomani del Trattato di Waitangi nel 1841 ed era formato dal Governatore, il Segretario ed il Tesoriere Coloniale. Verrà sciolto e ricostituito quale “camera alta”, accanto alla “Camera dei rappresentanti”, della nuova “General Assembly” della colonia con il New Zealand Constitution Act 1852. Infine, verrà abolito definitivamente nel 1951, a seguito del New Zealand Constitution Amendment (Request and Consent) Act 1947 e del New Zealand Constitution Amendment Act 1947 (UK), con cui il Parlamento imperiale riconobbe all’Assemblea neozelandese il potere di revisione costituzionale del Constitution Act 1852 e di abolizione della Camera Alta. Da allora il parlamento neozelandese è unicamerale, composto unicamente dalla House of Representatives. G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand’s Constitution and Government*, (IV ed.), South Melbourne, Oxford University Press, 2004.

²² Lo stesso procedimento sarà poi seguito in Australia, nelle prime colonie del New South Wales e Van Damien’s Land. V. *infra* Cap. V, § 2.3).

²³ Il New Zealand Constitution Act 1852 istituì una “General Assembly” composta una camera bassa (House of Representatives, a base elettiva, di durata quinquennale) e una camera alta (il New Zealand Legislative Council, di nomina regia), oltre al Governor-General in rappresentanza della regina.

L’isola venne poi divisa in sei province (poi divenute dieci) con rispettivi parlamenti provinciali (“provincial councils”). Tale sistema venne abolito con il Municipal Corporations Act 1876, che istituì l’odierno sistema di “local government”. A differenza del sistema italiano, in cui la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni è contenuta nella Costituzione, la disciplina del local government e dei rapporti tra centro e periferia in Nuova Zelanda si trova oggi in una legge ordinaria, il Local Government Act 2002.

Il primo non ebbe attuazione perché ritenuto dal Governatore dell'epoca, Lord Grey, in conflitto con il trattato di appena sei anni prima. Questi si rifiutò di darvi esecuzione, convincendo così il Parlamento di Londra a modificarlo. Il primo vero documento costituzionale è dunque il Constitution Act 1852 con cui si è conferito alla Nuova Zelanda una propria struttura costituzionale, attribuendo alla colonia neozelandese una “documento costituzionale che ne rappresentasse al meglio la cultura ed i valori”.²⁴ Tuttavia, durante la vigenza dell'atto vi furono non pochi problemi, tra cui un lungo periodo di stallo tra Legislativo ed Esecutivo, che rese molto precarie le condizioni politico-istituzionali della colonia. La legge del 1852 venne emendata più volte man mano che il paese passava da “self-governement” allo status di dominion, per poi raggiungere gradualmente lo status di nazione pienamente indipendente.²⁵ Fino a quel momento, il Parlamento neozelandese era vincolato al Parlamento dell'Impero, che era il vero organo legislativo e legiferante della colonia.

La situazione rimase tale fino al 1947 quando il parlamento neozelandese ratificò lo Statute of Westminster 1931, adottato al termine delle Conferenze imperiali

Sotto il profilo della forma di governo, rimasta pressoché invariata, la Nuova Zelanda è, in quanto parte del Commonwealth britannico, una monarchia parlamentare, al cui vertice sta la regina Elisabetta II d'Inghilterra. La monarca è rappresentata sul territorio neozelandese da un Governor-General da lei nominato che, al momento, è Dama Patsy Reddy. Il Governor-General svolge tutte le funzioni che spetterebbero alla regina tra cui si ricordano la nomina del Primo Ministro, prestare il consenso reale alle leggi e sciogliere il Parlamento su richiesta del Primo Ministro. Come la madrepatria, la forma di governo neozelandese è basata su un forte parlamentarismo, che lascia ampio spazio all'azione dell'Esecutivo. Il sistema elettorale maggioritario, che però in Nuova Zelanda è stato sostituito nel 1993 dall'attuale Mixed Member Proportional system (quest'ultimo consiste in un sistema elettorale misto formato da elementi derivanti dal maggioritario puro di stampo britannico uniti ad altri tratti tipici dei sistemi proporzionali) e il sistema politico è caratterizzato dal bipartitismo (i due partiti maggiori sono il New Zealand Liberal Party e il New Zealand Labour Party). Oggi, la Nuova Zelanda è tra i pochi paesi ad aver scelto un Parlamento monocamerale (formato dalla sola House of Representatives), composto dal centoventi deputati (“Members of Parliament” o “MPs”). Tra la House of Representatives e il Governo esiste un rapporto di fiducia: il Parlamento può in ogni momento “sfiduciare” il Governo sia con un'apposita votazione (paragonabile alla nostra mozione di sfiducia), sia con la non accettazione di una “confidence issue” (ovvero quando il Governo pone la fiducia sull'approvazione di un provvedimento). Quest'ultimo caso si verifica, di solito, in relazione a decisioni di natura economica, circa la concessione di fondi pubblici per le attività governative. G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., pp. 246 e ss. Di particolare rilevanza è anche il fatto che la Nuova Zelanda è stato uno dei primi paesi ad adottare il suffragio universale nel 1893. Cfr. M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo* (VI ed), Torino, Giappichelli, 2016; in particolare, p. 66. Il testo integrale è reperibile sul sito <http://www.legislation.govt.nz>, (16 aprile 2018), a cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento legislativo.

²⁴ G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 6.

²⁵ J. MCLEAN, *From Empire to Globalization: The New Zealand Experience*, (2004) 11(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies* pp. 161-181; pp. 162-4.

tenutesi tra il 1923²⁶ e 1930²⁷ tra la madrepatria e le colonie, che culmineranno con l'adozione dello Statute of Westminster 1931 (Imp).

Tali conferenze videro riunirsi i rappresentanti di Londra e delle colonie di Terranova,²⁸ Canada, Australia, Nuova Zelanda, India,²⁹ Unione Sudafricana³⁰ e dello Stato Libero d'Irlanda ("Irish Free State")³¹ al fine di promuovere il dialogo inter-coloniale teso a trovare una soluzione pacifica alla "disgregazione" dell'Impero britannico allora in atto.³² La più importante tra queste è stata la Conferenza Imperiale di Londra del 1926 ("1926 Imperial Conference")³³ ove venne formulata la "Dichiarazione Balfour" (c.d. "the Balfour Declaration"),³⁴ con cui sono stati fissati, per la prima volta, i principi che avranno piena realizzazione nello Statute of Westminster 1931 (Imp).³⁵

Con tale dichiarazione venne infatti riconosciuto alle colonie lo status di "dominion" ovvero di "comunità autonome" dotate di maggiore autonomia rispetto ad una "self-governing colony" in quanto:

²⁶ IMPERIAL CONFERENCE 1923 – *Summary of Proceedings*, Cmd 1987, pp. 14-15.

²⁷ IMPERIAL CONFERENCE 1930 – *Summary of Proceedings*, Cmd 3717, p. 27.

²⁸ Si trattava della colonia nordamericana di "Newfoundland", che comprendeva anche l'attigua colonia di Labrador, diventata parte integrante delle Province canadesi il 31 marzo 1949 con la promulgazione da parte del Parlamento di Westminster del "British North America Act 1949" il cui titolo per esteso è "An Act to confirm and give effect to Terms of Union agreed between Canada and Newfoundland". Oggi, a seguito della Patriation canadese, l'atto è noto semplicemente come "Newfoundland Act 1949", reperibile in versione integrale sul sito <http://www.legislation.gov.uk>, consultato il 17 ottobre 2017.

²⁹ Che diventerà Repubblica indipendente dal Regno Unito il 15 agosto 1947.

³⁰ Che poi diventerà l'odierna Repubblica Sudafricana (Republic of South Africa) il 31 maggio 1961. Per una sintesi della complessa evoluzione della colonia sudafricana: V. FEDERICO, *Sudafrica*, Il Mulino, Bologna, 2012; pp. 23-42.

³¹ Coincide con l'attuale Repubblica d'Irlanda ("Eire"), nata il 19 dicembre 1937 con l'adozione della Costituzione dell'Irlanda e dichiarata ufficialmente con il Republic of Ireland Act 1948. L'Irish Free State venne creato alla fine della Guerra d'Indipendenza irlandese (1916-1921) con il trattato Anglo-Irlandese del 1922. Nel 1931 venne dichiarato "dominion" dell'Impero britannico fino all'indipendenza raggiunta con la decisione di divenire una "repubblica" e l'adozione della Costituzione del 1937. I testi integrali degli atti appena citati sono reperibili online sul sito <https://www.taoiseach.gov.ie/>, consultato il 17 ottobre 2017.

³² Sulle Conferenze imperiali del 1923-30 si consiglia la lettura di H. DUNCAN HALL, *The Genesis of the Balfour declaration of 1926*, (1962) *Journal of Commonwealth Political Studies* pp. 169-193.

³³ Questa fu la settima conferenza imperiale dalla data d'inizio delle consultazioni inter-coloniali del 1923 e si tenne a Londra del 19 ottobre and 22 novembre 1926. IMPERIAL CONFERENCE 1926-30 – *Summary of Proceedings*, Cmd 2768, p. 14.

³⁴ La Dichiarazione era contenuta nell'atto conclusivo della Conferenza imperiale del 1926, ufficialmente noto come "Report of the 1926 Imperial Conference" ma spesso indicato come "the Balfour Report" in onore del Presidente della Conferenza ("Lord President of the Council") – nonché precedente Primo Ministro del Regno Unito - Lord Arthur Balfour. INTER-IMPERIAL RELATIONS COMMITTEE OF THE IMPERIAL CONFERENCE, *Report of the 1926 Imperial Conference*, Cmd. 2768.

³⁵ Per un'attenta analisi della c.d. "Balfour formula" si rinvia a SIR P. MARSHALL, *The 'Balfour Formula' and the Evolution of the Commonwealth*, (2001) (90) *The Round Table*, pp. 541-553.

“equal in status [to Great Britain], in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown”.³⁶

Inoltre, per la prima volta venne affermata una nuova “prassi costituzionale” per cui, ove il Parlamento di Westminster avesse voluto intervenire nella sfera di competenza di un dominion, avrebbe dovuto ottenere il consenso del Parlamento del dominion stesso.³⁷ Tuttavia, i vincoli al potere legislativo delle colonie non potevano essere rimossi tramite “convenzione” o una “prassi costituzionale” ma era necessario un atto legislativo. A tal fine venne istituito un apposito comitato, noto come “Conference on the Operation of Dominion Legislation” (“the ODL Conference”), che riferì le proprie conclusioni nel 1929, suggerendo l’adozione di un provvedimento legislativo che formalizzasse i nuovi rapporti tra i dominions e il Regno Unito.

La maggioranza delle delegazioni (ad esclusione della delegazione australiana di cui parleremo più avanti) approvò la proposta dell’ODL e venne così redatta la prima bozza dello Statute of Westminster. In ossequio alla nuova “prassi costituzionale” inaugurata dalla Conferenza del 1926, il Parlamento britannico chiese che questa “prima bozza” dello Statute of Westminster ottenesse il consenso dei Parlamenti dei singoli dominions.

Così nel 1947,³⁸ il Parlamento neozelandese promulgò lo Statute of Westminster Adoption Act 1947 e, sempre secondo la nuova prassi per i rapporti con la madrepatria, il New Zealand Constitution Amendment (Request and Consent) Act

³⁶ Dichiarazione Balfour 1926 – “The Great Britain and the Dominions are autonomous Communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations.” in SIR P. MARSHALL, *The ‘Balfour Formula’ and the Evolution of the Commonwealth*, cit., p. 550.

³⁷ IMPERIAL CONFERENCE 1926-30 – *Summary of Proceedings*, Cmd 2768, p. 18.

³⁸ La “lunga gestazione” dell’Adoption Act neozelandese è dovuta, principalmente, al dibattito politico in seno al Parlamento coloniale sull’opportunità o meno di recidere i legami con la madrepatria. Il Governo neozelandese era ben conscio della difficile posizione geografica dell’Isola e di come la notevole distanza dall’Europa era colmata solo dal fatto che la Nuova Zelanda era colonia dell’Impero britannico. Gli unici rapporti commerciali che il paese aveva – e che erano vitali per l’economia interna - avvenivano attraverso la madrepatria. Alla fine però, anche grazie alla possibilità di rimanere parte del Commonwealth britannico e godere dei relativi benefici in termini di commercio e scambi, prevalse la fazione che vedeva con favore l’attribuzione di maggiori poteri al Dominion. G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand’s Constitution and Government*, cit., pp. 12-4.

1947, con cui il Parlamento neozelandese ha acquisito il potere di revisione costituzionale. Tuttavia, fino al 1986 il Regno Unito poteva ancora legiferare in caso di richiesta in tal senso da parte dell'Assemblea legislativa neozelandese. Tale potere è stato definitivamente eliminato con il Constitution Act 1986 con cui, similmente al Canada, la costituzione è stata "patriated".³⁹ Tuttavia, a differenza dei documenti costituzionali delle altre esperienze qui esaminate (Stati Uniti, Canada e Australia) il Constitution Act 1986 manca delle qualità essenziali di una carta costituzionale, prima fra tutti il rango di legge superiore e il relativo procedimento aggravato di revisione.⁴⁰

Infatti, l'atto del 1986 è stato adottato tramite legge ordinaria ("ordinary statute") e si limita a fissare a grandi linee i principi alla base dell'organizzazione costituzionale dello Stato, che corrispondono, in gran parte, a quelli classici del costituzionalismo di matrice anglo-sassone: governo rappresentativo e responsabile, rule of law, separazione dei poteri. Il Constitution Act 1986 contiene quindi la disciplina dei principali organi costituzionali: il Sovrano (la Regina ed il suo rappresentante nel paese, il Governor-General);⁴¹ l'Esecutivo (il Primo Ministri, i Ministri e i public servants);⁴² il Legislativo (la House of Representatives⁴³ che, assieme al Sovrano, costituisce il "Parlamento")⁴⁴ e il Giudiziario (le corti ed i giudici ordinari).⁴⁵

Tuttavia, poiché tale atto si limita solamente a fissare il quadro costituzionale in cui i vari organi dello Stato dovranno muoversi, accade spesso che i tre poteri si sovrappongano, in particolare Esecutivo e Legislativo, rendendo il rischio di una "elective dictatorship"⁴⁶ ancora più alto se si considera che, nel caso neozelandese,

³⁹ Constitution Act 1986, s 28. G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 6.

⁴⁰ G. PALMER (SIR), *The New Zealand Constitution and the Power of Courts*, (2005) 15 *Transnational Law & Contemporary Problems* pp. 551-577.

⁴¹ Constitution Act 1986, ss 2-3.

⁴² Constitution Act 1986, ss 6-9.

⁴³ Constitution Act 1986, s 10.

⁴⁴ Constitution Act 1986, s 14.

⁴⁵ Constitution Act 1986, ss 23-24.

⁴⁶ Celebre definizione della deriva istituzionale del sistema parlamentare britannico di LORD HAILSHAM in *The Dilemma of Democracy: Diagnosis and Prescription*, Londra, Collins, 1978, p. 125.

il Parlamento è unicamerale.⁴⁷ Al contrario, particolare attenzione è riservata alla garanzia della massima e piena indipendenza del Giudiziario.⁴⁸

Un'altra parte fondamentale dell'architettura costituzionale neozelandese è costituita dalle convenzioni costituzionali. Ad esempio, il sistema di "Cabinet government" rientra tra queste. Nonostante la maggior parte non abbiano forma di "legal rule", in Nuova Zelanda molte di queste convenzioni sono reperibili nel c.d. Cabinet Manual, che consiste in un "manuale d'istruzioni" riguardante il funzionamento delle istituzioni dello Stato, edito dal Cabinet Office del Department of the Prime Minister and Cabinet e consultabile online.⁴⁹

Tali caratteristiche rendono possibile classificare il sistema neozelandese come un "Westminster system of government".⁵⁰ Sotto questo profilo, si può dire dunque che la costituzione neozelandese rientra nella categoria di "costituzione politica",⁵¹ caratterizzata da un costante dinamismo indissolubilmente legato agli sviluppi della politica del paese.⁵²

Tenendo a mente queste poche nozioni sull'architettura costituzionale neozelandese, affrontiamo adesso l'esame del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁷ G. PALMER (SIR), *The New Zealand Constitution and the Power of Courts*, cit., p. 560. Sulla composizione del Parlamento neozelandese si veda: J. L. HIEBERT AND J. B. KELLY, *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; pp. 116-8.

⁴⁸ Infatti, le uniche due disposizioni della Part 4 dedicata al potere giudiziario disciplina le garanzie d'indipendenza dei giudici, che potranno essere rimossi solo dalla Regina o dal Governor-General su indirizzo della Camera dei Rappresentanti per provata incapacità o grave negligenza (s 23). Inoltre, la loro retribuzione non può essere diminuita nel corso dello svolgimento dell'incarico (s 24). R. COOKE (SIR), *Fundamentals*, (1988) *New Zealand Law Journal* pp. 158-165; p. 164.

⁴⁹ L'ultima versione del Cabinet Manual, al momento della redazione di questo lavoro, è quella del 2017 ed è reperibile online sul sito <https://www.dpnc.govt.nz/>, consultato il 7 maggio 2018. Per una sintesi sulla struttura del Cabinet Manual nel sistema neozelandese si veda: G. DUNCAN, *New Zealand*, in B. GALLIGAN; S. BRENTON, *Constitutional Conventions in Westminster Systems. Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; pp. 212-232; pp. 226-8.

⁵⁰ Tipico esempio di ciò è la previsione della s 22, che riserva al Parlamento, organo rappresentativo elettivo, il potere in materia di imposizione fiscale ("no taxation without representation"). SIR. G. PALMER, *The New Zealand Constitution and the Power of Courts*, cit., p. 557; G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 68. M. PALMER, *What is New Zealand's Constitution and Who Interprets It? Constitutional realism and the Importance of Public Office-Holders*, [2006] *Public Law Review* 133, 135-7.

⁵¹ Si veda quanto detto *supra* Cap. II, § II.1.

⁵² G. PALMER (SIR), *The Bill of Rights after Twenty-One Years: the New Zealand Constitutional Caravan Moves On*, (2013) 11 *New Zealand Journal of Public and International Law* pp. 257-288; in particolare, p. 264; G. PALMER (SIR), *The New Zealand Constitution and the Power of Courts*, cit., p. 568.

III.3. Il New Zealand Bill of Rights Act 1990

Indispensabile per comprendere il modello neozelandese di tutela dei diritti è l'analisi del sistema instauratosi con l'adozione del New Zealand Bill of Rights Act ("NZBORA") nel 1990.⁵³ Tuttavia, la Nuova Zelanda non era estranea a precedenti tentativi di introdurre un bill of rights.⁵⁴

Infatti, già nel 1951 si ebbe una prima mobilitazione pubblica a favore dell'adozione di un bill of rights neozelandese. Ciò avvenne in coincidenza con l'abolizione della Camera Alta del Parlamento (il Legislative Council), che fece sorgere il timore di un eccessivo accentramento di potere e di un conseguente abbassamento della qualità della legislazione.⁵⁵ Così, l'organizzazione di centro-destra "Constitutional Society for the Promotion of Economic Freedom and Justice" presentò nel 1957 una proposta di legge per l'adozione di una costituzione scritta e rigida, con un "entrenched bill of rights".⁵⁶ Nonostante tale proposta venisse da un'organizzazione dello stesso colore politico del partito di governo, il New Zealand National Party (il partito conservatore), venne comunque giudicata troppo radicale e quindi rigettata.⁵⁷

Tuttavia, alle successive elezioni del 1960, proprio il National Party si impegnò a fare dell'adozione di uno statutory bill of rights a tutela dei diritti di tutti i cittadini neozelandesi (sulla scia del Canadian Bill of Rights 1960) uno dei punti focali del proprio manifesto elettorale. Sebbene tale mossa politica gli valse la conferma alla

⁵³ In generale, per una completa analisi del NZBORA 1990 si vedano A. BUTLER AND P. BUTLER, *The New Zealand Bill of Rights Act: a commentary*, Wellington, LexisNexis, 2005; P. RISHWORTH, R. MAHONEY, G. HUSHCROFT AND S. OPTICIAN, *The New Zealand Bill of Rights*, Melbourne, Oxford University Press, 2003.

⁵⁴ J. L. HIEBERT AND J. B. KELLY, *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, cit., p. 33.

⁵⁵ D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, (2007) 5 (2) *International Journal of Constitutional Law* pp. 343-369, in particolare, p. 345.

⁵⁶ *Suggested Constitution for New Zealand* (Constitutional Society, 1961) in L. CLEVELAND AND A. D. ROBINSON (EDS.), *Readings in New Zealand Government*, Reed Education, 1972; come riportato da D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, cit., p. 345.

⁵⁷ D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, cit., p. 345.

guida del paese, la proposta di un bill of rights slittò al 1963, quando una versione molto annacquata del modello canadese venne presentata in Parlamento.⁵⁸

Nonostante fosse una versione molto “ridotta” di bill of rights, la proposta non trovò comunque il favore della Camera, anche alla luce dei sondaggi condotti in quegli anni che indicavano scarso interesse per l’argomento, sia da parte dell’opinione pubblica che dell’ambiente giuridico.⁵⁹ Per di più, oltre a suscitare l’avversione dell’opposizione labourista, un tale progetto non aveva riscosso troppo successo neanche tra le fila del partito proponente, che ne aveva appunto rimandato la presentazione alla Camera per anni.

Così, fino agli anni Ottanta, la discussione sull’opportunità di una carta dei diritti a livello nazionale venne accantonata.

La situazione cambiò quando, alla vigilia delle elezioni del 1984, il Partito Labour indicò tra i punti del proprio manifesto elettorale⁶⁰ l’adozione di un bill of rights “fully constitutional [...] entrenched and supreme”⁶¹ che incorporasse nell’ordinamento interno il Patto internazionale sui diritti civili e politici (o “PIDCP”),⁶² ratificato dal Governo di Wellington nel 1978.⁶³

Vinte le elezioni, il neo formato Governo Labour pubblicò, nel 1985, il White Paper on a Bill of Rights for New Zealand, con allegata una prima bozza del bill of rights che si intendeva adottare.⁶⁴

⁵⁸ 336 NEW ZEALAND PARLIAMENTARY DEBATES (1963) Col. 1181-1198, come riportato da D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, cit., p. 346.

⁵⁹ A. BUTLER, *Limiting Rights*, (2002) *Victoria University of Wellington Law Review* pp. 113-154, pp. 114-5.

⁶⁰ Noto con il nome di “Open Government Policy 1984”, che si prefiggeva lo scopo di porre nuovi e più incisivi limiti al potere centrale al fine di meglio garantire la tutela dei diritti. Cfr NEW ZEALAND PARLIAMENT. DEPARTMENT OF JUSTICE, *A Bill of Rights for New Zealand: A White Paper* (1985 White Paper) [1985] AJHR A6, reperibile online sul sito <https://www.parliament.nz/>, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento

⁶¹ D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, cit., p. 346.

⁶² In inglese “International Covenant on Civil and Political Rights” (“ICCPR”), venne adottato dalle Nazioni Unite sulla scorta della “Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo” nel 1966 ed è entrato in vigore nel 1976. Il testo integrale è reperibile sul sito <http://www.ohchr.org/>, (31 marzo 2017).

⁶³ Inoltre, come parte degli accordi, la Nuova Zelanda si è impegnata presentare ogni quattro anni allo Human Rights Committee un resoconto sullo stato dei diritti del Patto internazionale sui diritti civili e politici (“PIDCP”) a livello interno. I dati specifici sono reperibili sul sito <http://indicators.ohchr.org>, (6 aprile 2017).

⁶⁴ DEPARTMENT OF JUSTICE, *A Bill of Rights for New Zealand: A White Paper* (1985 White Paper) [1985] AJHR A6 (*The White Paper*); J. L. HIEBERT AND J. B. KELLY, *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, cit., pp. 37-41.

La proposta del 1985 era essenzialmente modellata sulla Charter canadese, in particolare con riguardo al necessario “entrenchement” costituzionale del futuro atto.⁶⁵ Veniva ampliato il novero dei diritti da tutelare, includendo quasi tutti i diritti del PIDCP, e si incorporava, costituzionalizzandolo, il Trattato di Waitangi 1840 con il conseguente riconoscimento di diritti alla popolazione Māori.⁶⁶ Veniva prevista anche una “remedies provision” che attribuiva alle corti il potere di adottare i rimedi “giusti ed appropriati” alla violazione dei diritti ivi contenuti.⁶⁷ In buona sostanza, con esso si sottolineava come il sistema di governo neozelandese rendesse particolarmente urgente e necessaria l’adozione di un Bill of Rights. In particolare, l’assenza di una seconda camera del Parlamento rendeva potenzialmente “smisurato” e privo di “limiti” (“restraint”) il potere del Governo, tanto da farlo paragonare al potere assoluto dei sovrani Stuart nel 1640.⁶⁸ La reazione al White Paper fu deludente sotto molti punti di vista. Oltre alla prevedibile opposizione del National Party, furono i sondaggi condotti dal Justice and Law Reform Committee, commissione speciale costituita per vagliare le possibili ipotesi percorribili per procedere all’adozione di un eventuale bill of rights, a determinare il fallimento della proposta.⁶⁹ Infatti, il Justice and Law Reform Committee rilevò sin da subito molti dubbi⁷⁰ circa una riforma costituzionale di tale portata, concludendo che:

⁶⁵ Anche tale ipotesi è stata espunta dalla versione finale del NZBORA 1990. DEPARTMENT OF JUSTICE, *The White Paper*, cit.; G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand’s Constitution and Government*, cit., p. 323.

⁶⁶ DEPARTMENT OF JUSTICE, *The White Paper*, cit.; SIR G. PALMER, *Unbridled Power: An Interpretation of New Zealand’s Constitution and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1987, in particolare, pp. 282-3.

⁶⁷ DEPARTMENT OF JUSTICE, *The White Paper*, cit.

⁶⁸ G. PALMER (SIR), *Unbridled Power*, (II ed.), Auckland, Oxford University Press, 1987, in particolare, pp. 281-2.

⁶⁹ J. L. HIEBERT AND J. B. KELLY, *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, cit., pp. 41-4.

⁷⁰ Tra cui spiccavano quelli in seno alla stessa maggioranza labourista, che temeva di veder sensibilmente ridotto il proprio potere di governo proprio nel momento in cui, dopo anni di opposizione, lo avevano finalmente riconquistato. Così, D. ERDOS, *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, Oxford, Oxford University Press, 2010; in particolare, p. 97. Inoltre, secondo i dati raccolti proprio dal Justice and Law Reform Committee tra il 1985 e il 1986 su tutto il territorio nazionale il 73% degli intervistati si era dichiarato nettamente contrario alla soluzione del White Paper contro il 27% a favore. DEPARTMENT OF JUSTICE, *The White Paper*, cit..

“New Zealand is not yet ready, if it ever will be, for a fully fledged bill of rights along the lines of the White Paper draft.”⁷¹

Il Committee raccomandò pertanto l'adozione del Bill of Rights in forma di legge ordinaria (“ordinary statute”),⁷² in modo che potesse essere modificato secondo il regolare iter legislativo.⁷³ In questo senso, alcuni hanno notato come, nonostante fosse inizialmente stata presa come modello, alla fine la Charter canadese sia servita come “anti-precedent” per la Nuova Zelanda.⁷⁴

Così, dopo la riconferma alle politiche del 1987, il Ministro della Giustizia laburista, Sir Geoffrey Palmer, manifestò l'intenzione del Governo di avanzare una nuova proposta di bill of rights, questa volta nella forma di legge ordinaria,⁷⁵ che avrebbe un effetto meramente interpretativo più che invalidante sulla legge ordinaria in caso di conflitto con il bill of rights.⁷⁶ In tale disegno di legge venne eliminato ogni riferimento al Trattato di Waitangi⁷⁷ e il numero dei diritti richiamati risultò molto minore rispetto a quello del Patto internazionale, essendo totalmente assenti i diritti socio-economici.⁷⁸

Dalla versione definitiva del disegno di legge presentata nel 1989 è stata espunta anche la “remedies provision”, che avrebbe permesso alle corti di individuare il

⁷¹ JUSTICE AND LAW REFORM COMMITTEE, *Final Report of the Justice and Law Reform Committee on a White Paper on a Bill of Rights for New Zealand* [1988] AJHR I 8A.

⁷² JUSTICE AND LAW REFORM COMMITTEE, *Final Report of the Justice and Law Reform Committee on a White Paper on a Bill of Rights for New Zealand*, cit. A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, (2016) (35) *University of Queensland Law Journal*, pp. 251-282; in particolare, p. 252; G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 322; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 129.

⁷³ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, (2016) (35) *University of Queensland Law Journal*, pp. 251-282; in particolare, p. 252; G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 322; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 129.

⁷⁴ P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under “Interpretative” Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review* pp. 233-267; cit., § 80.

⁷⁵ D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, cit., p. 347.

⁷⁶ JUSTICE AND LAW REFORM COMMITTEE, *Final Report of the Justice and Law Reform Committee on a White Paper on a Bill of Rights for New Zealand* [1988] AJHR I 8A.

⁷⁷ Ciò perché, a parere della Justice and Law Reform Committee on a Bill of Rights for New Zealand, l'incorporazione del Trattato di Waitangi come “legge ordinaria” avrebbe fortemente minato la portata del trattato, attribuendogli il valore di una qualsiasi legge ordinaria. JUSTICE AND LAW REFORM COMMITTEE, *Final Report of the Justice and Law Reform Committee on a White Paper on a Bill of Rights for New Zealand* [1988] AJHR I 8A, 3-4;

⁷⁸ Nonostante il parere favorevole del Justice and Law Reform Committee, che aveva raccomandato l'inclusione di almeno una parte di diritti di tale natura.

rimedio più adatto in caso di violazione dei diritti. Si prevedeva invece un modello di monitoraggio politico e giudiziale (“political and judicial rights-vetting”) per quanto riguardava la conformità delle proposte di legge al bill of rights, attribuendo all’Attorney-General il compito di certificare tale conformità. Nel testo finale del 1990 non è previsto neppure il potere delle corti di invalidare, disapplicare o dichiarare priva di efficacia una legge ordinaria che fosse incompatibile con il bill of rights.⁷⁹ In questo senso esso è stato definito:

“a parliamentary bill of rights consistent with New Zealand’s constitutional principles as a Westminster system.”⁸⁰

Con queste modifiche, il testo verrà presentato alla Camera una prima volta il 10 ottobre 1989 e una seconda volta, per la discussione definitiva, il 17 luglio 1990. Il mese successivo, con una risicata maggioranza, venne approvato il New Zealand Bill of Rights Act (“NZBORA”).⁸¹

Il titolo per esteso dell’Atto esprime l’intenzione del legislatore neozelandese di “affermare, tutelare e promuovere i diritti e le libertà fondamentali dell’essere umano in Nuova Zelanda” e, allo stesso tempo, di “ribadire l’impegno della Nuova Zelanda ad ottemperare gli obblighi assunti con la stipula del Patto internazionale sui diritti civili e politici”.⁸² Non a caso, la s 2 ribadisce espressamente che:

“The rights and freedoms contained in this Bill of Rights are affirmed.”

Da tale “proclamazione” dei diritti fondamentali, i più conservatori hanno dedotto che il NZBORA non intendesse ampliare i diritti esistenti, bensì mirasse a garantire il mantenimento dello status quo. Mentre secondo altri l’affermazione

⁷⁹ New Zealand Bill Of Rights Act 1990, s 4, su cui torneremo a breve in questo paragrafo.

⁸⁰ J. L. HIEBERT AND J. B. KELLY, *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, cit., p. 45.

⁸¹ E’ interessante notare che, nonostante, la strenua opposizione spiegata dal National Party durante tutto l’iter di formazione del NZBORA, una volta riconquistata la maggioranza, i conservatori non abbiano proposto l’immediata abrogazione dell’atto tanto avversato. D. ERDOS, *Aversive Constitutionalism in the Westminster World: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act (1990)*, cit., p. 348.

⁸² New Zealand Bill of Rights Act 1990, “An Act – (a) to affirm, protect, and promote human rights and fundamental freedoms in New Zealand; and (b) to affirm New Zealand’s commitment to the International Covenant on Civil and Political Rights.”

dei diritti e delle libertà fondamentali aveva esattamente l'effetto opposto, ovvero significava che i tutti i diritti "umani", anche quelli non espressamente previsti dalla lettera della legge, erano riconosciuti e tutelati in Nuova Zelanda.⁸³ La New Zealand Court of Appeal⁸⁴ ha accolto questa seconda tesi, rigettando l'approccio conservatore e affermando che il NZBORA è elemento essenziale nello sviluppo del diritto vigente. Infatti, appena qualche anno dopo l'entrata in vigore del NZBORA, nel *Baigent's case*, il giudice Cooke P ha dichiarato:

"The long title shows that, in affirming the rights and freedoms contained in the Bill of Rights, the Act requires development of the law when necessary. Such a measure is not to be approached as if it did no more than preserve the status quo"⁸⁵

Da punto di vista strutturale, il NZBORA si presenta come un documento piuttosto breve, composto da sole tre parti: la Part 1, rubricata "General Provisions", ovvero le disposizioni generali (ss 2-7); la Part 2, che comprende il catalogo dei diritti tutelati (Civil and Political Rights, ss 8-27) e la Part 3, contenente le "Miscellaneous Provisions" (ss 28-29).⁸⁶ Di particolare rilevanza sono le ss 3-7,

⁸³ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, *South Australian State Legal Convention* 22-23 July 2004, pp. 1-41; § 5.

⁸⁴ Fino al 2003, la massima istanza di giudizio sul territorio neozelandese era la New Zealand Court of Appeal, oltre la quale si poteva fare appello al Privy Council britannico, che svolgeva così la funzione di terza ed ultima istanza di giudizio in Nuova Zelanda. Tale sistema è stato radicalmente modificato con l'adozione del Supreme Court Act 2003, con cui è stata istituita la Supreme Court of New Zealand quale ultimo grado di giudizio interno, eliminando definitivamente la possibilità di ricorrere al Privy Council. La rescissione di questo legame con la contestuale creazione di una corte di vertice neozelandese ha suscitato non poche preoccupazioni. Il Justice and Electoral Committee temeva che la creazione di una Supreme Court avrebbe portato verso un maggiore "attivismo giudiziario" o, peggio, verso il temuto "judicial supremacism". Così è stata inserita la s 3 (2) Supreme Court Act 2003 la quale chiarisce che l'adozione di un tale atto non far venir meno il "New Zealand's continuing commitment to the rule of law and the sovereignty of Parliament". Si veda, JUSTICE AND ELECTORAL COMMITTEE, *Report on the Supreme Court Bill 2002 (16-2)* (16 sept. 2003), pp. 22-4; T. ARNOLD, *Parliament and the Courts: Arm Wrestle or Handshake?* cit., p. 45. Per un'interessante analisi del cammino, non facile, che ha portato alla creazione della nuova Supreme Court si veda, M. WILSON, *From Privy Council to Supreme Court: A Rite of Passage for New Zealand's Legal System (The Harkness Henry Lecture)*, (2010) 18 *Waikato Law Review* pp. 1-14.

⁸⁵ *Simpson v Attorney-General (Baigent's case)* [1994] 2 NZLR 667, at 676 per Cooke P.

⁸⁶ In generale, sulla struttura del NZBORA, si veda P. RISHWORTH, R. MAHONEY, G. HUSHCROFT AND S. OPTICIAN, *The New Zealand Bill of Rights*, Melbourne, Oxford University Press, 2003; pp. 23-4.

anche note come “operative provisions” del NZBORA – ovvero le disposizioni che rendono operativa la legge.⁸⁷

La s 3 è la c.d. “gateway provision”, che definisce la portata applicativa del NZBORA, stabilendo che, sono tenuti a rispettare i diritti contenuti nel Bill of Rights tutti i tre i poteri dello Stato e tutte le pubbliche amministrazioni.⁸⁸ La s 4, che sarà oggetto di ampia analisi più avanti,⁸⁹ vieta alle corti di invalidare la legge solo perché conflitto con il NZBORA.⁹⁰ Ciò vale anche per la legge entrata in vigore prima dell’Atto del 1990. Perciò, notano alcuni, la disposizione in oggetto parrebbe porsi in diretto contrasto con la tradizionale dottrina dell’“implied repeal”, in forza della quale la legge posteriore abroga la legge anteriore difforme.⁹¹ Tuttavia, la s 4 non può essere “disgiunta” dalle due disposizioni successive: la s 5, che contiene la c.d. “general limitations clause”, in base alla quale i diritti della Part 2 possono essere sottoposti ai “limiti ragionevoli e necessari in una società libera e democratica”,⁹² e la s 6, che impone alle corti di preferire, ove possibile, l’interpretazione conforme (“consistent interpretation”) ai diritti fondamentali (è il c.d. “interpretative mandate” che approfondiremo nei prossimi paragrafi).⁹³

Le tre disposizioni sono talmente “legate” tra loro da essere anche note come “unholy trinity”⁹⁴ e rappresentano, nell’insieme, il fulcro del meccanismo applicativo del NZBORA. Infatti, se la s 4 pare “annullare” l’efficacia del nuovo atto a tutela dei diritti fondamentali – escludendo il rimedio più incisivo: la disapplicazione della legge che viola i diritti fondamentali –, essa è in realtà ridimensionata dall’obbligo di interpretazione conforme della s 6, che impone alle corti di preferire il significato della legge “più rispettoso” dei diritti fondamentali.

⁸⁷ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., § 6.

⁸⁸ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 3.

⁸⁹ Vedi *infra* § III.5, 5.3).

⁹⁰ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 4.

⁹¹ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., § 6.

⁹² New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 5. La s 5 del NZBORA è espressamente modellata s 1 della Canadian Charter del 1982 - di cui abbiamo trattato *supra* Cap. II, § II.3.1 - ed è anche nota come “exception section” o “balancing section”, poichè permette al legislatore di porre dei limiti - solo se ragionevoli e necessari in una società libera e democratica- ai diritti fondamentali in base ad un bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela.

⁹³ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 6. Cfr. *infra* in questo capitolo, § III.2.

⁹⁴ J. ALLAN, *The Operative Provisions of the Bill of Rights: Un Holy Trinity*, (1995) *Bill of Rights Bulletin* 79; pp. 80-2.

La ricerca dell'interpretazione adeguatrice è a sua volta "condizionata" dalle eccezioni della s 5, che fissano i "confini" della valutazione ermeneutica operata dal giudice.⁹⁵

Infine, a chiusura della parte generale c'è la s 7 che, al momento della presentazione di un nuovo disegno di legge, impone all'Attorney-General il dovere di presentare una relazione ("duty to report") ove ravveda un'incompatibilità tra la proposta legislativa ed i diritti elencati nel NZBORA.⁹⁶

Spicca, come già anticipato, l'assenza della previsione di un qualsiasi rimedio alle violazioni del NZBORA.⁹⁷ A tale "lacuna", come vedremo, supplirà la giurisprudenza con il famoso *Baigent's case*.⁹⁸

Il catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali a cui il NZBORA intende dare tutela è contenuto nella Part 2 dell'Atto e riflette il catalogo dei diritti del PIDCP, sebbene l'elenco del NZBORA contenga un numero ridotto di diritti rispetto al documento internazionale.⁹⁹

Ad esempio, nel NZBORA manca una disposizione simile all'art. 17 del PIDCP, che prevede un generale diritto all'invulnerabilità della persona e della libertà individuale nelle sue plurime declinazioni ("nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione").¹⁰⁰ Né è previsto un generale principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.¹⁰¹ Tra i diritti fondamentali affermati nel NZBORA, spiccano

⁹⁵ Sull'interazione tra le tre disposizioni si tornerà ampiamente più avanti § III.4, 4.4). S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., § 6.

⁹⁶ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 7. J. L. HIEBERT AND J. B. KELLY, *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, cit., pp. 75-7 e pp. 97-110.

⁹⁷ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., § 7.

⁹⁸ Vedi *infra* in questo capitolo § III.4, 4.1).

⁹⁹ Una tale selezione, notano alcuni, è dovuta all'influenza della concezione della "process theory" di John Hart Ely, per cui devono essere inclusi in un Bill of Rights solo quei diritti che rafforzano l'integrità della democrazia ("[...] to be appropriate for entrenchment in a Bill of Rights, rights should be necessary to buttress the integrity of democratic government"). P. RISHWORTH, *The Birth and Rebirth of the Bill of Rights*, in G. HUSCROFT, P. RISHWORTH (EDS.), *Rights and Freedoms: The New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the Human Rights Act 1993*, Wellington, Thomson Reuters, 1995; p. 14.

¹⁰⁰ Patto internazionale sui diritti civili e politici 1966, art. 17, reperibile online sul sito <https://www.ohchr.org/>.

¹⁰¹ Patto internazionale sui diritti civili e politici 1966, art. 25.2 – "2. Tutti gli individui sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela da parte della legge. A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il

quelli relativi alla libertà e alla sicurezza della persona: il diritto alla vita e il divieto di essere sottoposto a tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti (ss 8-9). In particolare, la Nuova Zelanda ha positivizzato anche il diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario (s 11).

Sotto il profilo dei diritti politici è sancito il diritto di voto, attivo e passivo, per ciascun cittadino neozelandese che abbia compiuto i diciotto anni d'età (s 12); mentre tra le libertà civili si rammentano la libertà di pensiero, di espressione, di religione (ss 13-14) e il divieto di discriminazione (s 19).¹⁰²

Le sezioni dalla 21 alla 27 elencano, in modo preciso e dettagliato, le garanzie da osservarsi nel processo penale, tra cui si ricordano: l'inviolabilità della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e l'habeas corpus (ss 21-22); il diritto ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a proprio carico; il diritto di difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore e ad un esame equo della causa, pubblicamente ed entro un termine ragionevole (s 23); il diritto alla cauzione e al "trial by jury" nel caso in cui il reato contestato comporti una pena superiore ai tre mesi di reclusione (s 24); il diritto ad un processo equo e giusto dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale e la presunzione di innocenza fino prova contraria (s 25). Infine, tra le disposizioni generali a garanzia della libertà personale, si ricordano il divieto di retroattività della legge penale, il generale principio del ne bis in idem (s 26) e il diritto a non essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge (s 27).

La terza e ultima parte del NZBORA è composta da due sole disposizioni le quali sanciscono, rispettivamente, che i diritti e le libertà preesistenti al NZBORA rimangono immutate - ed il loro esercizio non può essere limitato o ridotto sulla base dell'entrata in vigore del NZBORA (s 28) - e che la tutela del NZBORA si possa estendere anche alle persone giuridiche "ove possibile" (s 29).¹⁰³

colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione."

¹⁰² Questa disposizione è stata modificata con lo Human Rights Act 1993. Nella sua formula originaria, la s 19 vietava ogni forma di discriminazione in ragione del colore della pelle, dell'origine etnica o razziale; della provenienza, del sesso, del credo religioso e delle proprie condizioni sociali. Oggi, ai sensi della s 21 dello HRA 1993, sono state aggiunte altre sette categorie: età (se maggiore di sedici anni o infrasedicenne), impiego, condizioni familiari, opinioni politiche, disabilità, l'essere portatori di particolari malattie invalidanti (come nel caso dell'HIV) e l'orientamento sessuale.

¹⁰³ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., § 11.

Dunque, da questa breve ricognizione sulla struttura ed i contenuti del NZBORA, il primo dato che emerge è la somiglianza con la Charter canadese, anche se i risultati sono sensibilmente differenti.¹⁰⁴

A partire dal mancato riconoscimento di rango di legge superiore al NZBORA - che ridimensiona molto la portata innovativa della nuova legge - fino all'obbligo di applicare la legge anche se incompatibile con il NZBORA, tutto, nel Bill of Rights neozelandese tende a sottolineare il concetto di "anti - primacy" che i redattori volevano perseguire, assicurandosi che esso non acquistasse, soprattutto in via pretoria, status costituzionale.¹⁰⁵

Qui emerge tutta l'influenza del "Westminster model": un Bill of Rights con una resistenza passiva superiore rispetto alla legge ordinaria avrebbe legittimato i giudici a disapplicare la legge del Parlamento e ad "aggirare" la volontà del Governo, rendendoli "a bevy of platonic guardians elected by no one and accountable to themselves."¹⁰⁶

Interessante è perciò la scelta della normativa neozelandese di introdurre lo strumento ermeneutico dell'interpretazione conforme, obbligando le corti a preferire il significato di una disposizione di legge maggiormente compatibile con il nuovo catalogo di diritti, posto che "tale significato possa essere individuato,"¹⁰⁷ senza però concedere alle stesse di poter disapplicare la legge, nel caso in cui l'iter ermeneutico ex s 6 avesse dato esito negativo. Per alcuni tale "scelta" è espressione dei due "temi confliggenti" che il NZBORA ha in sé: uno che ne afferma la natura costituzionale e l'altro che invece ne sottolinea la natura di legge ordinaria, senza che uno dei due prevalga sull'altro. L'intero documento è così pervaso da una "essenziale incertezza" rispetto alla natura dell'atto stesso che ne diminuisce sensibilmente l'efficacia in termini pratici.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Sul punto, si veda l'attenta analisi di J. L. HIEBERT, *Rights-Vetting in New Zealand and Canada: Similar Idea, Different Outcomes*, (2005) *New Zealand Journal of Public and International Law* pp. 63-103.

¹⁰⁵ P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under "Interpretative" Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?*, cit., § 60.

¹⁰⁶ G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 320.

¹⁰⁷ New Zealand Bill Of Rights Act 1990, s 6.

¹⁰⁸ Così, C. GEIRINGER, *What's The Story? The Instability of Australasian Bills of Rights*, (2016) 14 (1) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 156-175.

Alla luce di ciò, alcuni hanno individuato quattro caratteristiche del modello di tutela dei diritti istituito dal NZBORA, che lo distinguono dalle esperienze esaminate in precedenza.¹⁰⁹

La prima caratteristica consiste nel fondare la tutela dei diritti sull'obbligo, non giustiziabile, del Parlamento di legiferare in modo compatibile e nel rispetto dei diritti fondamentali. La seconda sta nel controllo politico ex ante che ha luogo durante il procedimento legislativo ordinario.¹¹⁰ La terza e la quarta invece concernono gli strumenti giudiziali di tutela dei diritti e sono tra loro concatenate: l'obbligo di interpretazione conforme della s 6 e, ove ciò non sia possibile, il potere di stabilire il rimedio per le violazioni dei diritti da parte dell'Esecutivo, enucleato in via pretoria dalla New Zealand Supreme Court.¹¹¹

Da ciò si è fatto discendere la considerazione che il NZBORA istituisca, di fatto, una nuova forma di controllo di costituzionalità delle leggi, ove le corti hanno il potere di determinare la compatibilità o meno della legge ai diritti in esso contenuti, ma, allo stesso tempo, sono vincolate ad applicare la legge incompatibile, se quella impugnata risulti tale.¹¹² Inoltre, in base a questo modello ove il legislatore respinga l'interpretazione ex s 6 fatta dalle corti, mantenendo invariata la legge incompatibile, queste saranno costrette ad applicare detta legge.¹¹³

¹⁰⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 132.

¹¹⁰ Per l'analisi dei profili più critici del "duty to report" previsto dalla Carta canadese e dal NZ Bill of Rights Act 1990, si veda J. L. HIEBERT, *Rights-Vetting in New Zealand and Canada: Similar Idea, Different Outcomes*, cit., pp. 90-93.

¹¹¹ E' questo il già citato *Baigent's case* [1994] 3 NZLR 667, di cui approfondiremo i dettagli nel § III.5, 5.2).

¹¹² V'è chi ha letto in tale iter ermeneutici la base per un judicial review fondato sul NZBORA, il cui standard è fissato appunto dalla s 5. Ciò perchè se una corte vuole utilizzare l'interpretazione conforme ex s 6 per risolvere un'incertezza normativa, dovrà necessariamente determinare se la legge, nella sua accezione più comune, è contraria al NZBORA. In questo modo la Corte, volendolo o meno, compie un'operazione di judicial review, valutando la conformità o meno della legge al Bill of Rights. E la stessa s 4, imponendo la applicazione della legge anche se incompatibile, è prova del fatto che un judicial review è stato comunque operato dalla Corte – anche se privo degli effetti canonici. Vedremo come, quanto previsto "in negativo" dal NZBORA (obbligando le corti ad applicare la legislazione incompatibile), è previsto "in positivo" nello Human Rights Act 1998 del Regno Unito, la cui s 4 prevede il potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità. Così, P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under "Interpretative" Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?*, cit., § 68. Cfr., *infra* Cap. IV, § IV.3.

¹¹³ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 132.

Di conseguenza, il NZBORA è stato definito l'archetipo dei c.d. "interpretative bill of rights", che si distinguono dagli "overriding or supreme bill of rights",¹¹⁴ pur prevedendo un catalogo scritto di diritti.¹¹⁵

La caratteristica degli "interpretative bill of rights" risiede nelle modalità con cui si articola la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.¹¹⁶ Invero, anziché seguire il modello americano, innestando la tutela dei diritti sul ruolo di primazia delle corti e sul loro potere di invalidare la legge che li viola in forza del rango superiore assegnato ai diritti fondamentali ("supreme bill of rights"), alle corti neozelandesi viene imposto l'obbligo (con le limitazioni sopradette) di interpretare la legge ordinaria in modo compatibile con i diritti fondamentali, negando però il potere di disapplicare la legge incompatibile.¹¹⁷

Pertanto, l'unico strumento di "azione" del Giudiziario nei confronti del Legislativo è l'interpretazione conforme, che rimane però "monco" poiché, anche ove venisse ritenuta incompatibile con un diritto fondamentale, la legge ordinaria rimane pienamente efficace.

Il ruolo delle corti rimane così confinato al campo dell'interpretazione (c.d. "statutory construction"), che ha sempre lo scopo principale di "mettere in pratica" il fine – o i fini – che il Parlamento intendeva perseguire con l'adozione della legislazione oggetto di sindacato giurisdizionale.¹¹⁸ In questo senso, viene salvaguardato il dogma della "supremazia del Parlamento", poiché il catalogo di diritti adottato ha sempre forma di legge ordinaria e, oltre a poter essere sempre modificato, non rappresenta un "parametro costituzionale" ("constitutional benchmark") che funge da limite invalicabile all'attività legislativa ordinaria.¹¹⁹ Pertanto verrà a configurarsi un "judicial review without judicial supremacy".¹²⁰

¹¹⁴ Vedi *supra* Cap. II; § II.2, 2.2).

¹¹⁵ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 132.

¹¹⁶ M. ELLIOTT, *Interpretative Bill of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*, (2011) *New Zealand Law Review*, pp. 591-623.

¹¹⁷ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 132.

¹¹⁸ J. BELL, G. ENGLE, *Cross's Statutory Interpretation*, cit., pp. 23-33; A. GEDDIS, B. FENTON, "Which is To Be Master?" – *Rights-Friendly Statutory interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, (2008) *Arizona Journal of International and Comparative Law* pp. 733-778; pp. 761-2.

¹¹⁹ M. ELLIOTT, *Interpretative Bill of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*, cit., pp. 593-594.

¹²⁰ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 151.

Il modello di “interpretative bill of rights” potrà garantire vera e piena tutela di diritti fondamentali ammesso che sia affiancato da un rigoroso controllo politico ex ante ad opera del Parlamento.

La questione centrale starà appunto nella ricerca del punto fino a cui le corti potranno spingersi nell’esercizio del dovere di interpretazione conforme di cui alla s 6, modificando, correggendo, ritoccando – fino quasi a distorcere - il significato voluto dal Parlamento, per non oltrepassare il limite della s 4, che vieta loro di disapplicare la legge incompatibile. Essenziale sarà l’individuazione del confine tra l’attività ermeneutica dei giudici (“judicial interpretation”) e la loro attività legislativa da (“judicial law-making”).¹²¹

Occorrerà perciò analizzare attentamente l’uso (come vedremo, non sempre coerente) della s 6 del NZBORA da parte delle corti neozelandesi, teso a ritagliarsi un ruolo di maggiore spessore nella promozione e nella garanzia dei diritti fondamentali.

Prima di approfondire l’analisi delle disposizioni chiave del NZBORA, è necessario però avere ben chiaro l’insieme degli strumenti normativi di tutela dei diritti fondamentali in Nuova Zelanda. Passiamo quindi all’analisi di due importanti leggi successive al Bill of Rights del 1990: lo Human Rights Act (NZ) 1993 e lo Human Rights (Amendments) Act 2001.

III.4. Gli interventi legislativi del 1993 e del 2001

Con lo Human Rights Act 1993 (HRA) e lo Human Rights (Amendments) Act 2001 si è rafforzato il quadro normativo di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali istituito dal NZBORA, in particolare sotto il profilo del divieto di discriminazione.¹²²

¹²¹ P. BUTLER, *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*, (2004) *Victoria University of Wellington Law Review* pp. 341-366; p. 354.

¹²² D. ERDOS, *Judicial Culture and the Politicolegal Opportunity Structure: Explaining Bill of Rights Legal Impact in New Zealand*, (2009) 34 (1) *Law and Social Inquiry*, pp. 95-127; p. 99.

La legislazione del 1993 infatti è andata ad ampliare l'operatività del divieto di discriminazione previsto dalla s 19 del NZBORA;¹²³ mentre la novella del 2001¹²⁴ ha profondamente modificato il sistema di tutela dei diritti, armonizzando l'operatività del NZBORA e dello HRA¹²⁵ e istituendo il nuovo Human Rights Review Tribunal, a cui ha espressamente attribuito il potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità (chiamate nel testo originale, “declarations of inconsistency” o “DoI”).¹²⁶

Più precisamente, approvato appena tre anni dopo il NZBORA, lo HRA si configura essenzialmente come una legge anti-discriminatoria, che ha specificato ulteriormente il generale divieto previsto dalla s 19 NZBORA, allo scopo di aumentare la tutela individuale prevedendo singole ipotesi di discriminazione vietata e le relative eccezioni.¹²⁷ Tuttavia, fino al 2001, i rapporti tra NZBORA e HRA erano piuttosto confusi, tant'è che si faceva fatica a distinguere, nella pratica, quando operava l'uno e quando invece operava l'altro. Perciò uno degli scopi della novella del 2001 è stato quello di coordinare le due normative, in modo da garantire la certezza del diritto in materia di divieto di discriminazione.¹²⁸

¹²³ Si veda quanto detto in questo capitolo alla nota 101.

¹²⁴ Che è la concretizzazione del Report “*Re-evaluation of the Human Rights Protections in New Zealand*”, RE-EVALUATION TEAM, *Re-evaluation of the Human Rights Protections in New Zealand: Report of the Associate Minister of Justice and Attorney-General* (Ministry of Justice, Wellington, 2000); MINISTRY OF JUSTICE, *Re-evaluation of the Human Rights Protections in New Zealand: Summary of Public Submission*, (Ministry of Justice, Wellington, 2001; entrambi reperibili sul sito <http://www.justice.govt.nz/>, (16 aprile 2018).

¹²⁵ G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., p. 318.

¹²⁶ Human Rights Act 1993, ss 92J e 92K inserite dalla s 9 dello Human Rights (Amendments) Act 2001.

¹²⁷ G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., pp. 272-3. Lo HRA descrive dettagliatamente i casi di discriminazione illegittima per singoli settori: in materia di lavoro (ss 22-35); in materia di costituzione di imprese e società (s 36); in materia di iscrizione associazioni o albi professionali (ss 37-41); in materia di accesso a luoghi, strutture o altri istituti privati aperti al pubblico (ss 42-3); nella vendita di beni e nell'offerta di servizi (ss 44-52); in materia di locazione o affitto (ss 53-6); in materia di accesso a strutture scolastiche o altri luoghi d'istruzione (ss 57-60). Human Rights Act 1993, Part 2.

¹²⁸ Infatti, la legge del 1993 ha ampliato le singole ipotesi di divieto di discriminazione, prevedendo un rigido sistema di eccezioni per ciascun caso. Tali eccezioni però non erano vincolanti per il Governo il quale invece, rimaneva vincolato al generale divieto di discriminazione ai sensi della s 19 NZBORA e alla generale eccezione della s 5 (“justified limitation”). Perciò, fino al 2001, in presenza di un soggetto “pubblico” si applicava il sistema di eccezioni più favorevole del Bill of Rights e non quello più rigido dello Human Rights Act. Con la novella del 2001 si è tentato di uniformare il regime, allargando l'applicazione dello HRA 1993 “a qualunque soggetto eserciti una funzione pubblica, conferita con Atto del parlamento” (ad esempio, in materia di discriminazioni sul lavoro (ss 22-35), o per i casi di “racial disharmony or racial and social harassment” (ss 61-64), come prevede la nuova s 21A dello Human Rights Act 1993, introdotta dalla s 7 dello Human Rights Act (Amendments) 2001). G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand's Constitution and Government*, cit., pp. 274-6 e p. 317.

Ad ogni modo, il vero impatto dello Human Rights (Amendments) Act del 2001 è stato un altro: ha creato un apparato rimediabile ad hoc per le violazioni dei diritti fondamentali che, come è noto, era del tutto assente nella legge del 1990.¹²⁹

In questo senso, la legge del 2001 ha rappresentato la risposta legislativa¹³⁰ alla giurisprudenza che – come vedremo - aveva già “rivendicato” un implicito potere di dichiarare incompatibile con il NZBORA la legge ordinaria.¹³¹

Con la nuova s 92J (2) il Parlamento ha formalizzato il potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità (“declarations of inconsistency” o “DoI”) limitatamente ai casi di acclarata violazione del divieto di discriminazione previsto dalla s 19 del NZBORA.¹³² La successiva s 92 K attribuisce poi tale potere, in primo grado, al nuovo Human Rights Review Tribunal e in grado di appello, alle corti ordinarie.¹³³ E’ fatta salva, in ogni caso, la validità e l’efficacia della disposizione dichiarata incompatibile,¹³⁴ prevedendo che, in tali casi, il Ministro della Giustizia debba, entro centoventi giorni, sottoporre al Parlamento la dichiarazione, allegandovi una relazione in cui si raccomanda al Governo la posizione da assumere in risposta a detta dichiarazione.¹³⁵ Così facendo l’incompatibilità rilevata dai giudici viene sottoposta all’attento scrutinio in sede parlamentare, attuando un “dialogo” sul modello canadese tra Parlamento e corti.¹³⁶

Inoltre, lo Human Rights (Amendments) Act ha profondamente riformato la procedura per la trattazione dei ricorsi per violazione del divieto di

¹²⁹ Vedi supra in questo capitolo, § III.3.

¹³⁰ Con una mossa definita da alcuni “azzardata” e “incoerente con la tradizione costituzionale del paese”, cfr., C. GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, (2009) 40 *Victoria Wellington University Law Review*, pp. 613-648; p. 620.

¹³¹ Il capostipite di tale filone giurisprudenziale è il caso *Moonen v Film & Literature Board of Review (Moonen)* [2000] 2 NZLR 9, ove la Court of Appeal ha affermato che ove rilevi che una disposizione di legge costituisca un limite illegittimo e non giustificabile ai sensi della s 5 potrà considerare l’emissione di una dichiarazione di “inconsistency or incompatibility”. La questione è particolarmente complessa ed ad essa è dedicato il prossimo paragrafo, cui pertanto si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

¹³² Human Rights Act 1993, s. 92J (2), inserita dalla s 9 dello Human Rights (Amendments) Act 2001. T. ARNOLD, *Parliament and the Courts: Arm Wrestle or Handshake?* (2005) 3 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp.45-61; in particolare, pp. 57-58.

¹³³ Human Rights Act 1993, s 123 (2) inserita dalla s 47 del Supreme Court Act 2003.

¹³⁴ Human Rights Act 1993, s 92K (1) inserita dalla s 9 dello Human Rights (Amendments) Act 2001.

¹³⁵ Human Rights Act 1993, s 92K (2) e (3) inserita dalla s 9 dello Human Rights (Amendments) Act 2001.

¹³⁶ J. WALDRON, *Some Models of Dialogue between Judges and Legislators* (2004) 23 *Supreme Court Law Review* pp. 7-47.

discriminazione prevista dalle Part 1A e 2 dello HRA, sostituendo al precedente (e farraginoso) sistema di ricorsi alla Complaints Division della Human Rights Commission, una nuova e più snella procedura improntata al modello processuale “problem-solving/dispute-resolution” presso il nuovo Office of Human Rights Proceedings.¹³⁷ Tale modello predilige la risoluzione stragiudiziale della controversia tramite gli strumenti tipici della mediazione e della conciliazione.¹³⁸ Ove tale “via” non consenta di raggiungere una soluzione, i ricorrenti possono rivolgersi¹³⁹ al nuovo Director of Human Rights Proceeding¹⁴⁰ per ottenere “free legal representation” presso il nuovo Human Rights Review Tribunal, tribunale speciale competente per le violazioni di cui alle Part 1A e 2 dello HRA 1993.¹⁴¹ Lo Human Rights (Amendments) Act 2001 ha poi ridefinito la struttura e l’operatività della Human Rights Commission (d’ora in avanti “HR Commission” o “Commissione”), già prevista nel testo del 1993.¹⁴²

Tale Commissione è ora composta da un Chief Commissioner a tempo pieno, un Commissario a tempo pieno per le relazioni razziali (“Race Relations Commissioner”), un Commissario a tempo pieno per la pari opportunità sul lavoro (“Equal Employment Commissioner”) e non più di cinque commissari a tempo determinato (“part-time commissioners”).¹⁴³ La Commissione è un’autorità indipendente e non subordinata al potere esecutivo.

La s 5 elenca le funzioni che spettano alla HR Commission, tra cui spicca quella primaria di promuovere il rispetto dei diritti umani in Nuova Zelanda e di incoraggiare il mantenimento e lo sviluppo di rapporti armoniosi tra gli individui e i diversi gruppi sociali presenti sul territorio nazionale.¹⁴⁴

¹³⁷ Nuovo organo in seno alla Human Rights Commission, cui spetta il compito di gestire i ricorsi per violazione dello HRA 1993, disciplinato dalle ss 20 e seguenti dello Human Rights Act 1993, introdotte dalla s 5 dello Human Rights (Amendment) Act 2001.

¹³⁸ G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand’s Constitution and Government*, cit., p. 319-20.

¹³⁹ Human Rights Act 1993, ss 90 (1) (a) e (c) e 91, come modificate dalla s 9 dello Human Rights (Amendments) Act 2001.

¹⁴⁰ Human Rights Act 1993, ss 20A-20B, inserite dalla s 5 dello Human Rights (Amendments) Act 2001.

¹⁴¹ Human Rights Act 1993, Part 4, come modificata dalla s 10 dello Human Rights (Amendments) Act 2001. Prima del 2001, tale organo era noto, ai sensi della s 45 dello Human Rights Commission Act 1977 come “Complaints Review Tribunal”.

¹⁴² Human Rights (Amendments) Act 2001. Ad onore del vero una tale Commissione era già in funzione, in Nuova Zelanda, dal 1977, istituita dallo Human Rights Commission Act 1977, le cui disposizioni sono confluite nello Human Rights Act del 1993. G. PALMER (SIR) AND M. PALMER, *Bridled Power. New Zealand’s Constitution and Government*, cit., pp. 272-3.

¹⁴³ Human Rights Act 1993, s 15.

¹⁴⁴ Human Rights Act 1993, s 5 inserita dalla s 5 dello Human Rights (Amendment) Act 2001.

Dopo questa sintetica ricognizione dei provvedimenti legislativi essenziali per la tutela dei diritti fondamentali in Nuova Zelanda, occorre concentrarsi su come questi documenti abbiano inciso sul rapporto tra Parlamento e giudici.

In primo luogo, è determinante il fatto che oggi qualsiasi soggetto esercente un potere pubblico o una funzione pubblica è vincolato al rispetto del divieto di discriminazione. Le implicazioni di tale decisione sono ovvie. La principale attività di qualsiasi pubblica amministrazione riguarda l’allocazione delle risorse nazionali, spesso scarse, tra i vari gruppi sociali. Nel far ciò, vengono compiute delle scelte, che finiscono inevitabilmente per privilegiare alcuni gruppi e penalizzarne altri. Come notato da alcuni, “governare è per definizione discriminare”.¹⁴⁵ Tuttavia, alla luce delle modifiche del 2001, i soggetti che si ritengano lesi da una determinata scelta governativa potranno impugnarla per ottenere la verifica della conformità dei criteri di scelta al nuovo parametro dello HRA. Solo laddove il caso riguardi delicate scelte di “policy-making”, l’azione governativa verrà vagliata ai sensi della s 5 NZBORA 1990. E qui si apre la seconda, più grande questione: qual è il ruolo del giudice e quale compito è chiamato a svolgere alla luce del NZBORA e del successivo HRA? Dove può spingersi nell’analisi della “giustificabilità” di una norma di legge limitativa di un diritto fondamentale? Per far ciò, i giudici stanno sviluppando diversi strumenti, tra cui spiccano il ricorso al criterio della proporzionalità e i principi di judicial restraint e la già nota deference. Anche se il giusto bilanciamento sarà sempre controverso.¹⁴⁶

La risposta a questo secondo interrogativo non può prescindere dalla soluzione del rapporto tra le ss 4, 5 e 6 del NZBORA.¹⁴⁷

La difficile conciliazione delle tre disposizioni si è maggiormente acuita con l’introduzione del potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità – sebbene limitato al caso di violazione del divieto di discriminazione-, poiché il Parlamento, pur avendo riservato a sé stesso il potere di “dire l’ultima parola”, ha espresso chiaramente la volontà di affidare alle Corti un potente strumento rimediale.¹⁴⁸

¹⁴⁵ T. ARNOLD, *Parliament and the Courts: Arm Wrestle or Handshake?* cit., p. 58.

¹⁴⁶ T. ARNOLD, *Parliament and the Courts: Arm Wrestle or Handshake?* cit., p. 57.

¹⁴⁷ Di cui parleremo a breve.

¹⁴⁸ T. ARNOLD, *Parliament and the Courts: Arm Wrestle or Handshake?* cit., p. 57.

Da questo quadro normativo si ricava che se, da una parte, si vuole mantenere intatta la supremazia parlamentare, consentendo al Parlamento di legiferare in modo difforme dal NZBORA; dall'altra, lo stesso Bill of Rights impone al giudice di preferire, ove sia possibile, il significato più conforme ai diritti fondamentali (s. 6). I termini della questione, perciò, devono essere necessariamente definiti in chiave ermeneutica, rafforzando la convinzione di alcuni circa la natura di "interpretative bill of rights" più che "parliamentary bill of rights" del NZBORA.¹⁴⁹

III.5. L'impatto del New Zealand Bill of Rights Act 1990 sull'ordinamento neozelandese: tre profili di riassetto del rapporto tra giudici e legislatore

Neanche i più strenui sostenitori del NZBORA avrebbero potuto prevedere gli effetti che tale atto ha avuto sull'ordinamento neozelandese.

Infatti, all'indomani dell'adozione della legge – e fino al 2001-, il vuoto normativo per quanto riguardava i rimedi a disposizione dei giudici era lampante.¹⁵⁰ Ciò era reso particolarmente evidente dalla già citata s. 4, che escludeva il rimedio più scontato (la possibilità di disapplicare la legge incompatibile), imponendo alle corti di dare applicazione alla legge anche se in conflitto con i diritti fondamentali.

¹⁴⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 131.

¹⁵⁰ Si ricorda che, sebbene il NZBORA dia attuazione al PIDCP, tale documento internazionale non prevede (come invece vedremo nel caso della CEDU e del Regno Unito nel prossimo capitolo) alcuno strumento sanzionatorio né, tantomeno, istituisce un organo equiparabile alla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo in grado di emettere sentenze vincolanti per lo Stato parte della Convenzione. Era sì previsto uno Human Rights Council, a cui la Nuova Zelanda, in quanto firmataria del Patto, doveva riferire periodicamente circa lo stato interno dei diritti fondamentali, ma esso, appunto, era un organo di sorveglianza, il cui operato rimaneva nella sfera delle "raccomandazioni" senza efficacia vincolante. L'unico "rimedio" a disposizione del cittadino neozelandese che lamentava una violazione di un diritto previsto nel Patto internazionale, era la possibilità di presentare allo Human Rights Council (HRC) una "individual communication" circa la presunta violazione. Nel caso in cui, poi, lo HRC accertasse l'effettiva violazione, avrebbe proceduto a notificare ufficialmente la propria decisione ("final view") al governo neozelandese. Una tale "final view" non ha alcun effetto sotto il profilo sanzionatorio, se non quello di "naming and shaming" (esporre al pubblico ludibrio) la Nuova Zelanda. E' chiaro che l'efficacia di un tale meccanismo, in termini di prevenzione di violazioni dei diritti fondamentali, è pressoché nulla e tale circostanza influenza non poco l'uso che è stato fatto dai giudici del NZBORA, a differenza dello HRA nel Regno Unito che vedremo *infra* IV, §§ IV.1 e IV.3. Così, A. GEDDIS, B. FENTON, "Which Is To Be Master?" – *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and in the United Kingdom*, cit., pp. 764-5.

¹⁵¹ Così, proprio il dovere di interpretazione conforme previsto dalla s 6 è stato utilizzato per allargare quanto più possibile il campo di applicazione del Bill of Rights – anche se il ricorso ad un tale strumento non ha sempre prodotto i medesimi effetti.¹⁵²

Infatti, l’approccio giurisprudenziale alla s 6 ha risentito fortemente dell’influenza del “Westminster model”.¹⁵³ In particolare, l’idea, tutta britannica, del giudice come mero interprete della legge del Parlamento ha determinato nei giudici neozelandesi un atteggiamento diffidente, anche se non del tutto ostile, verso il ricorso alla s 6. La giurisprudenza neozelandese è perciò caratterizzata dall’alternarsi di fasi di apertura (con un frequente ricorso all’interpretazione adeguatrice) a fasi di maggiore chiusura (in cui i giudici preferiscono il tradizionale atteggiamento di “deference”).¹⁵⁴

Tale atteggiamento “ondivago” emerge chiaramente in tre aree particolari.¹⁵⁵

La prima consiste in una serie di rimedi strettamente collegati alla violazione di quelle garanzie procedurali che vengono essenzialmente in gioco nel processo penale, cui si accennerà solo brevemente.¹⁵⁶ La seconda categoria riguarda la possibilità o meno di accordare un risarcimento monetario come rimedio per la violazione dei diritti fondamentali. La terza, quella che qui più ci interessa, riguarda le situazioni in cui una disposizione legislativa attribuisce un potere pubblico incompatibile con i diritti del NZBORA. E’ appunto di quest’ultima categoria che qui ci occuperemo, con particolare riferimento al se, in questo caso, il rimedio esperibile più adeguato possa essere una dichiarazione di incompatibilità – possibilità aggiunta solo con lo Human Rights Act (Amendments) 2001.

¹⁵¹ P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under “Interpretative” Bills of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?* cit., § 54.

¹⁵² J. STEMPLEWITZ, *Section 6 of the Bill of Rights Act 1990: A Case for parliamentary Responsibility for Human Rights and Freedoms*, (2002) 33 *Victoria University of Wellington Law Review* pp. 409-23.

¹⁵³ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 253. Per una sintesi in materia di statutory interpretation in Nuova Zelanda si veda: J. F. BURROWS AND R.I. CARTER, *Statute Law in New Zealand* (IV ed.), Wellington, LexisNexis, 2009.

¹⁵⁴ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., pp. 253-4.

¹⁵⁵ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 260.

¹⁵⁶ Si rinvia pertanto a A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., pp. 261-5.

5.1) L'impatto dei “nuovi” diritti fondamentali sulle garanzie del processo penale di common law

Come abbiamo anticipato, la principale area in cui ha avuto impatto il NZBORA è stata quella relativa alla prassi di polizia e degli organi di “law enforcement”. Questo è infatti il campo in cui lo Stato può esercitare i propri poteri coercitivi contro i cittadini, arrivando a privarli, nei casi previsti dalla legge, del diritto fondamentale per eccellenza che è quello alla libertà personale.¹⁵⁷ Si rivela quindi essenziale l'interpretazione che i giudici neozelandesi hanno dato delle garanzie processuali in ambito penale previste dal NZBORA.

Nonostante l'indubbia importanza della questione – e proprio a causa della complessità della stessa-, si è scelto di analizzare qui il profilo più utile a comprendere come l'adozione dello NZBORA abbia modificato l'equilibrio tra giudici e legislatore. Infatti l'atteggiamento mostrato dai giudici in questo campo è prodromico alla comprensione dei due profili (per noi centrali) che esamineremo nei prossimi due paragrafi.

Dunque, un esempio significativo della modifica nell'approccio giurisdizionale in questa prima area riguarda la possibilità di impiegare prove “corrotte” perché ottenute in violazione dei diritti fondamentali dell'imputato (“tainted evidence”).¹⁵⁸

In un primo tempo, infatti, la giurisprudenza in materia ha dato un'interpretazione estensiva e molto ampia dei diritti fondamentali dell'imputato, in particolare della s 21 del NZBORA, che tutela contro le illegittime perquisizioni da parte delle autorità di polizia.¹⁵⁹ Tale articolo è stato interpretato in modo tale da ricomprendere nel concetto di inviolabilità della persona, del domicilio e della corrispondenza anche “valori o interessi propri del più ampio concetto di

¹⁵⁷ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 263.

¹⁵⁸ Si vedano ad esempio, *R v Coombs* [1985] 1 NZLR 318 (CA); *R v Kirifi* [1992] 2 NZLR 8 (CA); *R v Butcher* [1992] 2 NZLR 257 (CA); *R v Goodwin* [1993] 2 NZLR 153 (CA) e, più di recente, per una sintesi degli sviluppi in materia di “tainted evidence” cfr. *Marwood v Commissioner of Police* [2016] NZSC 139 at 23-7.

¹⁵⁹ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 21.

privacy”.¹⁶⁰ La sanzione nel caso di prove assunte in violazione delle garanzie così ampiamente intese (c.d. “tainted evidence”) era quella della inutilizzabilità nel processo e la loro conseguente esclusione (“exclusion remedy”).¹⁶¹ Tale sanzione era particolarmente invalidante per la pubblica accusa che doveva essere molto attenta nel selezionare le prove da presentare a carico dell’imputato. La Court of Appeal ha giustificato tale posizione in nome della “speciale responsabilità” che i giudici hanno, alla luce del NZBORA, di “garantire adeguata soddisfazione ai diritti fondamentali ove le forze di polizia li abbiano ingiustamente violati”.¹⁶²

Tuttavia tale entusiasmo è scemato ben presto e la Corte è tornata sui propri passi, riconsiderando tale approccio e preferendone uno che fosse più proporzionato “with proper public expectation.”¹⁶³ Così, in *R v Grayson and Taylor*, la Court of Appeal neozelandese ha ribaltato il proprio precedente ritenendo che una condotta “significativamente illegittima” da parte della polizia (“significant unlawful conduct”) non determinasse automaticamente l’illegittimità della perquisizione o del sequestro per violazione della s 21 del NZBORA.¹⁶⁴

La Corte è intervenuta anche riguardo alle conseguenze della violazione di una delle garanzie procedurali, affermando che l’automatica esclusione della “tainted evidence” doveva essere sostituita con un test di bilanciamento atto a verificare la proporzionalità del rimedio alla specifica violazione del caso. La giustificazione di tale ricalibrazione è offerta dal Justice Blanchard, il quale afferma:

“A system of justice will not command the respect of the community if each and every substantial breach of an accused’s rights leads almost inevitably to the exclusion of crucial evidence which is reliable and probative of a serious crime. The vindications will probably be seen as unbalanced and disproportionate to the circumstances of the breach.”¹⁶⁵

¹⁶⁰ Si veda *R v Jefferies* [1994] 1 NZLR 290 (CA) at 319: “[...] those values or interests which make up the concept of privacy.”

¹⁶¹ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 261.

¹⁶² *R v Goodwin* [1993] 2 NZLR 153 (CA), at 194.

¹⁶³ Così la Court of Appeal in *R v Elliot* (1997) 4 HRNZ 648 (CA) at 649.

¹⁶⁴ *R v Grayson and Taylor* [1997] 1 NZLR 399 (CA).

¹⁶⁵ *R v Grayson and Taylor* [1997] 1 NZLR 399 (CA), per Blanchard J at 143.

Pertanto, la violazione, anche deliberata, di una delle garanzie procedurali previste dal NZBORA rappresenta solo uno dei fattori che concorrono alla determinazione circa l'esclusione o meno della prova contaminata dal processo.¹⁶⁶

Nonostante l'aspra dissenting opinion della Chief Justice Elias - che ha criticato la posizione dei colleghi colpevoli di aver eccessivamente "diluito" le garanzie previste dal NZBORA, enucleando un "balancing test" che incentiva la violazione dei diritti fondamentali da parte delle forze di polizia -¹⁶⁷ il Parlamento neozelandese ha scelto di codificare tale nuovo "balancing approach" nella s 30 del nuovo Evidence Act 2006.¹⁶⁸ Le decisioni che, a partire dal caso *Shaheed*,¹⁶⁹ hanno applicato tale disposizione sono state caratterizzate da un progressivo "disinteresse" dei giudici per il ricorso al NZBORA nel campo delle garanzie procedurali del processo penale. Ciò nulla ha tolto all'importanza che tutt'oggi tali garanzie hanno nell'iter decisionale delle corti; tuttavia, le corti stesse hanno specificato che il peso assegnato a tali diritti - per il fatto di essere contenuti in uno "statutory instrument" - non deve essere automaticamente maggiore rispetto a quello dato ad altri fattori. Infatti l'interesse generale a punire chi si rende colpevole di gravi reati deve prevalere, anche se ciò comporta una violazione dei diritti fondamentali. Le corti non devono agire come meri esecutori della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, ma devono assicurarsi che il sistema di giustizia penale nel suo complesso funzioni in modo tale da rispettare una soglia

¹⁶⁶ *R v Grayson and Taylor* [1997] 1 NZLR 399 (CA), per Blanchard J at 147-8. Cfr., J. ALLAN, *The Effects of a Statutory Bill of Rights where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand*, in T. CAMPBELL, K.D. EWING AND A. TOMKINS (EDS), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001; pp. 375-90; pp. 382-3.

¹⁶⁷ *R v Grayson and Taylor* [1997] 1 NZLR 399 (CA), per Elias CJ at 19.

¹⁶⁸ Evidence Act 2006, s 30 "Improperly obtained evidence" - "(2) The Judge must—(a) find, on the balance of probabilities, whether or not the evidence was improperly obtained; and (b) if the Judge finds that the evidence has been improperly obtained, determine whether or not the exclusion of the evidence is proportionate to the impropriety by means of a balancing process that gives appropriate weight to the impropriety and takes proper account of the need for an effective and credible system of justice. (3) For the purposes of subsection (2), the court may, among any other matters, have regard to the following; (a) the importance of any right breached by the impropriety and the seriousness of the intrusion on it; (b) the nature of the impropriety, in particular, whether it was deliberate, reckless, or done in bad faith; (c) the nature and quality of the improperly obtained evidence; (d) the seriousness of the offence with which the defendant is charged; (e) whether there were any other investigatory techniques not involving any breach of the rights that were known to be available but were not used; (f) whether there are alternative remedies to exclusion of the evidence that can adequately provide redress to the defendant; (g) whether the impropriety was necessary to avoid apprehended physical danger to the Police or others; (h) whether there was any urgency in obtaining the improperly obtained evidence. (4) The Judge must exclude any improperly obtained evidence if, in accordance with subsection (2), the Judge determines that its exclusion is proportionate to the impropriety."

¹⁶⁹ *R v Shaheed* [2002] 2 NZLR 377 (CA).

minima di garanzia in materia di diritti fondamentali (“showing enough respect to individual rights”).¹⁷⁰ La valutazione della “soglia minima” è rimessa al giudice nel caso concreto: ad esempio, il giudice ammetterà le prove contaminate se ciò ha impedito il verificarsi di un reato di notevole gravità.¹⁷¹

In altre parole, dopo l’iniziale entusiasmo che ha portato la Court of Appeal a spingersi oltre in nome della difesa dei diritti fondamentali, oggi possiamo dire che la portata innovativa del NZBORA è stata molto ridimensionata nel campo del processo penale.¹⁷² Oggi infatti, la giurisprudenza, pur non escludendo di poter andare oltre le tradizionali garanzie di common law, avverte che lo farà solo ove ritenga il diritto violato “abbastanza importante” da giustificare tale distacco dal sentiero tracciato dalla common law.¹⁷³ Detto ciò, è possibile trarre alcune conclusioni utili ai fini di questo lavoro.

Questa prima categoria di conseguenze del NZBORA può essere ascritta a quel più ampio approccio giurisdizionale trasversale a vari ordinamenti del Commonwealth britannico – ed emerso appunto, a seguito della proliferazione dei parliamentary bill of rights - che, notano alcuni, privilegia il ricorso alla common law rispetto a qualsiasi strumento di “statutory law” per la tutela di particolari diritti individuali come le garanzie procedurali afferenti al processo penale.¹⁷⁴ Si parla in questo senso di “fundamental common law rights”.¹⁷⁵ Infatti, più che guardare al NZBORA come strumento per ampliare tali garanzie – come inizialmente fatto – la giurisprudenza neozelandese (e, più in generale, quella anglosassone) pare “riscoprire” la common law tradizionale – ed il suo apparato rimediale- come strumento di tutela in caso di violazione dei diritti fondamentali “messi per iscritto” in un catalogo legislativo.¹⁷⁶ In altre parole, sotto il profilo

¹⁷⁰ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 263.

¹⁷¹ Cfr., *Hamed v R* [2011] NZSC 2011 at 101. Per un’attenta analisi di questo profilo si veda: S. OPTICAN, *Hamed, Williams and the Exclusionary Rule: Critiquing the Supreme Court’s Approach to s 30 of the Evidence Act 2006*, [2012] *New Zealand Law Review* pp. 605-641; p. 621.

¹⁷² A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., pp. 261-2.

¹⁷³ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 263.

¹⁷⁴ R. CLAYTON, *The Empire Strikes Back: Common Law Rights and the Human Rights Act*, [2015] *Public Law* 3; E. BJORGE, *Common Law Rights: Balancing Domestic and International Exigencies*, (2016) *Cambridge Law Journal* pp. 220-43.

¹⁷⁵ R. CLAYTON, *The Empire Strikes Back: Common Law Rights and the Human Rights Act*, cit., pp. 6-7.

¹⁷⁶ In particolare, la stessa tendenza si nota nel Regno Unito: *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20; *Osborn v Parole Board* [2013] UKSC 61.

delle garanzie procedurali, il ruolo del giudice tende a conformarsi a quello del tradizionale giudice di common law, con ampia discrezionalità specie se utilizzata per tutelare i diritti di “liberty and property” degli individui.

5.2) Una nuova voce di danno a seguito della violazione dei diritti fondamentali

Per quanto riguarda la seconda categoria di risposte giudiziali, occorre premettere che l’eliminazione dal testo finale della legge della previsione di un “rimedio appropriato ed equo” per la violazione dei diritti ha portato sia la Corona che gli attori pubblici a rivendicare una “statutory immunity” dalla responsabilità per azioni incompatibili con il NZBORA, per vincere la quale ci sarebbe voluto un notevole grado di iniziativa giudiziale.¹⁷⁷ Tale iniziativa verrà presa dalla Court of Appeal appena tre anni dopo l’entrata in vigore dello NZBORA, nel caso *Simpson v Attorney-General*, noto anche come “*Baigent’s Case*”.¹⁷⁸

Il caso riguardava un’azione di risarcimento dei danni subiti a seguito di una perquisizione condotta nell’abitazione della signora Baigent per recuperare della droga, nonostante agli agenti assegnati fosse stata comunicato di trovarsi all’indirizzo sbagliato. La Corona sosteneva che anche ove i fatti addotti dall’attrice fossero stati provati, la Corte si sarebbe dovuta limitare a dichiarare la perquisizione “irragionevole” ai sensi della s 21 del NZBORA, che tutela l’inviolabilità del domicilio da illegittime perquisizioni, senza nessun rimedio risarcitorio. La Court of Appeal, respinse tale difesa con una maggioranza di 4-1 accordando il risarcimento dei danni per violazione del NZBORA e dichiarando che nessuna delle statutory immunities vantate dalla Corona si applicava nel caso di specie.¹⁷⁹

La Corte ha giustificato la sua decisione affermando che era “essenziale per il valore dello NZBORA, che le Corti siano in grado di garantire appropriati ed effettivi rimedi per la violazione dei diritti” poiché altrimenti le corti “verrebbero meno al loro dovere istituzionale”.¹⁸⁰ La Corte ha aggiunto che è “impossibile

¹⁷⁷ Crown Proceedings Act 1950 (NZ) s 6 (5).

¹⁷⁸ *Simpson v Attorney-General (Baigent’s Case)* [1994] 3 NZLR 667 (CA).

¹⁷⁹ *Baigent’s Case* [1994] 3 NZLR 667, at 702 per Hardie Boys J.

¹⁸⁰ *Baigent’s Case* [1994] 3 NZLR 667, at 676 per Cooke P.

interpretare il NZBORA 1990 come una “dichiarazione di diritti” se questi poi potrebbero essere impunemente violati senza alcun rimedio per la vittima”.¹⁸¹

Venne così affermata, per la prima volta e in assenza di un’esplicita previsione normativa, una nuova, separata ipotesi di risarcimento del danno –indipendente e ulteriore rispetto alle preesistenti causes of action di natura civilistica- per violazione del NZBORA 1990 (“a stand-alone, public law remedy”).¹⁸² In realtà come notato da alcuni, in *Baigent’s* la Corte ha sí creato un rimedio risarcitorio per la violazione del NZBORA, ma lo ha fatto esercitando i suoi poteri di common law (“common law powers”).¹⁸³

Un tale rischioso passo della Corte venne accolto in diversi modi. I critici furono svelti nel condannarlo come un indebito uso del NZBORA,¹⁸⁴ manifestazione lampante di un pericoloso “attivismo giudiziario.”¹⁸⁵ Per altri, tale decisione rappresentava semplicemente l’ovvio uso che i giudici potevano (e anzi, dovevano) fare del nuovo strumento per la tutela dei diritti: lo stesso NZBORA non lasciava altra scelta operativa ai giudici.¹⁸⁶

Come sappiamo, la posizione prevalente sarà proprio quest’ultima, grazie anche al parere positivo della New Zealand Law Commission che, alla richiesta della Corona di riesaminare la decisione in *Baigent’s*, raccomandò l’incorporazione a livello legislativo del nuovo rimedio risarcitorio, escludendo un possibile “legislative override” della decisione giudiziale.¹⁸⁷ Tale consiglio venne seguito e implementato nello Human Rights Act 1993, che oggi disciplina espressamente le condizioni per il risarcimento del danno derivante da “breach of a human right”.¹⁸⁸

¹⁸¹ *Baigent’s Case* [1994] 3 NZLR 667, at 702 per Hardie Boys J e at 718 per McKay J.

¹⁸² A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 265.

¹⁸³ M. TUSHNET, *The Hartman Hotz: Dialogic Judicial Review*, (2008) 61 *Arkansas Law Review*, pp. 205-216 (forse già citato); p. 215.

¹⁸⁴ L’approccio della Corte è stato definito ‘an aggressive approach to the bill of rights’, cfr., M. TUSHNET, *The Hartman Hotz: Dialogic Judicial Review*, cit.; p. 215

¹⁸⁵ J. A. SMILLIE, *The Allure of “Rights Talk”*: *Baigent’s Case in the Court of Appeal*, (1993) 8 *Otago Law Review*, 188; in particolare, p. 204.

¹⁸⁶ G. MCLAY, *Damages for Breach of the New Zealand Bill of Rights – Why Aren’t They Sufficient Remedy?* (2008) *New Zealand Law Review* pp. 333-375; P. RISHWORTH, *The Birth and Rebirth of the Bill of Rights*, in G. HUSCROFT, P. RISHWORTH (EDS.), *Rights and Freedoms: The New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the Human Rights Act 1993*, cit., p. 29.

¹⁸⁷ NEW ZEALAND LAW COMMISSION, *Crown Liability and Judicial Immunity: A Response to Baigent’s Case and Harvey v Derrick* (NZLC R37, 1997), pp. 26-29, reperibile sul sito <http://www.lawcom.govt.nz/>, consultato il 18 aprile 2018, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento ai Reports della Law Commission.

¹⁸⁸ Human Rights Act 1993, s 92M.

Tuttavia, sebbene un tale risultato possa ritenersi una conquista, dal 1993 in poi è stata proprio la giurisprudenza ad accantonare l'innovativo rimedio, ponendovi limiti sempre più stretti, fino a scoraggiare le parti dal farne domanda.

Primo e fondamentale limite riguarda la natura discrezionale del rimedio: nella decisione *Taunoa v Attorney-General*, leading case sull'an ed il quantum del rimedio risarcitorio per la violazione del NZBORA, la Supreme Court ha definito tale rimedio come "last resort", disponibile solo ove la corte non individui un altro rimedio sufficientemente adeguato a soddisfare la vittima della violazione.¹⁸⁹ Ciò ha comportato una forte perdita di efficacia del rimedio.

In secondo luogo, l'ammontare richiesto dalla parte non deve essere eccessivo ("extravagant") e il criterio per tale valutazione è completamente discrezionale. Di conseguenza, il più delle volte il danno in concreto liquidato è di molto inferiore rispetto a quello inizialmente richiesto.¹⁹⁰

Infine, il "colpo di grazia" è stato dato con la decisione in *Attorney-General v Chapman*,¹⁹¹ in cui la Supreme Court è stata chiamata a decidere se accordare o meno il risarcimento ai sensi della s 92M HRA 1993 ove la violazione fosse stata commessa dal Giudiziario. Nel caso in esame, il signor Chapman lamentava la violazione del suo diritto di appello¹⁹² e del suo diritto al giudice naturale¹⁹³ dopo che la Court of Appeal aveva rigettato il suo appello in base alle sole allegazioni dell'accusa ("ex parte basis"). Tale prassi venne dichiarata illegittima e al signor Chapman venne accordato un nuovo processo, in cui venne annullata la condanna. Tuttavia, egli aveva già scontato la pena e pertanto chiedeva il risarcimento dei danni.

La Supreme Court rigettò la richiesta del signor Chapman poiché, sull'altro piatto della bilancia c'era l'indipendenza del Giudiziario che, nell'interesse della

¹⁸⁹ *Taunoa v Attorney-General* [2008] 1 NZLR 429. In particolare, in *Dunlea v Attorney-General* [2000] 3 NZLR 136 la Corte ha esplicitamente affermato che il rimedio a cui le Corti ricorrono più spesso per la violazione dei diritti contenuti nel NZBORA "is not an action for *Baigent* compensation as such, but an action for common law damages based on an established tort." Così facendo, la Corte ha voluto precisare che la nuova voce di danno enucleata in *Baigent's* non è, in realtà, "nuova, bensì deve essere ascritta alla classica azione di risarcimento di common law." G. McLAY, *Damages for Breach of the New Zealand Bill of Rights – Why Aren't They Sufficient Remedy?*, cit., p. 346.

¹⁹⁰ Si vedano i casi: *Dunlea v Attorney-General* [2000] 3 NZLR 136 (CA); *Attorney-General v P. F. Sugrue Ltd* [2004] 1 NZLR 220 (CA); *Attorney-General v Udompun* [2005] 3 NZLR 205 (CA); *Attorney-General v Van Essen* [2015] NZCA 22.

¹⁹¹ *Attorney-General v Chapman* [2011] NZSC 110.

¹⁹² New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 25 (h).

¹⁹³ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 27(2).

collettività e del paese, prevaleva necessariamente sul diritto del singolo al risarcimento.¹⁹⁴ In altre parole, ove il bilanciamento vedeva contrapposto un interesse pubblico generale al diritto del singolo al risarcimento dei danni per violazione di un diritto fondamentale, il primo avrebbe sempre prevalso sul secondo.

In buona sostanza, dopo l'affermazione del nuovo rimedio risarcitorio in *Baigent's*, l'uso pratico di tale strumento si è via via ridotto in ragione della necessaria priorità che le corti hanno ritenuto doveroso accordare alle considerazioni d'interesse pubblico rilevanti nei singoli casi. Pertanto, oggi tale rimedio ha perso molta dell'incisività che avrebbe potuto avere nell'ottica di una maggiore ed effettiva garanzia dei diritti contenuti nel NZBORA 1990.¹⁹⁵

5.3) Il dovere di interpretazione conforme ai sensi della s 6 del New Zealand Bill of Rights Act 1990 e il principle of legality nell'interpretazione dei diritti fondamentali

Passiamo ora alla s 6 e al dovere di interpretazione della legislazione ordinaria conformemente al NZBORA ("rights consistent statutory interpretation"), che ha innovato il sistema di statutory interpretation neozelandese.¹⁹⁶

In via preliminare, è bene ricordare che l'interpretazione della legge in Nuova Zelanda segue i criteri classici della tradizione ermeneutica britannica, improntata ad un rigido legalismo e ove la lettera della legge ha un ruolo centrale.¹⁹⁷ In particolare, nel sistema neozelandese l'approccio ermeneutico primario è "text-centered and purposive in nature: 'the words of the legislation are read in their fullest context, and with a view to giving effect to the purpose of the

¹⁹⁴ G. MCLAY, *Damages for Breach of the New Zealand Bill of Rights – Why Aren't They Sufficient Remedy?*, cit., pp. 341-345.

¹⁹⁵ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 269.

¹⁹⁶ J. F. BURROWS, *The Changing Approach to the Interpretation of Statutes*, (2002) 33 *Victoria University of Wellington Law Review* pp. 561-580; ID., *Common Law among The Statutes: The Lord Cooke Lecture 2007*, (2008) 39 *Victoria University of Wellington Law Review* pp. 401-418.

¹⁹⁷ Come abbiamo visto *supra* Cap. I; § I.3, 3.2).

legislation”¹⁹⁸. Le regole ermeneutiche sono raccolte nell’Interpretation Act 1999, la cui s 5 (1) dispone in via generale:

“The meaning of an enactment must be ascertained from its text and in the light of its purpose”¹⁹⁹

Dato tale contesto, vediamo l’impatto che ha avuto il nuovo strumento ermeneutico introdotto dalla s 6 del NZBORA.

Come abbiamo visto, la s 6 dispone che “laddove ad una previsione di legge possa essere dato un significato conforme ai diritti e alla libertà enunciate da questo Bill of Rights, tale significato dovrà essere preferito”.²⁰⁰

La s 6 impone al giudice di compiere due distinte operazioni, una relativa ai diritti del NZBORA e un’altra riguardante la legge ordinaria, anche se precedente al NZBORA, applicabile nel caso di specie.²⁰¹ Sotto il primo profilo, l’interpretazione dei diritti è necessaria data la generalità ed astrattezza con cui essi sono stati formulati nel testo del 1990. Tale scelta comporta un alto grado di flessibilità che garantisce di poter modulare la tutela di diritti a seconda dei cambiamenti nelle circostanze sociali. Tale flessibilità allarga le maglie della discrezionalità dei giudici nell’interpretazione delle disposizioni del Bill of Rights – cosa non ben vista nel Commonwealth britannico.²⁰² Una delle ragioni di questa scelta lessicale sta nel percorso legislativo che ha portato all’adozione del NZBORA, ove il compromesso politico ha svolto un ruolo essenziale.²⁰³

Individuato il contenuto del diritto in questione, è possibile passare ad interpretare la legge ordinaria, vagliandone la conformità al Bill of Rights – tramite, appunto,

¹⁹⁸ J. F. BURROWS, *Statutory Interpretation New Style* [2005] *New Zealand Law Journal* pp. 130-60; pp. 15-8 come citato da A. GEDDIS, B. FENTON, “Which is To Be Master?” – *Rights-Friendly Statutory interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, cit., p. 749.

¹⁹⁹ Interpretation Act 1999, s 5 (1).

²⁰⁰ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 6.

²⁰¹ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: its operation and effectiveness*, cit.; § 35.

²⁰² Il giudice di common law è “oracolo del diritto” solo quando, appunto, decide in base alla common law. Quando deve interpretare il diritto legislativo (statutory interpretation) è rigidamente vincolato alla lettera del testo, secondo il canone della literal rule (e del principle of legality in materia di diritti fondamentali), come abbiamo già accennato in apertura del presente paragrafo; cfr., *supra* Cap. I, §§ I.2 e I.3.

²⁰³ In questo senso, la scelta di un lessico generale ed astratto per la formulazione dei singoli diritti è frutto della composizione di un ampio spettro di visioni politiche. Così, R. N. GRAHAM, *A Unified Theory of Statutory Interpretation* (2002) 23 *Statute Law Review* pp. 91-134, pp- 122-6.

la ricerca della “consistent interpretation”.²⁰⁴ Sull’esatta natura e la relativa importanza della s 6 ancora non c’è univocità – né in dottrina né in giurisprudenza – e gli orientamenti principali sono due: uno attribuibile a Sir Cooke, ex President of the Court of Appeal, e l’altro attribuibile al Justice Gault, ex giudice della medesima Corte.²⁰⁵

Il Justice Cooke ha descritto la s 6 come una nuova regola ermeneutica²⁰⁶:

“[...] comparable in importance to – perhaps even of greater importance than – s 5 (j) of the Acts Interpretation Act 1924²⁰⁷”.

Il Justice Gault, invece, ha sostenuto che la s 6, assieme alle ss 4 e 5, non introduce alcun nuovo canone ermeneutico, limitandosi invece ad andare:

“little further than the common law presumption of statutory interpretation that where possible statutes are not to be interpreted as abrogating common law rights.”²⁰⁸

Quest’ultima posizione altro non è che la versione neozelandese del c.d. “principle of legality”,²⁰⁹ fondamentale canone ermeneutico di common law in materia di diritti fondamentali.²¹⁰

Una tale iniziale divergenza era dovuta al fatto che l’adozione dell’atto del 1990 era avvenuta in un momento di rapida ascesa dei diritti fondamentali, per cui si riteneva che le varie presunzioni classiche in materia di diritti umani sarebbero state superate dal nuovo strumento ermeneutico.²¹¹ Ad ogni modo, oggi

²⁰⁴ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., p. 16, § 37.

²⁰⁵ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., p. 16, § 37.

²⁰⁶ *Ministry of Transport v Noort* [1992] 3 NZLR 260 (CA) at 272 per Cooke P.

²⁰⁷ Oggi abrogato dalla s 38 (1) dell’Interpretation Act 1999. Il contenuto della s 5 (j) è stato riprodotto, sebbene molto succintamente, nella nuova s 5 (1) del medesimo atto che recita: ‘The meaning of an enactment must be ascertained from its text and in the light of its purpose’.

²⁰⁸ *Baigent’s Case* [1994] 3 NZLR 667 (CA), at 712 per Gault J.

²⁰⁹ Di cui abbiamo già parlato *supra* Cap. I, §§ I.2 e I.3.

²¹⁰ P. A. JOSEPH, *The Principle of Legality: Constitutional Innovation*, in D. MEAGHER; M. GROVER (EDS), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Annandale, Federation Press, 2017, pp 27-45; pp. 37-8; su cui si tornerà a breve in questo paragrafo.

²¹¹ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: Its Operation and Effectiveness*, cit., p. 16, § 38.

l'orientamento prevalente²¹² parrebbe essere quello espresso dal Justice Gault e magistralmente ribadito dalla Chief Justice Elias nel famoso caso *R v Pora (Pora)*, che tratteremo a breve:

“The New Zealand Parliament has adopted [s 6 as] a general principle of legality.”²¹³

Occorre quindi affrontare il rapporto della s 6 con il sistema di statutory interpretation di common law.

Il punto di partenza per i giudici neozelandesi è e rimane sempre quello della sovranità del Parlamento e dell'assoluta libertà di quest'ultimo di legiferare come meglio ritiene opportuno. In particolare, nel campo dei diritti fondamentali opera il già noto “principle of legality” – ovvero la presunzione che il Parlamento non legifera mai in violazione dei diritti, salvo che affermi chiaramente una tale intenzione.²¹⁴

Da ciò discende una peculiare riluttanza dei giudici ad imporre i propri giudizi di valore rispetto alle valutazioni operate dai rappresentanti democraticamente eletti. Ne è stato un esempio il caso *Quilter v Attorney-General (Quilter)*.²¹⁵

²¹² Infatti, tale posizione è stata ribadita dalla New Zealand Court of Appeal nel caso *Attorney-General v Spencer* [2015] 3 NZLR 449 (CA), in materia di divieto di discriminazione, in cui la corte ha affermato: “[Section 6] reflects a common law principle of legality that operates in a wider context, is constitutional in nature, existed long before enactment of the Act, and does not depend on the existence of ambiguity in a statutory provision.” *Attorney-General v Spencer* [2015] 3 NZLR 449 (CA) at 73-4.

²¹³ Così Elias CJ in *R v Pora (Pora)* [2001] 2 NZLR 37 (CA) at 53.

²¹⁴ Del principle of legality si è già parlato *supra* I, § 3.2). Sull'attuale valenza del principle of legality in Nuova Zelanda si vedano P. A. JOSEPH, *The Principle of Legality: Constitutional Innovation*, cit.; H. WILBERG, *Common Law Rights Have Justified Limits: Refining the “Principle of Legality”* e K. GLEDHILL, *Rights-Promoting Statutory Interpretative Obligations and the “Principle” of Legality*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS.), *The Principle of Legality in Australian and New Zealand*, cit., pp. 15-26; pp. 139-65 e pp. 93-113.

²¹⁵ [1998] 1 NZLR 523 (CA). Il caso riguardava tre coppie lesbiche che chiedevano il riconoscimento della propria unione come “matrimonio” da parte dell'ordinamento nazionale. La Signora Quilter e le altre lamentavano, in primo luogo, la violazione del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale poiché le coppie dello stesso sesso erano escluse dai benefici derivanti dal matrimonio. In secondo luogo – ed è il punto che qui interessa – sostenevano che, vista la generalità della definizione di “matrimonio” contenuta nella s 2 del Marriage Act 1955, la Corte interpretasse la s 2 conformemente al NZBORA s 19 – tramite l'applicazione della s 6 NZBORA. D. ERDOS, *Judicial Culture and the Politicolegal Opportunity Structure: Explaining Bill of Rights Legal Impact in New Zealand*, cit., p. 106-109.

In *Quilter* la Court of Appeal si rifiutò di operare quell'estensione ermeneutica che invece farà qualche anno più tardi la House of Lords in *Ghaidan*²¹⁶: riconoscere alla parola “matrimonio” - definito dal Marriage Act 1955, in via molto generale, come “unione fra due persone”²¹⁷ – un significato comprensivo dell'unione tra coppie dello stesso sesso. La Corte con una maggioranza di 3-1 dichiarò non discriminatoria l'esclusione delle coppie dello stesso sesso dall'ambito di applicazione del Marriage Act 1955.²¹⁸

Molto interessanti sono le ragioni di tale decisione, in apparente contraddizione con il testo della s 19, che vieta anche la discriminazione in base all'orientamento sessuale.²¹⁹ Esplicativa è l'opinione del Justice Tipping che, motivando la “compatibilità” del Marriage Act 1955, afferma:

“the Bill of Rights is to be given its full effect in the necessary process of interpretation, but it may not be used a concealed legislative tool.”²²⁰

Tale motivazione deriva da una visione ben precisa (e ben consolidata) dei “rispettivi ruoli del giudice e del legislatore”,²²¹ per cui sarebbe impensabile che la maggioranza di una corte ordinaria, per quanto corte di vertice, possa sindacare una scelta politica con un alto valore socio-culturale che è stata affrontata dal legislatore in modo così “peculiare”.²²²

Di conseguenza, la richiesta della signora Quilter affinché la Corte interpretasse la s 2 del Marriage Act 1955 conformemente alla s 19 del NZBORA– tramite l'applicazione della s 6 NZBORA, venne respinta poiché la natura della questione

²¹⁶ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, di cui si parlerà ampiamente più avanti *infra* Cap. IV, § IV.4, 4.1).

²¹⁷ Marriage Act 1955, s 2.

²¹⁸ Solo il Justice Thomas, invero, ritenne tale trattamento “discriminatorio”, pur ammettendo che la decisione finale non spettava ai giudici ma al Parlamento. Cfr. *Quilter* [1998] 1 NZLR 523 (CA) at 546 per Thomas J: “The question whether s 19 [of NZBORA] requires equal legislative recognition of heterosexual and same-sex marriages is a question for Parliament.”

²¹⁹ Si veda quanto detto *supra* Cap. III, § III.1.3.

²²⁰ *Quilter* [1998] 1 NZLR 523 (CA), at 572 per Tipping J.

²²¹ K. J. KEITH, “Concerning Change”: *The Adoption and Implementation of the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, (2000) 31 *Victoria University of Wellington Law Review* pp. 721-746, p. 738.

²²² D. ERDOS, *Judicial Culture and the Politicolegal Opportunity Structure: Explaining Bill of Rights Legal Impact in New Zealand*, cit., p. 109.

richiedeva, per la sua definizione, un'attenta valutazione politica di esclusiva competenza del Parlamento.²²³

Dunque anche ove il giudice ritenga che vi sia una violazione di un diritto fondamentale, la decisione finale sarà sempre quella che consenta la massima adesione al testo e all'intenzione del Parlamento.²²⁴

Si può dire in altre parole che in Nuova Zelanda la portata concreta della s 6 è condizionata da una particolare visione della relazione tra Bill of Rights e common law: il primo è visto come la manifestazione legislativa dell'approccio ermeneutico "value-oriented" tipico della seconda (common law).²²⁵ Ed è essenzialmente ciò che fa la s 6: introduce un value-oriented approach nel campo della statutory interpretation. Di qui sorge la necessità di definire il rapporto con il centrale principle of legality, perno del sistema di presunzioni di common law classica.

Infatti, in Nuova Zelanda, come nel Regno Unito²²⁶ e in Australia,²²⁷ di fronte alla crisi del sistema di presunzioni dovuta all'avvento di una "purpose-oriented interpretation", si è rilevato un marcato attaccamento dei giudici al principle of legality. Sembrerebbe quasi aver prevalso la concezione più restrittiva della s 6, quella che riconduce il dovere di interpretazione conforme alle tecniche ermeneutiche classiche, permettendone l'estensione ad una particolare categoria di diritti (i diritti umani della Part 2 del NZBORA).²²⁸ Nella specie, la s 6 viene ascritta al generale principle of legality anziché riconosciuta come criterio ermeneutico a sé stante.

Tale posizione, espressa per la prima volta da Gault J nel già noto *Baigent's case*,²²⁹ è stata ribadita nei casi *R v Poumako (Poumako)*²³⁰ e *R v Pora (Pora)*,²³¹ fino alla

²²³ "The Marriage Act is clear and to give it such different meaning would not be to undertake interpretation but to assume the role of lawmaker which is for Parliament. That is particularly so in an area where the law reflects social values and policy." *Quilter* [1998] 1 NZLR 523 (CA), per Gault J at 526.

²²⁴ Per un'attenta riflessione sulle conseguenze di *Quilter*, si veda P. RISHWORTH, *Reflections on the Bill of Rights after Quilter v Attorney-General*, [1998] *New Zealand Law Review* pp. 683-99.

²²⁵ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 73.

²²⁶ Come vedremo *infra* IV, § IV.2.

²²⁷ Come vedremo *infra* V, § 3.1).

²²⁸ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 75.

²²⁹ *Baigent's Case* [1994] 3 NZLR 667, at 712 per Gault J (CA); vedi *supra* in questo paragrafo.

²³⁰ *R v Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA) (*Poumako*).

²³¹ *Pora* [2001] 2 NZLR 37 (CA).

più recente affermazione in *Attorney –General v Spencer*.²³² Ai fini di questo lavoro, ci occuperemo solo di *Poumako* e *Pora*.

Entrambi i casi riguardavano la novella legislativa del Criminal Justice Amendment (No. 2) Act 1999, che irrigidiva le pene nel caso in cui la violazione di domicilio sfociasse in un omicidio (“home invasion murders”), disponendone inoltre l’applicazione retroattiva.²³³ In particolare, si lamentava la violazione della s 25 (g) del NZBORA, che prevedeva che ove fosse intervenuta, tra la commissione del reato e la sentenza di condanna, una modifica in peius della pena, il giudice doveva applicare la pena più favorevole al reo (il c.d. principio del “favor rei”).²³⁴ Sia in *Poumako* che in *Pora* il giudice aveva disposto la pena in forza aggravata prevista dalla novella del 1999 nonostante entrambi i reati fossero stati commessi prima.

In *Poumako*, la Court of Appeal ha affrontato il caso del signor Poumako, condannato per omicidio avvenuto durante una violazione di domicilio a tredici anni senza possibilità della libertà condizionata (“mandatory non-parole”), in ossequio alla novella legislativa del 1999, che irrigidiva le pene concernenti la violazione di domicilio.²³⁵ La normativa, adottata successivamente alla commissione del fatto da parte del signor Poumako, aveva un chiaro effetto retroattivo e pertanto venne impugnata.²³⁶

La maggioranza della Corte, per il tramite del giudice Gault, ritenne legittima²³⁷ la condanna ad un periodo minimo senza la possibilità di libertà condizionale

²³² [2015] 3 NZLR 449 (CA), vedi *supra* nota 197.

²³³ Criminal Justice Amendment Act (No 2) 1999, s 2 (4) che inseriva la nuova s 80 (2A) al Criminal Justice Act 1985.

²³⁴ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 25 (g).

²³⁵ Criminal Justice Amendment Act (No 2) 1999, s 2 (4).

²³⁶ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: its operation and effectiveness*, cit., p. 18, § 42.

²³⁷ Il solo a dissociarsi da tale interpretazione e a dichiarare incompatibile la s 2 (4) del Criminal Justice Amendment Act (No 2) 1999 con il Bill of Rights fu Thomas J, della cui dissenting opinion parleremo più avanti. *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA), per Thomas J at 107: “Criticism of s 2(4) is not, of course, restricted to myself. Both Henry J in his separate judgment, and Gault J speaking for the majority, have strongly criticised the subsection. Indeed, I would not be unhappy with a declaration in terms of the majority’s indication of their opinion in para [33] of their judgment. For the above reasons, however, I would make a formal declaration in the following terms: 1. Section 2(4) of the Criminal Justice Amendment Act (No 2) 1999 is inconsistent with – (a) Section 25(g) of the New Zealand Bill of Rights Act 1990, and (b) New Zealand’s commitment to Article 15(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights. 2. In terms of s 5 of the Bill of Rights, it has not been demonstrated that the subsection is a reasonable limitation on the right contained in s 25(g), such as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

secondo lo schema precedente alla novella.²³⁸ Nonostante la decisione finale, la Corte ha reso di conto, anche se in forma di obiter dictum, delle due possibili vie ermeneutiche ai sensi della s 6 che le si prospettavano per la risoluzione della controversia, concludendo che l'interpretazione più restrittiva andava preferita perché:

“These possible constructions are to be considered by reference to s 6 of the Bill of Rights Act. The meaning to be preferred is that which is consistent (or more consistent) with the rights and freedoms in the Bill of Rights. It is not a matter of what the legislature (or an individual Member) might have intended. The direction is that wherever a meaning consistent with the Bill of Rights can be given, it is to be preferred. The legislature’s intention in this regard is clear.”²³⁹

Pertanto, la posizione della maggioranza fu quella di confermare la natura di statutory direction della s 6.²⁴⁰

Lo stesso accadrà l'anno successivo in *Pora*, ove la Corte di cinque giudici dovette pronunciarsi sull'apparente contrasto tra s 4 (2) del Criminal Justice Act 1985 – che vietava di introdurre, per il medesimo reato, una pena diversa da quella prevista al tempo della commissione del reato- e la s 2 (4) del Criminal Justice Amendment Act (No. 2), che, come già visto, fissava un minimo di anni obbligatorio nei casi di “home invasion murder”.²⁴¹ Nel caso in specie, il signor Pora era stato condannato originariamente nel 1992, poi assolto in appello e condannato ancora nel nuovo giudizio. Nel frattempo era intervenuta la novella del 1999 e il trial judge era stato costretto ad applicare il minimo edittale “aggravato” di tredici anni come in *Poumako*.²⁴² La Corte accolse l'appello, ma si divise sulla motivazione.

Tre dei Justices (Gault, Keith e McGrath) avallarono l'impugnazione argomentando che, nel dubbio tra un'interpretazione restrittiva e una più ampia

²³⁸ *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA), per Gault J per la maggioranza at 41.

²³⁹ *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA), per Gault J per la maggioranza at 37.

²⁴⁰ S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: its operation and effectiveness*, cit., p. 18, § 44.

²⁴¹ *Pora* [2001] 2 NZLR 37 (CA), per Gault J per la maggioranza at 36-7.

²⁴² S. GLAZEBROOK, *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: its operation and effectiveness*, cit., p. 18, § 45.

della legge, si dovesse optare per la prima. Infatti, la s 6 del NZBORA ha creato la presunzione per cui l'effetto retroattivo di una legge deve essere inteso come limitato a quello strettamente necessario al raggiungimento dello scopo della legge stessa.²⁴³ Di conseguenza, essi ritennero illegittima l'applicazione della nuova disposizione in via retroattiva. Altri due giudici, la Chief Justice Elias e il Justice Tipping, accolsero l'appello ritenendo che la s 4 (2) del Criminal Justice Act 1985 doveva prevalere sulla novella del 1999, affermando che:

“[...] It implements Parliament's own requirement in s 6 of the New Zealand Bill of Rights Act that Parliament must speak clearly if it wishes to trench upon fundamental rights.”²⁴⁴

Come già accennato, la Chief Justice Elias ha dichiarato che:

“by s 6 the New Zealand Parliament has adopted a general principle of legality [...] such principle was applied as a principle of the common law before the United Kingdom Human Rights Act 1998.”²⁴⁵

Così facendo, si è equiparato in tutto e per tutto la s 6 al principle of legality, per cui ogni legge che vada a comprimere i diritti fondamentali deve essere sufficientemente chiara perché le corti la applichino.²⁴⁶

Da un tale approccio discende anche un'ulteriore conseguenza: la legge deve essere interpretata conformemente anche al diritto internazionale. Questa rappresenta una peculiarità delle corti neozelandesi, che hanno assunto un atteggiamento di “apertura” verso le fonti di diritto internazionale.²⁴⁷ Infatti alcuni

²⁴³ *Pora* [2001] 2 NZLR 37 (CA), per Gault J per la maggioranza at 41-2.

²⁴⁴ *Pora* [2001] 2 NZLR 37 (CA), per Elias CJ e Tipping J at 50-52, con cui Thomas J – che ha redatto un separate reasoning, ha concordato.

²⁴⁵ *Pora* [2001] 2 NZLR 37 (CA) per Elias CJ at 53. La stessa Dame Elias aveva affermato in un caso precedente, *Ngati Apa Ki Te Waipounamu Trust v The Queen (Ngati Apa)* del 2000, che “the principle of legality, recognised by the common law, has been expressly enacted by s 6 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990.” *Ngati Apa* [2000] 2 NZLR 659 (CA) per Elias CJ at 82.

²⁴⁶ K. GLEDHILL, *Rights-Promoting Statutory Interpretative Obligations and the “Principle” of Legality*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS.), *The Principle of Legality in Australian and New Zealand*, cit., p. 110.

²⁴⁷ Come vedremo, sia nel Regno Unito che in Australia la presumption of consistency con il diritto internazionale è subordinata al requisito specifico dell’“ambiguità” del testo – bastando un lessico generale ed astratto per il conferimento di un potere. Pertanto sarà molto difficile invocare la presumption of consistency per ottenere l’annullamento di un atto amministrativo per eccesso di

hanno notato come in Nuova Zelanda si sia consolidato un sistema integrato di tutela dei diritti che ha le sue fonti nel diritto internazionale, nella common law tradizionale e nel NZBORA.²⁴⁸

Esempio di questo è la peculiare articolazione della “presumption of consistency” che regola l’interpretazione del diritto internazionale in Nuova Zelanda e che “si appiattisce” sul principle of legality e sulla s 6 NZBORA.²⁴⁹

Tale regola impone al giudice, nell’analisi della norma da applicare, di presumere che questa sia conforme agli obblighi internazionali che la Nuova Zelanda aveva assunto tramite la firma e la ratifica dei trattati internazionali. E’ chiaro che lo schema che regola i rapporti tra diritto internazionale e Nuova Zelanda è quello dualistico, per cui è sempre necessario l’atto del Parlamento che rende efficace il trattato internazionale a livello interno.²⁵⁰

La Court of Appeal neozelandese ha rigettato da subito ogni requisito di “ambiguità”, elevando a presunzione assoluta la presumption of consistency, equiparandola, come effetti ed efficacia, alla s 6 del NZBORA 1990 e al principle of legality.²⁵¹ Esempi di un tale approccio sono i due casi *Zaoui*,²⁵² in cui la Court of Appeal prima e la Supreme Court poi hanno fatto ricorso alla consistency prima in combinato disposto con il principle of legality²⁵³ e poi con la s 6 del Bill of Rights.²⁵⁴

Oggetto²⁵⁵ dei due casi era l’ordine di deportazione del signor Ahmed Zaoui, di origine algerina, arrivato in Nuova Zelanda nel 2002 con un passaporto falso. Le

potere in forza di una delega legislativa troppo generale. Si veda, per il Regno Unito: *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Brind (Brind)* [1991] UKHL 4; per l’Australia: *New Zealand Air Line Pilots’ Association Inc. v Attorney-General* [1997] 3 NZLR 269.

²⁴⁸ D. MEAGHER, *The Principle of Legality and Proportionality in Australian Law*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS.), *The Principle of Legality in Australian and New Zealand*, cit., pp. 114-38; p. 133.

²⁴⁹ D. MEAGHER AND M. GROVES, *The Principle of Legality in Australian And New Zealand Law – Final Observations*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS.), *The Principle of Legality in Australian and New Zealand*, cit., pp. 258-68; p. 262.

²⁵⁰ Per la tradizionale distinzione tra modello monistico e dualistico in diritto internazionale si rinvia a D. SHELTON (ED.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

²⁵¹ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, (2008) *New Zealand Journal of Public and International Law* pp. 59-94; p. 78.

²⁵² *Zaoui v Attorney-General (No. 1)* [2005] 1 NZLR 690 (CA) (*Zaoui (No. 1)*) e *Zaoui v Attorney-General (No.2)* [2005] 1 NZLR 289 (SC) (*Zaoui (No. 2)*). C. GEIRINGER, *International Law Through the Lens of Zaoui: Where Is New Zealand At?* [2006] 17 *Public Law* pp. 300-321.

²⁵³ *Zaoui (No. 1)* [2005] 1 NZLR 690 (CA), at 44 per il judgement della Corte.

²⁵⁴ *Zaoui (No. 2)* [2005] 1 NZLR 289 (SC), at 90-1 per Keith J per l’opinione della Corte.

²⁵⁵ Per un’attenta analisi dei fatti del caso si rinvia a C. GEIRINGER, *International Law Through the Lens of Zaoui: Where Is New Zealand At?* cit., pp. 302-5.

autorità di frontiera scoprirono che aveva ricevuto molteplici condanne per terrorismo in Europa²⁵⁶ e che aveva richiesto lo status di rifugiato in Nuova Zelanda, che, nonostante gli fosse stato negato in un primo momento, gli venne in seguito concesso dalla Refugee Status Appeals Authority.²⁵⁷

In entrambi i casi, le corti di vertice si sono dimostrate così “impazienti” di introdurre nuovi ed estranei parametri in materia di tutela dei diritti da andare a frustrare, almeno in apparenza, il quadro normativo complessivo fissato chiaramente dalla legislazione ordinaria.²⁵⁸ Sotto questo profilo, è di particolare rilevanza per noi la decisione del 2005 presa all’unanimità dalla Supreme Court. In primo luogo, la Corte ha affermato che il governo non può disporre la deportazione di un individuo considerato un pericolo per la sicurezza nazionale se:

“they are satisfied that there are substantial grounds for believing that, as a result of the deportation, the person would be in danger of being arbitrarily deprived of life or of being subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.”²⁵⁹

²⁵⁶ Il signor Zaoui era stato condannato in Belgio ed in Francia per associazione terroristica; era stato deportato dalla Svizzera per istigazione al terrorismo in Algeria e gli era stato negato l’ingresso nel Regno Unito.

²⁵⁷ Con un provvedimento che capovolse la decisione dell’Immigration Service del 30 gennaio 2003. Nel marzo 2003 il Direttore del Security and Intelligence Service (SIS) neozelandese emise un “security risk certificate” in cui sia attestava che il Signor Zaoui costituiva un pericolo per la sicurezza nazionale e, a distanza di pochi giorni, il Ministro dell’Immigrazione emanò un provvedimento ad hoc disponendo la deportazione del Signor Zaoui. Il mese successivo, il Signor Zaoui impugnò il certificato davanti all’Inspector-General presso il SIS oltre a presentare numerosi altri ricorsi presso le corti ordinarie, che misero in stallo il procedimento per oltre tre anni. Nel 2007, il Direttore del SIS revocò la segnalazione del 2003, consentendo così allo Signor Zaoui e alla sua famiglia di rimanere in Nuova Zelanda. Tra le motivazioni vennero citati “il periodo di tempo che il Signor Zaoui ha passato in Nuova Zelanda” e il suo status di “personaggio pubblico” oramai molto popolare tra l’opinione pubblica nazionale. W. TUCKER, *Statement by the Director of security concerning Mr Ahmed Zaoui, Sep. 13 2007*, reperibile online sul sito <http://www.nzsis.govt.nz/pdf/MEDIA.pdf>, consultato il 12 maggio 2018. La decisione fu aspramente criticata da molti esponenti del governo, in particolare dall’allora Primo Ministro Winston Peters sul New Zealand Herald, *Zaoui: I never lost my faith in New Zealand justice*, 13 settembre 2007, reperibile online <https://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm>, consultato l’11 maggio 2018.

²⁵⁸ D. ERDOS, *Judicial Culture and the Politicized Opportunity Structure: explaining Bill of rights Legal Impact in New Zealand*, cit., p. 111.

²⁵⁹ *Zaoui (No. 2)* [2005] 1 NZLR 289 (SC) at 93.

In secondo luogo, non devono essere posti limiti di tempo a tale verifica governativa, che deve essere condotta scrupolosamente data la fondamentale importanza dei diritti in gioco.²⁶⁰

Il fondamento normativo esplicitamente richiamato è proprio la s 6 del NZBORA alla luce della quale la Corte ha esteso, in modo insolitamente creativo,²⁶¹ l'Immigration Act 1987 nel senso più favorevole al signor Zaoui:

“As directed by s 6 of the Bill of Rights, s 72 is to be given a meaning, if it can be, consistent with the rights and freedoms contained in it, including the right not to be arbitrarily deprived of life and not to be subjected to torture. Those rights in turn are to be interpreted and the powers conferred by s 72 are to be exercised, if the wording will permit, so as to be in accordance with international law, both customary and treaty-based.”²⁶²

Come notato da alcuni, in questo caso la Corte non solo è andata in palese contrasto con la lettera della legge nazionale, ma ha anche travisato il senso della normativa internazionale. Infatti, in primo luogo il NZBORA tutela il diritto dei cittadini di non essere sottoposti a trattamenti disumani o degradanti da parte dello Stato neozelandese e non di Stati terzi; in secondo luogo, la s 114A (f) della Part 4A dell'Immigration Act 1987, che disciplina le ipotesi in cui è in gioco la sicurezza nazionale, prevede esplicitamente che “il soggetto che ponga un serio e concreto rischio per la sicurezza nazionale venga, in modo celere ed efficace, rimosso dal territorio nazionale.”²⁶³ Nel dettaglio, la procedura prevede che la deportazione avvenga su ordine del Ministro dell'Immigrazione a seguito di emissione, da parte del Direttore del SIS, di un “segnalazione” di un soggetto come “pericoloso per la sicurezza nazionale” (security risk certificate) – come nel caso del signor Zaoui.²⁶⁴

Con riferimento alla normativa internazionale, invece, si è notato che né il PIDCP né la Convenzione per l'abolizione della tortura, citati dalla Supreme Court come

²⁶⁰ “[...] no pressing prescriptive time requirement”, cfr. *Zaoui (No. 2)* [2005] 1 NZLR 289 (SC) at 92.

²⁶¹ D. ERDOS, *Judicial Culture and the Politicized Opportunity Structure: explaining Bill of rights Legal Impact in New Zealand*, cit., p. 112.

²⁶² *Zaoui (No. 2)* [2005] 1 NZLR 289 (SC) at 90.

²⁶³ Immigration Act 1987, Part 4 A, s 114A (f).

²⁶⁴ Immigration Act 1987, Part 4 A, ss 114 (1 (b) e (4) (b) e 114K.

parametri internazionali, impongono alla Nuova Zelanda l'obbligo di prevenire o impedire la commissione di atti di tortura o altri di altri trattamenti disumani o degradanti da parte di paesi terzi.²⁶⁵

Pertanto, è possibile concludere rilevando che il ricorso alla s 6 e la sua utilizzazione come strumento ermeneutico a sé stante o come mera articolazione del principle of legality o della consistency parrebbero dipendere dalla tipologia dei diritti in gioco. Se essi rientrano tra quelli strettamente collegati alla tutela della libertà personale tipica di common law (habeas corpus, fair trial) o diritti strettamente legati alla partecipazione alla vita democratica (libertà di espressione, libertà di riunione e associazione), la tutela sarà la massima possibile e l'interpretazione conforme spiegherà effetti ad ampio raggio (si ricordi il caso *Zaoui*). Se, invece, si rientra nell'area del divieto di discriminazione, ampiamente implementato dal legislatore ordinario, le corti appaiono più riluttanti ad agire in senso incisivo, mostrandosi più remissive nei confronti del Parlamento (si veda l'esito di *Quilter*).

Un altro profilo su cui occorre soffermarsi è l'interazione tra la s 6 delle s 4 e 5, che rappresenta il fulcro della disciplina dei rapporti tra NZBORA e legislazione ordinaria. Tale interazione si presenta, però, tutt'altro che lineare.²⁶⁶

Come abbiamo già detto, questa “unholy trinity” è considerata il “dogma” centrale della statutory interpretation inaugurato dall'atto del 1990.²⁶⁷ Come tutti i dogmi, la natura di tale relazione risulta particolarmente complessa e ambigua – talmente confusa, hanno notato alcuni, da rendere pericolosamente incerti gli effetti del atto stesso.²⁶⁸

Come già ricordato, la s 4 prevede il divieto di disapplicazione della legge non conforme al Bill of Rights e l'obbligo di applicare la legge anche se non

²⁶⁵ D. ERDOS, *Judicial Culter and the Politicolegal Opportunity Structure: explaining Bill of rights Legal Impact in New Zealand*, cit., p. 112.

²⁶⁶ Non a caso questa “triade” è nota anche come “the 4-5-6 conundrum” – letteralmente, “il rompicapo del 4-5-6” – in ragione della natura irrisolta della relazione che lega queste tre disposizioni. Così, A. BUTLER, *Limiting Rights*, cit., pp. 113-154; ID., *Interface Between the Human Rights Act 1998 and Other Enactments: Pointers from New Zealand*, (2000) *European Human Rights Law Review* pp. 249-__.

²⁶⁷ J. ALLAN, *The Operative Provisions of the Bill of Rights: Un Unholy Trinity*, cit., p. 79.

²⁶⁸ Claudia Geiringer infatti parla di “methodological instability of the N.Z. Bill of Rights” dovuta, in particolare, alla difficile conciliazione tra s 5 e s 6. Così, C. GEIRINGER, *What's The Story? The Instability of Australasian Bills of Rights*, (2016) 14 (1) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 156-174.

conforme,²⁶⁹ mentre la s 5 riafferma il potere del Parlamento di limitare i diritti e le libertà del Bill of Rights ove necessario in una società libera e democratica (“reasonable and demonstrably justified in free and democratic society”).

Per come era stata concepita, la s 4 doveva prevalere sulla s 5,²⁷⁰ tuttavia la combinazione delle due sezioni ha finito per inviare un bizzarro messaggio, quasi “contraddittorio”, alle corti: da una parte, si impone alle corti accettare le limitazioni ai diritti che siano “ragionevoli” (s 5); dall’altra, non solo si prevede la possibilità di limiti “irragionevoli”, ma si stabilisce anche che questi devono prevalere (s 4). In un tale contesto, la s 6 costituisce un “ponte” tra i due opposti prevedendo che ove una legge possa essere interpretata conformemente, tale significato deve essere preferito.²⁷¹

A parere di alcuni, il cuore dell’incertezza riguarderebbe proprio l’interazione tra la s 5 e la s 6. Ovvero come conciliare il dovere di interpretazione conforme con la previsione che legittima le limitazioni legislative ai diritti fondamentali se “proporzionate”.²⁷²

Pertanto occorre chiedersi: dove si colloca la s 5²⁷³ nell’iter ermeneutico che deve seguire il giudice²⁷⁴ e qual è la vera efficacia della s 6 NZBORA 1990. In altre parole, il nuovo obbligo ermeneutico di preferire il significato più conforme al Bill of Rights è tale da permettere al giudice di “ricalibrare” gli obiettivi che il

²⁶⁹ Quindi di applicare il “clear meaning” della disposizione anche se incompatibile con il Bill of Rights.

²⁷⁰ Non caso, nello stesso White Paper del 1985 la s 5 viene descritta così: “The basic test stated in Article 3 [poi confluito nella s 5 nel testo definitivo del NZBORA 1990] means that in most cases the courts will leave it to Parliament to define the public interest, and to enact legislation encapsulating its decision.” Cfr., *The White Paper*, cit., § 6.17. Così anche, P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under “Interpretative” Bills of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?*, cit., § 62.

²⁷¹ P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under “Interpretative” Bills of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?*, cit., § 63.

²⁷² C. GEIRINGER, *What’s The Story? The Instability of Australasian Bills of Rights*, cit., p. 159.

²⁷³ Un’accurata analisi della genesi e delle implicazioni della s 5 del NZBORA, che sono molto complesse, si rinvia a A. BUTLER, *Limiting Rights*, cit., pp. 113-154.

²⁷⁴ Infatti, se in un primo tempo la Court of Appeal aveva considerato in modo molto “sbrigativo” la s 5 (si vedano *R v Phillips* [1991] 3 NZLR 175 (CA) e *Re Bennett* [1993] 2 HRNZ 358 (HC)) applicando solo il “clear meaning” a sensi della s 4. Il problema della collocazione della s 5 è stato apertamente affrontato dalla Court of Appeal nella decisione congiunta dei casi *Ministry of Transport v Noort* e *Police v Curran* [1992] 3 NZLR 260. La Corte si è spaccata proprio sulla funzione della s 5 con la minoranza che ha escluso del tutto un ruolo della s 5 nel caso di tensione tra interpretazione conforme ex s 6 e applicazione della legge “come scritta” ex s 4; mentre la maggioranza ha affermato che l’esame ex s 5 debba essere preliminare all’iter ermeneutico previsto dalla s 6 “as a mechanism to ensure recognition of the Act’s rights and freedoms to the fullest extent that is reasonable and practicable in a specific statutory text” (*Ministry of Transport v Noort; Police v Curran* [1992] 3 NZLR 260 at 287 per Hardie Boys J). Tale orientamento sarà poi confermato in *Moonen*, come vedremo a breve.

legislatore ha inteso perseguire con un determinato atto in modo tale da evitarne l'incompatibilità con il NZBORA?²⁷⁵ Questi due ultimi interrogativi saranno al centro della nostra analisi della giurisprudenza neozelandese.

Per quanto riguarda il primo, è imprescindibile l'analisi del caso *Moonen v Film and Literature Board of Review (Moonen)*, esempio di uso giudiziale del NZBORA sotto molteplici profili.²⁷⁶ Per quel che qui interessa, nel procedere al riesame della decisione del Board of Review per verificare la violazione o meno del NZBORA, la Court of Appeal ha considerato opportuno verificare l'applicabilità della s 5 preliminarmente alla s 6: cioè che il limite imposto dalla norma di legge non fosse giustificabile in una società libera e democratica ("reasonable and demonstrably justified in free and democratic society").²⁷⁷ Solo a questo punto al giudice sarà permesso procedere a verificare se sia possibile adottare un'interpretazione conforme ex s 6 o se, al contrario, debba applicare la s 4.²⁷⁸

Com'è comune fra i giudici di common law, si è cercato di fornire uno strumento pratico, che aiutasse in concreto a risolvere i problemi tra le tre disposizioni. Così, in *Moonen*, il Justice Tipping, per la maggioranza della Corte, ha delineato questi step ermeneutici:

“Although other approaches will probably lead to the same result, those concerned with the necessary analysis and application of ss 4, 5 and 6 of

²⁷⁵ J. McLEAN, *Legislative Invalidation, Human Rights Protection and s 4 of the New Zealand Bill of Rights Act*, (2001) *New Zealand Law Review* pp. 421-448; p. 428.

²⁷⁶ *Moonen v Film and Literature Board of Review* [2000] 2 NZLR 9 (CA) (*Moonen*). Il caso riguardava la pubblicazione di libro sul tema dell'omosessualità, in cui erano rappresentate immagini di rapporti tra uomini adulti e minori di sedici anni o infrasedicenni. Il Board of Review aveva ritenuto offensivo ("objectionable") ai sensi della s 3 del Films, Videos and Publications Classification Act 1993 perché istigava allo sfruttamento sessuale di minori e bambini. La High Court aveva confermato la decisione del Board, ma era stato ammesso l'appello alla Court of Appeal, che ribalterà la sentenza della High Court ordinando al Board di rivedere la propria decisione perché viziata in punto di diritto. Per quel che qui interessa, il problema era il bilanciamento tra la libertà di espressione la censura ad opera del Board of Review a tutela dell'interesse pubblico alla protezione dei minori. Sul caso sarà utile tornare più avanti.

²⁷⁷ In realtà, le Corti neozelandesi non si sono concentrate sull'esatto significato da dare alle parole "reasonable", "necessary" e "demonstrably justified in a democratic society", preferendo piuttosto individuare, sin da subito, una serie di requisiti o di test che, a loro parere, faciliterebbero l'applicazione pratica della s 5 poiché enucleati dalla formulazione della norma stessa. Così, A. BUTLER, *Limiting Rights*, cit., pp. 141.

²⁷⁸ Che prevede l'obbligo di applicare la disposizione di legge anche se è incompatibile con i diritti del NZBORA e anche ove il giudice non abbia potuto trovare un significato 'compatibile' ex s 6 con esso.

the Bill of Rights may in practice find the following approach helpful when it is said that the provisions of another Act abrogate or limit the rights and freedoms affirmed by the Bill of Rights. After determining the scope of the relevant right or freedom, the first step is to identify the different interpretations of the words of the other Act which are properly open. If only one meaning is properly open that meaning must be adopted. If more than one meaning is available, the second step is to identify the meaning which constitutes the least possible limitation on the right or freedom in question. It is that meaning which s 6 of the Bill of Rights, aided by s 5, requires the Court to adopt. Having adopted the appropriate meaning, the third step is to identify the extent, if any, to which that meaning limits the relevant right or freedom. [18] The fourth step is to consider whether the extent of any such limitation, as found, can be demonstrably justified in a free and democratic society in terms of s 5. If the limitation cannot be so justified, there is an inconsistency with the Bill of Rights; but, by dint of s 4, the inconsistent statutory provision nevertheless stands and must be given effect.”²⁷⁹

Questo test sarà articolato nella sua forma definitiva dalla Supreme Court nel 2007 in *R v Hansen (Hansen)*.²⁸⁰

Il caso in questione è essenziale da molti punti di vista. In primo luogo perché è il caso in cui la Supreme Court è stata chiamata a tracciare, una volta per tutte, il

²⁷⁹ “In determining whether an abrogation or limitation of a right or freedom can be justified in terms of s 5, it is desirable first to identify the objective which the legislature was endeavouring to achieve by the provision in question. The importance and significance of that objective must then be assessed. The way in which the objective is statutorily achieved must be in reasonable proportion to the importance of the objective. A sledge hammer should not be used to crack a nut. The means used must also have a rational relationship with the objective, and in achieving the objective there must be as little interference as possible with the right or freedom affected. Furthermore the limitation involved must be justifiable in the light of the objective. Of necessity value judgments will be involved. [...] Ultimately, whether the limitation in issue can or cannot be demonstrably justified in a free and democratic society is a matter of judgment which the Court is obliged to make on behalf of the society which it serves and after considering all the issues which may have a bearing on the individual case, whether they be social, legal, moral, economic, administrative, ethical or otherwise.” *Moonen* [2000] 2 NZLR 9 (CA), per Tipping J per la maggioranza at 17-18.

²⁸⁰ *R v Hansen (Hansen)* [2007] 3 NZLR 1. Per un’attenta analisi del caso si veda K. GLEDHILL, *The Interpretative Obligation: the Duty to Do What is Possible*, (2008) *New Zealand Law Review* pp. 283-332; C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, (2008) *New Zealand Journal of Public and International Law* pp. 59-94; A. BUTLER, *Limiting Rights*, cit., pp. 152-3.

confine tra ciò che è interpretazione giudiziale (dovere costituzionale delle corti) e ciò che invece è indebito attivismo giudiziario (illegittimo perché le Corti usurperebbero il potere legislativo del Parlamento).²⁸¹ In secondo luogo, perché per arrivare a tracciare una così sottile linea di confine, la Corte ha dovuto affrontare preliminarmente l'annosa questione del rapporto tra s 5 e s 6 del NZBORA 1990. Ed è da questo secondo profilo che partiamo, per poi analizzare il primo, che ne è irrimediabilmente affetto.

Nonostante la decisione finale in *Hansen* sia stata presa all'unanimità,²⁸² ciascuno dei cinque Justices ha scritto una propria opinione. In particolare, la maggioranza di tre Justices ha confermato l'orientamento di *Moonen*, specificando che la s 5 è condizione necessaria per l'avvio dell'intera ricostruzione normativa prevista dalla s 6, a cui si arriva solo dopo che i giudici hanno accertato la legittimità o meno della giustificazione imposta dal Parlamento.²⁸³

Una tale impostazione non contribuisce alla coerenza delle decisioni, poiché alle volte la Corte rigetterà le istanze di incompatibilità tra il “natural and intended meaning” e il NZBORA scegliendo il significato “ordinario” più compatibile²⁸⁴ oppure ritenendo ragionevoli i limiti posti ad un determinato diritto fondamentale.²⁸⁵

E' appunto questo il caso *Hansen*, ove la questione²⁸⁶ verteva sul c.d. “reverse onus” previsto dal Misuse of Drugs Act (MDA) 1975, per cui la detenzione di una determinata quantità di sostanze stupefacenti facesse presumere, “salvo prova contraria”, che il soggetto la detenesse necessariamente a fini di spaccio.²⁸⁷ Tale disposizione era in conflitto con la presunzione di innocenza fino a prova

²⁸¹ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 64.

²⁸² Ovvero della necessaria applicazione della norma impugnata ai sensi della s 4 NZBORA 1990.

²⁸³ Nonostante questa sia stata l'opinione della maggioranza, la Chief Justice Elias, in minoranza, definì un tale approccio “a soft form of judicial review of legislation which seems inconsistent with section 4 of the Act.” *Hansen* [2007] 3 NZLR 1, per Elias CJ at 6 e 15-19.

²⁸⁴ Si veda la decisione in *R v Harrison; R v Turner* [2016] NZCA 381.

²⁸⁵ Così *Hansen* [2007] 3 NZLR 1 at 71-78 per Blanchard J; *Television New Zealand Ltd v Solicitor General* [2008] NZCA 519; *Commerce Commission v Air New Zealand Limited* [2011] NZCA 64; *Attorney General v Reid* [2012] NZHC 2119; *Mangawhai Ratepayers and Residents Association Incorporated v Kaipara District Council* [2015] NZCA 612.

²⁸⁶ Per una puntuale ricostruzione dei fatti si veda, K. GLEDHILL, *The Interpretative Obligation: the Duty to Do What is Possible*, cit., pp. 285-7; C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 64.

²⁸⁷ Misuse of Drugs Act 1975 (NZ), s 6 (6).

contraria, fondamentale garanzia processuale dell'imputato.²⁸⁸ Di conseguenza, la Supreme Court, una volta individuato il significato "ordinario" della norma e rilevata la chiara violazione di un diritto fondamentale, verificò se questa potesse essere ritenuta "ragionevole o giustificabile" ai sensi della s 5. Anche quest'analisi ebbe esito negativo e la Corte tentò, infine, la strada dell'interpretazione conforme ex s 6.²⁸⁹ Tuttavia, anche questa ricerca fu infruttuosa e la Corte non si ritenne in grado di trovare un'interpretazione alternativa, che fosse sia compatibile con il diritto fondamentale sia rispettosa dell'intenzione del Parlamento. Diversamente da quanto ci si aspetterebbe, pur rilevandone, all'unanimità, l'incompatibilità con il Bill of Rights, la Corte dispose l'applicazione del MDA 1975 ai sensi della s 4 NZBORA 1990.²⁹⁰

Il metodo ermeneutico del caso *Hansen* può dunque riassumersi in un "two-phase approach",²⁹¹ che si articola come segue. In via preliminare, il giudice deve individuare il "natural, intended or ordinary meaning" della norma ai sensi dei criteri ermeneutici classici della common law. Nel far ciò, egli deve verificare la sussistenza o meno di una limitazione di un diritto fondamentale. In caso negativo, l'indagine ermeneutica si conclude qui. Se, al contrario, la limitazione c'è, il giudice deve procedere a verificare se essa sia o meno "giustificabile e ragionevole" ai sensi della s 5 NZBORA 1990. Solo ove risulti "irragionevole ed ingiustificata" il giudice potrà considerare l'approccio ai sensi della s 6. Ovvero, dovrà appurare se alla norma illegittima sia possibile trovare un significato più "conforme" al diritto: se sì, allora preferirà tale significato; altrimenti, dovrà applicare il significato naturale – anche se incompatibile – ai sensi della s 4.²⁹²

²⁸⁸ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 25 (c). Anch'essa è una presunzione di common law, definita addirittura il 'golden thread' del Sistema di presunzioni di matrice anglo-sassone. Cfr., K. GLEDHILL, *The Interpretative Obligation: the Duty to Do What is Possible*, cit., p. 288.

²⁸⁹ *Hansen* [2007] 3 NZLR 1 per Elias CJ at 43-44; per Tipping J at 148; per McGrath J at 233-4 e per Anderson J at 281.

²⁹⁰ Anche perchè, appena pochi anni prima la Court of Appeal aveva rigettato l'appello in *R v Phillips* che si fondava sulle medesime ragioni avanzate dalla difesa del signor Hansen (che l'onere previsto dal MDA 1975 fosse interpretato, alla luce della s 6, come mero onere di "allegazione del mezzo di prova" anziché come "onere sostanziale"). A. GEDDIS, B. FENTON, "Which Is To Be Master?" – *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, (2008) 25 (3) *Arizona Journal of International and Comparative Law* pp. 733-778; pp. 751-2.

²⁹¹ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 83-84; A. BUTLER, *Limiting Rights*, cit., pp. 117-120

²⁹² V'è chi ha letto in tale iter ermeneutici la base per un judicial review fondato sul NZBORA, il cui standard è fissato appunto dalla s 5. Ciò perchè se una corte vuole utilizzare l'interpretazione conforme ex s 6 per risolvere un'incertezza normativa, dovrà necessariamente determinare se la legge, nella sua accezione più comune, è contraria al NZBORA. In questo modo la Corte,

In buona sostanza, la prima fase riguarda l'individuazione della limitazione e la conformità di essa al parametro di "demonstrable justification" della s 5; la seconda fase, del tutto eventuale e a discrezione del giudice, concerne la ricerca del significato più conforme ai sensi della s 6. Inoltre, il significato più conforme deve essere quello più in linea con il significato naturale della norma e alla luce dello scopo che aveva inteso dare a quell'espressione il Parlamento. Pertanto, un tale duplice approccio alla statutory interpretation e la relativa circoscrizione dell'applicabilità della s 6 entro i rigidi limiti dello "intento legislativo" (statutory purpose) porterebbero a rendere "superflua" e "ridondante" l'espressa previsione di un tale obbligo per i giudici.²⁹³

L'operazione ermeneutica ex s 6 consiste quindi nella scelta, ove possibile, del significato, tra quelli dati di una certa norma di legge, più conforme ad un determinato diritto fondamentale. In altre parole, nel dovere del giudice di "fare ciò è possibile"²⁹⁴ per tutelare al meglio i diritti dei cittadini.

Tuttavia, a differenza del principle of legality, per cui è ammesso un alto grado di limitazione ai diritti fondamentali solo in caso di "express language or necessary implication", con *Hansen* i giudici hanno affermato che la "Bill of Rights-mandated interpretation" introdotta dalla s 6 deve essere confinata ai casi ove tale interpretazione sia ragionevolmente giustificata in base al testo della legge e alla luce dello scopo del legislatore.²⁹⁵

Per alcuni, con *Hansen* si ha un forte ridimensionamento del dovere di interpretazione conforme ex s 6,²⁹⁶ anche alla luce delle conclusioni del Justice McGrath, quando ha affermato che:

volendolo o meno, compie un'operazione di judicial review, valutando la conformità o meno della legge al Bill of Rights. E la stessa s 4, imponendo la applicazione della legge anche se incompatibile, è prova del fatto che un judicial review è stato comunque operato dalla Corte – anche se non privo degli effetti canonici. Quanto previsto "in negativo" dal NZBORA (obbligando le corti ad applicare la legislazione incompatibile), è previsto "in positivo" nello Human Rights Act 1998 del Regno Unito, la cui s 4 prevede il potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità. Così, P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under "Interpretative" Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?* cit., § 68.

²⁹³ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 84.

²⁹⁴ E' un chiaro riferimento al contributo di K. GLEDHILL, *The Interpretative Obligation: the Duty to Do What is Possible*, cit.

²⁹⁵ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 84.

²⁹⁶ A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 272.

“[s 6 NZBORA] should however be seen as requiring that judges apply the presumption that legislation is to be interpreted in accordance with fundamentals rights, as part of the statutory reassertion of the importance of New Zealand’s commitment to human rights in the interpretation exercise.”²⁹⁷

In altre parole la s 6 del Bill of Rights non rappresenterebbe una “rottura” con l’approccio ermeneutico classico, ma piuttosto la “continuazione” di tale approccio, allo scopo di estenderne la portata applicativa al catalogo dei diritti del NZBORA 1990.²⁹⁸

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte neozelandese in materia non è stata sempre coerente. Infatti, qualche anno prima di *Hansen*, la Supreme Court affermò all’unanimità l’illegittimità della deportazione dei rifugiati considerati un “pericolo per l’ordine pubblico” verso quei paesi ove v’era fondato motivo di credere che il deportato sarebbe stato sottoposto a tortura o ad altro trattamento disumano o degradante; oppure paesi ove il deportato sarebbe andato incontro alla pena capitale.²⁹⁹ E ancora, appena tre mesi dopo *Hansen*, in *Brooker v Police* la maggioranza della Corte quasi “capovolve” la giurisprudenza fino ad allora consolidata in materia di libertà di espressione, interpretando in modo molto restrittivo il divieto di disturbo delle quiete pubblica previsto dal Summary Offences Act.³⁰⁰ Tuttavia tale svolta interpretativa non è stata fondata sulla s 6, ma piuttosto sui tradizionali criteri di statutory interpretation previsti in common law.³⁰¹

L’eventuale portata innovativa della s 6 è dunque, in concreto, ridimensionata dal combinato disposto della s 6 con la s 5, per cui i giudici neozelandesi saranno portati a concludere che sebbene il significato “natural and intended” di una determinata norma comporti una irragionevole ed ingiustificata limitazione di un diritto fondamentale, non è possibile altra interpretazione “conforme” ex s 6 senza

²⁹⁷ *Hansen* [2007] 3 NZLR 1 (NZSC) at 250-1 per McGrath J.

²⁹⁸ C. GEIRINGER, *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, cit., p. 77.

²⁹⁹ *Attorney-General v Zaoui* [2005] 1 NZLR 577.

³⁰⁰ *Brooker v Police* [2007] 3 NZLR 91 (SC).

³⁰¹ Così la Supreme Court in *R v Morse* [2012] 2 NZLR 1 (SC), confermando l’orientamento ed il reasoning di *Brooker*.

distorcere l'intenzione del Parlamento e quindi dovrà essere applicata la norma viziata (ex s 4).³⁰²

È quindi centrale il profilo delle conseguenze dell'interpretazione conforme ex s 6, sia essa utilizzata oppure no, che perciò ci accingiamo ad affrontare.

5.3.1) Le conseguenze dell'impossibilità dell'interpretazione conforme tra obbligo di applicare la legge incompatibile e declaration of inconsistency

Come sappiamo, nel caso non sia possibile il significato più conforme al NZBORA, i giudici sarebbero costretti ad applicare la legge anche se incompatibile. Tuttavia è sempre stato "indicato" un ulteriore potere dei giudici, implicitamente derivante dalle disposizioni del Bill of Rights del 1990: il potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità (c.d. "remedial jurisdiction").

Ora, già prima dell'affermazione positiva di un potere di emettere dichiarazione di incompatibilità (anche note come "DoI"), le corti avevano "alluso" ad un tale potere nel già noto caso *Quilter*,³⁰³ ove sebbene tutti i giudici della Court of Appeal concordarono nell'escludere che il Marriage Act 1955 comprendesse anche le unioni di coppie dello stesso sesso, quattro dei cinque giudici si posero il problema della configurabilità di una violazione del divieto di discriminazione ex s 19 in base all'orientamento sessuale.

Di questi quattro, tre ritennero che la legge del '55 non fosse discriminatoria,³⁰⁴ uno invece sostenne il contrario:³⁰⁵ in questo senso, alcuni hanno affermato che sebbene non "esplicitamente", tre giudici della Court of Appeal emisero, per la prima volta, una dichiarazione di compatibilità e uno emise una dichiarazione di incompatibilità.³⁰⁶

³⁰² A. GEDDIS; M. B. RODRIGUEZ FERRERE, *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons from Queensland?*, cit., p. 275-6.

³⁰³ *Quilter* [1998] 1 NZLR 523 (CA).

³⁰⁴ *Quilter* [1998] 1 NZLR 523 (CA) per Richardson P at 21; per Gault J at 527; per Keith J at 567.

³⁰⁵ *Quilter* [1998] 1 NZLR 523 (CA) per Thomas J at 554: "[...] it would be a serious error not to proclaim a violation [of the NZBORA] if and when a violation is found to exist in the law."

³⁰⁶ P. RISHWORTH, *The Inevitability of Judicial Review Under "Interpretative" Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and the Commonwealth Constitutionalism?*, cit., § 70. Cfr. C. GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 619.

Ad ogni modo, il caso in cui questo potere “implicito” venne esplicitamente rivendicato per la prima volta è il già citato caso *Moonen*.³⁰⁷

In particolare, nell’opinione della Corte³⁰⁸ il Justice Tipping affermò che ove venisse accertato che una legge imponeva un limite non giustificabile ex s 5 ad un diritto fondamentale, la Corte avrebbe avuto il potere di dichiararla come tale, concludendo che:

“[the] purpose [of s 5] necessarily involves the Court having the power, and on occasions the duty, to indicate that although a statutory provision must be enforced according to its proper meaning, it is inconsistent with the Bill of Rights, in that it constitutes an unreasonable limitation on the relevant right or freedom which cannot be demonstrably justified in a free and democratic society. Such judicial indication will be of value should the matter come to be examined by the [United] Human Rights Committee. It may also be of assistance to Parliament if the subject arises in that forum. In the light of the presence of s 5 in the Bill of Rights, New Zealand society as a whole can rightly expect that on appropriate occasions the Courts will indicate whether a particular legislative provision is or is not justified thereunder.”³⁰⁹

Nonostante a seguito di una tale “rivendicazione” ci si potesse aspettare un atteggiamento più “intraprendente” da parte dei giudici, per il primo esempio di esercizio del potere di emettere DoI si dovrà attendere il 2015 con la decisione in *Taylor*.³¹⁰ Infatti, da *Moonen* vi sono stati solo due giudici ad aver “argomentato a favore” della remedial jurisdiction: il Justice Thomas in *Poumako*³¹¹ e il Justice Williams in *Zaoui (No. 1)* – anche se sempre in opinioni di minoranza oppure in dissenting rispetto alla decisione della Corte.³¹²

³⁰⁷ *Moonen* [2000] 2 NZLR 9 (CA).

³⁰⁸ Si rammenta che *Moonen* è stata decisa all’unanimità (cinque giudici della Court of Appeal) e al Justice Tipping venne assegnato il compito di redigere l’opinione della Corte.

³⁰⁹ *Moonen* [2000] 2 NZLR 9 (CA), at 20.

³¹⁰ *Taylor v Attorney-General (Taylor (HC))* [2015] NZHC 1706, confermata sia in appello nel 2017 (cfr. *Attorney-General v Taylor (Taylor (CA))* [2017] NZCA 215) sia dalla Supreme Court nel novembre 2018 (cfr. *Attorney-General v Taylor (Taylor (SC))* [2018] NZSC 104).

³¹¹ *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA), per Thomas J at 86-107.

³¹² *Zaoui (No. 1)* [2004] 2 NZLR 339 (HC), per Williams J at 166-7; quest’ultimo, infatti, ha poi preferito risolvere il caso di specie senza ricorrere ad una DOI.

In *R v Poumako*,³¹³ decisa appena qualche mese dopo *Moonen*, solo uno dei cinque giudici della Court of Appeal “dichiarò” incompatibile la legge che imponeva una sanzione penale in via retroattiva – riaffermando così il principio *Moonen*.³¹⁴ Gli altri quattro giudici, infatti, nonostante avessero concordato nel ritenere tale legge una irragionevole ed ingiustificata violazione della s 25 (g) del NZBORA, evitarono attentamente di affrontare la questione “rimediale” dichiarandola “superflua” poiché la normativa viziata comunque non aveva inciso sulla situazione dell’appellante.³¹⁵ Come notato da alcuni, per un lungo periodo, le corti hanno preferito “mostrare”, attraverso il reasoning delle loro decisioni l’incompatibilità della legge piuttosto che “dichiararla” espressamente come tale.³¹⁶

Alla luce di un tale atteggiamento “titubante” delle corti, si profilano così due domande: un sostanziale e una rimediale. La prima riguarda il se e il quando le corti possano intraprendere l’analisi ex s 5 NZBORA della legge in specie, valutandone la congruità e la proporzionalità al Bill of Rights. La seconda concerne, invece, la possibilità o meno per le Corti di emettere una dichiarazione di incompatibilità ove l’analisi ex s 5 dia esito negativo e, quindi, la titolarità o meno della “remedial jurisdiction”.

Se la risposta alla prima domanda da *Moonen* in poi appare sicuramente positiva, la seconda ha dato adito a varie interpretazioni.

La corrente più favorevole ha visto in *Moonen* il punto di partenza per l’affermazione su più ampia scala del potere di dichiarare incompatibile la legge con il NZBORA. Un primo argomento a favore di ciò era proprio il fatto che l’ex-madrepatria aveva proprio in quegli anni adottato un proprio bill of rights, lo Human Rights Act (UK) 1998 - in cui era espressamente prevista la possibilità di

³¹³ *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA).

³¹⁴ *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA), per Thomas J at 86-107.

³¹⁵ *Poumako* [2000] 2 NZLR 695 (CA) per Richardson P, Gault e Keith JJ at 42-3; per Henry J at 67-8. Si ricorda che *Poumako* è stata decisa all’unanimità, l’opinione concorrente del Justice Thomas ha riguardato solo la configurabilità del rimedio della dichiarazione di incompatibilità, che, appunto, il solo Thomas J ha ritenuto possibile concedere alla luce della sentenza *Moonen*.

³¹⁶ A. GEDDIS, *New Zealand: Prisoner Voting and Consistency with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, [2016] *Public Law* 352, p. 354.

emettere una dichiarazione di incompatibilità ⁻³¹⁷ nonostante alcuni ne abbiano sconsigliato il “trapianto” nel sistema neozelandese.³¹⁸

Successivamente, con il caso *Hansen* che, pur avendo consolidato un nuovo e diverso approccio alle ss 4, 5 e 6 rispetto a *Moonen*,³¹⁹ ha affermato definitivamente il potere “implicito” delle corti di emettere una DoI, parrebbe essere chiusa la questione “sostanziale” circa la legittimità o meno dell’analisi giudiziale ex s 5.³²⁰

Lo stesso non si può dire per il profilo dell’ “esistenza” della remedial jurisdiction, che, fino a qualche anno fa,³²¹ pareva fermo su posizioni altamente formalistiche, ammettendo la competenza delle corti ad emettere una DoI solo in via ipotetica – nonostante l’intervento dello stesso legislatore ordinario.³²² Infatti, come noto, la risposta legislativa alla giurisprudenza appena richiamata è giunta nel 2001 con l’inserimento della nuova s 92J (2) che, pur introducendo formalmente il potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità, limita espressamente tale potere ai soli casi di violazione del divieto di discriminazione ex s 19 del NZBORA.³²³

Anche se l’efficacia e la validità della legge o della disposizione dichiarata incompatibile rimane invariata, è previsto l’obbligo per il Governo a formalizzare la propria posizione in merito a tale dichiarazione davanti al Parlamento.

Si dovrebbe così attuare quello schema di “dialogo” di matrice canadese che abbiamo già visto,³²⁴ anche se per alcuni il mero potere “implicito” di emettere dichiarazioni di incompatibilità non consente un “sano e robusto”³²⁵ dialogo tra

³¹⁷ Human Rights Act (UK) 1998, s 4.

³¹⁸ Infatti, non si sente la necessità di introdurre un formale potere di dichiarare l’incompatibilità della legge perchè la Nuova Zelanda non ha il problema del ricorso ad un Corte internazionale superiore (come ha invece il Regno Unito con Strasburgo). Lo scopo del NZBORA è più che altro quello di contribuire all’evoluzione costituzionale neozelandese, che si deve essere conforme agli obblighi internazionali – ma è cosa ben differente rispetto ai pressanti obblighi derivanti dalla CEDU e alla pressione della Corte di Strasburgo che si trova ad affrontare il Regno Unito. Sul punto, T. HICKMAN, *The New Zealand Bill of Rights Act: Going Beyond Declarations*, (2014) 10 (4) *Policy Quarterly* pp. 39-45, in particolare, pp. 44-5.

³¹⁹ Vedi *supra* Cap. III. § III.5, 5.3).

³²⁰ C. GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 642.

³²¹ Quando si è avuta la decisione in *Taylor* (HC) [2015] NZHC 1706 e la successiva conferma della Court of Appeal in *Attorney-General v Taylor* [2017] NZCA 215; di cui si tratterà più avanti in questo paragrafo.

³²² Vedi *supra* in questo capitolo § III.4.

³²³ Human Rights Act 1993, s 92I, inserita dalla s 9 dello Human Rights (Amendments) Act 2001.

³²⁴ Vedi *supra* Cap. II, § II.3.1.

³²⁵ C. GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 647.

potere giudiziario e potere politico come invece avviene in altri paesi, ad esempio, come vedremo nel Regno Unito.³²⁶

Nonostante l'incremento di istanze per la dichiarazione dell'incompatibilità di una legge dopo la novella del 2001, rimane il fatto che l'incisività sostanziale del rimedio è rimasta a lungo molto ridotta e la previsione normativa di un tale potere nei casi di acclarata discriminazione non compensa l'assenza della previsione di un generale potere in tal senso nel NZBORA.³²⁷ In particolare, la questione della competenza delle corti ad emettere il rimedio è stata a lungo lasciata "aperta" anche se, in alcuni casi, la giurisprudenza è intervenuta ad indicare limiti e confini di tale potere, con importanti restrizioni, tra cui spicca quella della limitazione dell'esercizio del potere di emettere DOI ai soli procedimenti civili.³²⁸

Di conseguenza, la giurisprudenza in materia parrebbe suggerire che, sebbene sia stata affermata l'esistenza di una "remedial jurisdiction" per violazioni del NZBORA, essa non solo si configura come competenza "eccezionale", ma verrà anche esercitata molto raramente.³²⁹

Estremamente limitante in questo senso è il principio enucleato dalla Supreme Court nella "saga" del caso *Taunoa*,³³⁰ per cui se la richiesta di incompatibilità non viene proposta sin dall'avvio del procedimento, essa non potrà più essere riproposta in appello (il c.d. principio del "subject matter" ovvero il principio per cui, una volta fissato il thema decidendum, esso non potrà essere modificato in costanza di processo).

Dunque, il caso *Taunoa* verteva sulle condizioni di detenzione cui erano stati sottoposti il signor Taunoa ed altri detenuti secondo il Behaviour Management Regime (BMR), un regime carcerario particolarmente duro che prevedeva il totale isolamento per ventidue ore al giorno, implementato a seguito di una rivolta nella prigione di Auckland. Il signor Taunoa e ad altri ex detenuti, sottoposti

³²⁶ Di cui si parlerà nella prossima sezione.

³²⁷ C. GEIRINGER, GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 620.

³²⁸ *Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections (Belcher (CA 2))* [2007] NZCA 174 (CA 2).

³²⁹ C. GEIRINGER, GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 623.

³³⁰ *Taunoa v Attorney-General* (2004) 7 HRNZ 379 (HC); *Taunoa v Attorney-General* (2004) 8 HRNZ 53; *Attorney-General v Taunoa* [2006] 2 NZLR 457 (CA), *Taunoa v Attorney-General* [2006] NZSC 95 (*Taunoa* (NZSC Decision on Stay)); *Taunoa v Attorney-General* [2008] 1 NZLR 429 (SC).

ingiustamente al regime carcerario del BMR, lo impugnarono per violazione della s 23(5) del NZBORA chiedendo il risarcimento dei danni.³³¹ La High Court riconobbe loro il risarcimento dei danni e, ad una tale decisione, seguì l'adozione tempestiva del Prisoners' and Victim's' Claims Act 2005 (PVC 2005) da parte del Parlamento, con cui si stabiliva che la somma liquidata a titolo di risarcimento del danno per ingiusta detenzione dovesse essere trattenuta per un determinato periodo di tempo dal Secretary of Justice, affinché le vittime dei reati potessero agire per ottenere a loro volta il risarcimento.

Con una serie di appelli e contro-appelli di cui non è possibile la trattazione nel dettaglio, il signor Taunoa e gli altri chiesero alla Corte, con un'istanza interlocutoria ("interlocutory application"), oltre a decidere se sospendere o dichiarare inammissibile (decision on stay or strike out) il contro-appello proposto dall'AG, la dichiarazione di incompatibilità del PVC 2005 con i principi di natural justice contenuti nel NZBORA.³³² La Supreme Court rigettò tale richiesta affermando che l'emissione di una DOI era ben oltre la competenza della Corte alla luce delle circostanze dell'appello. In particolare, gli appellanti avevano errato nel proporre la domanda di dichiarazione di incompatibilità solo in secondo grado, venendo meno al divieto di domande nuove - dal contenuto nuovo e diverso ("subject matter") - in appello e pertanto la Supreme Court si dichiarò incompetente a decidere.³³³

Il principio del c.d. "subject matter" di *Taunoa* è stato confermato in *Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections (Belcher CA 1)*,³³⁴ ove la Court of Appeal ha rigettato la richiesta del signor Belcher di dichiarare incompatibile il regime vigente ai sensi del Parole Act 2002, che prevedeva la possibilità di predisporre misure straordinarie di sorveglianza ("extended supervision orders") al momento della concessione della libertà condizionale in determinate ipotesi di

³³¹ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 23 (5).

³³² In particolare, con il divieto di retroattività di una legge sfavorevole, il PVC 2005 nel caso di specie, che avrebbe impedito agli attori di poter fruire del risarcimento accordatogli dalla High Court. Cfr, New Zealand Bill of Rights Act 1990, ss 26 e 27; *Attorney-General v Taunoa* [2006] 2 NZLR 457 (CA), *Taunoa* (NZSC Decision on Stay) [2006]; *Taunoa v Attorney-General* [2008] 1 NZLR 429 (SC).

³³³ "The subject matter must have been raised before the court of first instance." Cfr. *Taunoa* (NZSC Decision on Stay) [2006], at 6-8.

³³⁴ *Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections (Belcher CA 1)* [2007] 1 NZLR 507 (CA); *Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections (Belcher (CA 2))* [2007] NZCA 174; *Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections (Belcher (NZSC))* [2007] NZSC 54.

reato. La Court of Appeal ha applicato il principio di *Taunoa*, dichiarandosi incompetente poiché la questione non era stata oggetto di domanda in prima istanza.³³⁵

Altro limite importante enucleato dalla giurisprudenza è quello di escludere la possibilità di richiedere la dichiarazione di incompatibilità nei procedimenti penali.³³⁶ Infatti, in *Belcher* (CA 2), quattro giudici su cinque della Court of Appeal ritennero che la dichiarazione di incompatibilità avesse natura di “civil remedy” e pertanto non potesse essere accordata all’interno di un procedimento penale.³³⁷ Inoltre, anche ove venisse proposta in una causa civile, l’istanza per una dichiarazione di incompatibilità non costituisce “freestanding application”, pertanto dovrà sempre essere proposta congiuntamente ad una questione “classica” di statutory interpretation.³³⁸

Alla luce di quanto detto, i limiti in concreto posti al potere di emettere una dichiarazione di incompatibilità sono tanti e tali da rendere particolarmente difficile l’effettivo ricorso ad un tale rimedio. Inoltre, in assenza di una chiara e precisa “linea di azione” da parte delle corti superiori - nel senso dell’affermazione della piena titolarità della remedial jurisdiction e del relativo dovere di esercitarla in maniera adeguata al caso concreto -, la partecipazione al “dialogo” con il potere politico da parte delle corti neozelandesi rimarrà sporadico e con toni sempre più “dimessi” nei confronti del Legislativo.³³⁹

Dato tale scenario si può comprendere la straordinaria portata delle decisioni in *Taylor v Attorney-General (Taylor (HC))* [2015],³⁴⁰ *Attorney-General v Taylor* [2017]³⁴¹ e *Attorney-General v Taylor (SC)* [2018]³⁴², ove la High Court ha pronunciato per la prima volta nella storia neozelandese,³⁴³ una dichiarazione di

³³⁵ *Belcher* (CA 1) [2007] 1 NZLR 507; *Belcher* (CA 2) [2007] NZCA 174.

³³⁶ C. GEIRINGER, GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 626.

³³⁷ *Belcher* (CA 2) [2007] NZCA 174, at 13-4.

³³⁸ *Taunoa* (NZSC Decision on stay) [2006] NZSC 95; *Belcher* (CA 2) [2007] NZCA 174; *Christopher John Manawatu v R* [2007] NZSC 13; *R v Exley* [2007] NZCA 393; *R v Chatha (No. 2)* [2008] NZCA 466; *Wenzel v R* [2009] NZSC 58.

³³⁹ C. GEIRINGER, GEIRINGER, *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 647.

³⁴⁰ *Taylor* (HC) [2015] NZHC 1706. Prima della decisione di merito, la High Court si era pronunciata sull’ammissibilità del caso in *Taylor v Attorney-General (Taylor (Strike Out) (HC))* [2014] NZHC 1630.

³⁴¹ *Attorney-General v Taylor (Taylor (CA))* [2017] NZCA 215.

³⁴² *Attorney-General v Taylor (Taylor (SC))* [2018] NZSC 104.

³⁴³ L’unico altro precedente di dichiarazione di incompatibilità è stato *Howard v Attorney-General (No 2)* HRRT15/06, 7 december 2007; *Howard v Attorney-General (No 3)* (2008) 8 HRNZ 378,

incompatibilità delle legge ordinaria rispetto al Bill of Rights. Non solo. La pronuncia di primo grado è stata confermata sia in appello nel 2017 che dalla Supreme Court nel 2018.³⁴⁴

Taylor riguarda il divieto assoluto di voto ai detenuti³⁴⁵ previsto dalla s 80 (1) (d) dell'Electoral Act 1993, a seguito della modifica introdotta dall'Electoral (Disqualification of Sentenced Prisoners) Amendment Act 2010 in vista delle elezioni politiche del 2014.³⁴⁶ L'incompatibilità di un tale divieto con la s 12 (a) del NZBORA³⁴⁷ era peraltro già stata segnalata dall'Attorney-General in carica,

emessa dello Human Rights Review Tribunal. Il caso in esame concerneva la violazione del divieto di discriminazione perché l'Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act 2001 poneva dei limiti d'età per la fruizione del reinserimento professionale. Si noti che, sei mesi prima della decisione del Tribunal, il Governo modificò le disposizioni poi dichiarate incompatibili con l'Accident Compensation Act 2001.

³⁴⁴ *Attorney-General v Taylor* [2018] NZSC 104.

³⁴⁵ Il tema purtroppo è di particolare attualità per il fine di questo lavoro poiché il divieto di voto ai detenuti è un "filo rosso" che unisce tutte le esperienze comparate, dal Regno Unito alla Nuova Zelanda, anche se con esiti diversi. Infatti, se nel Regno Unito la vicenda si è trasformata in un "braccio di ferro" lungo tredici anni (dal caso *Hirst v United Kingdom (No 2)*) tra il Parlamento britannico e Strasburgo, il cui esito non è ancora chiaro, diverso è il caso canadese. Infatti, in *Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)* la Corte Suprema canadese si spaccò proprio sulla costituzionalità del divieto ai detenuti con condanna superiore a due anni previsto dalla legislazione penale nazionale. Con una maggioranza di 5-4, la Corte dichiarò incostituzionale la disposizione impugnata poiché costitutiva un limite ingiusto ed irragionevole ad un diritto garantito dalla Charter of Rights and Freedoms. Lo stesso è avvenuto in Australia, nel caso *Roach v Electoral Commissioner*, in cui la High Court of Australia ha dichiarato incostituzionale il blanket ban previsto dalla legislazione federale perché incompatibile con il principio per cui il Parlamento deve essere "eletto direttamente dal popolo" (Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), ss 7 e 24). In ogni caso, in Australia possono votare solo i detenuti che stiano scontando una condanna non superiore ai cinque anni. Inoltre, è fatta salva la possibilità per gli Stati di prevedere ulteriori ipotesi di divieto di voto per le elezioni statali. Sul punto si ritornerà anche più avanti, per ora si rinvia, per il Regno Unito: J. L. HIEBERT AND J.B. KELLY, *Parliamentary Bill of Rights. The Experiences of New Zealand and the United Kingdom*, cit., pp. 377-391; V. MILLER AND I. WHITE, *Prisoners' Voting Rights*, reperibile online sul sito <http://www.parliament.uk>; MINISTRY OF JUSTICE, *Voting Eligibility (Prisoners) Draft Bill* (CM 8499) (2012); O. BOWCOTT, *Council of Europe accepts UK compromise on prisoners' voting rights*, 7 dicembre 2017, reperibile online sul sito <https://www.theguardian.com/> (18 maggio 2018); *Hirst v United Kingdom (No. 2)* (2006) 42 EHRR 41 (Grand Chamber, ECtHR); per il Canada, si veda: *Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)* [2002] 3 SCR 519, at 58-9 per McLachlin CJ; per l'Australia, su cui si tornerà anche più avanti: HUMAN RIGHTS LAW CENTER, *Prisoners and the Rights to Vote: Roach v AEC & Commonwealth of Australia* (2007), 23 agosto 2007, reperibile sul sito <https://www.hrlc.org.au/>, consultato il 18 maggio 2018; *Roach v Electoral Commissioner* (2007) 233 CLR 162; D. GUTTMAN, *Roach v Commonwealth: Is the Blanket Disenfranchisement of Convicted Prisoners Unconstitutional?* (2007) 29 *Sydney Law Review* 297-319; Electoral and Referendum Amendment (Prisoner Voting and Other Measures) Act 2004 (Cth); Electoral and Referendum Amendment (Electoral Integrity and Other Measures) Act 2006 (Cth). Per un'accurata sintesi della legislazione neozelandese in materia di diritto di voto ai detenuti si veda A. GEDDIS, *Prisoner Voting and Rights Deliberation: Now New Zealand's Parliament Failed*, (2011) *New Zealand Law Review* pp. 443-74; pp. 445-58.

³⁴⁶ Electoral Act 1993, s 80 (1) (d), come modificata dall'Electoral (Disqualification of Sentenced Prisoners) Amendment Act 2010 – "The following persons are disqualified for registration as electors ... a person who is detained in a prison pursuant to a sentence of imprisonment imposed after [16 December, 2010]."

³⁴⁷ New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 12 (a).

Christopher Finlayson, nel report ex s 7 NZBORA presentato al Parlamento al momento della discussione parlamentare.³⁴⁸

Così, il signor Arthur Taylor, detenuto che aveva conseguito il titolo di avvocato durante la lunga permanenza in carcere,³⁴⁹ assieme ad altri cinque, ha impugnato la normativa chiedendo, fra le altre cose,³⁵⁰ che la High Court dichiarasse l'incompatibilità della nuova s 80 (1) (d) dell'Electoral Act 1993 in quanto pone un limite irragionevole e arbitrario al diritto di voto garantito a tutti i cittadini dal Bill of Rights.³⁵¹

La dichiarazione di incompatibilità emessa dalla High Court (e confermata dalla Court of Appeal) rappresenta un vero e proprio spartiacque per il diritto costituzionale neozelandese, soprattutto alla luce dell'incertezza del periodo "pre-Taylor" in materia di remedial jurisdiction.³⁵²

Innanzitutto, a differenza della riluttanza mostrata dalla giurisprudenza sin qui analizzata, nel 2014 la High Court si è espressamente riconosciuta competente di "remedial jurisdiction" e quindi ad emettere una dichiarazione di incompatibilità.³⁵³

Dopo la prima dichiarazione da parte della High Court, la Corona ha impugnato la decisione sostenendo che l'emissione della dichiarazione di incompatibilità costitutiva una violazione del principio costituzionale di "comity", ovvero del principio di "rispetto reciproco" tra i poteri dello Stato, in forza del quale un ramo del potere pubblico non deve invadere la sfera di azione assegnata ad un altro

³⁴⁸ "The disenfranchising provisions of this Bill will depend entirely on the date of sentencing, which bears no relationship either to the objective of the Bill or to the conduct of the prisoners whose voting rights are taken away. The irrational effects of the Bill also cause it to be disproportionate to its objective." AG HON. C. FINLAYSON, *Report of the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Bill*, (J4, Order of the House of Representatives, 2010); § 15.

³⁴⁹ Al momento, il signor Taylor è una specie di "celebrità" in Nuova Zelanda, avendo fatto della lotta al divieto di voto per i detenuti una vera e propria "crociata" personale. A. GEDDIS, *New Zealand: prisoner voting and consistency with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, cit., p. 352.

³⁵⁰ Il signor Taylor aveva anche agito per ottenere un'injunction che impedisse alla Electoral Commission di procedere alle elezioni a meno che, nel frattempo, non fosse ripristinato il diritto di voto ai detenuti. La High Court non concesse il rimedio perchè gli attori non avevano standing (legittimazione ad agire). Cfr. *Taylor v Attorney-General (Taylor (Injunction))* [2014] NZHC 2225, at 80. In un secondo momento, Taylor ha impugnato la legittimità delle elezioni politiche del 2014 con una "election petition". Anche questa volta l'azione fallì per difetto di legittimazione ad agire (standing), cfr., *Taylor v Key (Taylor (Electoral Petition))* [2015] NZHC 722.

³⁵¹ *Taylor (HC)* [2014] NZHC 1706.

³⁵² A. GEDDIS, *New Zealand: Prisoner Voting and Consistency with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, cit., p. 352.

³⁵³ *Taylor (Strike Out) (HC)* [2014] NZHC 1630.

potere.³⁵⁴ Di conseguenza, con la dichiarazione di incompatibilità la High Court avrebbe compiuto un:

“trespass upon the function of the political branches, for it would be tantamount to an address to Parliament or the nation about the quality of laws when measured against fundamental rights.”³⁵⁵

E non solo. Il Governo ha proseguito affermando che non spetta alle Corti il compito di dire al Parlamento se una legge è o meno conforme con i diritti fondamentale, perché, si sensi della s 7 del NZBORA, il Parlamento ha assegnato tale compito all'Attorney-General.³⁵⁶

Ad ogni modo è necessaria un'azione del Governo, altrimenti anche questo potere, rivendicato e finalmente utilizzato dalle Corti come parte del “dialogo” tra poteri dello Stato, cadrà nel dimenticatoio come i reports ai sensi della s 7 NZBORA.³⁵⁷ Perché si possa mantenere la supremazia del Parlamento, anche per chi è a favore, occorre che vi sia più riguardo da parte dei parlamentari ai doveri che sono chiamati a svolgere.³⁵⁸

Infatti, nonostante molte delle decisioni qui esaminate abbiano attirato molte critiche, il Parlamento stesso non ha obiettato a molte di loro.³⁵⁹ Anzi, come abbiamo visto dopo *Baigent's*, il Parlamento ha seguito le raccomandazioni della Law Commission, lasciando alle corti il compito di sviluppare ed articolare pienamente le condizioni ed i requisiti per il risarcimento per violazione del NZBORA.³⁶⁰ Lo stesso si può dire in materia di remedial jurisdiction, per cui dal 2001 è stato formalizzato il potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità nel caso di violazione della s 19 del NZBORA. Potrebbe dunque dirsi che il “filling

³⁵⁴ S. WINTER, *A Constitutional Call to Action*, 16 Jun 2017, pp. 2-6, reperibile online sul sito <https://www.adls.org.nz>, (16 maggio 2018); p. 2. Cfr. Parliamentary Privilege Act 2014, s 4 “Interpretation of This Act” - “(1)(b) the principle of comity[...] requires the separate and independent legislative and judicial branches of government each to recognise, with the mutual respect and restraint that is essential to their important constitutional relationship, the other’s proper sphere of influence and privileges.”

³⁵⁵ *Attorney-General v Taylor & others* [2017] NZCA 215, at 30.

³⁵⁶ S. WINTER, *A Constitutional Call to Action*, cit., p. 2.

³⁵⁷ S. WINTER, *A Constitutional Call to Action*, cit., p 3.

³⁵⁸ A. GEDDIS, *Prisoner Voting and Rights Deliberations: How New Zealand’s Parliament Failed*, cit., pp. 472-3.

³⁵⁹ P. BUTLER, *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*, cit., p. 351-2.

³⁶⁰ *Attorney-General v P.F. Sugrue* [2004] 1 NZLR 207 (CA); *Wilding v Attorney-General* [2003] 3 NZLR 787 (CA).

the gap” nel campo dei rimedi che ha operato la New Zealand Court of Appeal non è sintomo del tanto temuto “attivismo giudiziario” ma è piuttosto un esempio della “coesistenza” tra potere politico e giudiziario.³⁶¹ Tuttavia, possiamo concludere che, sebbene la Corte sia stata “attiva” nel cogliere l’occasione del “vuoto normativo” sotto il profilo rimediabile per creare essa stessa rimedi, è stata, allo stesso tempo, molto cauta nell’usarli.³⁶²

III.6. Il futuro dei diritti fondamentali in Nuova Zelanda

Ebbene, al termine dell’analisi del sistema venutosi a creare a seguito dell’adozione del NZBORA è possibile trarre alcune conclusioni sul modello neozelandese di tutela dei diritti fondamentali.

Innanzitutto, si può definire come il modello che ha avuto più successo – oltre ad essere il più longevo tra i parliamentary bills of rights – e che, secondo alcuni, rappresenta al meglio il “new commonwealth model”.³⁶³ Inoltre, è anche quello più “stabile” godendo del supporto dei due principali partiti politici.³⁶⁴ Ha oramai acquisito, a differenza del Canadian Bill of Rights del 1960,³⁶⁵ un vero e proprio “status costituzionale” – sebbene le conseguenze pratiche di tale status debbano essere calibrate in base all’ordinamento “Westminster-based” in cui tale atto è stato adottato. Ad ogni modo, l’adozione di un catalogo scritto e l’impegno mostrato dalle corti nel provvedere a garantire la maggiore tutela possibile ai diritti ivi elencati, fa sì che, in pratica, le corti neozelandesi operino uno scrutinio simile a quello operato dalle corti in un sistema a costituzione scritta e rigida.³⁶⁶

Tuttavia rimane un “interpretative bill of rights” perché il ruolo principale del giudice è quello di interpretare ove possibile, la legge ordinaria in modo conforme ai diritti fondamentali. E tale posizione corrisponde al tradizionale ruolo che è assegnato al giudice di common law in un sistema informato alla supremazia del

³⁶¹ P. BUTLER, *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*, cit., p. 353.

³⁶² P. BUTLER, *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*, cit., p. 353.

³⁶³ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 129 e pp. 144-51.

³⁶⁴ S. GARDBAUM, *A Comparative Perspective on Reforming the New Zealand Bill of Rights Act*, (2014) 10 (4) *Policy Quarterly* pp. 33-38; in particolare, p. 34.

³⁶⁵ Di cui abbiamo parlato *supra* Cap. II; § II.3.1; 3.1.1).

³⁶⁶ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 146.

Parlamento: quello di interpretare la legge secondo precisi canoni ermenutici.³⁶⁷ Ciò è particolarmente rilevante in un sistema come quello neozelandese ove il nuovo dovere di interpretazione conforme introdotto dalla s 6 del NZBORA è stato ricondotto al classico principle of legality della tradizione britannica.

Vero è che, sebbene le corti neozelandesi non siano state così audaci come le cugine britanniche,³⁶⁸ oggi, grazie al NZBORA, il giudice neozelandese partecipa in modo diverso alla definizione del contenuto dei diritti fondamentali. Infatti, nell'iter decisionale è molto più frequente la considerazione della conformità o meno della norma in esame ai diritti fondamentali.³⁶⁹

Rimane però la tensione originaria tra la partecipazione delle corti alla determinazione in concreto del contenuto dei diritti fondamentali e il diritto esclusivo del Parlamento, in quanto organo elettivo, di definire tali diritti tramite legge ordinaria.³⁷⁰ Tale tensione si manifesta proprio nell'approccio che la giurisprudenza ha nei confronti dei nuovi strumenti forniti dagli statutory bill of rights: primo fra tutti, il dovere di interpretazione conforme. Oggi, tale conflitto parrebbe essere smorzato dal fatto che le corti neozelandesi non riconoscono in tale strumento un congegno tale da modificare sensibilmente la funzione che viene loro richiesta di svolgere in materia di diritti fondamentali. Prima del NZBORA i giudici erano chiamati ad interpretare la legge ordinaria presumendola sempre conforme ai diritti individuali; dopo il NZBORA devono fare lo stesso ma in virtù di una norma scritta. La positivizzazione della presunzione del principle of legality non autorizza i giudici ad andare oltre "lo scopo della norma". Non a caso, la s 6 impone di "preferire" l'interpretazione conforme tra i significati già noti della norma – non consente di ricercare il significato più conforme in generale.

Tuttavia, ove tale via non sia praticabile, le corti potranno dichiarare l'incompatibilità della legge ordinaria per violazione del NZBORA. Le corti neozelandesi hanno impiegato oltre vent'anni ad emettere la prima dichiarazione di incompatibilità,³⁷¹ ma tale dichiarazione, priva del principale effetto di invalidare la legge dichiarata incompatibile, non fa altro che rimarcare il ruolo

³⁶⁷ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 147.

³⁶⁸ Di cui parleremo ampiamente nel prossimo capitolo *infra* Cap. IV, § IV.4.

³⁶⁹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 147.

³⁷⁰ A. GEDDIS, B. FENTON, "Which is To Be Master?" – *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, cit., p. 777.

³⁷¹ Nel già noto caso *Taylor* [2015] NZHC 1706; *Attorney-General v Taylor* [2017] NZCA 215. Cfr, *supra* in questo capitolo § III.5, 5.3.1).

“deferente” dei giudici nei confronti del Legislativo, che mantiene l’ultima parola in materia di diritti fondamentali.³⁷²

Perciò, nonostante sia possibile rilevare una “deviazione” dal modello parlamentare puro,³⁷³ l’impatto di tale deviazione resta comunque minimo: il Parlamento rimane comunque il principale attore sulla scena dei diritti fondamentali nell’isola della grande nuvola bianca.³⁷⁴

³⁷² A. GEDDIS, B. FENTON, “Which is To Be Master?” – *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, cit., p. 778.

³⁷³ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 151.

³⁷⁴ S. GARDBAUM, *A Comparative Perspective on Reforming the New Zealand Bill of Rights Act*, cit., p. 38.

IV. IL REGNO UNITO

IV.1. Premessa - IV.2. La reticenza inglese: cinquant'anni di non incorporazione - IV.3. L'interpretazione della legge nel Regno Unito - IV.4. Le s 3 e s 4 dello Human Rights Act 1998: i due pilastri del “dialogo all'inglese” - 4.3.1) La s 3 e il dovere di interpretazione conforme nell'ordinamento britannico: tra entusiasmo e critiche - 4.3.2) La s 4 da “ultima risorsa” a rimedio preferito dai giudici - IV.5. A venti anni dallo Human Rights Act: com'è cambiato il rapporto tra giudici e legislatore

IV.1. Premessa

Il modello istituito dallo Human Rights Act 1998¹ nel Regno Unito si presenta diverso rispetto a quello neozelandese per una ragione fondamentale: la presenza della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU o Convenzione di Roma)² ed il rapporto con la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.³

IV.2. La reticenza inglese nei confronti della CEDU: lo Human Rights Act del 1998 dopo cinquant'anni di “non incorporazione”

Dunque, occorre in primo luogo affrontare il rapporto tra CEDU e Regno Unito dal punto di vista storico.

¹ Per una precisa analisi della genesi e delle conseguenze dello Human Rights Act 1998 sull'ordinamento britannico si veda S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., pp. 4-34.

² Firmata a Roma nel 1950 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, organismo internazionale costituito al termine della seconda guerra mondiale allo scopo di rafforzare la tutela dei diritti umani nel mondo. Il testo integrale della Convenzione è reperibile online sul sito <https://www.echr.coe.int/>, consultato il 21 maggio 2018. Cfr., B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit.

³ La Corte, cui spetta la competenza giurisdizionale per le violazioni della Convenzione – previa escussione dei rimedi nazionali - è disciplinata dal Titolo II, artt. 19-51 della Convenzione.

Nonostante, in qualità di potenza vincitrice della seconda guerra mondiale, avesse svolto un ruolo fondamentale nella redazione della Convenzione di Roma,⁴ il Regno Unito ha mantenuto, nei decenni che sono seguiti, un atteggiamento ambiguo e quasi diffidente nei confronti della Convenzione cui aveva contribuito a dare forma.⁵ Infatti, se da una parte il Regno Unito è stato il primo Stato a ratificare la CEDU nel 1951; dall'altra, l'ipotesi di una incorporazione piena della Convenzione sollevava molte preoccupazioni. In particolare, si temeva che venissero minate le principali caratteristiche della cultura politica e giuridica britannica, tra cui la sovranità del Parlamento, la “unwritten Constitution” ed un'economia fortemente centralizzata.⁶ Inoltre, la Convenzione era vista principalmente come uno strumento di tutela per i cittadini degli *altri* stati europei, che avevano vissuto le violenze e gli abusi dei regimi totalitari. Nel Regno Unito, la common law garantiva i diritti fondamentali dei sudditi di Sua Maestà in modo più che adeguato da oltre un millennio. Non a caso, il Regno Unito fu tra i paesi firmatari a chiedere (ed ottenere) che il diritto dei cittadini di ricorrere alla Corte di Straburgo (“right to petition”) fosse “opzionabile” dai singoli Stati al momento della ratifica.⁷

Tuttavia, non bisogna lasciarsi ingannare troppo dalla “reticenza” inglese. Infatti, sebbene “non incorporata”, secondo un'autorevole dottrina la CEDU ha svolto, fin dalla ratifica del 1951, un importante ruolo di supporto nello sviluppo di un nuovo approccio da parte dei giudici inglesi ai diritti fondamentali.⁸

⁴ Sul ruolo del Regno Unito nella redazione della Convenzione si veda G. MARSTON, *The United Kingdom's part in the preparation of the European Convention on Human Rights*, (1993) 42 *International and Comparative Law Quarterly* pp. 796-826.

⁵ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *Fundamentals Rights: The U.K. Isolated*, [1984] *Public Law* 47; p. 52.

⁶ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, (2006-07) 12 *Review of Constitutional Studies* pp. 53-82; p. 55.

⁷ Il Regno Unito stesso si è rifiutato per oltre un decennio di ratificare il rights to petition, riconoscendolo, dopo lunghe trattative, solo nel 1966. Così, A. LESTER, *Fundamental rightd. The United Kingdom isolated?* [1984] *Public Law*, pp. 47-72; p. 48-9 ove l'Autore riporta le ragioni dell'opposizione al right to petition riportate dal Foreign Secretary, Ernest Bevin, al Consiglio d'Europa: “[...] if individuals had a right to take alleged infractions of the Convention from the courts of this country to a Euroepan Court of Human Rights, the effect on our judicial system might be very serious. It was intolearable that the code of common law and statute law which had been built up in this country over many years should be made subject to review by an international court administering no defined system of law.” Sui retroscena politici che portarono a questa decisione si veda, LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *U.K. acceptance of the Strasbourg jurisdiction: what really went on in Whitehall in 1965*, [1998] *Public Law*, pp. 237-253.

⁸ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The utility of the Human Rights Act: a reply to Keith Ewing*, [2005] *Public Law* 249; p. 258. Tuttavia, non tutti concordano con la posizione di Lord Lester,

Il sistema inglese segue il già noto modello “dualistico” per cui le norme di diritto internazionale pattizio operano nell’ordinamento interno solo se riprodotte in una legge ordinaria del Parlamento.⁹ Perciò, la Convenzione veniva utilizzata esclusivamente come criterio ermeneutico “sussidiario” in caso di incompletezza degli statutes¹⁰ o di incertezza (“uncertainty”) delle regole di common law.¹¹ Successivamente, con l’adesione del Regno Unito alla Comunità europea,¹² già dagli anni Settanta era andata verificandosi una sorta di “incorporazione indiretta” della Convenzione tramite il diritto comunitario¹³ tanto che un diretto assorbimento della CEDU nel diritto inglese diventava sempre più necessario.¹⁴

ritenendo l’impatto del ricorso alla CEDU pre-HRA “minimal”, F. KLUG AND K. STARMER (QC), *Standing Back from the Human Rights Act: how effective is it five years on?*, [2005] *Public Law* 716. Inoltre, gli stessi Autori avevano affermato che tale uso della CEDU costituisse una “backdoor incorporation” ovvero, seppure formalmente la Conv nell’ordinamento interno poiché “entravano dalla porta sul retro”, cfr. F. KLUG AND K. STARMER (QC), *Incorporation through the back door?*, [1997] *Public Law* 223.

⁹ Anche in questo caso, per la tradizionale distinzione tra modello monistico e dualistico in diritto internazionale si rinvia a M. SHAW, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

¹⁰ E’ il c.d. requisito della “ambiguity of legislation” enucleato dalla House of Lords nel caso *Brind* [1991] UKHL 4, di cui si parlerà ampiamente nel prossimo paragrafo *infra* in questo capitolo § IV.2.

¹¹ F. KLUG AND K. STARMER (QC), *Standing Back from the Human Rights Act: how effective is it five years on?*, cit., p. 716.

¹² Avvenuta, com’è noto, nel 1972 con lo European Communities Act (ECA) 1972. Sul punto, si ricorda quanto detto supra Cap. I, § I.2.2 sul futuro dell’ECA 1972 a seguito della decisione di lasciare l’Unione Europea del 24 giugno 2016 da parte del Regno Unito (Brexit).

¹³ In virtù della s 2 dell’ECA 1972 e dei principi derivati dal Trattato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, proprio dagli anni ’70 la Corte di Giustizia ha ricondotto i diritti fondamentali nell’ambito delle fonti del diritto comunitario in quanto “parte integrante di principi generali del diritto, di cui essa garantisce l’osservanza”. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo human rights act 1998 e oltre*, cit., pp. 9-10; Corte Giust., Sentenza 13 dicembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfal*, C 44/79, EU:C:1979:290.

¹⁴ Un’eventuale incorporazione era ben vista dai più non tanto per ampliare la tutela dei diritti fondamentale, già più che soddisfacente in Inghilterra, piuttosto per consentire la “creazione di una giurisprudenza inglese sulla Convenzione che potesse influenzare gli orientamenti degli organi di Strasburgo.” In effetti, il Regno Unito arriva allo Human Rights Act non solo per allinearsi agli altri ordinamenti europei, ma soprattutto “al fine di regolare i rapporti con il Consiglio d’Europa e con i suoi organi di tutela dei diritti fondamentali e cercare una soluzione di co-gestione dei diritti dell’uomo fra livello nazionale ed europeo.” LORD BINGHAM OF CORNHILL, *The European Convention on Human Rights: time to incorporate*, cit., pp. 390-2.

Dopo un lungo dibattito,¹⁵ nel 1993, sotto il governo laburista, si arrivò ad una prima proposta di incorporazione che però non andò a buon fine.¹⁶ Il passo decisivo verrà fatto dal Primo Ministro Tony Blair a seguito della vittoria alle elezioni politiche del 1997.

Già durante la campagna elettorale, Blair aveva fatto della necessità dell'incorporazione della CEDU nel diritto interno un proprio vessillo politico,¹⁷ una volta eletto, mantenne la promessa presentando alle Camere il famoso White Paper "Rights Brought Home"¹⁸ e la relativa proposta di uno "Human Rights Bill"¹⁹ che diventerà, l'anno seguente, lo Human Rights Act 1998.²⁰

L'atto ha avuto una portata "rivoluzionaria" sia dal punto di vista giuridico che politico, innovando profondamente l'architettura costituzionale britannica ed il

¹⁵ Dibattito che iniziò nel 1966, quando il Regno Unito riconobbe la giurisdizione della corte di Strasburgo e si moltiplicarono in casi di condanna del Regno Unito per violazione della CEDU da parte della Corte di Strasburgo. Altro punto fondamentale fu il 1974, quando, nelle Hamlyn Lectures, Lord Scarman, giudice della House of Lords, si pronunciò a favore dell'incorporazione. Una prima proposta, dal titolo "Charter of Human Rights", venne presentata dal Labour Party National Executive Committee nel 1975 e, grazie al supporto di Lord Wade e Lord Harris, esponenti Liberal nella Camera Alta, venne presentata come 'bill' nel 1976 alla House of Lords. Nel draft bill del 1976 si prevedeva l'entrenchment della CEDU come parte della legislazione vigente. Tuttavia, il Select Committee of the House of Lords on a Bill of Rights, creato nel 1977 con il compito di valutare i pro ed i contro di un'eventuale incorporazione, espresse un parere negativo riguardo la Charter of Human Rights. In particolare, il Committee sollevò molti dubbi rispetto all'idea che, come conseguenza della Charter, ai giudici venisse attribuita l'esclusiva competenza a decidere gli "human rights cases". La paura era quella di minare la tradizionale imparzialità del Giudiziario, da sempre al di sopra delle questioni politiche, che invece si sarebbe ritrovato "invischiato" proprio in questioni di politica del diritto ("policy-making") LORD SCARMAN, *English Law- The New Dimension*, Hamlyn Lectures, 26th Series, Stevens, Londra, 1974; J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., pp. 6-9.

¹⁶ Invero, tale proposta, presentata da Lord Lester of Herne Hill, non passò oltre il first reading del Parlamento inglese. J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., p. 8.

¹⁷ In particolare, si ricorda il famoso consultation paper "Bringing Rights Home", presentato nel 1996 dallo Shadow Home Secretary, Jack Straw MP, e lo Shadow Minister for the Lord Chancellors Department, Paul Boateng MP, ove il principale argomento a favore dell'incorporazione della Convenzione era di natura pratica. Infatti, l'incorporazione nel diritto interno avrebbe "allow more cases to be dealt with at a much earlier stage in the legal process [...] and so reduce the degree of recours to Strasbourg", arginando così il numero di casi contro il Regno Unito davanti alla Corte EDU. Cfr., J. STRAW MP AND P. BOATENG MP, *Bringing Rights Home: Labour's Plans to Incorporate the European Convention on Human Rights into the United Kingdom* – A Consultation Paper (Labour Party, 1996).

¹⁸ Vedi, HOME OFFICE, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm 3782, 1997), *Preface by the Prime Minister*, consultabile online in <http://www.archive.official-documents.co.uk/>, (17 maggio 2018), cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento.

¹⁹ Vedi, HOME OFFICE, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm 3782, 1997), *Introduction and Summary*, cit.

²⁰ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., pp. 24-34.

sistema di tutela dei diritti fondamentali.²¹ Infatti, nonostante la natura di legge ordinaria ed i meccanismi inseriti nell'Atto per ribadire il formale rispetto per la supremazia del Parlamento,²² è pacificamente riconosciuto allo HRA lo status di "constitutional statute"²³ secondo i criteri enucleati dal Lord Justice Laws in *Thoburn*.²⁴ Secondo alcuni, con l'approvazione dello Human Rights Act l'Inghilterra si è avvicinata ad un assorbimento "quasi totale" della Convenzione rispetto ad altri Stati.²⁵

In particolare, per quel che qui interessa, lo HRA ha avuto un grande impatto sulla statutory interpretation, imponendo alle corti un nuovo obbligo ermeneutico – il dovere di interpretazione conforme della legge nazionale alla Convenzione (s 3) – e il potere delle Corti superiori di emettere una "declaration of incompatibility", ove non sia possibile l'interpretazione conforme (s 4). Ma procediamo con ordine. Sebbene il titolo esteso dell'Atto preveda come scopo quello di "dare ulteriore effetto ai diritti e alle libertà garantite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,"²⁶ i diritti convenzionali cui viene assicurata tutela dinanzi alle Corti nazionali non sono tutti quelli contenuti nella CEDU e nei relativi Protocolli, ma solo quelli indicati nella s 1 (1)²⁷ e riportati per esteso nella Schedule 1.²⁸ Viene inoltre specificato che questi "convention rights" hanno effetto nell'ordinamento interno "soggetti a tutte le deroghe e le limitazioni specificamente previste (si

²¹ D. MCGOLDRICK, *The United Kingdom's Human Rights Act 1998 in Theory and Practice*, cit., p. 901.

²² Tra cui spiccano la s 4 e la s 6 come vedremo più avanti in questo paragrafo.

²³ Cfr., W. WADE (SIR), *Opinion: Human rights and the Judiciary*, (1998) *European Human Rights Law Review* pp. 520-533; p. 532; D. NICOL, *The Human Rights Act and the politicians*, (2004) *Legal Studies* pp. 451-479; quest'ultimo però 'riconosce' lo status di 'constitutional statute' solo se lo schema di interazione tra giudici e legislatore tiene conto anche della reazione degli attori politici (*Ibidem*, p. 452).

²⁴ Per cui un'atto legislativo deve considerarsi un "constitutional statute" quando: "(a) conditions the legal relationship between the citizen and the state in some general overarching manner or (b) enlarges or diminishes the scope of what we now regard as fundamental constitutional rights". *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC (QBD Civ.) per Laws LJ at 62.

²⁵ In questo senso, B. CONFORTI, *L'applicabilità diretta e sistematica della Convenzione e la tutela del singolo*, cit., pp. 86-90.

²⁶ Human Rights Act 1998, "An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights".

²⁷ Human Rights Act 1998, s 1 (1).

²⁸ Human Rights Act 1998, Schedule 1, tra cui spiccano il divieto di tortura o altro trattamento inumano e degradante (art. 3); il diritto ad un equo processo (art. 6); il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8); la libertà di espressione (art. 10) e il divieto di discriminazione (art. 14).

vedano le ss 14 e 15).”²⁹ Non a caso molti dei diritti richiamati dalla s 1 dello HRA sono intesi come “qualified rights” – ovvero diritti relativi e non assoluti.³⁰

La successiva s 2, rubricata “Interpretation of Convention rights”, prevede che, nel giudicare una questione relativa ai convention rights, ogni corte o tribunale dello Stato debba tenere conto delle decisioni in qualsiasi momento emesse o pronunciate dagli organi di Strasburgo e, in particolare, di ogni “judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights” qualora sia rilevante per la decisione del caso concreto.³¹

Come notato da alcuni, lo scopo di questo “obbligo interpretativo” è stato quello di trovare un punto di “raccordo tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza di Strasburgo in ordine all’interpretazione di diritti convenzionali”,³² garantendo alle Corti nazionali di poter sviluppare un proprio approccio ai diritti della Convenzione e “dialogare”, così, con la Corte di Strasburgo.³³ Tale norma ha rappresentato un fondamentale punto di snodo nelle relazioni tra il Regno Unito e la Corte di Strasburgo. Infatti, basti ricordare che solo sedici anni dopo la firma ufficiale della Convenzione, il legislatore britannico ha riconosciuto il diritto individuale dei cittadini britannici a ricorrere per violazione dei propri diritti fondamentali alla Corte di Strasburgo (“right to petition”).³⁴

²⁹ Human Rights Act 1998, s 1 (2). Le ss 14 e 15 prevedono rispettivamente i casi di “designated derogations” e quelli di “designated reservations” in cui il Parlamento di Westminster può limitare l’applicabilità di un diritto convenzionale. Cfr., J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., pp. 43-4 e p. 56.

³⁰ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 34.

³¹ Human rights Act s 2 (1).

³² S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo human rights act 1998 e oltre*, cit., p. 36.

³³ HOME OFFICE, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill, 1997*, Cm 3782, § 2.5: “The Convention is often described as a “living instrument” because it is interpreted by the European Court in the light of present day conditions and therefore reflects changing social attitudes and the changes in the circumstances of society. In future our judges will be able to contribute to this dynamic and evolving interpretation of the Convention.” Sul dialogo nel Regno Unito di cui si parlerà ampiamente più avanti in questo capitolo, (di cui si è già parlato per il modello canadese *supra* Cap. II.3., § II.3.1., §§ 3.1.3), si veda F. F. DAVIS, *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, (2014) 67 *Parliamentary Affairs* pp. 137-150; pp. 142-144; T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, [2005] *Public Law* 306 e, per una critica attenta, I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 66 e ss.

³⁴ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *U.K. Acceptance of the Strasbourg Jurisdiction: What Really Went On in Whitehall in 1965*, cit.; pp. 251-3. Oggi tale diritto è disciplinato dalla s 11 dello Human Rights Act 1998.

Tuttavia, la particolare scelta lessicale (“*must take into account*”) ha posto non pochi problemi sul piano applicativo. Per quel che qui interessa, è condivisa l’opinione per cui le corti britanniche debbano si tenere di conto la giurisprudenza di Strasburgo, ma non siano vincolate a seguirla.³⁵ Bensì devono tenerne conto nei limiti in cui essa è rilevante ai fini della soluzione della questione pendente.³⁶ Lo scopo della disposizione è quello di assicurare che il livello nazionale di tutela dei convention rights sia il più possibile uniforme a quello assicurato dalla Corte di Strasburgo,³⁷ onde evitare macroscopiche differenze tra i due livelli di tutela che

³⁵ Così la decisione unanime della House of Lords in *R v Horncastle* [2009] UKSC 14.

³⁶ Il problema che la s 2 deve arginare è appunto quello di raccordare la giurisprudenza interna con quella di Strasburgo, permettendo da una parte, di evitare che la decisione dei giudici nazionali incorra nella sanzione di Strasburgo, perché si discosta irragionevolmente dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU. Dall’altra, garantisce il formarsi di una giurisprudenza ‘domestica’ sui diritti fondamentali, in grado di ‘interloquire con la case law della Corte di Strasburgo’. Tuttavia, i termini generali in cui è stata formulata, hanno rimesso alle corti l’onere dell’individuazione del contenuto concreto della norma e l’approccio delle corti britanniche è stato piuttosto ondivago. Un punto fermo è costituito però dalla definizione di “giurisprudenza rilevante” ai fini della s 2 espressa da Lord Slynn in *Alconbury*: “Although the Human Rights Act 1998 does not provide that a national court is bound by these decisions it is obliged to take account of them so far as they are relevant. In the absence of some special circumstances it seems to me that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of Human Rights. If it does not do so there is at least a possibility that the case will go to that court which is likely in the ordinary case to follow its own constant jurisprudence.” (*R v Secretary of State for Environment, Transport and the Regions; Ex parte Alconbury Developments Ltd* [2001] UKHL 23 at 26). Nel corso del primo decennio dall’entrata in vigore dello HRA, l’orientamento prevalente in seno alla House of Lords era quello di una “forte adesione” alla giurisprudenza convenzionale, che si è cristallizzato nel c.d. “mirror principle”, per cui gli obblighi derivanti dallo HRA per le PA riflettono gli obblighi internazionali del Regno Unito derivanti dalla Convenzione di Roma. (Cfr. Lord Nicholls in *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Ex parte Quark Fishing Ltd* [2005] UKSC 57 at 34). Per gli ultimi sviluppi sulla s 2 e relativa giurisprudenza, si rinvia a: E. BJORGE, *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, Oxford, Oxford University Press, 2015; E. BJORGE, *The Courts and the ECHR: a principle approach to the Strasbourg jurisprudence*, (2013) 72 (2) *Cambridge Law Journal*, pp. 289-300; M. AMOS, *The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Courts of Human Rights*, (2012) 61 (3) *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 557-584; E. BJORGE, *Exceptionalism and Internationalism in the UK Supreme Court: Horncastle and Cadder*, [2011] *Public Law* 475; R. MASTERMAN, *Taking Strasbourg jurisprudence into account: developing a ‘municipal law of human rights’ under the Human Rights Act*, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 907-931; R. MASTERMAN, *Section 2(1) of the Human Rights Act 1998: Binding Domestic Courts to Strasbourg?* [2004] 12 *Public Law* 725.

³⁷ Così, per evitare che le corti nazionali formassero un loro “autonomous meaning of Convention rights”, in *Ullah* la Supreme Court, per bocca di Lord Bingham, articolò ulteriormente il mirror principle, fissando il criterio generale da seguire nell’interpretazione ex s 2: “[...] the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court. From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less” (*R v Special Adjudicator; Ex parte Ullah* [2004] UKSC

26 (*Ullah*) at 20 per Lord Bingham). In altre parole, nel guardare alla giurisprudenza di Strasburgo, le corti nazionali sono tenute a tenere il passo con la Corte EDU e con la sua giurisprudenza che evolve nel tempo: niente di più, niente di meno. Sebbene la Supreme Court sia occasionalmente “andata oltre” la linea giurisprudenziale di Strasburgo (ad esempio, si vedano: *Re G* [2008] UKHL 38; *EM (Lebanon) v Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 64), lo *Ullah* principle è stato generale interpretato nel senso di imporre una rigida adesione alla giurisprudenza di Strasburgo. Addirittura, Lord Brown ha proposto una riformulazione del principio *Ullah*, suggerendo che: “last sentence could as well have ended: ‘no less, but certainly no more’”, a sottolineare che un’interpretazione domestica più favorevole dei diritti convenzionali poteva causare danni maggiori di un’interpretazione meno garantista (*Al-Skeini and others v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26 at 106). Non a caso Lord Rodger in *Secretary of State for the Home Department v AF (No 3)* [2009] UKHL 28 at 98 ha motivato la decisione della Corte affermando: “Strasbourg has spoken, the case is closed.” Tuttavia, negli ultimi anni è emersa la tendenza delle corti inglesi a discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo. Ne è un esempio il già noto caso *R v Horncastle* [2009] UKSC 14 ove la Supreme Court ha rigettato l’appello che sosteneva che la condanna penale in base a “hearsay evidence” violasse l’articolo 6 della CEDU. In particolare, gli appellanti citavano la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* (2009) (Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 15 dicembre 2011, ricorsi n. 26766/05 e 22228/06), ove dichiarato illegittima la condanna dei ricorrenti perché fondata esclusivamente su “hearsay evidence” senza possibilità di contraddittorio perché in violazione del diritto ad un equo processo ex art. 6 CEDU. La Supreme Court ha giustificato la “deviazione” dalla giurisprudenza di Strasburgo perché la Corte europea non aveva tenuto in considerazione le: “safeguards against an unfair trial that exist under the common law procedure. Nor ... can the Strasbourg Court have given detailed consideration to the English law of admissibility of evidence, and the changes made to that law, after consideration by the Law Commission, intended to ensure that English law complies with the requirements of article 6(1) and (3)(d).” (*R v Horncastle* [2009] UKSC 14 at 107-8). Ancora, nel 2011, la Baroness Hale (oggi prima donna Presidente della Supreme Court) ha espresso il timore che “il mirror principle in *Ullah* e *Al-Skeini* suggerisce una posizione di deferenza [nei confronti della Corte di Strasburgo] che rende difficile un dialogo fruttuoso tra le due corti.” Più recente è invece la critica mossa ad *Ullah* da Lord Kerr in *Ambrose v Harris*. Egli ha criticato una particolare conseguenza del principio “no more-no less”, da lui definita “*Ullah*-type reticence”, ovvero quel particolare atteggiamento “reticente” che le corti nazionali hanno adottato dopo *Ullah*. Da una tale reticenza deriva il “divieto [per le corti nazionali] di anticipare gli eventuali sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo”, che impedisce alle corti interne di “arrivare dove la Corte di Strasburgo non è ancora arrivata”. (*Ambrose v Harris* [2011] UKSC 43, at 126). E ancora, durante la sua partecipazione alle Hamlyn Lectures nel 2013, Lord Justice Laws ha definito *Ullah* una “wrong turning in our law”. Nonostante le critiche, il principio di *Ullah* rimane invariato e la Supreme Court non è tornata sull’argomento in decisioni recenti – o, per lo meno, non lo ha fatto espressamente. Ne ha tuttavia “testato i limiti” nel recentissimo caso in materia di eutanasia e suicidio assistito, *R v Ministry of Justice; Ex parte Nicklinson* [2014] UKSC 38 (*Nicklinson*). In *Nicklinson*, caso già di per sé molto complesso data la delicatezza della questione, la maggioranza della Supreme Court ha affermato che la valutazione della compatibilità con l’art. 8 CEDU della legislazione nazionale che vieta e punisce il suicidio assistito rientra nel margine di apprezzamento riconosciuto da Strasburgo ai singoli Stati. Pertanto, nel caso di specie: “[...] the national courts therefore must decide the issue for themselves, with relatively unconstraining guidance from the Strasbourg court, albeit bearing in mind the constitutional proprieties and such guidance from the Strasbourg jurisprudence, and indeed our own jurisprudence, as seems appropriate.” Inoltre, con riferimento ad *Ullah*, Lord Neuberger P, che ha redatto il judgment della Corte, ha precisato che “it does not appear to me that the dictum quoted above from *Ullah* is on point.” (*Nicklinson* [2014] UKSC 38, at 70 per Lord Neuberger P). Pertanto, sebbene non espressamente “overruled”, all’indomani di *Nicklinson* la portata del principio formulato da Lord Bingham in *Ullah* richiamato è stata sicuramente ridimensionata. Cfr. LADY HALE, *Argentoratium Locutum: Is the Supreme Court supreme?* (2012) 12 *Human Rights Law Review* pp. 65-78, p. 78; LORD JUSTICE LAWS (SIR), *The Common Law and Europe*, (2013) *The Hamlyn Lectures*, 27 November 2013, § 26. In particolare, per un’attenta analisi di *Nicklinson*: N. FERREIRA, *The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg*, [2015] *Public Law* 367.

favorirebbero il ricorso alla Corte di Strasburgo -a scapito delle corti nazionali- da parte dei cittadini inglesi.³⁸

In quest'ottica, la successiva s 3 (1) impone alle Corti "per quanto possibile", di leggere ed applicare la legislazione nazionale in un modo "compatibile" con i diritti della Convenzione.³⁹ Laddove, poi, una Corte inglese⁴⁰ ritenga impossibile conciliare il significato della legge oggetto del suo esame con le disposizioni della Convenzione, le viene conferita la possibilità di emanare ai sensi della s 4 (1) una "declaration of incompatibility" (DI).⁴¹

Si noti che i redattori dello HRA hanno esplicitato nel testo stesso dall'Atto la previsione del potere delle corti di emettere una dichiarazione di incompatibilità, eliminando alla radice i problemi che abbiamo visto affrontare alle corti neozelandesi.⁴²

Tale "dichiarazione di incompatibilità", nonostante possa applicarsi anche a legislazioni o atti normativi precedenti all'entrata in vigore dello Human Rights Act, non inficia la validità delle norme, che rimangono vigenti, tanto che il giudice dovrà comunque applicarle nel caso concreto, nonostante l'acclarata incompatibilità.⁴³ Una tale dichiarazione è priva di efficacia anche nei confronti delle parti del giudizio in cui viene pronunciata.⁴⁴ Ciononostante, la DI sarà di grande supporto per perorare la causa dinanzi alla Corte di Strasburgo, costituendo così, allo stesso tempo, un pressante incentivo per il Governo ad intervenire quanto prima per rimediare alla violazione acclarata dalla giurisprudenza.

Ove la Corte emetta una dichiarazione ex s 4, il Parlamento potrà intervenire per porre rimedio all'incompatibilità rilevata in sede giurisprudenziale oppure, in presenza di motivi cogenti ("compelling reasons"), potrà agire il Governo con un "remedial order", previa autorizzazione del Parlamento.⁴⁵ Quando sussistono condizioni di particolare urgenza, il Governo può intervenire tramite un procedura

³⁸ J. WADHAM, H. MOUNTFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., p. 63.

³⁹ Human Rights Act (1998), s 3 (1).

⁴⁰ Human Rights Act (1998), s 4 (5).

⁴¹ Human Rights Act (1998), s 4 (2).

⁴² Vedi *supra* III.5, § 5.3, 5.3.1).

⁴³ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., pp. 73-80.

⁴⁴ Human Rights Act (1998), s 4 (6).

⁴⁵ Human Rights Act (1998), s 10 (2). Così S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 77.

abbreviata (“fast track procedure”), adottando un remedial order senza l’autorizzazione del Parlamento, che però dovrà essere approvato dalle Camere entro centoventi giorni dall’adozione.⁴⁶ La s 4 è stata ritenuta un “buon compromesso” tra “judicial supremacy” e “legislative supremacy”, poiché assicura alle corti un maggiore ruolo nella garanzia dei diritti e, allo stesso tempo, mantiene fermo il principio cardine della “parliamentary sovereignty”.⁴⁷

Altro punto centrale dell’Atto è la s 6 che introduce l’espresso divieto per qualsiasi Pubblica Autorità (“public authority”)⁴⁸ “to act in a way that is incompatible with

⁴⁶ Human Rights Act 1998, Schedule 2, s 4 (4). S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 77. J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., pp. 104-106. Inoltre, si ricorda che la s 10 che attribuisce al Governo una via preferenziale e più celere per intervenire prontamente a seguito di una dichiarazione giudiziale ex s 4 potendo introdurre all’esame delle Camere un “remedial order” che verrà scrutinato dal PJCHR secondo la “resolatory procedure” prevista dalla Schedule 2, s 2 dello HRA 1998 che prevede che il remedial order venga approvato dalle due Camere del Parlamento entro sessanta giorni dal giorno in cui è stato presentato (s 2 (a)) o, in caso di particolare urgenza e su richiesta del Ministro proponente, il provvedimento potrà essere direttamente adottato, ma dovrà essere comunque confermato dalle Camere entro centoventi giorni dall’adozione (s 4 (4)). Cfr. Human Rights Act 1998, s 10 (2). D. MCGOLDRICK, *The United Kingdom’s Human Rights Act 1998 in Theory and Practice*, cit., pp. 923-925

⁴⁷ Così, A. BASILICO, *Tra giurisprudenza inglese e diritti europei: quattro sentenze della nuova Supreme Court*, 02.07.2010, pp. 1-28, p. 2, reperibile online sul sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>, (18 maggio 2018); S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 73-80. Anche se non tutti si sono mostrati entusiasti della soluzione trovata. Infatti, Hickman, nel commentare il NZBORA e l’assenza di una generale competenza delle corti ha dichiarato l’incompatibilità, ha criticato aspramente la soluzione inglese. Infatti, secondo l’Autore, la s 4 è “ingiusta” per tre motivi. In primo luogo, è ingiusta perché nega qualsiasi rimedio alle vittime della violazione, prevedendo l’applicazione della legge viziata. E una tale mancanza è profondamente contraria alla dottrina costituzionale britannica classica. Per Hickman infatti, gli stessi Bentham e Dicey si trovavano d’accordo sul fatto che, in caso di violazione dei diritti fondamentali, al singolo spettava il diritto di agire in giudizio e ottenere un rimedio. In secondo luogo, è ingiusta perché costituisce un motivo valido per agire in giudizio, in quanto, non garantendo un rimedio effettivo, finisce per costituire, assieme al costo particolarmente elevato della giustizia, un deterrente per i cittadini più che un incentivo. Infine, è ingiusta perché comunque non garantisce pienamente neanche la supremazia del Parlamento, che interviene pur sempre su input delle corti. T. HICKMAN, *The New Zealand Bill of Rights Act: going beyond declarations*, (2014) 10 (4) *Policy Quarterly*, pp. 39-45; pp. 41-2.

⁴⁸ In linea di massima, per “public authority” si intendono tutti quei soggetti le cui funzioni abbiano natura pubblica purchè tale sia anche la natura dell’atto posto in essere. Così, S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., pp. 81. Sulle differenti accezioni della locuzione “public authorities” (“core public authorities”, “hybrid public authorities” o “functional public authorities”), che non possono essere qui trattate per ovvie ragioni, si rinvia a J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., pp. 66-70; A. WILLIAMS, *Public Authorities: What is an Hybrid Public Authority under the HRA?*, in D. HOFFMAN (ED.), *The Impact of the UK Human Rights Act on private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; pp. 48-65; MINISTRY OF JUSTICE, *The Human Rights Act 1998: The Definition of Public Authorities. Government’s Response to the Joint Committee on Human Rights’ Ninth Report of Session 2006-7*, Cm 7726, 2009.

Convention rights”, ivi comprese le Corti ma non il Parlamento.⁴⁹ La portata applicativa di questo nuovo obbligo è molto ampia: ogni organo che eserciti un potere pubblico ha l’obbligo giuridico di esercitarlo in conformità ai convention rights. Tuttavia, l’incompatibilità non sussiste se la pubblica autorità non avrebbe potuto agire altrimenti in virtù di una legge ordinaria o qualora abbia agito in forza di disposizioni di legge ordinaria e non, che non possono essere interpretate in modo compatibile con la Convenzione.⁵⁰

Qui traspare l’impronta del Westminster model: l’unico limite alla s 6 (1) è costituito dalla supremazia del Parlamento.⁵¹ Non a caso la Supreme Court ha ritenuto la s 6 (2) una “primary legislation defence”⁵², ovvero una causa esonerativa dell’obbligo ex s 6 a favore della PA. Per cui ove la legge ordinaria che attribuisce quel determinato potere alla PA non possa essere interpretata compatibilmente con la Convenzione, l’attività amministrativa che ne consegue non potrà essere giustiziabile.

Ad ogni modo, tale defence è utilizzata raramente perché, nella pratica, sarà quasi sempre possibile interpretare le norme che conferiscono un determinato potere pubblico in modo compatibile con la CEDU.⁵³ Inoltre, sebbene il divieto ex s 6 (1) riguardi anche le “omissioni” dalle quali derivi una violazione della Convenzione (“failure to act”),⁵⁴ la s 6 (6) (a) esclude che il “failure to legislate” possa essere fatto valere dinanzi ad una corte.⁵⁵

Al di fuori di questi casi, laddove si verifichi una violazione di uno dei diritti riconosciuti ai cittadini britannici dalla CEDU a seguito di un’attività posta in essere da una pubblica autorità, la Convenzione potrà essere invocata nel giudizio pendente, indipendentemente dalla natura del giudizio. Al giudice, poi, spetterà di

⁴⁹ Human Rights Act 1998, s 6 (3).

⁵⁰ Human Rights Act, s 6 (2).

⁵¹ J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., p. 53.

⁵² *R v Secretary of State for Work and Pension; Ex parte Hooper* [2005] UKHL 29.

⁵³ Anche perché, si rammenta che ove non ottemperino le PA, saranno le corti a “rimediare”. Infatti, le corti, in quanto pubbliche autorità, sono esse stesse sottoposte al dovere di agire conformemente alla Convenzione e quindi cercheranno, per quanto possibile, il significato della legge che permetta alla PA di agire in conformità con la Convenzione. J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., p. 53.

⁵⁴ Human Rights Act, s 6 (6) ove si precisa che “An ‘act’ includes a failure to act”.

⁵⁵ Human Rights Act, s 6 (6) (a) – “An ‘act’ includes a failure to act but does not include a failure to—introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation.” Cfr., J. WADHAM, H. MOUNTIFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., p. 54.

decidere se la violazione sussiste o meno e, in caso positivo, la s 8 (1) gli attribuisce il potere di adottare tutti i rimedi a sua disposizione che ritiene “equi ed opportuni”⁵⁶ - ivi compreso il risarcimento del danno ove la corte abbia tale competenza secondo le norme processuali.⁵⁷

Infine, memori di quanto detto rispetto al sistema neozelandese,⁵⁸ anche nell’Atto del 1998 è previsto l’obbligo di una “dichiarazione di compatibilità” alla s 19 (“statement of compatibility” – SOC).⁵⁹ Ai sensi di questa disposizione, il Ministro responsabile di un disegno di legge è obbligato, al momento della seconda lettura, a rendere una dichiarazione di compatibilità della proposta alla Convenzione⁶⁰ oppure deve dichiarare che, sebbene non sia in grado di affermarne la compatibilità, il Governo desidera comunque che la Camera proceda all’esame del disegno di legge.⁶¹ A differenza del caso neozelandese,⁶² il meccanismo di “parliamentary scrutiny” nel Regno Unito è piuttosto efficace. Ciò grazie alla tempestiva istituzione di due organi ad hoc⁶³ competenti per tutte le questioni inerenti i diritti umani nel Regno Unito: il Parliamentary Joint Committee on Human Rights (“PJCHR”, attivo dal 2001)⁶⁴ e la Commission for Equality and

⁵⁶ Human Rights Act 1998, s 8 (1). Tale scelta differisce in modo lampante dal modello neozelandese. Ciò è dovuto al fatto che il sistema CEDU (Convenzione e Corte di Strasburgo) esercita un controllo più penetrante sugli Stati Parte, richiedendo a ciascuno di essi la preesposizione di rimedi effettivi in caso di violazione dei diritti. Altrimenti provvederà Strasburgo a sanzionare lo Stato con una sentenza di condanna. Perciò l’incentivo ad includere “almeno” il risarcimento dei danni era sicuramente più forte nel caso inglese. M. TAGGART, *Tugging on Superman’s Cape: Lessons from Experience with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, [1998] *Public Law* 266.

⁵⁷ Human Rights Act 1998, s 8 (2).

⁵⁸ Vedi *supra* Cap. III.1, § III.1.2.

⁵⁹ Human Rights Act 1998, s 19. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., pp. 117-124.

⁶⁰ Human Rights Act 1998, s 19 (1) (a).

⁶¹ Human Rights Act 1998, s 19 (1) (b). Questa seconda ipotesi è nota anche come “nevertheless statement” poichè *nonostante* l’impossibilità di rendere la dichiarazione di cui alla subsection precedente, si chiede di procedere comunque. Per una guida pratica sulla redazione delle statement of compatibility e nevertheless statements si veda, CABINET OFFICE SECRETARIAT, *Human Rights Act 1998 Guidance to Departments* (2000).

⁶² M. TAGGART, *Tugging on Superman’s Cape: Lessons from Experience with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, cit., pp. 272-3.

⁶³ Del tutto assenti nel sistema neozelandese; mentre, come vedremo *infra* Cap. V; § III.V.4; 4.3) in Australia il Sistema di comitati e commissioni parlamentari con poteri di report relativi ai disegni di legge presentati dal Governo è presente fin dagli anni Settanta; cfr. S. STEPHENSON, *Constitutional reengineering: Dialogues’s migration from Canada to Australia*, (2013) 11 (4) *ICON –International Journal of Constitutional Law*, pp. 870-897; pp. 883-4 e pp. 889-893.

⁶⁴ Tale organo era già previsto nel manifesto labour del 1997, *Labour and Liberal Democrat Joint Consultative Committee on Constitutional Reform*, ove si raccomandava appunto l’istituzione di una commissione che avesse esclusiva e speciale competenza nelle questioni di diritti umani. A tale raccomandazione è stato dato seguito 2000, quando è stato appunto istituito il Parliamentary

Human Rights (istituita nel 2006 e oggi nota come “Equality and Human Rights Commission” o “EqHRC”).⁶⁵

Il primo è un organo bicamerale che svolge alcune funzioni essenziali quali condurre inchieste su questioni inerenti ai convention rights; produrre reports al fine di assistere il Governo e il Parlamento sulle iniziative di legge da adottare; verificare periodicamente l’ottemperanza del Regno Unito agli obblighi derivanti dalla Convenzione e considerare le proposte di remedial orders ex s 10 HRA.⁶⁶ La seconda invece è un ente pubblico ed indipendente (“non-departmental public body”), composto da dodici Commissioners e un Chair, nominati dal Ministry for Women and Equality.⁶⁷ Nella pratica, la EqHRC si avvale di sei diversi “advisory committee”, tra cui spiccano lo Scotland Committee e il Wales Committee, che coadiuvano la Commissione nello svolgimento delle sue funzioni a livello locale e il Disability Advisory Committee, che fornisce supporto alla EqHRC in materia di discriminazione basata sulla disabilità.⁶⁸

Per quanto riguarda il PJCHR – nato proprio a seguito dell’adozione dello HRA-, nonostante le iniziali difficoltà a trovare una collocazione “utile ad incidere sull’iter legislativo”,⁶⁹ esso si è affermato come un organo fondamentale nel nuovo sistema di tutela dei diritti post- HRA. Infatti, grazie all’efficace e attento “legislative scrutiny” che ha condotto negli anni - tra cui spicca il controllo sulla compatibilità dei disegni di legge governativi ex s 19 - si sono sviluppate peculiari

Committee on Human Rights. HOME OFFICE, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*, 1997, Cm 3782, §§ 3.6-3.7 e 3.8.10.

⁶⁵ L’istituzione della Commission si deve anche al prezioso contributo del PJCHR, che, nel 2002, ha prodotto un interim Report, segnalando la necessità di istituire una *Human Rights Commission*. Dopo che il Governo aveva annunciato a più riprese l’imminente istituzione di tale organo (nel 2003 e nel 2004, con il *White Paper: Fairness For All*), nel febbraio del 2006 è stato adottato l’Equality Act che prevede un’unica commissione in cui sono confluite le precedenti Equal Opportunities Commission, Commission for Racial Equality e Disability Rights Commission. PARLIAMENTARY JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *Twenty-second Report, The Case for a Human Rights Commission: Interim Report*, HL Paper 160 (2001-02); ID., *Sixth Report, The Case for a Human Rights Commission*, HL 67- I (2003-04); DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *White Paper: Fairness For All: A New Commission for Equality and Human Rights*, Cm 6185 (2004).

⁶⁶ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 121.

⁶⁷ Si veda il “Governance manual” della EHRC reperibile online sul sito <https://www.equalityhumanrights.com/> (5 luglio 2018).

⁶⁸ Gli altri due sono lo Audit and Risk Assurance Committee (ARAC) e lo Human Resources and Remuneration Committee (HRRC). La composizione e le funzioni specifiche degli advisory committee sono contenute nell’Equality Act 2006 e nel Governance Manual della EHRC.

⁶⁹ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 122.

modalità con cui i diversi dipartimenti governativi hanno attuato l'obbligo ex s 19, favorendo la prassi di allegare articolate motivazioni al "compatibility statement", ben al di là degli scarni criteri previsti dalla norma.⁷⁰

Sebbene l'impatto dei reports del PCJHR rimanga limitato, il prestigio e l'attività del Committee è tenuto in grande considerazione sia durante l'iter legislativo⁷¹ che in caso di azione davanti alle corti.⁷² E' possibile affermare che uno degli scopi dello HRA sia stato raggiunto: "[...] to improve awareness of human rights issues throughout our society".⁷³

Pertanto, possiamo dire che lo Human Rights Act ha rappresentato "lo strumento attraverso cui il Regno Unito ha regolato i propri rapporti con il sistema di salvaguardia dei diritti previsto dalla Convenzione europea"⁷⁴ oltre che "un elenco di diritti che i consociati possono far valere in giudizio dinanzi alle corti domestiche".⁷⁵

⁷⁰ I. LEIGH, L. LUSTGARTEN, *Making Rights Real: the Human Rights Act in its First Decade*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 36-38. Lo stesso Lord Lester of Herne Hill (QC) ha affermato: "Human rights scrutiny is now systematic, influencing the preparation of legislation in Whitehall and the legislative process itself." Cfr., LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The Human Rights Act – five years on*, cit., p. 262.

⁷¹ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *Parliamentary Scrutiny of Legislation under the Human Rights Act 1998*, [2002] *European Human Rights Law Review* 432.

⁷² Sia per i reports del PJCHR e della CEHR che per le dichiarazioni di compatibilità ex s 19 HRA 1998 vale la regola ermeneutica espressa in *Pepper (Inspector of Taxes) v Hart* [1992] UKHL 3, ove si è affermata per la prima volta la possibilità di ricorrere ai lavori preparatori prodromici all'adozione di un determinato atto legislativo in sede di statutory interpretation. In particolare, potrà essere una risorsa preziosa per le corti nella ricostruzione ex s 3 HRA della legislazione nazionale. Non a caso in *Wilson v First County Trust* è stato stabilito che non c'è alcun divieto "costituzionale" circa l'uso dei dibattiti parlamentari ove si faccia questione di compatibilità di una legge ordinaria alla CEDU. Tuttavia, alcune modalità di impiego di tale materiale potevano essere considerate costituzionalmente illegittime. Ad esempio, alla corte è vietata la valutazione in merito alla qualità o alla congruità delle ragioni portate dai deputati a sostegno di un determinato disegno di legge. Ciò perché tale valutazione spettava esclusivamente all'assemblea legislativa nel suo insieme. In ogni caso, come ha affermato la House of Lords in *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25, sia i reports del PCJHR e della EHRC che le SOC ex s 19 non sono vincolanti per il giudice e il ricorso ad essi è assolutamente discrezionale. I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit.; p. 55. Sul rapporto tra SOC e iter decisionale del giudice, F. KLUG, *The Human Rights Act, Pepper v Hart and all that*, [1999] *Public Law* 246; A. KAVANAGH, *Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory*, (2014) 34 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* pp. 443-479; p. 449.

⁷³ F. KLUG AND K. STARMER (QC), *Standing Back from the Human Rights Act: how effective is it five years on?*, cit., p. 717 citando Lord Irvine of Lairg che in sede di dibattito parlamentare affermò: "Our courts will develop human rights throughout society. A culture of awareness of human rights will develop."

⁷⁴ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 35.

⁷⁵ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 52.

Allo stato attuale, la sorte dello Human Rights Act è piuttosto dubbia. Infatti, nel Regno Unito si è assistito ad una crescente contrarietà allo Human Rights Act, tanto che “rottamare” lo Human Rights Act in favore di un “Bill of Rights” di matrice britannica simile all’omonimo di qualche secolo prima ha occupato il manifesto politico del partito Conservatore dalla fine degli anni Duemila in poi. Non a caso, già sotto il governo Brown era stata presentata una proposta che prevedeva il mantenimento dello Human Rights Act con l’aggiunta di un nuovo “Bill of Rights and Responsibilities” che integrasse l’Atto del 1998.⁷⁶ Con l’ascesa di David Cameron a leader dei Tories, la proposta di Brown è accantonata perché ritenuta “troppo misurata” e nei due manifesti elettorali delle ultime elezioni politiche del 2010 e del 2015 veniva “promessa”⁷⁷ la vera e propria abrogazione dello HRA.

Ad oggi, complice anche l’inaspettata uscita del Regno Unito dall’Unione europea che ha comportato le dimissioni anticipate di Cameron stesso, nessuna misura è stata presa,⁷⁸ ma il futuro dello Human Rights Act rimane comunque incerto.⁷⁹

IV.3. L’interpretazione della legge nel Regno Unito

Come abbiamo visto, lo HRA è a pieno titolo un “constitutional statute” e come tale, hanno argomentato alcuni, dovrebbe beneficiare di un “generous approach to interpretation” al momento della sua applicazione pratica in modo da garantire un

⁷⁶ Vedi, MINISTRY OF JUSTICE, *Rights and Responsibilities: Developing our Constitutional Framework*, Cm 7577, (march 2009), reperibile online sul sito <http://www.official-documents.gov.uk/>, (18 maggio 2018).

⁷⁷ CONSERVATIVE PARTY MANIFESTO 2010, *An invitation to join the government of Great Britain*; CONSERVATIVE PARTY MANIFESTO 2015, *Strong Leadership. A clear economic plan. A brighter, more secure future*, entrambi reperibili sul sito <https://www.conservatives.com/>, (4 luglio 2018).

⁷⁸ L’unica misura concreta che si è avuta è stata l’istituzione di una “Commission on a Bill of Rights”, presieduta da Sir Leigh Lewis, come parte dell’accordo di coalizione del Governo Cameron-Clegg nel 2010. Dopo le due sedute nel giugno del 2011, la Commissione ha pubblicato il “Second Consultation Paper” nel dicembre del 2012, in cui è stata resa nota l’impossibilità di giungere ad un accordo tra i membri della Commissione (i quattro membri nominati da Cameron spingevano per l’abrogazione dello HRA mentre i quattro membri nominati da Clegg erano contrari all’abrogazione, ritenendo lo HRA un’ottima soluzione) su di un eventuale disegno di legge di modifica della HRA 1998. Cfr. COMMISSION ON A BILL OF RIGHTS, *An UK Bill of Rights? The Choice Before Us*, Second Consultation Paper, December 2012, reperibile online sul sito <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/>, consultato il 5 luglio 2018.

⁷⁹ J. WADHAM, H. MOUNTFIELD (QC), E. PROCHASKA, R. DESAI, *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act 1998*, cit., pp. 16-22.

maggior tutela ai diritti fondamentali dei cittadini.⁸⁰ In ragione di ciò, le corti dovrebbero discostarsi dall'approccio ermeneutico classico ("statutory interpretation") e cercare strumenti ermeneutici nuovi. Principale strumento innovativo è stata appunto la s 3 dello HRA. Prima di passare all'analisi del nuovo obbligo ermeneutico, occorre illustrare, seppure in modo molto sintetico, i principi cardine dell'interpretazione della legge nel Regno Unito.⁸¹

L'approccio ermeneutico classico è, pur con alcuni temperamenti, un approccio restrittivo, alla cui base sta la c.d. "literal rule" (anche nota come "grammar rule" o "plain meaning rule") per cui "l'interprete deve innanzitutto attribuire ad una determinata disposizione il senso reso palese dal tenore letterale delle parole".⁸² Ad essa si affiancano altre regole, tra cui ricordiamo la "golden rule", che consente di discostarsi dal significato ordinario della norma se questo porta ad esiti assurdi o ingiusti e la "mischievous rule", per cui il giudice può interpretare la norma in modo tale da eliminare la specifica carenza ("mischievous") che aveva spinto il legislatore ad emanare quella determinata legge.⁸³ Quest'ultima permette di ricercare lo scopo della norma ("purpose"), configurando quella che oggi è definita "interpretazione teleologica" ("purposive interpretation").⁸⁴ Per quanto non sia possibile trattare esaustivamente l'argomento, ai fini di questo lavoro occorre notare che non sempre scopo della norma ("legislative purpose") e intenzione del legislatore ("intention of Parliament") coincidono.⁸⁵ Ad esempio, promulgando lo HRA, il Parlamento ha inteso rendere direttamente giustiziabili i diritti CEDU (e questo è il

⁸⁰ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 60. Tra i più autorevoli di una tale posizione, si ricorda Lord Wilberforce, che in *Minister of Home Affairs v Fisher* ha affermato che un constitutional statute necessita di: "[...] principles of interpretation of its own, suitable to its character [...] (requiring a) generous interpretation avoiding what has been called the 'austerity of tabulated legalism', suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to." *Minister of Home Affairs v Fisher* [1980] AC 319 at 329 per Lord Wilberforce.

⁸¹ F. BENNION, *Statutory Interpretation*, cit. p. 739ff; J. BELL; G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., pp. 177-9.

⁸² V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit. p. 310. "Words should generally be given the meaning which the normal speaker of the English language would understand them to bear in the context in which they are used", J. BELL; G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., p. 22.

⁸³ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 310; J. BELL; G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., p. 49.

⁸⁴ A. KAVANAGH, *The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998* (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* pp. 179-206; pp. 184 e ss.

⁸⁵ A. KAVANAGH, *The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 184.

“Parliament’s intention”);⁸⁶ allo stesso tempo, con lo HRA si è inteso anche ridurre il numero di ricorsi contro il Regno Unito davanti a Strasburgo, costituendo così quello scopo ulteriore che si definisce “legislative purpose”.⁸⁷

Infine, le corti utilizzano un complesso sistema di presunzioni di common law per cui il Parlamento ha inteso agire in un certo modo o secondo determinati principi (“common law presumptions”).⁸⁸ Tra essi spicca il già noto principle of legality. I giudici applicano queste presumptions nell’interpretazione della legge perché rispecchiano consolidati principi di common law, molti dei quali sono veri e propri principi costituzionali dell’ordinamento (ad esempio, la rule of law).⁸⁹

Tuttavia, come abbiamo detto, già prima dell’entrata in vigore dello HRA andava affermandosi la necessità di nuovi criteri di statutory interpretation per gli “human rights cases”, che permettessero alle corti di trovare il rimedio più adatto al caso.⁹⁰ Dal 1998 in poi questo nuovo criterio si è cristallizzato nella s 3 che appunto rappresenta il fulcro di questo nuovo sistema costituzionale, imponendo alle corti ed ai tribunali speciali di fare il possibile per evitare un’incompatibilità tra la legislazione nazionale e la Convenzione. Il problema sta nel fatto che, nell’adempiere a questo obbligo ermeneutico, le corti debbono rispettare il limite, non sempre chiaro,⁹¹ tra “interpretation and legislation”;⁹² tra “permissible interpretation and impermissible legislation”;⁹³ tra “interpretation and amendment”.⁹⁴

La s 3 ha avuto un impatto incredibile sull’ordinamento britannico dovuto, parrebbe, più al metodo scelto dal legislatore per incrementare la garanzia dei

⁸⁶ Questa è quella che si definisce “enacted intention” e si contrappone all’ “unenacted intention”, con cui si individua una varietà di scopi ulteriori che non emergono dal testo letterale della norma. A. KAVANAGH, *The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998*, cit., pp. 181-2.

⁸⁷ A. KAVANAGH, *The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 184.

⁸⁸ F. BENNION, *Statutory Interpretation*, cit. p. 739ff; A. KAVANAGH, *The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 185.

⁸⁹ J. BELL; G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., p. 166.

⁹⁰ LORD STEYN, *The New Legal Landscape*, (2000) *European Human Rights Law Review* pp. 549; p. 550.

⁹¹ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide Between Interpretation And Legislation under the Human Rights Act 1998*, (2004) 24 (2) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 259 – 85.

⁹² R. CLAYTON (QC), *The Limits of What’s “Possibile”: Statutory Construction under the Human Rights Act*, (2002) *European Human Rights Law Review* 559; p. 564.

⁹³ D. BONNER, H. FENWICK AND S. HARRIS-SHORT, *Judicial Approaches to the Human Rights Act*, (2003) 52 (3) *International and Comparative Law Quarterly* pp. 549-85; p. 557.

⁹⁴ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 72.

diritti che ad un ampliamento del contenuto dei diritti stessi. Infatti, la disposizione in parola ha profondamente inciso sui rigidi canoni di statutory interpretation con particolare riguardo all'interazione tra norme interne e norme internazionali pattizie, nella specie quelle convenzionali.

Infatti, fino all'adozione dello HRA, le norme CEDU, al pari della macrocategoria del diritto dei trattati, entravano nell'ordinamento interno come “parametro” ermeneutico ausiliario a quelli classici solo in caso di incertezza sulla conformità della norma interna (“ambiguity of legislation”).⁹⁵

Secondo la c.d. presumption of consistency, peculiare articolazione del già noto principle of legality,⁹⁶ in caso di dubbio sulla conformità della legge nazionale ad un obbligo derivante da un trattato internazionale, la legge dovrà essere ritenuta (“presunta”) conforme a quegli obblighi internazionali. In questo senso, Lord Diplock ha affermato:

“[...] it is a principle of construction of United Kingdom statutes [...] that the words of a statute passed after the Treaty been signed and dealing with the subject matter of international obligation of the United Kingdom, are to be construed, if they are reasonably capable of bearing such a meaning, as intended to carry out the obligation, and not to be inconsistent with it.”⁹⁷

A differenza della Nuova Zelanda,⁹⁸ è il dubbio circa la conformità della legge al Trattato internazionale che fa scattare l'applicabilità della consistency e quindi il ricorso al diritto dei trattati come parametro ermeneutico integrativo.

⁹⁵ Sull'esatto contenuto del requisito di “ambiguity”, occorre guardare all'opinione di Lord Bridge of Harwich nel famoso caso *Brind*: “[...] it is already well settled that, in construing any provision in domestic legislation which is ambiguous in the sense that it is capable of a meaning which either conforms to or conflicts with the Convention, the courts will presume that Parliament intended to legislate in conformity with the Convention, not in conflict with it.” Pertanto si ha un dubbio sulla legge ordinaria quando al giudice si presentano due possibili interpretazioni di quella legge, l'una opposta all'altra. Cfr. *Brind* [1991] UKHL 4 per Lord Bridge of Harwich at 2; per Lord Ackner at 3, pp. 14-5.

⁹⁶ Si veda *supra* Cap. I, § I.3. e ss.

⁹⁷ *Garland v British Rail Engineering Ltd.* [1982] UKHL 2 per Lord Diplock at 771. Più di recente si ricorda *R v Lyons* [2003] 1 AC 976 at 27, ove la Corte ha affermato l'esistenza di una “strong presumption in favour of interpreting English law (whether common law or statute) in a way which does not place the United Kingdom in breach of an international obligation.” Cfr., A. STRAW, *Future Proofing: Running Human Rights Arguments under the Common Law*, PLP Conference “Judicial Review: Trends and Forecasts”, 5 ottobre 2015, pp. 1-12; p. 6.

⁹⁸ Già nota dall'esperienza neozelandese, si veda *supra* Cap. III, § III.5, 5.3).

Tale principio è stato cristallizzato nel famoso caso *Brind*, da Lord Ackner, il quale, affrontando la questione circa la conformità dell'operato dello Home Department alla Convenzione, ha affermato:

“It is well settled that the Convention may be deployed for the purpose of the resolution of an ambiguity in English primary or subordinate legislation. [...] The Convention is a treaty and may be resorted to in order to help resolve some uncertainty or ambiguity in municipal law.”⁹⁹

Da ciò deriva, per converso, che in assenza di incertezza sulla lettera della legge essa dovrà essere applicata dai giudici anche se in violazione di un obbligo internazionale:

“If the terms of the legislation are clear and unambiguous they must be given effect to, whether or not they carry out Her Majesty's treaty obligations.”¹⁰⁰

In altre parole, il diritto della Convenzione è meramente “ancillare” alla risoluzione di un problema ermeneutico e subordinato al requisito della “ambiguity”. Nello specifico, in *Brind* la House of Lords respinge l'appello, in quanto lo statute che attribuiva al Secretary of State il potere di vietare alla BBC la messa in onda del servizio contenente il messaggio propagandistico di un'associazione di stampo terroristico¹⁰¹ era formulato in modo chiaro e preciso.¹⁰² Applicando il meccanismo della consistency non era pertanto necessario verificare la conformità alla Convenzione.¹⁰³ Questo meccanismo è stato profondamente scosso dall'introduzione dell'obbligo di interpretazione

⁹⁹ *Brind* [1991] UKHL 4 per Lord Ackner at 3, pp. 14-5.

¹⁰⁰ *Salomon v Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, per Lord Diplock LJ at 143.

¹⁰¹ Broadcasting Act 1981, s 29 (3); BBC Licence and Agreement 13 (4).

¹⁰² *Brind* [1991] UKHL 4, per Lord Bridge of Harwich, p. 2; per Lord Roskill, p. 5; per Lord Ackner, p. 17 e per Lord Lowry, p. 17.

¹⁰³ *Brind* [1991] UKHL 4, per Lord Ackner at 3, p. 15, richiamando Lord Denning MR in *R v Chief Immigration Officer, Heathrow Airport and another; Ex parte Salamat Bibi* [1976] 1 WLR 979, a p. 984: “The position as I understand it is that if there is any ambiguity in our statutes, or uncertainty in our law, these courts can look to the CONvention as an aid to clear up the ambiguity and uncertainty... but I would dispute altogether that the Convention is part of our law. Treaties and declarations do not become part of our law until they are made law by Parliament”.

adeguatrice ex s 3 (1); mentre i principi generali di statutory interpretation sono pressochè rimasti invariati.

Dunque, tenendo a mente questo quadro generale, guardiamo ora al nuovo dovere di interpretazione conforme ex s 3, con particolare riferimento al suo rapporto con la s 4, tentando di capire se e in quale misura lo HRA abbia in concreto modificato il rapporto tra giudici e legislatore

IV.4. La s 3 e la s 4 dello Human Rights Act 1998: i due pilastri del “dialogo all’inglese”

Lord Irvine of Lairg, Lord Chancellor del Governo Blair, al momento della presentazione alle Camere dello HRA ha definito la s 3 come promotrice del più ampio scopo della intera legge di promuovere la collaborazione dinamica tra Parlamento, Governo e corti in materia di diritti fondamentali.¹⁰⁴ Le modalità di tale collaborazione assumono la forma di un “dialogo costituzionale”¹⁰⁵ il cui perno sono le ss 3 e 4 e la loro interazione.¹⁰⁶ Questa versione “inglese” di dialogo – e, in particolare, l’alternanza tra s 3 e s 4 – sono stati oggetto di un acceso dibattito parlamentare, giuridico e accademico.¹⁰⁷ Nella specie, a seconda del ruolo che si attribuisce alla s 3 (1) o alla s 4, si possono avere due varianti di “dialogo”: il “principle-proposing dialogue” e lo “strong-form dialogue”.¹⁰⁸

Secondo il primo modello le Corti partecipano in qualità di “gruppo di pressione” privilegiato al dibattito politico sui limiti ai diritti. Questo modello è centrato sulla s 4 e il potere delle corti di emettere dichiarazione di incompatibilità, poiché, attraverso questo potere, i giudici esprimono il loro punto di vista su una

¹⁰⁴ *Hansard*, HL Vol. 582, col. 1231 (November 3, 1997).

¹⁰⁵ Sulla metafora del “dialogo” ci si è già soffermati nel secondo capitolo di questo lavoro, al momento dell’analisi dell’esperienza canadese, cui pertanto si rinvia: cfr. Cap. II.3.1; § 3.1.3).

¹⁰⁶ A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit.; pp.128-33

¹⁰⁷ Tra cui si ricordano: P. SALES (SIR) AND R. EKINS, *Rights-Consistent Interpretation and the Human Rights Act 1998*, (2011) 127 *Law Quarterly Review* pp. 217-238; LORD IRVINE OF LAIRG (QC), *The Impact of the Human Rights Act: Parliament, the Courts and the Executive*, [2003] *Public Law* 308; F. BENNION, *What Interpretation is “Possible” under Section 3 (1) of the Human Rights Act 1998?* [2002] *Public Law* 77; W. WADE (SIR), *Human Rights and the Judiciary*, cit.; LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *Opinion: The Art Of The Possible – Interpreting Statutes Under The Human Rights Act*, cit..

¹⁰⁸ T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, [2005] *Public Law* 306.

determinata questione di diritto.¹⁰⁹ Infatti, come ricordato più volte dalla stessa giurisprudenza, la dichiarazione di incompatibilità ha lo scopo di segnalare al legislatore l'incompatibilità di una previsione di legge con i diritti convenzionali dei cittadini, costituendo così un elemento essenziale del “dialogo” e della partecipazione delle corti:

“[...] the call which Parliament has made on the courts to review legislation which it passed in order to tell it whether the provisions contained in that legislation comply with the Convention. By responding to that call and sending the message to Parliament that a particular provision is incompatible with the Convention, the courts do not usurp the role of Parliament, much less offend the separation of powers. A declaration of incompatibility is merely an expression of the court's conclusion as to whether, as enacted, a particular item of legislation cannot be considered compatible with a convention right. In other words, the courts say to Parliament, ‘This particular piece of legislation is incompatible, now it is for you to decide what to do about it.’ [...] 344. What the courts do in making a declaration of incompatibility is to remit the issue to Parliament for a political decision, informed by the court's view of the law.”¹¹⁰

Tuttavia, una volta espressa la propria “visione” del diritto fondamentale, la partecipazione al “dialogo” per le corti si esaurisce ed il resto del dibattito si svolge in seno all'assemblea rappresentativa. Infatti, l'“ultima parola” spetta ai rappresentanti politici che decideranno il rimedio concreto da adottare. Inoltre, come notano alcuni, il Governo potrebbe sfruttare la sua posizione privilegiata all'interno del Parlamento per “far finta di non sentire” le preoccupazioni avanzate dai giudici con la dichiarazione ex s. 4. Un tale comportamento, sebbene non sia vietato né tantomeno costituzionalmente riprovevole – data l'assoluta discrezionalità del Governo nel decidere se “attivarsi” o meno in conseguenza di

¹⁰⁹ T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, cit., p. 309.

¹¹⁰ *Nicklinson* [2014] UKSC 38 per Lord Neuberger P at 343-344; *In re Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland)* [2018] UKSC 27 per Lord Kerr at 300 (*In re Northern Ireland*).

una dichiarazione di incompatibilità – potrebbe, tuttavia, annullare l’effettiva utilità del contributo delle corti e, di conseguenza, l’intera sequenza dialogica tra queste ed il legislatore.¹¹¹

Il secondo modello di dialogo proposto, c.d. “strong-form dialogue”, è caratterizzato da:

“[...] a belief that the courts have a vital constitutional role in protecting fundamental principles from the sway of popular sentiment. They do not simply have a subordinate or formal task, but must capture and insulate the enduring long-term values and principles of the community. However their function is not simply to exert these principles on the community, but rather to work in collaboration with the other branches in evolving them and fostering their acceptance.”¹¹²

Questa forma di dialogo postula un ruolo più attivo e costante delle corti nella difesa dei valori e dei principi fondamentali che influisce molto di più sulla definizione concreta dei loro contenuti rispetto al modello precedente. Ne sono un esempio le decisioni sulla “proportionality of administrative discretion” post-HRA, ove le corti sono regolarmente chiamate a valutare la congruità e l’opportunità dell’equilibrio adottato tra diritti dei singoli ed interesse della collettività.¹¹³ In particolare, il judgment di Lord Hoffman nel famoso caso *Simms*¹¹⁴ e la nota formulazione del principle of legality, per cui ove il Parlamento voglia legiferare in violazione dei diritti fondamentali, deve farlo in modo chiaro e preciso o deve così potersi inferire dal testo “by necessary implications”.

Di conseguenza, il Parlamento sarebbe costretto a confrontarsi¹¹⁵ con le implicazioni impreviste (più estreme) dei propri progetti, mantenendo comunque la possibilità di porre limiti ai diritti purchè espressi in modo “clear and

¹¹¹ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 67.

¹¹² T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, cit., p. 317.

¹¹³ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 68.

¹¹⁴ *Ex parte Simms* [1999] UKHL 33 at 131. Si veda *supra* Cap. I, § I.3.2.

¹¹⁵ *Ex parte Simms* [1999] UKHL 33 per Lord Hoffman at 131: “[...] Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost.”

unambiguous”.¹¹⁶ Dunque, la s 3 (1) dello HRA si incastra perfettamente in questo schema dialogico perché la decisione sul diritto fondamentale presa dalle corti rimane comunque soggetta al legislative override. Una tale conclusione, però, non è condivisa da tutti.

Infatti, per alcuni, la pecca di tale teoria sta nel fatto che non sono chiare le modalità con cui (e i casi in cui) il meccanismo ex s 3 assicuri, in questa “collaborative venture”, l’accettazione, da parte degli altri poteri dello Stato, di quella particolare interpretazione del diritto fondamentale frutto dell’esercizio del nuovo iter ermeneutico ex s 3 (1).¹¹⁷

Inoltre, c’è chi ascrive a questo secondo modello anche la s 4, in quanto permetterebbe alla corte di “manifestare il proprio dissenso” rispetto alla soluzione adottata dal legislativo in materia di diritti fondamentali, “sfidando il legislatore e minando la legittimità della legge” (“integrity of law”).¹¹⁸ Tale posizione è ancora più difficile da sostenere.

In primo luogo, perché la nozione di “integrity of law” è piuttosto vaga e confusa. In secondo luogo, perché la s 4 è, e rimane, uno strumento squisitamente politico che, rispetto alla s 3, ha un ruolo di secondo piano, subordinato alla volontà del Legislatore e dell’Esecutivo “no matter how much judicial scorn is vented”.¹¹⁹ La s 4 non preclude al Parlamento la possibilità di violare i diritti, né, di contro, impone al Parlamento l’obbligo di riconsiderare le proprie scelte in materia alla luce di una dichiarazione di incompatibilità. Pertanto, la s 4 parrebbe segnare la conclusione, piuttosto dell’inizio, dell’impulso giudiziale al dibattito sui diritti, mal conciliandosi così con la nozione di “strong-form dialogue”.¹²⁰

D’altra parte, non si può neanche affermare che il Parlamento possa ignorare del tutto una dichiarazione di incompatibilità, pertanto occorre guardare alla realtà

¹¹⁶ T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, cit., p. 326.

¹¹⁷ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 68.

¹¹⁸ T. HICKMAN, *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*, cit., p. 327.

¹¹⁹ I. CRAM, *Judging rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the new relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 69.

¹²⁰ Per cui sarebbe più opportuno collocare la s 4 al modello di “principle-proposing dialogue”, come visto prima. I. CRAM, *Judging rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the new relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 69.

empirica della casistica giurisprudenziale. In altre parole, verificare quando le corti hanno utilizzato la s 3 e quando, invece, hanno fatto ricorso alla s 4.

Anche se non è possibile individuare una tendenza unica, alcuni hanno notato, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dello HRA, una certa propensione dei giudici al ricorso alla s 3 (1), culminata con il famoso caso *Ghaidan*,¹²¹ massima espressione dell'uso del nuovo strumento ermeneutico. L'entusiasmo iniziale è seguito un periodo di stasi, intervallato da "human-rights cases" che denotavano un cambio di sensibilità da parte dei giudici, che preferivano ora ricorrere alla s 4 – ritenuta più in linea con la classica deference verso il Legislativo – che ai principi innovativi di *Ghaidan*.¹²²

Infatti, dopo un primo momento in cui i giudici hanno enfatizzato il nuovo dovere di interpretazione conforme ex s 3 (1) alla ricerca del significato più "convenzionalmente conforme" – fino a compiere veri e propri atti di "judicial vandalism" –,¹²³ parrebbe essersi aperta una fase caratterizzata dalla predilezione per la dichiarazione di incompatibilità ai sensi della s 4, che indica il ritorno ad un atteggiamento più "deferente" delle corti nei confronti del Parlamento.

Per capire quale "scegliere" tra s 3 e s 4 le Corti hanno guardato ai principi costituzionali classici di democrazia parlamentare informata allo stato di diritto e alla separazione dei poteri. Il loro scopo primario sarà quello di garantire la conformità della legge interna alla Convenzione e di garantire adeguata soddisfazione in caso di violazione dei diritti ivi contenuti.

Infatti, se da una parte è vero che la struttura stessa dello HRA dà precedenza alla s 3 sulla s 4 – subordinando l'emissione di una dichiarazione di incompatibilità all'impossibilità di una interpretazione ex s 3 (1) –; dall'altra saranno la natura del caso all'esame della corte e la possibilità o meno di interpretare la disposizione

¹²¹ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

¹²² Immediatamente successiva e di segno opposto a *Ghaidan* è *R v Commissioners of Inland Revenue (IRC); Ex parte Wilkinson* [2005] UKHL 30, in cui la House of Lords ha preferito evitare un'interpretazione ex s 3 in favore di una dichiarazione di incompatibilità. Inoltre, si pensi alle recentissime sentenze *In re Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland)* [2018] UKSC 27 e *R v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary); Ex parte Steinfeld and Kaidan* [2018] UKSC 32, in cui la Supreme Court ha emesso due dichiarazioni di incompatibilità a distanza di pochi mesi e su materie molto diverse (*In re Northern Ireland* riguarda la legislazione nordirlandese in materia di aborto; *Steinfeld* invece riguarda l'apertura delle unioni civili alle coppie eterosessuali.).

¹²³ Espressione coniata da Lord Bingham of Cornhill in *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Anderson* [2002] UKHL 46 (*Anderson*) at 30.

“incriminata” senza snaturare lo scopo della legge a determinare il ricorso all’una o all’altra disposizione.¹²⁴

L’autorità in materia è l’opinione di Lord Woolf CJ in *Poplar Housing*:

“[...] in considering whether Poplar can rely on article 8(2), the court has to pay considerable attention to the fact that Parliament intended when enacting section 21(4) of the 1988 Act [...] The economic and other implications of any policy in this area are extremely complex and far-reaching. This is an area where, in our judgment, the courts must treat the decisions of Parliament as to what is in the public interest with particular deference. The limited role given to the court under section 21(4) is a legislative policy decision. The correctness of this decision is more appropriate for Parliament than the courts and the Human Rights Act 1998 does not require the courts to disregard the decisions of Parliament in relation to situations of this sort when deciding whether there has been a breach of the Convention.”¹²⁵

Tale orientamento è stato poi ribadito da Jonathan Parker LJ nel caso *Roth*:

“In one sense the interpretative obligation in section 3 is the corollary of ‘deference’, in that the point at which interpretation shades into legislation will inevitably be affected by the degree of ‘deference’ which the courts should accord to the legislative body in recognising its discretionary area of judgment. [...] there is to this extent a degree of tension between the scope of the interpretative obligation placed on the courts by section 3 on the one hand, and the extent of the legislature’s discretionary area of judgment on the other.”¹²⁶

¹²⁴ F. KLUG AND K. STARMER (QC), *Standing Back from the Human Rights Act: how effective is it five years on?*, cit., p. 722; A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach* [2004] *Public Law* 537; p. 537.

¹²⁵ *Donoghue v Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd* [2001] EWCA Civ 595 (*Poplar Housing*), per Lord Woolf CJ at 69.

¹²⁶ *International Transport Roth GmbH and others v Secretary of State for the Home Department* [2002] EWCA Civ 158 (*Roth*) per Jonathan Parker LJ at 144.

Pertanto ove l'analisi ermeneutica ex s 3 (1) si riveli troppo invasiva oppure comporti scelte di policy-making, i principi di certezza del diritto e di separazione dei poteri vogliono che le corti rimettano la decisione al Parlamento piuttosto che tentare un "judicial amendment". In tali casi, le corti preferiranno emettere una dichiarazione di incompatibilità, segnalando che non è stato possibile risolvere il conflitto tra norma interna e norma CEDU in via interpretativa e rendendosi perciò necessario l'intervento del legislatore.

In conclusione, a seconda del contesto e dei fatti del caso il giudice dovrà valutare quale dei due approcci sia più appropriato al caso in specie, sempre nell'ottica dell'instaurazione di un dialogo con il Parlamento per perseguire lo scopo latente dello HRA: aumentare la tutela dei diritti fondamentali sul territorio nazionale ampliando il numero di partecipanti sia nella definizione del loro contenuto che nella determinazione delle modalità concrete di tutela.

4.1) La s 3 (1) HRA e il dovere di interpretazione conforme nell'ordinamento britannico: tra entusiasmo e critiche

A seguito dell'adozione dello Human Rights Act, è pacifico che i poteri del giudice nella tutela dei diritti umani sono sostanzialmente aumentati.¹²⁷ Per capirne l'effettiva portata è bene richiamare il testo della disposizione:

“So far as it is possibile to do so, primary and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with Convention rights.”

Ebbene, le parole chiave sono “possible” e “must”. Le corti, per quanto “possibile”, hanno il “dovere” di interpretare e dare effetto alla legge nazionale in

¹²⁷ *In re S (FC) (Appellant) In re S and others (Respondents), In re W and others (Minors)(Respondents) (First Appeal) (FC) In re W and others (Respondents) (Second Appeal) (Conjoined Appeals) (Care Orders: Implementation of Care Plan) [2002] UKHL 10 per Lord Nicholls at 45 (Re S; Re W) ; R VA (No. 2) [2001] UKHL 25 per Lord Steyn at 44; Goode v Martin [2001] 1 AER 620 per Brooke LJ at 35; A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, (2004) 24 (2) *Oxford Journal of Legal Studies* pp. 259-285; p. 274.*

modo compatibile alla Convenzione.¹²⁸ Ciò si deduce anche dal White Paper, ove la s 3 (1) viene descritta come uno step ulteriore rispetto alla precedente s 2 affermando che la prima:

“[...] goes beyond the present rule which enables the courts to take the Convention into account in resolving any ambiguity in a legislative provision. The courts will be required to interpret legislation as to uphold the Convention rights unless the legislation itself is so clearly incompatible with the Convention that it is impossible to do so.”¹²⁹

Così per alcuni la s 3 richiederebbe alle corti del Regno di dare forma e contenuto al catalogo dei diritti, interpretando un potere in teoria “senza freni” (il Legislativo) in modo tale che il suo esercizio sia compatibile con la Convenzione e di interpretare le legge in armonia con i diritti della Convenzione.¹³⁰ In questo senso, la s 3 (1) si presenta come una “bend me, shape me clause” ai fini della quale la legge è “creta nelle mani dell’interprete che la plasma, dandole la forma che meglio si adatta contenitore cui è destinata (la Convenzione).”¹³¹

In sintesi, quando una corte è chiamata ad interpretare una legge secondo la s 3 (1), deve procedere seguendo uno specifico procedimento enucleato dalla giurisprudenza in materia.¹³² Tale procedimento può essere articolato in quattro fasi¹³³ oppure strutturato in due macrosequenze, comprensive a loro volta di due passaggi ciascuna.¹³⁴

In via preliminare, il giudice deve necessariamente individuare con assoluta precisione la statutory provision ritenuta in conflitto con la Convenzione. Una

¹²⁸ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The Magnetism of the Human Rights Act 1998*, (2002) 7 *Judicial Review* pp. 179-198; p. 186.

¹²⁹ HOME OFFICE, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* cit., § 2.7

¹³⁰ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The Art of the Possible: Interpreting Statutes under the Human Rights Act*, (1998) *European Human Rights law Review* 665.

¹³¹ D. BONNER, H. FENWICK AND S. HARRIS-SHORT, *Judicial Approaches to the Human Rights Act*, cit., p. 555.

¹³² *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 at 110 per Lord Hope; *R v Lambert* [2001] UKHL 37 at 80 per Lord Hope; *Re S*; *Re W* [2002] UKHL 10 at 41 per Lord Nicholl; *Poplar Housing* [2001] EWCA Civ 595 at 72.

¹³³ R. CLAYTON, *Key Human Rights Act Cases in the Last Twelve Months*, Presentation, 39 Essex Street, 23 giugno 2004, pp. 1-24; p. 2; R. CLAYTON, *The Limits of What’s “Possibile”: Statutory Construction under the Human Rights Act*, cit., p. 262;

¹³⁴ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 274 e ss.

volta individuata, deve verificare se la norma in esame è compatibile o meno con la CEDU.¹³⁵ Questo passaggio – che conclude la prima macrosequenza- è anche noto come “natural interpretation”, poiché il giudice procede ad interpretare la disposizione secondo il significato ordinario e naturale, tenendo di conto del significato che normalmente viene attribuito alle parole del testo.¹³⁶ Se il significato ordinario è conforme, il procedimento si conclude qui. Se invece emerge un’incompatibilità tra la disposizione e la CEDU, si dovrà procedere applicando la s 3 (1). Questa seconda macrosequenza prende il nome di “transformative interpretation” il cui scopo è quello di trovare un significato “Convention-complaint” da attribuire alla disposizione in esame.¹³⁷ Il criterio guida da seguire è quello della compatibilità alla Convenzione, come affermato da Lord Hope in *R v A (No. 2)*:

“Compatibility with Convention rights is the sole guiding principle [of section 3(1)]. This is the paramount object which the rule seeks to achieve.”¹³⁸

Dunque i giudici hanno un duplice compito ai sensi della s 3 (1), positivo e negativo. Quello negativo riguarda l’individuazione di una possibile violazione della Convenzione; quello positivo concerne invece la ricerca di un modo per rimuovere tale incompatibilità.¹³⁹ La tensione sta proprio qui, perché secondo il diritto costituzionale britannico classico il compito dei giudici in caso di controllo di conformità della legge ai diritti fondamentali è solo negativo. L’azione positiva spetta al Parlamento, che ha il potere e la legittimazione democratica per fissare la disciplina dei diritti fondamentali e rimuovere eventuali violazioni.¹⁴⁰

Con lo HRA, ai giudici vengono attribuiti entrambi i compiti. Perciò essi oltre al potere di verificare la sussistenza o meno della violazione della CEDU, hanno

¹³⁵ *Poplar Housing Association v Donoghue* [2001] EWCA Civ 595 at 72.

¹³⁶ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 274.

¹³⁷ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 274.

¹³⁸ *Re S; Re W* [2002] UKHL 10 at 108 per Lord Hope.

¹³⁹ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 275.

¹⁴⁰ *R v Director of Public Prosecutions (DPP); Ex parte Kebilene* [1999] UKHL 43 at 373 (*Kebilene*).

anche il potere di “rettificare” la situazione, rendendo una norma apparentemente incompatibile conforme alla Convenzione.¹⁴¹ Il punto dunque sta individuare la linea di confine tra ciò che è “possibile” e ciò che non lo è; che coincide con il confine tra “interpretation and legislation”.¹⁴²

Nel far ciò, le corti potranno fare ricorso a due principali tecniche ermeneutiche: “reading in” (convention rights – “by implying words in statute”) e “reading down” (“by applying a narrow interpretation in order to ensure that legislation remains valid”).¹⁴³

Per cui possiamo individuare alcuni punti fermi. In primo luogo, il significato possibile non coincide necessariamente con il significato naturale o ordinario delle parole.¹⁴⁴ In secondo luogo, la ricerca del significato possibile non è illimitata. Nel determinare i confini di ciò che è possibile e ciò che non lo è, le corti hanno evidenziato a più riprese che la compatibilità alla Convenzione non può essere raggiunta tramite un’eccessivo attivismo giudiziario (“judicial creativity”) tal che l’interpretazione così raggiunta sia in palese contraddizione con la lettera della legge impugnata. In altre parole, ove il testo della legge ordinaria sia in aperto contrasto con il testo della Convenzione, i giudici non possono “interpretare e dare effetto” a quel testo cosicchè il conflitto sia risolto. Ciò perché andare contro la lettera della legge significherebbe oltrepassare il confine dell’interpretazione giudiziale ed entrare nel “realm of judicial legislation”.¹⁴⁵ Tale concetto è perfettamente illustrato da Lord Hope:

“Compatibility can only be achieved as far as this is possible. Plainly this will not be possible if the legislation contains provisions which expressly

¹⁴¹ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 275.

¹⁴² Si veda quando affermato dall’allora Lord Chief Justice, Lord Woolf, in *Donoghue v Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd*, [2001] EWCA Civ 595 at 76: “The most difficult task which courts face is distinguishing between legislation and interpretation. Here practical experience of seeking to apply s 3 will provide the best guide. However, if it is necessary to obtain compliance to radically alter the effect of the legislation this will be an indication that more than interpretation is involved.” A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 275.

¹⁴³ J. BELL AND G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., p. 49 e pp. 93-103; R. CLAYTON, *The Limits of What’s “Possible”*: *Statutory Construction under the Human Rights Act*, cit., p. 562.

¹⁴⁴ *Kebilene* [1999] UKHL 43 at 373 per Lord Cooke.; *R v Lambert* [2001] UKHL 37 (*Lambert*) at 17 per Lord Slynn.

¹⁴⁵ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 276.

contradict the meaning which the enactment would have to be given to make it compatible.”¹⁴⁶

Ad esempio, il giudice dovrà accantonare l’interpretazione ex s 3 (1) quando l’incompatibilità affligge una caratteristica fondamentale della legge impugnata, per cui la “trasformative interpretation” opererebbe un cambiamento troppo radicale, andando ad incidere sull’essenza stessa della legislazione.¹⁴⁷ Una tale modifica compete al Parlamento, non alle corti.¹⁴⁸ Così facendo, hanno notato alcuni, le corti rispettano i confini delle rispettive sfere di competenza (tra Giudiziario, Legislativo ed Esecutivo) nel decidere come i principi contenuti nello HRA debbano essere in concreto applicati.¹⁴⁹

La giurisprudenza ha avuto fasi altalenanti e non è possibile individuare un criterio univoco per ordinare la case law in materia di s 3 (1).¹⁵⁰ Tuttavia alcuni hanno ravvisato nelle decisioni immediatamente successive all’entrata in vigore dello HRA un certo entusiasmo da parte dei giudici inglesi verso il nuovo strumento ermetico, che li ha portati ad allargare molto le maglie dell’interpretazione per conseguire la “Convention-compliance”.¹⁵¹ A questa fase “ascendente” ne è seguita una “discendente”, in cui i giudici inglesi hanno fatto “marcia indietro”, riscoprendo i benefici della tradizionale “deference” e preferendo ricorrere alla s 4. Da alcuni, questa “inversione di tendenza” è stata letta come un “freno” all’iniziale entusiasmo con cui i giudici avevano interpretato il significato di “possible interpretation” ex s 3 (1).¹⁵² Tendenza che parrebbe essere oggi confermata dalla più recente giurisprudenza.¹⁵³ Ma procediamo con ordine.

¹⁴⁶ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 at 108 per Lord Hope.

¹⁴⁷ Si richiamano le parole di Lord Woolf in *Poplar Housing*: “if it is necessary to obtain compliance to radically alter the effect of the legislation this will be an indication that more than interpretation is involved”. *Poplar Housing* [2001] EWCA Civ 595 per Lord Woolf at 76.

¹⁴⁸ A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 281.

¹⁴⁹ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The Magnetism of the Human Rights Act 1998*, cit., p. 187.

¹⁵⁰ A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 19-24.

¹⁵¹ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 70; A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 67-81.

¹⁵² I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 70.

¹⁵³ Si vedano i già citati *In re Northern Ireland* [2018] UKSC 27 e *Ex parte Steinfeld* [2018] UKSC 32.

Il primo caso che affronteremo è *R v A (No. 2)*,¹⁵⁴ definito da alcuni un uso particolarmente controverso della s 3 (1).¹⁵⁵

La questione verteva sulla legittimità del c.d. “rape shield” previsto dalla s 41 (3) dello Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 che, nei casi di procedimenti penali per violenza sessuale, vietava al giudice di concedere l’autorizzazione (“leave”) a procedere al contraddittorio della vittima circa la propria vita o le proprie abitudini sessuali ove la difesa lo richiedesse per provare il consenso come “causa di giustificazione”.¹⁵⁶ La ragione di tale norma era quella di tutelare la dignità della vittima, limitando il più possibile invasioni “inutili” della sua privacy.¹⁵⁷

Per contro, tale previsione venne impugnata perché limitativa del diritto dell’imputato ad un equo processo ex art. 6 CEDU. La House of Lords accolse l’appello, interpretando la disposizione impugnata come contenente una implicita discrezionalità del giudice riguardo all’ammissione o meno di prove relative a precedenti relazioni della vittima ove ciò fosse necessario per garantire il diritto ad un equo processo dell’imputato.¹⁵⁸ Essenziali sono le opinioni di Lord Steyn e Lord Hope, la prima espressione della maggioranza, la seconda della minoranza. Lord Steyn, autore del leading speech e promotore della posizione che ha prevalso, definita “eccessivamente radicale” da alcuni,¹⁵⁹ ha giustificato l’iter ermeneutico ex s 3 affermando che:

“[...] the interpretative obligation under section 3 of the 1998 Act is a strong one. It applies even if there is no ambiguity in the language in the sense of the language being capable of two different meanings. It is an

¹⁵⁴ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25.

¹⁵⁵ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The Magnetism of the Human Rights Act 1998*, cit., p. 187; J. HARRINGTON, *The British Approach to Interpretation and Deference in Rights Adjudication*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review* pp. 269-303; pp. 217-2.

¹⁵⁶ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25, at 27-29 per Lord Steyn. La questione è particolarmente complessa, per una precisa analisi del contesto legislativo sulla questione, C. MCGLYNN, *Rape Trials and Sexual History Evidence: Reforming the Law on Third-Party Evidence*, (2017) 81 (5) *The Journal of Criminal Law* pp. 367-392; in particolare, p. 375-7. Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999, s 41.

¹⁵⁷ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25, at 144-5 per Lord Hutton.

¹⁵⁸ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 at 69 per Lord Steyn. A. GEDDIS, B. FENTON, “Which Is To Be Master?” – *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom*, cit., p. 755.

¹⁵⁹ D. NICOL, *Statutory Interpretation and Human Rights After Anderson* [2004] *Public Law* 274, p. 276, ove l’Autore definisce *R v A (No. 2)* un “judicial overkill”. R. EKINS, *A Critique Of Radical Approaches To Rights Consistent Interpretation*, (2003) *European Human rights Law Review* 641.

emphatic adjuration by the legislature: *R v Director of Public Prosecutions, Ex p Kebilene* [2000] 2 AC 326, per Lord Cooke of Thorndon, at p 373F; and my judgment, at p 366B. The White Paper made clear that the obligation goes far beyond the rule which enabled the courts to take the Convention into account in resolving any ambiguity in a legislative provision: see "Rights Brought Home: The Human Rights Bill" (1997) (Cm 3782), para 2.7. The draftsman of the Act had before him the slightly weaker model in section 6 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 but preferred stronger language. Parliament specifically rejected the legislative model of requiring a reasonable interpretation. Section 3 places a duty on the court to strive to find a possible interpretation compatible with Convention rights. Under ordinary methods of interpretation a court may depart from the language of the statute to avoid absurd consequences: section 3 goes much further. Undoubtedly, a court must always look for a contextual and purposive interpretation: section 3 is more radical in its effect. It is a general principle of the interpretation of legal instruments that the text is the primary source of interpretation: other sources are subordinate to it [...] Section 3 qualifies this general principle because it requires a court to find an interpretation compatible with Convention rights if it is possible to do so. In the progress of the Bill through Parliament the Lord Chancellor observed that "in 99% of the cases that will arise, there will be no need for judicial declarations of incompatibility" and the Home Secretary said "We expect that, in almost all cases, the courts will be able to interpret the legislation compatibility with the Convention": Hansard (HL Debates), 5 February 1998, col 840 (3rd Reading) and Hansard (HC Debates), 16 February 1998, col 778 (2nd Reading). [...] In accordance with the will of Parliament as reflected in section 3 it will sometimes be necessary to adopt an interpretation which linguistically may appear strained. The techniques to be used will not only involve the reading down of express language in a statute but also the implication of provisions. A declaration of incompatibility is a measure of last resort. It must be avoided unless it is plainly impossible to do so. If a clear limitation on Convention rights is stated in terms, such an impossibility will arise: *R v Secretary of*

State for the Home Department, Ex p Simms [2000] 2 AC 115, 132A-B per Lord Hoffmann.”

La radicalità nell’approccio proposto da Lord Steyn e seguito dai Lords in *R v A* (*No. 2*) sta nel fatto di affermare che il Parlamento, nell’imporre il nuovo obbligo ermeneutico, non ha inteso obbligare le corti a raggiungere l’interpretazione più “ragionevole” (“reasonable”) – come invece accade in Nuova Zelanda¹⁶⁰- ma quella più “compatibile”.¹⁶¹ Ne discende quindi certo margine di discrezionalità per le corti, in forza del quale, al fine di garantire la conformità alla CEDU, esse possano adottare anche un significato ottenuto tramite una forzatura del testo della legge (la c.d. “strained interpretation”).¹⁶² Per questo, Lord Steyn è stato accusato di incoraggiare la pericolosa tendenza al “judicial amendement of legislation”, snaturando il ruolo delle corti rispetto al Legislativo e travisando il senso dell’interpretazione conforme ex s 3 (1).¹⁶³ Al contrario, altri hanno affermato che con *R v A* (*No. 2*) la House of Lords abbia solo voluto indicare alle corti inferiori “un metodo ermeneutico” alla luce del nuovo schema dello HRA 1998. Per cui la dichiarazione di incompatibilità ex s 4 deve considerarsi l’“estremo rimedio”¹⁶⁴ per quelle circostanze eccezionali ove neanche il dovere di interpretazione conforme ex s 3 riesce a sopperire.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Infatti, la s 6 del NZBORA 1990 impone ai giudici di preferire la “reasonable interpretation” non la “possible interpretation”. Vedi *supra* Cap. III; § III.5, 5.3); A. KAVANAGH, *The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, cit., p. 27.

¹⁶¹ “The draftsman of the Act had before him the slightly weaker model in section 6 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 but preferred stronger language. Parliament specifically rejected the legislative model of requiring a reasonable interpretation. Section 3 places a duty on the court to strive to find a possible interpretation compatible with Convention rights. Under ordinary methods of interpretation a court may depart from the language of the statute to avoid absurd consequences: section 3 goes much further.” *R v A* (*No. 2*) [2001] UKHL 25 per Lord Steyn at 44.

¹⁶² “In accordance with the will of Parliament as reflected in section 3 it will sometimes be necessary to adopt an interpretation which linguistically may appear strained.” *R v A* (*No. 2*) [2001] UKHL 25 per Lord Steyn at 44.

¹⁶³ Così, J. HARRINGTON, *The British Approach to Interpretation and Deference in Rights Adjudication*, cit., p. 272.

¹⁶⁴ L’espressione in lingua è “last resort” usata da Lord Steyn in *R v A* (*No. 2*) [2001] UKHL 25 at 44.

¹⁶⁵ D. NICOL, *Are Convention Rights a No-Go Zone for Parliament?*, [2002] *Public Law* 438; p. 447.

D'altra parte, v'è l'opinione dissenziente di Lord Hope¹⁶⁶ che ha preferito un posizione molto più "cauta"¹⁶⁷:

"The rule of construction which section 3 lays down is quite unlike any previous rule of statutory interpretation. There is no need to identify an ambiguity or absurdity. Compatibility with Convention rights is the sole guiding principle. That is the paramount object which the rule seeks to achieve. But the rule is only a rule of interpretation. It does not entitle the judges to act as legislators. As Lord Woolf CJ said in *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v Donogue* [2001] EWCA Civ 595, section 3 does not entitle the court to legislate; its task is still one of interpretation. The compatibility is to be achieved only so far as this is possible. Plainly this will not be possible if the legislation contains provisions which expressly contradict the meaning which the enactment would have to be given to make it compatible. It seems to me that the same result must follow if they do so by necessary implication, as this too is a means of identifying the plain intention of Parliament: see Lord Hoffmann's observations in *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115, 131F-G."¹⁶⁸

Per Lord Hope, dunque, il limite ultimo all'uso della s 3 era insito nell'espressione "so far as it is possible":¹⁶⁹ i giudici inglesi potevano e dovevano ("must") cercare il significato più compatibile alla Convenzione, ma solo nei limiti di ciò che era consentito dalla lettera della norma ("so far as possible"). Il giudice rimaneva un interprete che non poteva né doveva agire come un legislatore – neanche in forza della regola ermeneutica ex s 3, per quanto estremamente innovativa e rilevante. Pertanto l'operazione ermeneutica ex s 3 non sarebbe stata possibile ove il

¹⁶⁶ Che diventerà 'di maggioranza' nel successivo caso *Lambert*, che vedremo a breve in questo paragrafo.

¹⁶⁷ R. CLAYTON, *The Limits of What's Possible: Statutory Interpretation under the Human Rights Act*, (2002) *European Human Rights Law Review* 559; p. 562; D. NICOL, *Statutory Interpretation and Human Rights After Anderson* cit, pp. 274-282.

¹⁶⁸ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 per Lord Hope at 108.

¹⁶⁹ Quello che gli stesso chiamerà "qualified meaning" in *Lambert* [2001] UKHL 37 at 79. Cfr. J. HARRINGTON, *The British Approach to Interpretation and Deference in Rights Adjudication*, cit., p. 272.

significato raggiunto tramite essa fosse stato in palese contrasto con la lettera della legge.

Nel caso di specie, per Lord Hope era chiaro dal dibattito parlamentare circa la modifica del 1999¹⁷⁰ che l'intervento legislativo era dettato proprio sull'esigenza di limitare l'eccessiva discrezionalità del giudice nel concedere o meno il leave per procedere al contraddittorio. A suo parere, la decisione di accogliere l'appello e ampliare la discrezionalità del giudice per garantire il diritto dell'imputato contraddiceva chiaramente "the plain intention of Parliament".¹⁷¹

Nonostante i casi immediatamente successivi ad *R v A (No. 2)* non si fossero prestati alla "strained interpretation" teorizzata da Lord Steyn,¹⁷² la forza persuasiva di tale teoria è stata confermata nel caso forse più famoso sulla s 3: *Ghaidan v Godin-Mendoza*.¹⁷³

¹⁷⁰ "It is appropriate in some circumstances for the judiciary to defer, on democratic grounds, to the considered opinion of the elected body as to where the balance is to be struck between rights of the individual and the needs of society." *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 per Lord Hope at 58.

¹⁷¹ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 per Lord Hope at 109.

¹⁷² I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 74; *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

¹⁷³ *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 (*Ghaidan*). La decisione in *Ghaidan* ha fatto scalpore all'epoca perché, appena quattro anni prima, le stesse disposizioni (§§ 2 e 3, Schedule 1 del Rent Act 1977) erano state oggetto di una causa che ha avuto il risultato opposto, *Fitzpatrick v Sterling Housing Association*. Richiamiamo qui brevemente i fatti del caso e le ragioni della decisione. Al momento della morte del proprio compagno, titolare del contratto d'affitto c.d. "statutory tenancy" ai sensi del Rent Act 1997, il signor Fitzpatrick, chiedeva di succedere al compagno nel contratto d'affitto in quanto "surviving spouse". Al tempo però, lo HRA non era ancora in vigore. Così, la House of Lords, all'unanimità, respinse la richiesta dell'appellante di interpretare 'coniuge' come inclusivo anche del partner dello stesso sesso poiché avrebbe costituito un'interpretazione distorta della lettera della legge. Per i Law Lords il termine 'spouse' era particolarmente "gender specific", per cui lo statute non era ambiguo o non chiaro: l'unica relazione che poteva portare alla successione nella statutory tenancy era quella di natura eterosessuale. Inoltre, a differenza di quanto accadrà in *Ghaidan*, qui era completamente assente il profilo del divieto di discriminazione. Tuttavia, tramite gli strumenti di "purposive interpretation" (interpretazione teleologica), la House of Lords riconobbe a Fitzpatrick lo status di "altro membro della famiglia" per il quale era possibile succedere al locatario con un contratto di "assured tenancy", che però non assicurava i benefici di una statutory tenancy. *Fitzpatrick v Sterling Housing Association* [1999] UKHL 42 per Lord Slynn at 34; per Lord Nicholls at 43; per Lord Hutton at 57 e per Lord Hobhouse at 69; Rent Act 1977, Schedule I, §§ 2 – 3- "2(1) The surviving spouse (if any) of the original tenant, if residing in the dwelling-house immediately before the death of the original tenant, shall after the death be the statutory tenant if and so long as he or she occupies the dwelling-house as his or her residence. (2) For the purposes of this paragraph, a person who was living with the original tenant as his or her wife or husband shall be treated as the spouse of the original tenant. 3(1) Where paragraph 2 above does not apply, but a person who was a member of the original tenant's family was residing with him in the dwelling-house at the time of and for the period of 2 years immediately before his death then, after his death, that person or if there is more than one such person such one of them as may be decided by agreement, or in default of agreement by the county court, shall be entitled to an assured tenancy of the dwelling-house by succession." A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 49-53 e pp. 88-90. Per un'analisi di *Fitzpatrick* si veda, J. VAN ZYL SMIT, *The New Purposive*

Il signor Godin-Mendoza aveva convissuto per oltre dieci anni con il compagno Hugh Wallwyn-James nel suo appartamento di Londra. Il signor Wallwyn-James aveva stipulato un contratto d'affitto con particolari benefici (c.d. "statutory tenancy") ai sensi della s 1 del Rent Act 1977 con il proprietario, il signor Ghaidan. Alla morte del signor Wallwyn-James, il signor Ghaidan rivendicava la proprietà dell'appartamento ove il signor Godin-Mendoza ancora risiedeva.

Come era accaduto in *Fitzpatrick*,¹⁷⁴ il signor Godin-Mendoza non aveva ottenuto la statutory tenancy, poiché non gli era stato riconsociuto lo status di surviving spouse ai sensi del § 2 (1), Schedule del Rent Act 1977. Tuttavia, gli era stato riconosciuto un contratto di "assured tenancy" (che prevedeva benefici minori)¹⁷⁵ in quanto "altro membro della famiglia del titolare defunto".¹⁷⁶ Rivoltosi alla Court of Appeal, i giudici di secondo grado hanno ribaldato la decisione della County Court e hanno riconosciuto il diritto del signor Godin-Mendoza alla statutory tenancy. Il signor Ghaidan si è dunque appellato alla House of Lords, confidando in una decisione a lui favorevole considerato il precedente di *Fitzpatrick*. Nella sua difesa, Godin-Mendoza prospettava una violazione dei suoi diritti ex art. 8 e 14 CEDU ove l'appello avesse avuto successo.

Con una maggioranza di 4-1 la House of Lords rigettò l'appello di Ghaidan, affermando che negare al partner superstite dello stesso sesso il diritto di succedere in una statutory tenancy era incompatibile con la Convenzione di Roma, poiché in palese violazione del divieto di discriminazione ex art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.¹⁷⁷

Dunque, la Corte ha operato un ulteriore livello di approfondimento ("second stage enquiry") teso a verificare se fosse possibile trovare, ai sensi della s 3, un'interpretazione non discriminatoria delle disposizioni del Rent Act 1977. Lord Nicholls, per la maggioranza,¹⁷⁸ ha dato una risposta positiva.

Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza, (2007) 70 (25) *The Modern Law Review*, pp. 294-306; p.p. 297-8.

¹⁷⁴ Vedi *supra* nota 172.

¹⁷⁵ Ai sensi del § 3 della Schedule 1 del Rent Act 1977.

¹⁷⁶ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 2.

¹⁷⁷ J. VAN ZYL SMIT, *The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza*, cit., p. 298.

¹⁷⁸ Oltre a Lord Nicholls, con cui Lord Steyn, Lord Rogder e Lady Hale hanno concordato. L'unico dissent è stato quello di Lord Millett. Lord Steyn e Lord Rogder hanno entrambe redatto due concurring judgments, a cui ha partecipato anche Lady Hale. In questo lavoro ci concentreremo sull'opinione di Lord Nicholls e Lord Rogder, oltre a qualche accenno alla dissenting opinion di Lord Millett.

In particolare, Lord Nicholls ha in via preliminare evidenziato la tensione latente tra due aspetti della s 3, da lui definita “primary means by which Convention rights are brought into the law of this country”.¹⁷⁹ Da una parte, la legge rimane oggetto centrale dell’analisi ex s 3, che introduce la Convenzione come nuovo parametro di riferimento. Ma lo scopo dell’iter ermenutico – l’intention del Parlamento, solitamente espresso dalle parole della legge – parrebbe rimanere immutato dalla s 3:

“[...] the ordinary course the interpretation of legislation involves seeking the intention reasonably to be attributed to Parliament in using the language in question. Section 3 may require the court to depart from this legislative intention, that is, depart from the intention of the Parliament which enacted the legislation.”¹⁸⁰

Dall’altra, la s 3, imponendo alle corti di trovare l’interpretazione più compatibile con la Convenzione, potrebbe richiedere ad esse di discostarsi dalla lettera della legge anche quando tale significato è considerato “unambiguous”:

“Section 3 may require a court to depart from the unambiguous meaning the legislation would otherwise bear.”¹⁸¹

Pertanto, pur mantenendo fermo il cardine dell’intention of Parliament come scopo ultimo dell’analisi del giudice, la s 3 aggiunge un’ulteriore facoltà: quella di poter discostarsi dallo scopo che il Parlamento voleva perseguire con l’emanazione di una determinata legge, trascendendo il significato letterale delle parole. Per risolvere tale nodo occorre quindi capire:

“[...] how far, and in what circumstances, section 3 requires a court to depart from the intention of the enacting Parliament. The answer to this

¹⁷⁹ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 26.

¹⁸⁰ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 30.

¹⁸¹ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 30.

question depends upon the intention reasonably to be attributed to Parliament in enacting section 3.”¹⁸²

A tal fine, per Lord Nicholls è essenziale concentrarsi sul “concept of the statute” – nel senso dello “scopo concretamente perseguito” dal legislatore con quella determinata legge¹⁸³ – cui deve essere dato un maggiore peso rispetto al linguaggio usato dal legislatore. Ciò perché, visto che la s 3, per com’è stata formulata, permette al giudice di discostarsi dal significato dello statute anche ove non presenti lacune o incertezze; sicuramente il Parlamento non ha inteso far dipendere l’operatività della s 3 da una particolare scelta lessicale piuttosto che un’altra.¹⁸⁴

La portata di una tale affermazione è potenzialmente ampissima. Tuttavia, lo scopo di Lord Nicholls era un altro. Ovvero quello di metter in guardia i suoi colleghi da un possibile abuso della s 3, in quanto l’eccessiva attenzione ai singoli lemmi e una troppo zelante analisi grammaticale del testo non solo non garantisce una migliore tutela ai convention rights; ma, anzi, condurrebbe i giudici ad adottare un significato completamente avulso dal contesto in nome della “Convention-compliance”, facendo perdergli di vista lo scopo più ampio della legge nel suo insieme.¹⁸⁵ Infatti, Lord Nicholls afferma:

“once it is accepted that section 3 may require legislation to bear a meaning which departs from the unambiguous meaning the legislation would otherwise bear, it becomes impossible to suppose Parliament intended that the operation of section 3 should depend critically upon the particular form of words adopted by the parliamentary draftsman in the statutory provision under consideration. That would make the application of section 3 something of a semantic lottery. If the draftsman chose to express the

¹⁸² *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 30.

¹⁸³ J. VAN ZYL SMIT, *The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza*, cit., p. 299; A. GEDDIS, B. FENTON, ‘Which is to be Master?’ – *Rights-Friendly Statutory Interpretation in New Zealand and the United Kingdom* cit., pp. 756-9.

¹⁸⁴ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 31.

¹⁸⁵ J. VAN ZYL SMIT, *The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza*, cit., p. 299.

concept being enacted in one form of words, section 3 would be available to achieve Convention-compliance.”¹⁸⁶

Pertanto, applicando tale ragionamento al caso in specie, occorre guardare anche alla storia della legge in esame (“legislative history”).

In *Ghaidan* quindi, ha acquistato grande rilevanza la modifica apportata al Rent Act 1977 nel 1988,¹⁸⁷ con cui si è estesa l’applicabilità dell’Atto anche alle coppie non coniugate purchè in una “close and stable relationship”.¹⁸⁸ Di conseguenza, la House of Lords ha dedotto da una tale modifica l’intenzione del legislatore di estendere l’applicabilità del Rent Act 1977 anche alle coppie omosessuali¹⁸⁹ poiché la caratteristica essenziale¹⁹⁰ dell’Atto viene individuata nella “close and stable relationship”.¹⁹¹ Nel caso di specie, il signor Godin-Mendoza aveva convissuto per oltre un decennio con il signor Hallwyn-James in una relazione stabile e monogama, in tutto e per tutto paragonabile ad una convivenza more uxorio tra coppie eterosessuali.¹⁹²

In questi termini si è espresso anche Lord Millett, pur concludendo in senso opposto. Pur condividendo le considerazioni generali della maggioranza rispetto al nuovo obbligo ermeneutico, egli ha espresso il proprio dissenso rispetto al potere di andare oltre l’ “ordinary meaning” di una legge che scaturirebbe dalla s 3.¹⁹³

Secondo Lord Millett occorre sempre individuare e tenere ben presente nell’iter ermeneutico la “fundamental feature” della legge (che, nel caso di specie, era la convivenza “as husband and wife” propria della coppie eterosessuali, anche se non sposate, come chiaramente indicato dalla lettera della norma) a cui, a suo parere, l’interpretazione compatibile ex s 3 deve sempre essere subordinata:

¹⁸⁶ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 31.

¹⁸⁷ Housing Act 1988 (c. 50, SIF 61), s. 39(2), Sch. 4 Pt. I para. 2

¹⁸⁸ Rent Act 1977, Schedule 1, § 2 (2).

¹⁸⁹ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 35.

¹⁹⁰ La c.d. “fundamental feature” citata per la prima volta in *Re S; Re W* [2002] UKHL 10.

¹⁹¹ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 35: “But the social policy underlying the 1988 extension ... is equally applicable to the survivor of homosexual couples living together in a close and stable relationship.”

¹⁹² *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 35.

¹⁹³ A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 82-7.

“In my view section 3 does not entitle the court to supply words which are inconsistent with a fundamental feature of the legislative scheme; nor to repeal, delete, or contradict the language of the offending statute.”¹⁹⁴

Altrimenti si tratterebbe di “illicit redrafting” della legge, espressione della più grave e pericolosa usurpazione della funzione legislativa del Parlamento da parte delle corti.¹⁹⁵

In conclusione, è possibile dire che con *Ghaidan* la Corte ha introdotto una nuova variante di interpretazione teleologica, la c.d. “abstract purposive interpretation”,¹⁹⁶ per cui “la ratio della legge è [...] determinata ricorrendo ad un’interpretazione teleologico-evolutiva¹⁹⁷ che abbia riguardo ad una ‘ratio’ oggettivizzata ed ‘attualizzata’ alla luce dei principi della Convenzione.”¹⁹⁸

Tale variante si articola in due fasi. In primo luogo, l’indagine giudiziale sullo scopo della legge può andare oltre il significato “naturale”, anche quando il testo grammaticalmente è chiaro – operazione che in assenza della s 3 non sarebbe necessaria. Ciò è possibile perché il giudice deve ricercare lo “scopo astratto” (“abstract purpose”) della legge ed il significato ad esso più consono. Poi, una volta individuato tale significato, il giudice ha un’ampissima discrezionalità nello scegliere la “versione” di tale significato più compatibile con la Convenzione.¹⁹⁹

Gli unici limiti che il giudice deve rispettare sono che l’interpretazione ex s 3 sia compatibile con le caratteristiche essenziali della legislazione²⁰⁰ e che la decisione su questioni particolarmente delicate sia riservata all’organo legislativo (“issues calling for legislative deliberation”).²⁰¹

Nonostante la portata innovativa della decisione in *Ghaidan*, mantenendo fermo questo secondo limite, la Corte ha comunque manifestato una forma di “judicial

¹⁹⁴ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Millett at 67.

¹⁹⁵ “...would be to usurp the function of Parliament.” Cfr. *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Millett at 72.

¹⁹⁶ J. VAN ZYL SMIT, *The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza*, cit., p. 300.

¹⁹⁷ Così la Professoressa Sonelli traduce la “abstract purposive interpretation” di Van Zyl Smit, S. SONELLI, *La Tutela dei Diritti Fondamentali nell’Ordinamento Inglese: lo Human Rights Act 1998 e Oltre*, cit., p. 69.

¹⁹⁸ S. SONELLI, *La Tutela dei Diritti Fondamentali nell’Ordinamento Inglese: lo Human Rights Act 1998 e Oltre*, cit., p. 69.

¹⁹⁹ J. VAN ZYL SMIT, *The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza*, cit., p. 300.

²⁰⁰ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 23-5.

²⁰¹ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Nicholls at 43-4.

self-denial” ascrivibile alla classica deference verso la funzione legislativa del Parlamento,²⁰² facendo presagire quell’inversione di tendenza a favore della s 4 che avverrà da lì a poco.

4.2) La s 4 da “ultima risorsa” a rimedio preferito dai giudici inglesi

Contrariamente a quanto previsto dal Lord Chancellor, Lord Irvine, durante il dibattito parlamentare sullo HRA,²⁰³ la s 3 (1) non ha assunto nella pratica il ruolo di “principale meccanismo rimediale” dell’Atto ed il ricorso alla s 4 è stato tutt’altro che “raro”. Al contrario, quella che doveva essere “a measure of last resort”²⁰⁴ ha “riempito il vuoto” lasciato dallo scarso uso dell’interpretazione adeguatrice ex s 3, divenendo il rimedio più utilizzato dalle corti.²⁰⁵

Ciò perché, come abbiamo visto, i giudici inglesi si dimostrano particolarmente riluttanti quando si tratta di cambiamenti troppo estremi o radicali in materia di statutory interpretation. In particolare, notano alcuni, le corti inglesi preferiscono i cambiamenti progressivi e gradualisti, non repentini, ritenendo essere questa l’essenziale differenza tra “judicial power to make law” e “legislative law-making power”: le corti possono “creare il diritto” solo caso per caso e “in response to the accidents of litigations”.²⁰⁶ E la s 4 permetteva tale opera “graduale”, accordando ai giudici la possibilità di “dire la propria” sui diritti senza però “sconfinare” nella sfera di competenza legislativa.

²⁰² A. YOUNG, *Ghaidan v Godin-Mendoza: Avoiding the Deference Trap* [2005] *Public Law* 23; p. 31.

²⁰³ *Hansard*, HL Vol. 582, col. 1231 (November 3, 1997). Anche se due anni più tardi lo stesso Lord Irvine tornerà sui suoi passi, affermando che un uso troppo radicale del dovere di interpretazione conforme escluderebbe del tutto la possibilità di utilizzare la s 4, annullando quel delicato equilibrio tra poteri del giudice e sfera riservata al legislatore su cui poggia l’architettura dell’intero Human Rights Act. LORD IRVINE OF LAIRG (QC), *Activism and Restraint: Human Rights and the Interpretative Process*, (1999) *King’s College Law Journal* pp. 177-197; p. 192.

²⁰⁴ *Ghaidan* [2004] UKHL 30 per Lord Steyn at 39-40; A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 121-7.

²⁰⁵ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 76; F. KLUG AND K. STARMER (QC), *Standing Back from the Human Rights Act: how effective is it five years on?*, cit., p. 722.

²⁰⁶ A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach* [2004] *Public Law* 537, p. 540-1.

La giurisprudenza che ci accingiamo ad analizzare mostra appunto la graduale “riscoperta” della s 4 che, sebbene non sembri, è la disposizione “più innocua” dal punto di vista britannico.

All’opposto della “judicial creativity” manifestata in *R v A (No. 2)*, si ha il già citato caso *Lambert*,²⁰⁷ considerato da alcuni “the brake on [s 3] ‘strained interpretation’”.²⁰⁸

In *Lambert* si poneva una questione simile a quella affrontata dalla New Zealand Supreme Court in *Hansen*.²⁰⁹ Il signor Lambert era stato incriminato per possesso di una sostanza stupefacente (cocaina) trovata nella sua valigia ai sensi della s 5 del Misuse of Drugs Act 1971 (MDA 1971).²¹⁰ Il signor Lambert si era difeso affermando di non essere stato a conoscenza della presenza della sostanza proibita tra i suoi effetti personali. Sia la corte di primo che la Court of Appeal respinsero le argomentazioni difensive ritenendo che il signor Lambert non avesse soddisfatto l’onere probatorio richiesto dalla s 28 (3) (b) (1) del MDA 1971.²¹¹ In particolare, il giudice sia di primo che di secondo grado aveva istruito la giuria indicando l’onere probatorio che gravava sull’imputato come sostanziale (“legal burden”) e non come meramente “formale” (“evidential burden”) e pertanto intesa come prova determinante la colpevolezza dell’imputato (la c.d. “sole evidence rule”). Non avendolo soddisfatto, il signor Lambert era stato condannato a sette anni. Nel frattempo, era entrato in vigore lo HRA 1998. Nell’appello alla House of Lords, la difesa lamentava la violazione dell’art. 6 CEDU, il diritto ad un equo processo e chiedeva che venisse quindi applicata la nuova s 3 (1) dello HRA 1998. La House of Lords non ritenne applicabile lo HRA 1998 in senso retroattivo e quindi escluse di poter interpretare in modo compatibile con la CEDU le disposizioni del MDA 1975 ex s 3. Tuttavia, ritenne incompatibile con la presunzione di innocenza che l’onere a carico dell’imputato fosse stato inteso

²⁰⁷ *Lambert* [2001] UKHL 37.

²⁰⁸ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 72.

²⁰⁹ Vedi *supra* Cap. III, § III.5, 5.3).

²¹⁰ Misuse of Drugs Act 1971, s 5.

²¹¹ Misuse of Drugs Act 1971, s 28 (3) (b) (1) – “Where in any proceedings for an offence to which this section applies it is necessary, if the accused is to be convicted of the offence charged, for the prosecution to prove that some substance or product involved in the alleged offence was the controlled drug which the prosecution alleges it to have been, and it is proved that the substance or product in question was that controlled drug, the accused— (b) shall be acquitted thereof— (i) if he proves that he neither believed nor suspected nor had reason to suspect that the substance or product in question was a controlled drug.”

come sostanziale e non come formale. Perciò, la Corte ha affermato che, per i casi futuri, intendere l'onere ex s 28 (3) (b) 1 come sostanziale avrebbe comportato una dichiarazione di incompatibilità ex s 4.²¹²

Ancora una volta, di particolare importanza sono gli speeches di Lord Steyn e Lord Hope. Il primo ha attenuato la propria radicalità nell'approccio alla s 3 precedentemente manifestata in *R v A (No. 2)*, affermando:

“The question is therefore whether, in accordance with section 3 of the 1998 Act, it is possible to read section 28 in a way which is compatible with convention rights [...] Specifically, the question is whether the words "to prove" in section 28(2) and "if he proves" in subsection (3) may be read as placing only an evidential burden on the accused [...] Applying section 3 I would therefore read section 28 (2) and (3) as creating an evidential burden only. In particular this involves reading the words "prove" and "proves" as meaning giving sufficient evidence.”²¹³

Il secondo invece, muovendo dalla sua posizione in *R v A (No. 2)*, ha ribadito che l'approccio ermeneutico da seguire deve sempre essere quello più rispettoso dell'intenzione del legislatore:

“(a) to respect the will of the legislature so far as this remains appropriate and (b) to preserve the integrity of our statute law so far this is possible.”²¹⁴

In particolare, Lord Hope ha sottolineato che, dato il “qualified meaning” della s 3 (1),²¹⁵ per cui il giudice ha sì il dovere di interpretare in modo conforme alla Convenzione la legge interna ma solo ove ciò fosse possibile in base alla lettera della legge,²¹⁶ non fosse possibile ricorrere alla s 3:

²¹² *Lambert* [2001] UKHL 37 per Lord Hope at 117.

²¹³ *Lambert* [2001] UKHL 37 per Lord Steyn at 42-3.

²¹⁴ *Lambert* [2001] UKHL 37 per Lord Hope at 78.

²¹⁵ *Lambert* [2001] UKHL 37 per Lord Hope at 79.

²¹⁶ *R v A (No. 2)* [2001] UKHL 25 per Lord Hope at 108.

“if the legislation contains provisions, either in the words or phrases which are under scrutiny or elsewhere, which expressly contradict the meaning which the enactment would have to be given to make it compatible.”²¹⁷

Infine, pur concludendo per l’inapplicabilità dello HRA 1998, Lord Hope ha concluso ribadendo che:

“In other cases, as in *R v A*, it may be necessary for words to be read in to explain the meaning that must be given to the provision if it is to be compatible. But the interpretation of a statute by reading words in to give effect to the presumed intention must always be distinguished carefully from amendment. Amendment is a legislative act. It is an exercise which must be reserved to Parliament.”

In tali casi, come il caso in esame, l’unica opzione possibile sarà quella di adottare una dichiarazione di incompatibilità.²¹⁸

Un esempio concreto della ratio di *Lambert* è il caso *In re S (FC) (Appellant) In re S and others (Respondents), In re W and others (Minors)(Respondents) (First Appeal) (FC) In re W and others (Respondents) (Second Appeal) (Conjoined Appeals) (Care Orders: Implementation of Care Plan) (Re S; Re W)*.²¹⁹

I casi in specie, riuniti e decisi insieme, avevano ad oggetto l’impatto dello HRA 1998 sulle parti III e IV del Children Act 1989, in materia di disposizioni sull’affidamento dei minori presso i servizi sociali territoriali.²²⁰ In particolare, il problema era che la Court of Appeal, tramite la s 3 dello HRA 1998, aveva notevolmente ampliato l’interpretazione e l’applicazione del Children Act 1989, facendo discendere dal testo dell’Atto un’ampia gamma di diritti e responsabilità che non erano state previste dal Parlamento.²²¹ La House of Lords, pur ritenendo

²¹⁷ *Lambert* [2001] UKHL 37 per Lord Hope at 79.

²¹⁸ *Lambert* [2001] UKHL 37 per Lord Hope at 80-1.

²¹⁹ [2002] UKHL 10.

²²⁰ Children Act 1989, Part III “Support of children and families provided by local authorities in England” e IV “Care and Supervision”: le due parti si occupano principalmente dei provvedimenti che possono essere presi dalle corti per garantire il benessere del minore.

²²¹ In primo luogo, la Court of Appeal aveva ampliato la discrezionalità del giudice nel concedere provvedimenti provvisori (interim care orders) anziché procedere all’emanazione di un provvedimento definitivo (“final care order”). In secondo luogo, ed è questo il punto critico, la Court of Appeal è intervenuta in modo ancor più radicale sulla lettera dell’Atto creando una

comprensibile l'operato della Court of Appeal – intervenuta per garantire l'interesse dei minori interessati ²²²–, non ha però potuto giustificarne le ragioni, affermando che la nuova procedura introdotta dalla CA non rientrava nel legittimo esercizio del dovere di interpretazione conforme ex s 3.²²³ In tal senso, Lord Nicholls of Birkenhead, pur riconoscendo la natura di “potente strumento” ermeneutico della s 3, ne ha anche sottolineato gli importanti limiti:

“[...] the reach of this tool [s 3] is not unlimited. Section 3 is concerned with interpretation. [...] The Human Rights Act reserves the amendment of primary legislation to Parliament. By this means the Act seeks to preserve parliamentary sovereignty. The Act maintains the constitutional boundary. Interpretation of statutes is a matter for the courts; the enactment of statutes, and the amendment of statutes, are matters for Parliament.”²²⁴

In particolare, per individuare il limite tra interpretazione e legislazione, Lord Nicholls ha affermato che una corte “sconfina” quando attribuisce ad una legge:

“[...] a meaning which departs substantially from a fundamental feature of an Act of Parliament [...] This is especially so where the departure has important practical repercussions which the court is not equipped to evaluate.”²²⁵

Pertanto, in *Re S; Re W* la House of Lords ha ritenuto che una caratteristica essenziale del Children Act 1989 fosse quella di vietare alle corti il controllo

procedura nuova e del tutto estranea alla lettera del Children Act 1989 per l'implementazione dei provvedimenti di affidamento (“care orders” o “care plans”) che aveva chiamato “starring system”. Secondo questa nuova procedura, alcuni obiettivi indicati dal provvedimento di affido (c.d. “milestones”) venivano contrassegnati da un asterisco (starred) e veniva loro attribuito lo “starred status” – ovvero lo status di ‘obiettivi particolarmente rilevanti’, il cui mancato raggiungimento entro un determinato periodo di tempo comportava l’obbligo per l’autorità locale di riattivare il procedimento che aveva portato all’emanazione del provvedimento stesso. Inoltre, l’autorità doveva informare il tutore del minore, ove nominato, ed ad entrambi veniva riconosciuta la facoltà di adire la corte per ulteriori indicazioni riguardo l’implementazione del provvedimento.

²²² *Re S; Re W* [2002] UKHL 10 per Lord Nicholls at 35.

²²³ “I am unable to agree that the court's introduction of a 'starring system' can be justified as a legitimate exercise in interpretation of the Children Act in accordance with section 3 of the Human Rights Act.” *Re S; Re W* [2002] UKHL 10 per Lord Nicholls at 36.

²²⁴ *Re S; Re W* [2002] UKHL 10 per Lord Nicholls at 38-40.

²²⁵ *Re S; Re W* [2002] UKHL 10 per Lord Nicholls at 38-40. La “fundamental feature” tornerà anche in *Ghaidan* come vedremo *infra* in questo paragrafo.

sull'operato dei servizi sociali locali, che invece la Court of Appeal si era attribuita in via pretoria. Di conseguenza, la Court of Appeal aveva superato il confine tra interpretazione ed emendamento legislativo, esorbitando dai suoi doveri ermeneutici ex s 3, distorcendo lo scopo della norma (“fundamental features”) e l'intenzione del legislatore.²²⁶

Ora, nonostante alcuni abbiano letto in *Lambert e Re S; Re W* abbiano costituito la “ritrattazione”²²⁷ di quel “judicial vandalism” operato in *R v A (No. 2)*, dovuto ad un'eccessiva e troppo zelante applicazione della s 3,²²⁸ non tutti hanno condiviso tale posizione. Invece, secondo una spiegazione alternativa la “strained interpretation” di Lord Steyn non è stata completamente abbandonata ma solo “accantonata”, poichè i casi successivi mal si prestavano all'impiego di un tale metodo interpretativo.²²⁹ Ad esempio, in *R v A (No. 2)* è stato possibile individuare un disposizione precisa da interpretare in modo conforme alla Convenzione; al contrario, in *Re S; Re W* ciò non era stato possibile.²³⁰ La decisione dei Lords ha avuto ad oggetto lo “starring system”, con relativo potere di judicial review sugli atti dei servizi sociali locali, che la Court of Appeal ha “inventato” senza che vi fosse traccia di esso nello schema del Children Act 1989. Al contrario, in *R v A (No. 2)* la Corte ha agito sul meccanismo dell'assunzione delle prove già previsto all'atto, modificandone solo un elemento (il quantum della discrezionalità rimessa al giudice).²³¹

Pertanto, è plausibile affermare che i giudici inglesi basino la scelta tra s 3 e s 4 su fattori contingenti al caso di specie, come ad esempio la disposizione impugnata o le conseguenze dell'interpretazione proposta.²³²

²²⁶ LORD LESTER OF HERNE HILL (QC), *The Magnetism of the Human Rights Act 1998*, cit., p. 187.

²²⁷ D. NICOL, *Statutory Interpretation and Human Rights After Anderson* cit., p. 276.

²²⁸ D. NICOL, *Gender Reassignment and the Transformation of the Human rights Act*, (2004) 120 *Law Quarterly Review* pp. 194- 198, p. 196.

²²⁹ A KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach*, cit., pp. 537-45.

²³⁰ Si veda *Re S; Re W* [2002] UKHL per Lady Hale at 44 ove la giudice nota: “[the appellants] found it quite difficult to identify particular provisions of the 1989 Act which might be declared incompatible: the problem is more with what the Act does not say than with what it does.” E Lord Nicholls at 41: “When a court, called upon to construe legislation, ascribes a meaning and effect to the legislation pursuant to its obligation under section 3, it is important the court should identify clearly the particular statutory provision or provisions whose interpretation leads to that result. Apart from all else, this should assist in ensuring the court does not inadvertently stray outside its interpretation jurisdiction.”

²³¹ A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach*, cit., p. 539.

²³² A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach*, cit., p. 539.

Se uniamo questo alle considerazioni fatte in chiusura al precedente paragrafo otteniamo il contesto in cui è stata presa la decisione nel caso *Bellinger v Bellinger*.²³³

La decisione riguardava il riconoscimento giuridico della nuova identità di genere a seguito del cambiamento di sesso di uno degli appellanti al fine di contrarre matrimonio. Nella specie, la signora Bellinger era nata uomo ed era stata registrata all'anagrafe come tale. Da tempo viveva e si vestiva come una donna e, prima del matrimonio con il signor Bellinger, si era sottoposta all'operazione di cambiamento di sesso. I due, sposatisi dal maggio del 1981, si erano visti annullare il matrimonio perché, ai sensi della s 11 (c) Matrimonial Causes Act 1973 (MCA 1973)²³⁴ il vincolo matrimoniale poteva esistere solo se le parti erano “maschio e femmina” (“a marriage is void unless the parties are 'respectively male and female'”)²³⁵ e la signora Bellinger era ancora registrata come “uomo”, nonostante l'operazione subita, poiché a livello legislativo interno non era possibile il riconoscimento giuridico della nuova identità di genere dei transessuali operati.²³⁶ Gli appellanti lamentavano la violazione dei propri diritti umani, in particolare gli artt. 8 e 12 CEDU.

I Law Lords, dopo un'approfondita analisi dei vari orientamenti in materia della giurisprudenza britannica e non,²³⁷ hanno concluso che la questione della rettificazione del sesso ed il riconoscimento giuridico della nuova identità di genere di un soggetto poneva tanti e tali problemi che la Corte, sebbene si trattasse della House of Lords in sede giudiziale, non era equipaggiata ad affrontare:

“[...] this Lordships' House, sitting in its judicial capacity, ought not to accede to the submissions made on behalf of Mrs Bellinger. Recognition of Mrs Bellinger as female for the purposes of section 11(c) of the Matrimonial Causes Act 1973 would necessitate giving the expressions 'male' and 'female' in that Act a novel, extended meaning: that a person

²³³ [2003] UKHL 21 (*Bellinger*).

²³⁴ Matrimonial Causes Act 1973, s 11 (c), rubricate appunto “Grounds on which a marriage is void”.

²³⁵ Oggi la previsione è stata abrogata dal Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 (c. 30), s. 21(3), Sch. 7 para. 27; S.I. 2014/93, art. 3(k)(ii).

²³⁶ A cui il legislatore inglese ha provveduto con il Gender Reassignment Act 2004.

²³⁷ Tra cui hanno analizzato anche il caso australiano *Re Kevin (Validity of Marriage of Transsexual)* [2001] Fam CA 1074; *Bellinger* [2003] UKHL 21 per Lord Nicholls at 15.

may be born with one sex but later become, or become regarded as, a person of the opposite sex. 37. This would represent a major change in the law, having far reaching ramifications. It raises issues whose solution calls for extensive enquiry and the widest public consultation and discussion. Questions of social policy and administrative feasibility arise at several points, and their interaction has to be evaluated and balanced. The issues are altogether ill-suited for determination by courts and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament, the more especially when the government, in unequivocal terms, has already announced its intention to introduce comprehensive primary legislation on this difficult and sensitive subject.”²³⁸

Questa è una chiara manifestazione del “judicial power to make law” cui accennavamo in apertura. Il compito della corte è quello di risolvere singole questioni concrete, portate alla loro attenzione dalle parti e non di fornire un “progetto di riforma” in ampie aree del diritto. Interpretare il termine “female” come inclusivo anche di coloro che hanno cambiato sesso, in assenza di una specifica soluzione legislativa nella più ampia categoria della rettificazione del sesso costituisce, appunto, una soluzione provvisoria e precaria ad un problema più ampio, e molto più complesso, che necessita invece di una soluzione definitiva e organica, che solo il legislatore può assicurare.²³⁹ Non a caso, Lord Nicholls ha concluso:

“The recognition of gender reassignment for the purposes of marriage is part of a wider problem which should be considered as a whole and not dealt with in a piecemeal fashion. There should be a clear, coherent policy. The decision regarding recognition of gender reassignment for the purpose of marriage cannot sensibly be made in isolation from a decision on the like problem in other areas where a distinction is drawn between people on the basis of gender.”

²³⁸ *Bellinger* [2003] UKHL 21 per Lord Nicholls at 36-37.

²³⁹ A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach*, cit., p. 541.

Pertanto, la House of Lords, pur riconoscendo una chiara e continua tendenza a livello internazionale ad un aumento dell'accettazione sociale dei transessuali ed al riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale dei transessuali operati, si è rifiutata di interpretare i termini "male" e "female" del MCA 1973 come inclusivi anche una transessuale operata, preferendo adottare una dichiarazione di incompatibilità ex s 4.²⁴⁰

In particolare, c'è chi ha giustificato la decisione della Corte proprio in ragione delle circostanze fattuali del tempo.²⁴¹ La questione era un argomento particolarmente delicato e la stessa Corte di Strasburgo sia era appena pronunciata in merito. Infatti, nella famosa sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, il legislatore britannico era stato condannato proprio per violazione degli articoli 8 e 12 della Convenzione per il mancato riconoscimento della possibilità di sposarsi ai transessuali operati.²⁴² Inoltre, lo stesso Lord Nicholls ha espressamente richiamato l'attenzione sul fatto che il Governo del tempo aveva già presentato alcuni progetti di riforma della legge in materia di gender reassignment:

"A change in the law as sought by Mrs Bellinger must be a matter for deliberation and decision by Parliament when the forthcoming Bill is introduced."²⁴³

In conclusione, una dichiarazione di incompatibilità era lo strumento più adatto dato il contesto ed i fatti del caso.²⁴⁴

L'eredità di *Bellinger* sembrava destinata a durare anche oltre i confini "tematici", quando la sua ratio è stata seguita nel caso *Anderson*.²⁴⁵ La materia era completamente differente: si trattava del potere del Secretary of State di decidere

²⁴⁰ *Bellinger* [2003] UKHL 21 per Lord Nicholls at 55; per Lord Hope at 70; per Lord Hobhouse of Woodborough at 71 e 79; per Lord Scott of Foscote at 80; per Lord Rode of Earlsferry at 81.

²⁴¹ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 74.

²⁴² Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95 – *Christine Goodwin c. Regno Unito* (2002).

²⁴³ *Bellinger* [2003] UKHL 21 per Lord Nicholls at 49.

²⁴⁴ A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach*, cit., p. 541-2.

²⁴⁵ *R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Anderson* [2002] UKHL 46 (*Anderson*).

discrezionalmente le modalità del rilascio dei detenuti condannati all'ergastolo previsto dalla s 29 del Crime (Sentences) Act 1997.²⁴⁶

Anche qui la House of Lords ha emesso una dichiarazione ex s 4 dichiarando incompatibile con il diritto ad un giudice terzo ed imparziale ex art. 6 CEDU la disposizione della s 29 del Crime (Sentences) Act 1997.²⁴⁷ La corte, si legge nel leading speech di Lord Bingham of Cornhill,²⁴⁸ ha tenuto in particolare considerazione le recenti condanne del Regno Unito in *Stafford c. Regno Unito*²⁴⁹ e *V e T c. Regno Unito*.²⁵⁰ In entrambe le decisioni la Corte di Strasburgo ha condannato il Regno Unito per violazione dell'art. 6 CEDU per l'attribuzione del sistema di "tariffs"²⁵¹ alla discrezionalità del Secretary of State perché in palese contrasto con il diritto ad un giudice terzo ed imparziale. Inoltre, il Governo aveva già manifestato in Parlamento la volontà di emendare la legislazione viziata seguendo le indicazioni di Starsburgo.²⁵²

In particolare, la House of Lords si rifiutò di operare un'interpretazione ex s 3 (1) in modo da rendere compatibile la s 29 perché ciò avrebbe comportato:

“[...] an effect quite different from that which Parliament intended and would go well beyond any interpretative process sanctioned by section 3 of the 1998 Act.”²⁵³

²⁴⁶ Crime (Sentences) Act 1997, s 29 – “Duty to release certain life prisoners”, che rimetteva alla discrezionalità del Secretary of State la convocazione della Commissione per la libertà condizionale (Parole Board) per il rilascio di determinate categorie di detenuti.

²⁴⁷ *Anderson* [2002] UKHL 46 per Lord Bingham at 31; per Lord Nicholls at 32; per Lord Steyn at 61; per Lord Hutton at 85; per Lord Scott of Foscote at 86 e per Lord Rogder of Earlsferry at 87.

²⁴⁸ *Anderson* [2002] UKHL 46 per Lord Bingham at 17-8 e 29-31.

²⁴⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 28 maggio 2002, ricorso n. 46295/99 - *Stafford c. Regno Unito* (2002).

²⁵⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 8 aprile 1999, ricorso n. 24888/94 – *V e T c. Regno Unito* (1999).

²⁵¹ Il “tariffs system” consisteva (e consiste ancora, seppure con alcune modifiche) in un sistema progressivo pre-determinato del quantum della pena a seguito di condanna, articolato in scaglioni (“tariffs”) a seconda del reato commesso.

²⁵² I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 74.

²⁵³ *Anderson* [2002] UKHL 46 per Lord Bingham at 31 e Lord Steyn at 59.

La decisione e le motivazioni in *Anderson* hanno portato alcuni ad affermare che la House of Lords avesse definitivamente abbandonato la s 3, limitandone sensibilmente l'applicabilità, in favore di un uso più ampio della s 4.²⁵⁴

La preferenza per la s 4 è stata poi ribadita in *Wilkinson*,²⁵⁵ decisa l'anno successivo a *Ghaidan*. *Wilkinson* è stato deciso seguendo l'opinione di Lord Millett rispetto a quello prospettato da Lord Nicholls in *Ghaidan*, ridimensionandone sensibilmente la portata.²⁵⁶ Infatti, pur ammettendo la possibilità di un'interpretazione che prescinde dall'intenzione del legislatore storico in alcuni casi specifici,²⁵⁷ la maggior parte dei casi la ricostruzione ermeneutica da parte del giudice non potrà prescindere del tutto dalle indicazioni del testo della legge.²⁵⁸ In particolare, con riguardo alla funzione del dovere ermeneutico ex s 3, Lord Hoffman, nell'opinione della Corte, afferma:

“The important change in the process of interpretation which was made by section 3 was to deem the Convention to form a significant part of the background against which all statutes, whether passed before or after the 1998 Act came into force, had to be interpreted. Just as the "principle of legality" meant that statutes were construed against the background of human rights subsisting at common law (see *R v Home Secretary, Ex p Simms* [2000] 2 AC 115), so now, section 3 requires them to be construed against the background of Convention rights. There is a strong presumption, arising from the fundamental nature of Convention rights,

²⁵⁴ Così, D. NICOL, *Statutory Interpretation and Human Rights after Anderson*, cit., p. 280. Tuttavia, alcuni hanno manifestato più cautela, evitando di trarre conclusioni troppo frettolose e sottolineando come la decisione in *Anderson* avesse risentito molto dei moniti di Strasburgo - che peraltro aveva specificato che una “rettifica giudiziale” della s 29 sarebbe comunque incappata nella violazione dell'art. 6 CEDU sotto il profilo della violazione della separazione dei poteri (Cfr., Lord Bingham in *Anderson* [2002] UKHL 46 at 44). Inoltre, il Governo era giuridicamente tenuto a dare seguito alla decisione in *Stafford* per cui “forzare” il testo della s 29 per renderla compatibile alla Convenzione ex s 3 non era necessario. A. KAVANAGH, *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach*, cit., p. 542-3; A. KAVANAGH, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, cit., pp. 92-5.

²⁵⁵ *R v Commissioners of Inland Revenue (IRC); Ex parte Wilkinson* [2005] UKHL 30 (*Wilkinson*). Qui il ricorrente chiedeva che la s 262 (1) dell' Income and Corporation Taxes Act 1988 - che conferiva alle “vedove” un determinato beneficio fiscale - doveva essere interpretato ex s 3 come comprensivo anche dei “vedovi” per evitare la violazione del divieto di discriminazione previsto dall'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 1 (1) del Primo Protocollo.

²⁵⁶ S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 70.

²⁵⁷ *Wilkinson* [2005] UKHL 30 per Lord Hoffman at 18.

²⁵⁸ *Wilkinson* [2005] UKHL 30 per Lord Hoffman at 18-9.

that Parliament did not intend a statute to mean something which would be incompatible with those rights. [...] The Convention, like the rest of the admissible background, forms part of the primary materials for the process of interpretation. But, with the addition of the Convention as background, the question is still one of *interpretation*, i.e. the ascertainment of what, taking into account the presumption created by section 3, Parliament would reasonably be understood to have meant by using the actual language of the statute.”²⁵⁹

Ebbene, come è avvenuto per la Nuova Zelanda, anche nel Regno Unito il dovere ex s 3 ha finito per essere ricondotto al tradizionale schema di presunzioni ermeneutiche (“presumptions”) da sempre impiegate dal giudice inglese nella ricostruzione della ratio di una legge.²⁶⁰ In particolare, nel collocare la s 3, Lord Hoffman richiama il noto principle of legality,²⁶¹ proprio in ragione della “rilevanza costituzionale ... ai fine della salvaguardia dei diritti fondamentali” che esso ha sempre avuto nell’ordinamento inglese.²⁶² Di conseguenza, nel ricostruire l’intention of the Parliament si presumerà che il Parlamento non ha inteso agire in violazione della Convenzione.²⁶³ Perciò, in *Wilkinson* la House of Lords non ha ritenuto possibile un’interpretazione adeguatrice del termine “vedova” perché:

“there is no way in which any reasonable reader could understand the word "widow" to refer to the more general concept of a surviving spouse. The contrary indications in the language of Part VII of the 1988 Act are too strong. In my opinion Miss Rose was right to concede in the lower courts that it was not possible to read it compatibly with Convention rights.”²⁶⁴

²⁵⁹ *Wilkinson* [2005] UKHL 30 per Lord Hoffman at 17.

²⁶⁰ J. BELL; G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., p. 165-6. Si veda quando detto *supra* in questo capitolo § IV.3.

²⁶¹ Si veda quando detto in merito *supra* Cap. I, § I.3., §§ 3.2).

²⁶² S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, cit., p. 71.

²⁶³ “[...] the interpretation which the reasonable reader would give to the statute read against its background, including, now, an assumption that it was not intended to be incompatible with Convention rights.” *Wilkinson* [2005] UKHL 30 per Lord Hoffman at 18.

²⁶⁴ *Wilkinson* [2005] UKHL 30 per Lord Hoffman at 19.

La House of Lords ha quindi dichiarato l'incompatibilità della legge in esame con la CEDU poiché il linguaggio del legislatore escludeva categoricamente la possibilità di estendere il significato oltre quello letterale senza snaturare la ratio della legge e lo scopo del Parlamento. In altre parole, le corti abicano a fornire una loro interpretazione "compatibile", limitandosi a segnalare la violazione del diritto fondamentale al legislatore, rimettendogli la decisione circa la definizione degli strumenti e delle modalità per rimediare. In questo senso, la s 4 attua il principle-proposing dialogue, che, sebbene più tenue della strong form dialogue, parebbe essere quella ad aver avuto più successo.²⁶⁵

Infatti, guardando ai dati statistici sulle dichiarazioni ex s 4 emesse dal 2001 ad oggi ed alle risposte legislative che ne sono seguite ("legislative sequels") è possibile affermare che il modello dialogico è oggi la cifra dei rapporti tra giudici e legislatore nel Regno Unito.

Ad oggi le dichiarazioni di incompatibilità sono trentotto di cui ventisei definitive ("final"); per tre è ancora pendente l'appello e nove sono state ribaldaltate in sede d'appello.²⁶⁶ Delle ventisei oramai divenute definitive, undici sono state "sanate" tramite legge ordinaria o secondary legislation; cinque concernevano disposizioni già "sanate" al tempo della dichiarazione; tre sono state sanate tramite remedial order ex s 10 HRA; per una il Governo ha notificato alle Camere la propria volontà di intervenire tramite remedial order e cinque sono all'esame del Minsitro competente per decidere il migliore rimedio da adottare.

L'ultima dichiarazione di incompatibilità emessa dalla Supreme Court è *Ex parte Steinfeld* riguardo il divieto per le coppie eterosessuali di poter accedere alle unioni civili previste dal Civil Partnership Act 2004.²⁶⁷

Nonostante l'uso della s 4 parebbe aver effettivamente raggiunto il suo scopo – attivare il dialogo con il Parlamento e garantire una più effettiva tutela dei diritti – vi è chi ha criticato l'atteggiamento "troppo passivo" del Parlamento verso le corti, in una sorta di deference al contrario. Infatti, poichè tutte le dichiarazioni di incompatibilità sono state seguite da interventi legislativi, alcuni segnalano come

²⁶⁵ I. CRAM, *Judging Rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the New Relationship between Parliament and the Courts*, cit., p. 81.

²⁶⁶ MINISTRY OF JUSTICE, *Responding to Human Rights judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to Human Rights judgments 2016–17* (December 2017) Cm 9535, Annex A, p. 32.

²⁶⁷ *Ex parte Steinfeld* [2018] UKSC 32.

il dialogo si ridotto ad un “judicial monologue”²⁶⁸- nel senso che le corti dettano cosa fare ed il Parlamento reagisce di conseguenza senza ingaggiare un vero confronto sui diritti che dovrebbe essere il cuore del modello dialogico nella sua forma più pura.²⁶⁹

IV.5. A vent’anni dallo Human Rights Act: com’è cambiato il rapporto tra giudici e legislatori

Alla luce dell’esame della giurisprudenza appena proposto, è possibile trarre alcune conclusioni sullo stato dei rapporti tra giudici e legislatore al di là della Manica.

E’ pacifico affermare che lo HRA ha introdotto un nuovo schema di interazione tra giudici e legislatore il cui perno sono le ss 3 e 4. Occorre chiarire quali sono gli effetti e le conseguenze concrete di tali novità.

In primo luogo, a livello generale, pare condivisibile l’osservazione fatta da alcuni acuti autori per cui lo HRA esemplifica un nuovo modello di bill of rights, c.d. “third-wave bill of rights”.²⁷⁰ Questa “terza ondata”²⁷¹ pone l’accento sulla stretta collaborazione tra i tre poteri dello Stato nella definizione del contenuto e dei limiti

²⁶⁸ F. F. DAVIS, *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, (2014) 67 *Parliamentary Affairs* pp. 137-150.

²⁶⁹ D. MEAD, *Talking about Dialogue*, U.K. Const. L. Blog (15 september 2012) reperibile online sul sito <http://ukconstitutionallaw.org>.

²⁷⁰ F. KLUG, *The Human Rights Act – a “Third Way” or “Third Wave” Bill of Rights*, (2001) *European Human Rights Law Review* 361.

²⁷¹ L’Autrice specifica che la sua “third-wave” non è assimilabile ad una “third generation” poiché la seconda espressione presuppone una rigida separazione, come ad esempio tra diritti di prima e seconda generazione. Invece, con il termine “ondata” l’Autrice vuole evidenziare come il tema dei diritti fondamentali è un tema ricorrente nella storia umana, che assume veste diversa a seconda di come i singoli individui rivendicano i loro diritti in un determinato momento storico e che, per questo, è in continua evoluzione. Con la metafora dell’onda e del mare, si fa emergere l’aspetto dinamico dell’evoluzione dei diritti fondamentali e della loro tutela, con particolare attenzione all’influenza che i vari diritti e le loro differenti interpretazioni hanno esercitato (ed esercitano) gli uni sugli altri: “For this reason I refer the term ‘wave’ to ‘generation’ - three waves rather than three generations of rights. The word ‘wave’ seems to better capture the dynamis involved in change. Implicit in the term, is a recognition that there have been distinct periods when the idea of rights has come to prominence and other where its influence has waned. The analogy with the sea also suggests that the distinctions between different waves are not rigid but that ideas flow between them. Judicial interpretations of a first wave bill of rights like America’s, for example, have been influenced to some degree by the jurisprudence of a second wave human rights treaty like the European Convention on Human Rights which was in turn inspired by first wave charters.” F. KLUG, *The Human Rights Act – a “Third Way” or “Third Wave” Bill of Rights*, cit., pp. 362-3.

ai diritti fondamentali, rispetto ai “second-wave bill of rights” in cui era centrale il ruolo del Giudiziario in funzione di garanzia dei diritti.²⁷² In particolare, l’interpretazione dei diritti (“rights interpretation”) deve intendersi come una collaborazione funzionale (“functional partnership”)²⁷³ tra Parlamento e corti, ove il ruolo delle corti è quello di stimolare l’attenzione alle conseguenze della legislazione in materia di diritti fondamentali da parte del Parlamento.²⁷⁴ E’ un altro modo per identificare la metafora del dialogo.

Ritorna attuale quanto scritto da Sir Stephen Sedley nel 1994, che potrebbe fornire la giusta chiave di lettura agli ultimi sviluppi del rapporto tra giudici e legislatore. Secondo Sir Sedley il Parlamento non è più il titolare esclusivo della supremazia assoluta come descritto da Dicey, ma è emerso un nuovo paradigma costituzionale il cui perno è rappresentato da:

“[...] a bipolar sovereignty of the Crown-in-Parliament and the Crown in its courts, to each of which the Crown’s ministers are answerable—politically to Parliament, legally to the courts.”²⁷⁵

Dunque la sovranità non è più da intendersi come concentrata in un unico polo (il Parlamento) ma è oggi condivisa ed esercitata (seppure in modi diversi) da due poli: le Corti ed il Parlamento.²⁷⁶ Secondo le formulazioni più recenti del principio di “bi-polar sovereignty”, questo potrebbe costituire un correttivo per l’instabilità istituzionale e costituzionale che sta attraversando il paese.²⁷⁷ Può essere una buona chiave di lettura dei rapporti tra poteri dello Stato, che tenga di conto e tenti di spiegare la complessità del rapporto tra Giudiziario e Legislativo/Esecutivo.²⁷⁸ Per far ciò occorre riconoscere la sovrapposizione di funzioni tra corti e

²⁷² F. KLUG, *The Human Rights Act – a “Third Way” or “Third Wave” Bill of Rights*, cit., p. 370.

²⁷³ D. NICOL, *The Human Rights Act and the Politicians*, (2004) *Legal Studies* pp. 451-479; p. 477.

²⁷⁴ D. NICOL, *The Human Rights Act and the Politicians*, cit., p. 454.

²⁷⁵ S. SEDLEY (SIR), *Human rights: a Twenty-First Century Agenda*, [1995] *Public Law* 386; p. 389.

²⁷⁶ Lo stesso Lord Brigde of Harwich ha affermato, seppur in obiter: “The maintenance of the rule of law is in every way as important in a free society as the democratic franchise. In our society the rule of law rests upon twin foundations: the sovereignty of the queen is Parliament in making the law and the sovereignty of the Queen’s courts in interpreting and applying the law”. *X Ltd. V Morgan-Grampian (Publishers) Ltd.* [1991] 1 AC 1, per Lord Brigde of Harwich at 48.

²⁷⁷ C. J. S. KNIGHT, *Bi-Polar Sovereignty Restated*, (2009) 68 *Cambridge Law Journal* pp. 361-387, p. 386.

²⁷⁸ C. J. S. KNIGHT, *Bi-Polar Sovereignty Restated*, cit., p. 366.

Parlamento che oramai è sempre più evidente e sempre più frequente (“overlapping”).²⁷⁹ Questo “overlapping” non è estraneo al sistema di common law perché:

“A common law system means that, at least in reality, the courts make law just as the legislature does.”²⁸⁰

Di regola, in un sistema costituzionale rigidamente improntato alla separazione dei poteri, nessuno dei tre poteri finirebbe per esorbitare dalla propria sfera di competenza. Ma il sistema inglese, come abbiamo visto nelle prime pagine di questo lavoro, non ha (né ha mai) aderito ad una chiara e precisa tripartizione dei poteri dello Stato, con conseguente cristallizzazione delle rispettive funzioni e competenze.²⁸¹ In teoria quindi, tutti e tre i rami del potere sono titolari del “law-making power” seppure con una diversa intensità.

Quindi, anche se rimane fermo che il potere di fare le leggi (inteso nella sua accezione letterale di “promulgare le leggi del paese”) spetta esclusivamente alla Crown-in-Parliament, si deve pur riconoscere un potere simile, anche se minore di intensità, alle corti di giustizia.²⁸² Esse infatti “creano” diritto, oltre che interpretare quello già esistente, sviluppando in modo continuo e graduale la common law.²⁸³ La stessa cosa vale per l’Esecutivo. Il Governo può “legiferare” nei casi di Royal Prerogatives e per mezzo di legislazione delegata.

Infatti, sebbene rimanga fermo il famoso motto di Lord Diplock per cui “Parliament makes the law, the judiciary interprets them,”²⁸⁴ non è possibile ignorare completamente la funzione di “law-making” che ha il giudice di common law. Infatti, come ha notato di recente Lord Neuberger, ex President of the Supreme Court:

²⁷⁹ C. J. S. KNIGHT, *Bi-Polar Sovereignty Restated*, cit., p.

²⁸⁰ C. J. S. KNIGHT, *Bi-Polar Sovereignty Restated*, cit., p. 366.

²⁸¹ C. J. S. KNIGHT, *Bi-Polar Sovereignty Restated*, cit., p. 371.

²⁸² LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, F.A. Mann Lecture 2015, 29 gennaio 2015, pp. 1-23.

²⁸³ KNIGHT, nel suo saggio, chiama questo potere “enforcement sovereign” ovvero quel potere supremo al pari del Legislativo, cui spetta esclusivamente il potere di implementare le leggi, di applicare tali leggi e sanzionare il soggetto che non le rispetti. E’ una variante del generale concetto di “potere coercitivo”, che spetta allo Stato in quanto unico titolare dell’uso legittimo della forza. C. J. S. KNIGHT, *Bi-Polar Sovereignty Restated*, cit., pp. 369-371.

²⁸⁴ *Dupont Ltd v Sirs* [1980] 1 WLR 142 per Lord Diplock at 157.

“Judges are and always have been law-makers; this is inherent in their constitutional role in a common law system. Indeed, even 150 years ago, and maybe more recently, more English laws were made by judges than by legislators.”²⁸⁵

Pertanto non si può sottovalutare l'essenziale ruolo che i giudici hanno svolto e svolgono ancora nello sviluppo del diritto interno, liquidando tale ruolo come il tentativo di instaurare una “judicial supremacism”.²⁸⁶ Sotto questo profilo, l'equilibrio tra le funzioni potrebbe essere cambiato ma la natura delle funzioni no. Infatti, oggi la “law-making function” è distribuita tra un numero più ampio di soggetti titolari, chiamati “intermediate law-makers”, tra cui si annoverano le autorità amministrative e di regolazione, i lobbisti ed, in modo particolare, i giudici. Questi ultimi, in particolare, sono sempre più spesso chiamati a creare nuovo diritto in una crescente varietà di modi:

“[...] whether by developing existing principles to address novel situations or lacunae, by interpreting and reinterpreting legislation and statutory instruments, or, more controversially, by revisiting established principles in light of social change.”²⁸⁷

Naturalmente, vi sono limiti all'attività “legislativa” del giudice, magistralmente indicati da Lord Browne-Wilkinson nel caso *Bland*, in materia di eutanasia:

“Where a case raises wholly new moral and social issues, in my judgment it is not for the judges to seek to develop new, all embracing, principles of law in a way which reflects the individual judge's moral stance when society as a whole is substantially divided on the relevant moral issues [...] The judges' function in [such an] area ... should be to apply the principles

²⁸⁵ LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, cit., p. 16.

²⁸⁶ LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, cit., p. 16.

²⁸⁷ LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, cit., p. 17.

which society, through the democratic process, adopts, not to impose their standards on society. If Parliament fails to act, then judge-made law will of necessity through a gradual and uncertain process provide a legal answer to each new questions it arises. But in my judgment that is not the best way to proceed.”²⁸⁸

In questo scenario, l’entrata in vigore dello Human Rights Act ha ulteriormente acuito la tensione latente nel ruolo del giudice in Inghilterra, con conseguenze rivoluzionarie. Da quanto visto sin qui, lo HRA ha avuto un triplice effetto.²⁸⁹ Primo, sempre più di frequente, i giudici sono chiamati a decidere questioni politiche e sociali connaturate ai diritti fondamentali in quanto tali. Di conseguenza, l’analisi del giudice non si limita alla legittimità dell’esercizio del potere pubblico ma anche al merito dello stesso e agli effetti che tale esercizio ha avuto sui diritti del singolo. Prima del 1998, il ruolo del giudice nei confronti degli atti governativi era molto più circoscritto. In secondo luogo, i giudici sono chiamati a compiere una “quasi-statute-writing function” ai sensi della ben nota s 3 (1). Tale funzione si concretizza nel fatto che ove la legge interna non appaia prima facie compatibile, il giudice deve, ove possibile, rielaborarla e riadattarla in modo tale da renderla compatibile. In terzo luogo, ai sensi della s 4, i giudici devono segnalare al Parlamento quando l’incompatibilità rilevata nella legge interna non può essere sanata in via ermeneutica e, come abbiamo visto, il Parlamento ha sempre provveduto a rimediare (ad eccezione per il caso del divieto di voto ai detenuti).

Come abbiamo visto, l’attribuzione di tali poteri ha profondamente scosso il sistema costituzionale britannico, specialmente sotto il profilo del rapporto tra giudici e legislatore. Ma proprio su questo punto, a chi paventa sempre l’avvento della tanto temuta “juristocracy”,²⁹⁰ è bene rammentare tre punti fondamentali che sventano tale previsione.²⁹¹ Primo, i poteri di cui alla s 3 e 4 sono stati *conferiti* ai

²⁸⁸ *Airedale NHS Trust v Bland* [1993] AC 789, at 879 per Lord Browne-Wilkinson.

²⁸⁹ LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, cit., p. 19.

²⁹⁰ Espressione coniata dal Professor R. HIRSCHL nel suo famoso saggio *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences Of The New Constitutionalism*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 2004, cui si rinvia.

²⁹¹ LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, cit., p. 19.

giudici dal *Parlamento*, tramite l'iter legislativo ordinario. Non sono stati i giudici ad "arrogarsi" tali poteri. Secondo, occorre tenere presente che nella maggior parte dell'Europa continentale e negli Stati Uniti, ove vige una costituzione scritta, tali poteri sono *scontati*, ovvia conseguenza del ruolo costituzionale del giudice. In terzo luogo, tali poteri sono necessari per assicurare il mantenimento della rule of law, in particolare alla luce dell'esponentiale incremento dell'attività dell'Esecutivo a scapito dell'attività parlamentare.

Pertanto, gli equilibri ed i rapporti tra i poteri dello Stato sono stati inequivocabilmente modificati, senza però annullare in radice le differenze tra essi. Infatti, come affermato da Lord Reed nel già citato caso *Nicklinson* lo Human Rights Act:

"[...] introduces a new element into our constitutional law, and entails some adjustment of the respective constitutional roles of the courts, the executive and the legislature. It does not however eliminate the differences between them: differences, for example, in relation to their composition, their expertise, their procedures, their accountability and their legitimacy."²⁹²

Pertanto, che avvenga tramite interpretazione adeguatrice ex s 3 o tramite dichiarazione di incompatibilità ex s 4, la collaborazione dinamica e funzionale tra giudici e legislatore nel Regno Unito è una realtà attuale e rappresenta la via migliore per aumentare la tutela dei diritti fondamentali dei sudditi di Sua Maestà. Come abbiamo visto, nella maggioranza dei casi ad una dichiarazione di incompatibilità segue, più o meno tempestivamente, un "legislative sequel" che, però, secondo alcuni si limita a "mettere per iscritto" il principio di diritto enucleato dalla corte.²⁹³ Perciò, secondo alcuni non solo ci sarebbe ben poco "dialogo" tra i due organi, ma si finirebbe soprattutto con l'attribuire, in pratica, il potere di avere l'ultima parola alle corti, concretizzando l'incubo dei costituzionalisti politici: la supremazia del Giudiziario.

²⁹² *Nicklinson* [2014] UKSC 38, per Lord Reed at 296.

²⁹³ F. F. DAVIS, *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, cit. p. 145; A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, (2011) *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, Paper no. 11-07, pp. 1-20; p. 18.

Infatti, gli effetti positivi dell'interazione dialogica verrebbero annullati, visto che il Parlamento sembra "appiattirsi" sulle indicazioni delle corti, causando quella che alcuni hanno definito uno stato di "atrofia istituzionale" del potere legislativo.²⁹⁴

Il superamento di un tale atrofia parrebbe venire dall'atteggiamento mostrato dal Parlamento nell'oramai triste saga in materia di "prisoners disenfranchisement" (divieto di voto dei detenuti).²⁹⁵ Infatti, ergendosi contro la decisione di Strasburgo – che dichiarava illegittimo il "blanket ban" sul diritto di voto dei detenuti britannici – parrebbe così dare nuova linfa al dialogo tra rami del potere anziché appiattirsi ai principi di una sentenza.

Tuttavia, siamo nell'ambito di un dialogo tra Parlamento e Corte di Strasburgo che, più che una conversazione, sembra un braccio di ferro. Il Parlamento ha apertamente sfidato Strasburgo affermando di considerare la decisione in *Green e M.T. c Regno Unito*²⁹⁶ ma di non sentirsi vincolato a prendere provvedimenti per ottemperare alla condanna.²⁹⁷

Anche se questa presa di posizione è vista come un modo di ridare nuova linfa al dialogo istituzionale nel Regno Unito, non è chiaro come un braccio di ferro tra il Parlamento nazionale e la Corte di Strasburgo possa contribuire ad far uscire le istituzioni nazionali da un tale stato di atrofia. In particolare, perché la questione sembra afferire alla s 2 più che alle ss 3 e 4 dello HRA, in quanto un eventuale scontro tra Westminster e Strasburgo metterebbe definitivamente in crisi il principio di *Ullah*, determinando gravi conseguenze sull'approccio all'obbligo ermeneutico di "take into account" la giurisprudenza di Strasburgo.²⁹⁸ Una tale eventualità non è consigliabile anche perché in palese contrasto con uno degli

²⁹⁴ A. VERMEULE, *The Atrophy of Constitutional Powers*, cit., pp 18-9.

²⁹⁵ F. F. DAVIS, *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, cit. p. 145.

²⁹⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 23 novembre 2010, ricorso n. 60041/08 – *Green e M. T. c. Regno Unito*.

²⁹⁷ Non è un atteggiamento nuovo. Infatti proprio in *Green* la Corte di Strasburgo aveva condannato il Regno Unito per non aver ottemperato alla condanna precedentemente subita nel famoso caso *Hirst (No. 2)*. (Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 6 ottobre 2005 (Grande Camera), ricorso n. 74025/01 – *Hirst (No. 2) c. Regno Unito*). Dal canto suo, la Corte di Strasburgo ha mantenuto fermo il principio di *Hirst (no.2)* e *Green e M.T.*, ribadendo che il divieto assoluto ("blanket ban") di voto ai detenuti è in palese violazione dell'art. 3 CEDU. Di recente si vedano Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 10 febbraio 2015, ricorsi n. 51987/08 e altri 1.014 - *McHugh e altri c. Regno Unito* (2015) e Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 30 giugno 2016, ricorsi n. 44473/14 e altri 21- *Millbank e altri c. Regno Unito* (2016). F. F. DAVIS, *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, cit. p. 146.

²⁹⁸ Vedi *supra* nota 375.

scopi dello HRA: quello di trovare un punto di raccordo tra ordinamento nazionale e ordinamento CEDU.

Migliore parrebbe l'orientamento della magistratura che, nelle ultime decisioni, ha ripreso il ruolo classico del giudice di common law come "law-maker", rispolverando la nozione di "common law fundamental rights".²⁹⁹

Infatti, in *Kennedy v Charity Commissioners* la Supreme Court ha preferito decidere la questione applicando al caso in specie (in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi) il common law principle of openness, nonostante le parti avessero agito in base allo Human Rights Act, lamentando la violazione dell'art. 10 della CEDU. Nella specie, Lord Mance riprendendo quanto detto da Lord Toulson ha affermato che:

"[...] the development of the common law did not come to an end on the passing of the Human Rights Act 1998. It is in vigorous health and flourishing in many parts of the world which share a common legal tradition."³⁰⁰

Allo stesso tempo, lo stesso Lord Toulson, sempre in *Kennedy*, ha spiegato che:

"[...] the growth of the state has presented the courts with new challenges to the common law to meet current needs. This has always been the way of the the common law and it has not ceased on the enactment of the Human Rights Ac 1998, although since then there has sometimes been a baleful and unnecessary tendency to overlook the common law. It needs to

²⁹⁹ *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19; *Kennedy v Charity Commissioners* [2014] UKSC 20; *Osborn v The Parole Board; and two others* [2013] UKSC 61; LADY HALE, *UK Constitutionalism on the March?*, Keynote Address to the Constitutional and Administrative Law Bar Association Conference 2014, 12 luglio 2014, pp. 1-15; LORD TOULSON, *Fundamentals Rights and the Common Law*, Keynote address at the the Fundamental Rights Conference: A Public Law Perspective, LSE, 10 ottobre 2015, pp. 1-14; A. STRAW, *Future Proofing: Running Human Rights Arguments under the Common Law*, cit.; R. CLAYTON, *The Empire Strikes Back: Common Law Rights and the Human Rights Act*, [2015] *Public Law* pp. 3-12; D. ROSE (QC), *What's the Point of the Human Rights Act? The Common Law, the Convention and the English Constitution*, (2015) *Politeia*, pp. 1-20, reperibile online sul sito <https://www.politeia.co.uk/>; E. BJORGE, *Common Law Rights: Balancing Domestic and International Exigencies*, (2016) 75 (2) *Cambridge Law Journal* pp. 220-243; LORD NEUBERGER, *Has the Identity of the English Common Law Been Eroded by EU Laws and the European Convention on Human Rights?* Faculty of Law, National University of Singapore, 18 agosto 2016, pp. 1-18.

³⁰⁰ *Kennedy v Charity Commissioners* [2014] UKSC 20; per Lord Mance at 46.

be emphasised that it was not the purpose of the Human Rights Act that the common law should become an ossuary.”³⁰¹

In altre parole, ciò che la Supreme Court ha voluto evidenziare è stato il fatto che i principi classici di common law non devono essere “sottovalutati” e considerati uno strumento di tutela dei diritti meno efficace rispetto allo HRA. Al contrario, molto spesso, come i Law Lords hanno dimostrato in *Kennedy*, la common law offre tutela a situazioni che ai sensi dello HRA non avrebbero, garantendo una tutela “più adeguata di quella della Convenzione”.³⁰²

La Corte è tornata sull’interazione tra common law rights e Convention rights nel caso *Osborn v The Parole Board*,³⁰³ che riguardava il diritto del detenuto a cui era stata revocata la libertà condizionata, di ricorrere alla Commissione giudicatrice (Parole Board) per verificare la legittimità della revoca. Gli appellanti lamentavano la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza ex art. 5 (4) della Convenzione, appellandosi alla corposa giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, per cui il diritto al ricorso ai fini della legittimità della detenzione era sempre privilegiato. Lord Reed, nell’opinione unanime della Corte, ha, in via preliminare, analizzato il ruolo dello HRA nel sistema costituzionale britannico, affermando che, nonostante l’innegabile importanza dell’Atto per i diritti dei cittadini britannici:

“[...] It does not however supersede the protection of human rights under the common law or statute, or create a discrete body of law based upon the judgments of the European court. Human rights continue to be protected by our domestic law, interpreted and developed in accordance with the Act when appropriate.”³⁰⁴

Di conseguenza, Lord Reed ha sottolineato come la totale mancanza di riferimenti ai principi interni di administrative law nell’istanza di appello non rifletteva la vera natura della relazione tra la Convenzione e il diritto interno, affermando che:

³⁰¹ *Kennedy v Charity Commissioners* [2014] UKSC 20; per Lord Toulson at 121-130.

³⁰² LORD NEUBERGER, *Has the Identity of the English Common Law Been Eroded by EU Laws and the European Convention on Human Rights?* cit., p. 15.

³⁰³ *Osborn v The Parole Board* [2013] UKSC 61.

³⁰⁴ *Osborn v The Parole Board* [2013] UKSC 61; at 57.

“[...] the ordinary approach to the relationship between domestic law and the Convention was described as being that the courts endeavour to apply and if need be develop the common law, and interpret and apply statutory provisions, so as to arrive at a result which is in compliance with the UK’s international obligations, the starting point being our own legal principles rather than the judgments of the international court.”³⁰⁵

Pertanto, il punto di partenza doveva essere il diritto interno ed i principi di procedural fairness e habeas corpus propri della common law. Erroneamente, gli appellanti hanno fatto leva sulla Convenzione, come incorporata dallo HRA, e sulla giurisprudenza di Strasburgo come una “corpus di leggi separato dalla common law britannica”:

“ [...] the error in the approach adopted on behalf of the appellants in the present case is to suppose that because an issue falls within the ambit of a Convention guarantee, it follows that the legal analysis of the problem should begin and end with the Strasbourg case law. Properly understood, Convention rights do not form a discrete body of domestic law derived from the judgments of the European court.”³⁰⁶

Tuttavia, l’appello è stato accolto ritenendo che l’impossibilità di proporre ricorso alla Parole Board competente costituiva una violazione del “common law requirement of procedural fairness” che, a sua volta costituiva una violazione del diritto ex art. 5 (4) della Cedu.³⁰⁷ Pertanto, ha concluso Lord Reed:

“Since the board failed in its duty of procedural fairness to the appellants at common law, it follows that it also failed to act compatibly with article 5(4).”³⁰⁸

³⁰⁵ *Osborn v The Parole Board* [2013] UKSC 61; at 62.

³⁰⁶ *Osborn v The Parole Board* [2013] UKSC 61; at 63.

³⁰⁷ *Osborn v The Parole Board* [2013] UKSC 61; at 100-1.

³⁰⁸ *Osborn v The Parole Board* [2013] UKSC 61; at 113.

Pertanto, ai fini della nostra analisi, è possibile concludere che la common law, pur sviluppandosi in modo parallelo ed indipendente dal sistema Cedu, terrà comunque di conto degli sviluppi nella tutela dei diritti fondamentali a livello della Convenzione. Come afferma Lord Neuberger:

“...[the common law] will incorporate human rights bearing in mind the contents of the Convention, but equally importantly also bearing in mind that the development of the common law should not be limited or controlled by the scope of the Convention, or decisions of the Strasbourg court.”³⁰⁹

Dunque, lo Human Rights Act non soppianta la common law né deve essere inteso come avere un effetto marginalizzante nei confronti della common law, che, al contrario, deve essere “rinforzata” dall’introduzione di un ulteriore strumento per la tutela dei diritti fondamentali.³¹⁰ Per dirla come Lady Hale:

“[...] there may be new toys in the nursery but the judges play with them in much the same way as they played with the old ones.”³¹¹

Per concludere, che lo si guardi attraverso la lente dello HRA o che lo si osservi dal tradizionale punto di vista della common law, è innegabile che il ruolo costituzionale del giudice nel Regno Unito sia profondamente cambiato e tale nuovo ruolo debba, secondo autorevoli voci, essere accolto con favore e non temuto, poiché:

“The courts share in the task of policing the boundaries of a rights-based democracy with the legislature and executive; their role is complementary to that of Parliament, and of the executive. To decry the quasi-constitutional functions of the courts as a step towards judicial

³⁰⁹ LORD NEUBERGER, *Has the Identity of the English Common Law Been Eroded by EU Laws and the European Convention on Human Rights?*, cit., p. 15.

³¹⁰ LORD NEUBERGER, ‘Judge not, that ye be not judged’: *judging judicial decision-making*, cit., p. 20.

³¹¹ LADY HALE, *Law Maker or Law Reformer: What Is a Law Lady For?*, (2005) 40 *Irish Jurist* pp. 1-16; p. 14.

supremacism is to deny the distinctive functions of the legislative and judicial branches. It also denies the crucial constitutional role of the courts in their habitual recognition of Parliament as sovereign. The constitutional functions and authority of the courts, therefore, form the embodiment of the balanced constitution in its modern incarnation.”³¹²

³¹² J. MURKENS AND R. MASTERMAN, *The New Constitutional Role of the Judiciary*, cit., p. 3.

V. IL COMMONWEALTH OF AUSTRALIA

V.1. Premessa: l'odd man del Commonwealth - V.2. Le radici storiche del sistema di tutela dei diritti in Australia - 2.1) La storia dimenticata del periodo pre-coloniale: le principali tappe della "questione aborigena" - 2.2) Il periodo britannico: da colonia penale a Commonwealth federale - 2.3) Dallo Statute of Westminster 1931 agli Australia Acts 1986: il lungo cammino verso la piena indipendenza - V.3. Il Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp): i principi del diritto costituzionale federale australiano - 3.1) Il potere giudiziario federale e la "separation of federal judicial power" - 3.2) Il principio della separazione dei poteri e il potere giudiziario statale - V.4. La tutela dei diritti fondamentali in Australia: un modello "ibrido" tra livello statale e federale - 4.1) La tutela in via ermeneutica, tra principle of legality e dovere di interpretazione conforme ex s 32 della Victorian Charter 2006 - 4.2) Lo Human Rights Act del 2004 dell'Australian Capital Territory e la Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities del 2006: caratteristiche e struttura - 4.3) Lo Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth): il nuovo modello federale di tutela politica - V.6. Un caso esemplare: *Momčilovic v The Queen* - V.7. Rilievi conclusivi: un modello ibrido in cui federalismo di stampo americano e forma di governo parlamentare "orgogliosamente" britannica

V.1. Premessa: Australia, l'odd man del Commonwealth britannico¹

Il caso australiano, con cui concludiamo l'esame degli sviluppi del modello "Commonwealth" di tutela dei diritti fondamentali, spicca per la sua peculiarità rispetto alle altre esperienze e merita un'attenzione particolare dovuta alla scelta, non comune ai sistemi sin qui esaminati, di federarsi anziché scegliere la strada dello stato unitario. Il federalismo australiano, però non deve essere confuso con il federalismo americano – cui si suole guardare ognivolta che si parla di "federalismo" nell'ambito di common law – né tantomeno con quello canadese, che i padri fondatori australiani volevano espressamente evitare.²

¹ Così viene definita l'esperienza australiana da S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 204.

² S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, (IV ed), Pyrmont (NSW), Thompson Lawbook co., 2014; pp. 6-12.

Invero, la federazione australiana,³ composta da sei stati e due territori,⁴ sebbene presenti una costituzione federale scritta (modellata sulla Costituzione degli Stati Uniti),⁵ non si è dotata di un Bill of Rights.⁶

Tuttavia, vediamo che ove la federazione è rimasta inerte, alcuni Stati si sono invece attivati. Invero, l'Australian Capital Territory (ACT)⁷ e lo stato di Victoria⁸ hanno adottato rispettivamente due Bill of Rights statali, seguendo la strada tracciata da Nuova Zelanda e Regno Unito.

L'unico documento federale che si occupa di tutela dei diritti è lo Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act approvato nel 2011,⁹ che tuttavia non prevede un completo catalogo di diritti. Come notato da alcuni, l'esperienza australiana rappresenta un modello "ibrido" che prevede la "judicial supremacy" per quanto riguarda le questioni concernenti il federalismo e la separazione dei poteri, mentre mantiene la piena supremazia parlamentare nell'ambito dei diritti fondamentali.¹⁰ Per comprendere la peculiare natura del modello di tutela australiano, questo ultimo capitolo prende le mosse dall'evoluzione storico-politica del continente e dalla scelta di costituire una federazione sempre legata (anche se formalmente) alla corona britannica. Si vedrà come il particolare tipo di federalismo realizzatosi in Australia abbia condizionato le scelte in materia di tutela dei diritti fondamentali, soffermandosi in particolare sullo strumento dell'interpretazione conforme come paradigma del complesso rapporto tra giudici e legislatori "downunder".

³ Il nome ufficiale è ancora oggi "Commonwealth of Australia", a indicare la natura federale della forma di stato australiana. C. BASSU, *Australia*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 37-52.

⁴ Della conformazione dello stato federale australiano si parlerà ampiamente più avanti *infra* V.2; §§ 2.2) e 2.3). Per ora basti sapere che i sei Stati autonomi sono New South Wales, Queensland, South Australia, Tasmania, Western Australia e Victoria; i due territori sono Australian Capital Territory (ACT) e Northern Territory.

⁵ Si tratta del Constitution of Commonwealth of Australia Act (Cth) 1900.

⁶ Così S. STEPHENSON, *Rights Protection in Australia*, C. SAUNDERS AND A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 905-27, pp. 907-9.

⁷ Il distretto ACT dove ha sede la capitale australiana Canberra –similmente al District of Columbia sede della capitale degli Stati Uniti – ha adottato l'ACT Human Rights Act nel 2004 per garantire anche a livello distrettuale la tutela dei diritti fondamentali contenuti nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP).

⁸ A pochi anni di distanza dallo ACTHRA, nel 2006 lo stato di Victoria ha adottato una propria Charter of Human Rights and Responsibilities (VCHRR 2006).

⁹ Come vedremo più avanti, trattasi di una legge che ha rinforzato il controllo politico esercitato dal Parlamento in sede di redazione di un disegno di legge (draft bill).

¹⁰ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 204.

V.2. Le radici storiche del sistema di tutela dei diritti in Australia

Nell'approcciarsi al continente australiano è molto importante la sua evoluzione storica. Infatti, molte delle problematiche che affronteremo in questo capitolo affondano le proprie radici nella storia del continente, in particolare nel periodo coloniale e nei rapporti con la madrepatria inglese.¹¹

Infatti, sebbene l'odierno stato federale australiano abbia origini relativamente recenti (il Constitution Act è del 1900), la sua genesi è molto più risalente, anteriore anche al periodo coloniale.¹² Perciò, in questa prima sezione si tenterà, senza pretese di esaustività, di offrire una panoramica sull'evoluzione storico-giuridica dell'Australia.

2.1) *La storia dimenticata del periodo pre-coloniale: le principali tappe della "questione aborigena"*

La "questione aborigena" in Australia ha radici antiche ed è, purtroppo, una delle pagine più buie della storia del continente. In questo lavoro non è possibile soffermarsi sulla questione perché, data la sua complessità e delicatezza, non è possibile trattarla in modo esaustivo e con quell'approfondimento e attenzione che invece merita.¹³ Con questo breve paragrafo sulla "storia dimenticata" delle

¹¹ SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, (III ed.), Legal Books, Sydney; 1995, pp. 23-78.

¹² S. BRENNAN AND M. DAVIS, *First People*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. 27-55; p. 27.

¹³ La letteratura in materia è ampia. Per una panoramica completa della questione aborigena si vedano: S. BIELEFELD, *The Good White Nation Once More Made Good? Apology for Atrocities to the Stolen Generations* (2009/2010) 13 *Southern Cross University Law Review* pp. 87-108; J. ANAYA, *Report by the Special Rapporteur on the Situation of Indigenous People in Australia*, Addendum no. 4 to the *Report to the Fifteenth Session of the Human Rights Council, A/HRC/15/4 March 2010*, 2010; A. C. CASTLES, *An Australian legal History*, Law Book co., Sydney, 1982; C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., pp. 30-37; J. CLARKE, P. KEYZER, J. STELLIOS, *Hank's Australian Constitutional Law: Materials and Commentary*, (IX ed), Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2012; Chap. 2; S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., pp. 442-460; B. GAZE, *Anti-Discrimination Laws in Australia*, pp. 155-180 in P. GERBER AND M. CASTAN, *Contemporary Perspective on Human Rights in Australia*, Sydney, Thomson Reuters, 2014.

popolazioni autoctone dell'Australia si tenterà solo di fornire un quadro utile delle principali tappe e dello "stato" della "questione aborigena" in Australia ai fini del presente lavoro.

E' bene premettere che nonostante oggi sia pacifico che l'Australia fosse già abitata da oltre 40.000 anni quando i colonizzatori europei vi misero piede per la prima volta, quest'ultimi non ritennero che la presenza degli aborigeni fosse una questione da dover affrontare e preferirono "trascurarla".

Tuttavia, sebbene i primi coloni nel 1788 riconobbero che il continente non era "terra di nessuno", ma che vi erano degli insediamenti "indigeni", "organizzati in gruppi per etnia, ciascuno con le proprie tradizioni, prassi, leggi e strutture sociali,"¹⁴ scelsero di rimuovere completamente ogni traccia delle popolazioni autoctone imponendo la common law del Regno.¹⁵ Tradizionalmente, come tutte le nuove terre conquistate durante il XVII secolo, anche l'Australia venne considerata "terra nullius", ovvero "terra di nessuno" e pertanto a piena e libera disposizione dei coloni, senza alcun riconoscimento dell'esistenza e della proprietà delle popolazioni autoctone che, al contrario, già vi risiedevano da millenni. Su questa grave omissione di riconoscimento dei diritti delle popolazioni aborigene venne fondato l'intero processo di colonizzazione, che prevedeva il sistematico spossessamento, in molti casi violento, delle popolazioni aborigene dalle loro terre a favore dei coloni britannici.

Tale situazione peggiorò una volta chiusasi la parentesi di colonia penale nel 1868.¹⁶

Infatti, una volta liberi di potersi organizzare come un vero e proprio "Stato" e non più come un'appendice "carceraria" dell'Impero, i coloni "australiani" cercarono di sfruttare al massimo le immense risorse naturali che il continente aveva da offrire: si pensi all'eccezionale sfruttamento minerario del sottosuolo e alla "corsa all'oro" che determinò il boom economico australiano tra il 1852 e il 1889. Tuttavia, se lo sviluppo economico ha giovato alla nazione "bianca", ha avuto un impatto devastante sugli aborigeni. Infatti, molte delle risorse naturali che hanno

¹⁴ Così J. CRAWFORD, *The Aboriginal Legal Heritage: Aboriginal Public Law and the Treaty Proposal*, (1989) 63 *Australian Law Journal* pp. 392-407; in particolare p. 392, come riportato da P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, (III ed.), Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2012, p. 1.

¹⁵ Sul punto, per la questione della ricezione della common law britannica si tornerà *infra* § 2.2).

¹⁶ Anche se la penisola di Port Arthur continuò a fungere da "colonia penale" fino al 1877, C. Bassu, *Australia*, cit., pp. 21-3.

consentito all’Australia di portarsi al pari delle nazioni europee e nordamericane sono situate sulle (o sotto le) terre che ospitavano le popolazioni indigene o, com’è accaduto in alcuni casi, su terreni che rappresentavano per tali popolazioni un luogo sacro o di culto. Purtroppo, non riconoscendo gli Aborigeni australiani come un popolo titolare di diritti, per lungo tempo essi sono stati oggetto di espropriazioni di massa che li hanno spogliati della loro terra e confinati all’estremo nord del continente.

Solo negli anni Settanta del ventesimo secolo il governo federale è intervenuto riconoscendo i “land rights” degli aborigeni con l’Aboriginal Land Act (Northern Territory) (Cth) del 1976. E nel 1991 il governo ha creato un organismo ad hoc, il Council for Aboriginal Reconciliation (CAR),¹⁷ per verificare i progressi della riconciliazione (“reconciliation”) tra l’Australia “bianca” e la popolazione aborigena, i cui rapporti erano, da secoli, caratterizzati da oppressione, razzismo ed emarginazione della seconda ad opera della prima.¹⁸ Il 1992 sarà l’anno della svolta con la famosa sentenza *Mabo v Queensland (No. 2)* (1992),¹⁹ con cui la High Court australiana riconosce il c.d. “native title” ossia il diritto di proprietà dei nativi aborigeni sulla terra. L’anno successivo il Parlamento del Commonwealth promulga il Native Title Act (Cth) 1993, confermando la decisione di *Mabo*. Nel 1996 Reconciliation Australia²⁰ organizza la prima “National Reconciliation Week”, durante la quale si celebrano la cultura e le tradizioni delle popolazioni indigene per dar loro maggiore visibilità a livello nazionale e spronare il Parlamento ad intervenire con maggiori tutele. Nello stesso anno, la High Court, in seduta plenaria, pronunciò la sentenza *Wik Peoples v Queensland* (1996) (*Wik*) con cui i Justices affermarono che il native title non viene meno a seguito dell’affitto della terra da parte della Chiesa d’Inghilterra.²¹

¹⁷ Istituito con il Council for Aboriginal Reconciliation Act (Cth) 1991). COUNCIL FOR ABORIGINAL RECONCILIATION, *Report on the State of Reconciliation in Australia. Our History, Our Story, Our Future*: <https://www.reconciliation.org.au>;

¹⁸ Sulla “reconciliation” si veda, per tutti: G. NETTHEIM, *Reconciliation: Challenges for Australian Law*, (2001) 7 (1) *Australian Journal of Human Rights*, pp. 47-68.

¹⁹ *Mabo v Queensland (No. 2)* (1992) 175 CLR 1.

²⁰ Originariamente Reconciliation Australia era un’appendice non governativa del CAR, cui era attribuito il compito di organizzare e promuovere eventi che favorissero la riconciliazione. Dal 2001, a seguito dello scioglimento del CAR, Reconciliation Australia svolge tutte le funzioni del precedente CAR, pur rimanendo un’organizzazione no profit. Per ogni ulteriore informazione su Reconciliation Australia si rinvia al sito <https://www.reconciliation.org.au/about-us/> (consultato il 5 settembre 2018).

²¹ *Wik Peoples v Queensland* [1996] HCA 40.

Nel 1997, la National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islanders Children from their Families pubblica il report “Bringing them home”, anche noto come “The Stolen Generation report”, in cui per la prima volta viene confermata in un documento ufficiale l’infelice prassi governativa di rimuovere i bambini aborigeni dalle famiglie d’origine per affidarli a famiglie australiane “bianche”.²² Nello stesso anno si tiene la prima Australian Reconciliation Convention a Melbourne al fine di riconoscere il ruolo della popolazione aborigena nella società australiana.

Il 2000 è l’anno in cui il CAR pubblica il primo rapporto sulle condizioni degli aborigeni e gli abitanti dello Stretto di Torres (“Torres Strait Islanders”).²³ Il quadro che ne emerge è estremamente tetto ed avvilito. Oltre a rilevare che la percentuale dei detenuti di origine aborigena è tripla rispetto a quella delle altre etnie (“non-Indigenous”), per la prima volta un documento “ufficiale” attesta il profondo divario tra le condizioni di vita degli Aborigeni ed il resto della popolazione, tra cui spicca, in negativo, l’indice dell’aspettativa di vita, che per gli aborigeni conta dieci anni in meno rispetto ai “non-Indigenous”. Per mostrarsi fedele alle promesse fatte, il governo federale risponde a questo primo report dando formalmente inizio alla “Reconciliation”, con cui si formalizza l’impegno del Commonwealth a migliorare le condizioni degli aborigeni e degli abitanti dello stretto di Torres.²⁴ Nel 2006 viene pubblicato il Reconciliation Action Plan, ove vengono illustrati nel dettaglio i modi ed i termini in cui avverrà la “riconciliazione”.

(Solo) nel 2008 il Primo Ministro Kevin Rudd offre pubblicamente le scuse del Governo federale per la politica di allontanamento coatto dei bambini aborigeni dalle famiglie d’origine nel discorso alle Camere noto come “Apology to the

²² Molto spesso, come rivela il report, i minori venivano affidati a case-famiglia o strutture di accoglienza non idonee ad ospitare minorenni – tra cui anche neonati - per così lungo tempo (nel report vi sono esempi di casi in cui il minore è rimasto fino alla maggiore età in tali strutture senza mai raggiungere la “nuova” famiglia), costringendo questi ultimi a vivere in condizioni misere ove non mancavano abusi e violenze. HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION, *Bringing them Home: Report of a National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islanders Children and their Families*: <https://www.humanrights.gov.au/> (12 settembre 2017); in particolare, Chap. 2.

²³ COUNCIL FOR ABORIGINAL RECONCILIATION, *Reconciliation: Australia's challenge. Final Report of the Council for Aboriginal Reconciliation to the Prime Minister and the Commonwealth Parliament*: <http://www5.austlii.edu.au/au/orgs/car/finalreport/prelim04.htm>.

²⁴ S. BRENNAN AND M. DAVIS, *First People*, cit., pp. 31-2.

Stolen Generations”.²⁵ Nel 2009 l’Australia si dichiara “a favore” della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, pur non avendola ancora ratificata.²⁶

Il Primo Congresso Nazionale sugli indigeni australiani (National Congress of Australia’s First Peoples) si tiene nel 2010 e l’anno successivo, nel 2011, l’Expert Panel on Constitutional Recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples conduce il primo sondaggio a livello nazionale circa l’eventuale riconoscimento delle popolazioni autoctone australiane nella Costituzione del 1900.

Nel 2012 viene pubblicato il report “Recognising Aboriginal and Torres Strait Islanders People in the Constitution” in cui emerge che la netta maggioranza della popolazione è favorevole ad un pieno riconoscimento costituzionale e all’eliminazione delle disposizioni sulla razza, nella specie le ss 25 e 51 (xxvi) che prevedono rispettivamente l’esclusione automatica degli aborigeni dal diritto di voto, sia a livello statale che a livello federale,²⁷ e il potere esclusivo del Parlamento federale di legiferare in via speciale nelle materie riguardanti direttamente le popolazioni indigene.²⁸

Nel 2013 il Parlamento federale ha così promulgato l’Aboriginal and Torres Straits Islanders Recognition Act (Cth) in previsione di un referendum per modificare la Costituzione.²⁹ Infine, nel 2015 il governo federale ha istituito il Referendum

²⁵ Il video del discorso del PM Rudd alla Camera dei Rappresentanti è visionabile sul sito <http://www.australia.gov.au/about-australia/our-country/our-people/apology-to-australias-indigenous-peoples>; consultato il 2 ottobre 2017.

²⁶ E’ curioso notare che, al momento dell’adozione di detta dichiarazione nel 2007, gli unici Stati che votarono contro furono Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti. Si veda <https://news.un.org/en/story/2007/09/231062-united-nations-adopts-declaration-rights-indigenous-peoples>, (18 ottobre 2017).

²⁷ Commonwealth of Australia Constitution Act (Imp)1900, s 25 “Provisions for races disqualified from voting” - “[...] if by the law of any State all persons of any race are disqualified from voting at elections for the more numerous House of Parliament of the State, then, in reckoning the number of people of the State or of the Commonwealth, persons of that race resident in that State shall not be counted.”

²⁸ Constitution of the Commonwealth of Australia Act (Imp)1900, s 51 “Powers of the Parliament” - “The Parliament shall, subject to the Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:- (xxvi) the people of any race, for whom it is deemed necessary to make special laws.” EXPERT PANEL ON CONSTITUTIONAL RECOGNITION OF ABORIGINAL AND TORRES STRAIT ISLANDER PEOPLES, *Final Report of the Expert Panel on Recognising Aboriginal and Torres Strait Islanders People in the Constitution*: <https://www.pmc.gov.au/>.

²⁹ Nel diritto costituzionale australiano, l’unico strumento di revisione costituzionale è il referendum popolare, come previsto dalla section 128 della Costituzione australiana, di cui parleremo *infra* Cap. III, § III.3.1.2.

Council al fine di organizzare al meglio la consultazione referendaria per emendare la Costituzione. Nell'ottobre del 2016, il Referendum Council ha presentato il "Discussion Paper on Constitutional Recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander People".³⁰ Tuttavia, a causa di alcune tensioni nel partito di governo, il referendum non ha avuto luogo e, ad oggi, la Costituzione federale australiana è l'unica costituzione occidentale che riserva al Legislativo il potere di adottare misure speciali in base alla razza a cui i singoli soggetti appartengono.³¹

2.2) Il periodo coloniale: da colonia penale a Commonwealth federale

Come quasi tutti i paesi del Commonwealth britannico, anche il continente australiano vede l'inizio della sua storia "ufficiale" coincidere con la sua scoperta da parte degli avventurieri europei del XVII secolo. Tralasciando la diatriba riguardo a chi sia stato il "primo" a mettere piede sul "Great Southern Continent",³² la storia del continente australiano si fa comunemente partire dal 1770, quando

³⁰ Il testo del paper è reperibile online sul sito https://www.referendumcouncil.org.au/sites/default/files/201612/referendum_council_discussion_paper.pdf (7 settembre 2018).

³¹ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., pp. 36-7.

³² I principali "contendenti" erano, oltre agli inglesi, i francesi, gli spagnoli e gli olandesi. A ragion del vero, è assodato che la scoperta del continente australiano sia avvenuta nel 1606 ad opera degli olandesi, che infatti rinominarono la nuova terra "New Holland". Tuttavia, contemporaneamente alla flotta olandese, sbarcò sull'isola anche quella spagnola, a cui si deve il nome del continente stesso. Infatti, fu il comandante della spedizione spagnola, Pedro de Quiros, a battezzare la nuova terra con il nome "Australia", o meglio "La Australia del Espiritu Santo", in onore della casata austriaca degli Asburgo, a cui apparteneva l'allora Re di Spagna, Filippo III. Tale nome verrà riproposto da Matthew Flinders, altro grande avventuriero inglese, nel 1814, per poi venire definitivamente adottato a livello ufficiale nel 1820. Sino ad allora il nome del continente era "Austral-Asia" o "Terra Australis", secondo gli studi dei geografi del tempo. Ai portoghesi invece si deve il nome dello Stretto di Torres ("Torres Strait"), che separa l'Australia dalla Papua Nuova Guinea, chiamato così in onore del comandante Luis Valez de Torres, che fu il primo a raggiungerlo via mare e a circumnavigare così l'intero continente australiano nel 1606. Oggi, lo Stretto e le duecentoquaransette isole che vi sono situate (di cui solo quattordici sono abitate) sono conosciute come le Isole dello Stretto di Torres ("Torres Straits Islands") e sono poste sotto la giurisdizione dello Stato australiano del Queensland, nonostante alcune siano più vicine alla Papua Nuova Guinea che alla costa australiana. Tuttavia, in tempi recenti e alla luce della cruciale importanza che ha assunto la "questione aborigena" in Australia, sia il governo federale che quello statale hanno riconosciuto un particolare status giuridico ai nativi delle isole dello Stretto, i "Torres Straits Islanders", anche in virtù del fatto che molti di loro provengono dalle vicine Malesia e Papua Nuova Guinea. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, (III ed.), Legal Books, Sydney; 1995; in particolare, pp. 23-34.

il capitano James Cook dichiarò tutta la costa orientale “dominio del Re d’Inghilterra”, dando inizio alla colonizzazione britannica.³³

Durante il primo periodo della sua storia, l’Australia divenne la principale colonia penale dell’Impero britannico³⁴ quando nel 1784 il Parlamento imperiale emanò una legge rubricata “An Act For the Effectual Transportation of Felons And Other Offender, And To Authorize the Removal of Prisoners in Certain Cases, And For The Purposes Therein Mentioned”, con cui si disponeva sostanzialmente la deportazione di alcune categorie di detenuti verso la colonia australiana, dove avrebbero scontato la loro pena tramite lavori forzati.³⁵

Così, nel 1788 la “prima flotta” di futuri coloni arrivò a Botany Bay, nel golfo di Sydney, sotto il comando del capitano Arthur Phillip. L’equipaggio era composto principalmente dai prigionieri condannati ai lavori nelle colonie australiane, dagli ufficiali assegnati e dalle loro famiglie.³⁶

Dunque, fino all’abolizione della deportazione (“transportation”) nel 1868, in Australia, a differenza delle altre colonie, non v’era popolazione “civile”, salvo per gli aborigeni il cui ruolo, come abbiamo visto, è stato a lungo “dimenticato”, e per le famiglie dei marinai.

L’organizzazione della colonia³⁷ era tutta centrata sulla figura del Governatore quale rappresentante del monarca nel territorio coloniale, che ricopriva anche il ruolo di Vice Ammiraglio (“Governor and Vice-Admiral”). Egli godeva di pieni poteri legislativi ed esecutivi al fine di assicurare “il buon governo della colonia”. Tali poteri discendevano direttamente dalle prerogative che per tradizione spettano

³³ R. HOUGH, *Captain James Cook*, Hodder & Stoughton Ltd., Londra, 1994, p. 158 citato in C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 1.

³⁴ L’Impero britannico aveva da poco perso la colonia americana, che era utilizzata, anche se in misura minore rispetto all’Australia, come luogo ove inviare i detenuti a scontare la propria pena.

³⁵ *Journal of the House of Commons, Great Britain Parliament, Charles Eyre and William Strahan, Printers to the King's most Excellent Majesty*, Londra, 1784; Act 24 Geo. III, c 56, pp. 909-917.

³⁶ Sei delle dieci navi partite da Londra trasportavano i primi detenuti “condannati alla deportazione” (“deportation”) nella colonia australiana, di cui seicento erano uomini e duecento donne, e circa duecento marinai dell’equipaggio. Tra i passeggeri delle navi cargo c’erano anche le mogli ed i figli dei marinai, che costituirono la prima popolazione “civile” della colonia. Cfr. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., pp. 29-30.

³⁷ E’ bene ricordare che a questo punto della colonizzazione per “colonia australiana” si intendevano solo lo stato del New South Wales (NSW) e la Van Damien’s Land (chiamata così in onore del Governatore delle Indie olandesi, Anthony Van Damien, che vi giunse per primo nel 1642) che oggi è nota come Tasmania. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 25 e pp. 36-37.

alla Corona,³⁸ senza alcuna intermediazione da parte di un'istituzione rappresentativa dei "sudditi" com'era il Parlamento di Westminster.

Per quanto riguardava l'organizzazione giudiziaria, in un primo tempo, venne creata una sola corte, con esclusiva competenza penale militare, modellata sulle corti dell'Ammiragliato britanniche e solo in un secondo momento vi si affiancarono anche corti con competenza in diritto civile.³⁹

Nonostante il potere del Governatore si presentasse con tratti molto simili a quello di un sovrano assoluto,⁴⁰ venne comunque mantenuto lo "scheletro" essenziale della forma di governo equilibrato della tradizione costituzionale britannica, che, nella sua maturità, verrà a delineare l'ordinamento costituzionale australiano di oggi. Infatti, l'ampia discrezionalità di cui godeva il Governatore venne ben presto "ridimensionata", al fine di evitare che la colonia divenisse un "penal establishment under military government".⁴¹ E per far ciò si guardò naturalmente alla creazione di un sistema di corti che amministrassero la giustizia in modo terzo ed imparziale.

Grazie, poi, all'aumento dell'affluenza dei c.d. "free settlers" e alla graduale emancipazione dalla madrepatria, i territori australiani vennero a presentarsi come una nuova comunità libera, fondata sulla rule of law e con istituzioni democratiche

³⁸ Il Governor poté così non solo creare nuove leggi a disciplina della vita nelle colonie, ma poté anche creare nuove tipologie di reato, sconosciute alla common law della madrepatria. In tempi recenti è stata messa in dubbio la legittimità di tale prassi, e si è chiesto di riconoscerne l'"incostituzionalità" secondo le leggi del Regno. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 35.

³⁹ Poco dopo lo sbarco in Australia, il Capitano, nonché primo Governatore, Arthur Phillip creò, in forza del regio decreto Act 27 Geo. III c 2, la prima "Court of Criminal Jurisdiction" competente a conoscere i casi di tradimento, reati gravi ("felonies") e reati minori ("misdemeanours") commessi nei nuovi territori. Tale corte era composta da un Judge-Advocate e sei ufficiali di Marina scelti e nominati dal Governatore. In un primo momento, non erano previste corti "civili" in quanto l'idea che si aveva era quella di un "penal settlement" non di una comunità libera. Tuttavia, la Corona ritenne necessaria la creazione di un sistema di giustizia civile, parallelo a quello di giustizia penale, e con regio decreto del 2 Aprile 1787 venne disposta la creazione di una "court of civil jurisdiction" che avrebbe avuto competenza sommaria in materia di azioni personali, diritto di famiglia e successioni oltre che ad una limitata competenza stragiudiziale. La sua composizione prevedeva un Judge-Advocate in veste di Presidente e due cittadini delle colonie nominati dal Governatore. Tale corte avrebbe giudicato "according to the law of England" e riguardo a controversie di valore non superiore alle cinquanta sterline. Per controversie di valore eccedente venne istituita una "Supreme Court" cui venne inoltre assegnata competenza generale in materia di successioni, equity e questioni di straordinaria amministrazione. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., pp. 36-38.

⁴⁰ Alcuni hanno paragonato il periodo precedente al 1823, anno in cui il Parlamento imperiale intervenne a disciplinare l'organizzazione politico-istituzionale delle colonie australiane, come una vera e propria "dittatura militare" ("military dictatorship") al cui apice vi era il Governatore della colonia. S. JOSEPH; M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., pp. 6-12.

⁴¹ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 2.

che garantivano la partecipazione dei sudditi alla cosa pubblica. Grazie all'intervento del Parlamento imperiale,⁴² nel 1823 vennero istituite le prime assemblee legislative⁴³ chiamate "Legislative Council", composte da cinque o sette membri, scelti dalla Corona e dotate di limitati poteri legislativi, tra cui la possibilità di offrire la propria consulenza al Governatore nelle questioni di governo, senza però potersi opporre alle decisioni di quest'ultimo. Tutte le leggi approvate dal Consiglio legislativo e dal Governatore dovevano essere comunque rimesse al Parlamento di Westminster.⁴⁴

Data la loro composizione, queste prime assemblee non erano veramente "rappresentative" dei sudditi delle colonie. Si dovrà aspettare l'Australian Constitutions Act (No 1) (Imp) del 1842 per avere la prima un'assemblea legislativa "parzialmente rappresentativa" nella colonia di New South Wales (NSW): secondo tale legge, infatti, dei trentasei membri di cui doveva essere composto il nuovo Consiglio legislativo, dodici sarebbero stati nominati dalla Corona e ventiquattro sarebbero stati eletti dai cittadini della colonia.⁴⁵

Per quanto riguardava, invece, il potere esecutivo, nel 1831 il Governatore del New South Wales, Sir Bourke, ottenne, al momento del conferimento dell'incarico, il potere di nominare a sua volta un Consiglio esecutivo ("Executive council"), formato da funzionari scelti da lui stesso, con cui avrebbe potuto

⁴² Con la legge Act 4 Geo. IV c. 96 rubricata "An Act to provide until 1st day of July, 1827, and until the end of the next session of Parliament, for the better administration of justice in New South Wales and Van Damien's Land and for the more effectual government thereof."

⁴³ Il plurale è dovuto alla dichiarazione da parte del Parlamento di Westminster dell'indipendenza della Van Damien's Land (l'odierna Tasmania) dal New South Wales (NSW) nel 1823. Da questo momento in poi l'odierna Tasmania avrà proprie istituzioni politiche ed un diverso Governatore e Consiglio legislativo.

⁴⁴ Tali assemblee vennero istituite nel 1823 con la già citata legge Act 4 Geo. IV c. 96. Oltre a stabilizzare le istituzioni politiche dei nuovi territori, tale legge intervenne anche sull'organizzazione giudiziaria: vennero abolite le corti militari e sostituite da una Supreme Court e una Court of Appeal sul modello delle Corti di Westminster. E' pacifico far coincidere con il 1823 l'inizio della storia "costituzionale" delle colonie australiane di New South Wales e di Van Damien's Land (l'odierna Tasmania). SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 37.

⁴⁵ 5 and 6 Vic. C. 76 (30th July, 1842) con il titolo "An Act for the Government of New South Wales and Van Damien's Land", anche se in verità concerneva solo la colonia di New South Wales. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., pp. 38-39. Per avere il pieno "representative government", ossia una camera bassa del Parlamento a base elettiva, occorrerà attendere la Costituzione federale del 1900 e le "nuove" costituzioni statali che la seguirono. S. JOSEPH; M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 8.

confrontarsi sulle questioni di particolare importanza, sul modello del “Cabinet government” di Londra.⁴⁶

L’influenza della tradizione costituzionale britannica unita alla graduale espansione territoriale dei coloni su un continente di oltre sette milioni di chilometri quadrati⁴⁷ ha fatto sì che già alla fine del diciannovesimo secolo i territori australiani si fossero costituiti in sei colonie⁴⁸ “indipendenti”, dotate di proprie costituzioni⁴⁹ ed informate al principio di “responsible government” britannico.⁵⁰

Ciascuna colonia era ritenuta “self-governing” e ogni Parlamento coloniale era riconosciuto pienamente sovrano al pari del Parlamento Imperiale.⁵¹ A ciascun legislatore statale infatti venne riconosciuto il generale potere di legiferare al fine di mantenere “la pace, l’ordine e il buon governo” nei propri confini.⁵² Tuttavia il vincolo di subordinazione con Westminster era ancora piuttosto solido. Ne è un esempio il problema riguardante il diritto applicabile.

⁴⁶ SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 38. Per una ricognizione completa dell’evoluzione del ruolo dell’Esecutivo si veda: W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, (V ed.), The Law Company Bo Co. Ltd., Sydney-Melbourne-Brisbane, 1976; in particolare, pp. 383-409.

⁴⁷ L’Australia è seconda per estensione territoriale solo agli Stati Uniti continentali, ad esclusione dell’Alaska.

⁴⁸ Come già ricordato *supra* § V.1.

⁴⁹ Con l’Australian Constitutions Act (No. 2) 1850 (Imp) il Parlamento imperiale conferì ai Parlamenti delle colonie il potere di redigere proprie costituzioni. Le prime colonie ad esercitare tale potere nel 1853 sono state il New South Wales e Victoria (insediamento fondato nel 1802 dal tenente di Marina Murray con il nome di “District of Port Phillip” e riconosciuto indipendente dal New South Wales nel 1850 sotto il regno della Regina Vittoria, da cui il nome della nuova colonia); Van Damien’s Land (rinominata “Tasmania” nel 1853 ed indipendente dal 1823) nel 1856; South Australia (insediamento fondato nel 1836 e riconosciuto sin da subito autonomo data la grande distanza da qualsiasi altro insediamento); Queensland (insediamento fondato nel 1842 e divenuto indipendente dal NSW nel 1859) nel 1859 (con lo stesso Order in Council che ne dichiarava l’indipendenza) e il Western Australia (insediamento fondato nel 1831 e indipendente sin dall’inizio) nel 1890. SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., pp. 51-74; K. BOOKER, A. GLASS AND R. WATT, *Federal Constitutional Law: An Introduction*, (II ed), Butterworths, Chatswood (NSW), 1998, p. 13.

⁵⁰ La dottrina del “responsible government”, di cui si parlerà ampiamente *infra* § in questo capitolo, §§ 2.3), prevede che l’Esecutivo sia responsabile dinanzi al Parlamento. Per convenzione costituzionale, la Corona (rappresentata dal Governatore Generale) agisce previa consultazione dei propri Ministri, membri dell’esecutivo. Tali Ministri, ivi compreso il Primo Ministro, rimangono al governo fintanto che mantengano la fiducia della Camera dei rappresentanti. Ciò significa che il Governo rimane in carica fintanto che mantiene la maggioranza nella camera elettiva. Non è necessario mantenere la medesima maggioranza al Senato. Ove il Governo perda la maggioranza deve dimettersi e, nel caso non sia possibile formar una nuova maggioranza, il Governatore Generale dovrà indire nuove elezioni.

⁵¹ K. BOOKER, A. GLASS AND R. WATT, *Federal Constitutional Law: An Introduction*, cit., p. 13; *Union Steamship Co of Australia Pty Ltd v King* (1988) 166 CLR 1, at 10.

⁵² K. BOOKER, A. GLASS AND R. WATT, *Federal Constitutional Law: An Introduction*, cit., p. 16.

Anticipando la conclusione, il diritto applicabile alle colonie, oltre al corpus normativo “locale”, era formato da: i principi della common law britannica; la statute law in vigore nel Regno al momento dell’insediamento e tutte le leggi imperiali che il Parlamento riteneva opportuno estendere anche alle colonie.⁵³

La regola generale nella tradizione britannica, infatti dispone che il diritto e le tradizioni di common law inglesi in vigore al momento dell’insediamento vengono automaticamente “importate” nei nuovi territori dai coloni (secondo il principio del noto “*Calvin’s case*”).⁵⁴ Dunque, l’origine della recezione in Australia della “law of England” si fa risalire storicamente all’arrivo del capitano Phillip e dei primi coloni nel 1788.⁵⁵ Ciò fu possibile perché, come abbiamo già accennato, nonostante la presenza delle popolazioni indigene dell’Australia, si scelse di definire l’Australia con la fictio iuris di “terra nullius”, che consentì ai primi coloni di insediarsi in via permanente sulla nuova terra.⁵⁶ Ad ogni modo, l’acquisizione da parte del Governo britannico della colonia australiana è stata definita come un “act of State” non suscettibile di judicial review e non più suscettibile di revisione.⁵⁷

Il frequente ricorso alla fictio iuris della terra nullius, dunque, ha posto le basi per la “recezione” del diritto e delle tradizioni britanniche in Australia (c.d. “received

⁵³ W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., p. 57. Divennero quindi parte integrante del neonato ordinamento giuridico coloniale documenti fondamentali della dottrina costituzionale britannica come la Magna Charta 1215, l’Habeas Corpus Act 1679, il Bill of Rights 1689 e l’Act of Settlement 1700. C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 5.

⁵⁴ Questa regola deriva dal famoso *Calvin’s case* (1608) 7 Coke Report 1a, 77 ER 377, ove si affermò il principio per cui “la common law inglese è applicabile nella misura in cui le sue regole siano appropriate alle condizioni di vita che regnano nelle colonie stesse.” V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 315.

⁵⁵ W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., p. 57. S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 12.

⁵⁶ SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 25. Si parla infatti di “settlement” anziché “conquest” che, secondo la common law, determina una profonda differenza nell’amministrazione della colonia. Tradizionalmente, le colonie britanniche si distinguevano in “settled”, “conquered” o “ceded”. Con le prime si intendevano gli insediamenti britannici in una regione disabitata o sprovvista di un sistema giuridico; con le seconde si indicavano le colonie occupate militarmente mentre le ultime erano quei territori ceduti da un altro Stato sovrano alla Corona Britannica. K. BOOKER, A. GLASS AND R. WATT, *Federal Constitutional Law: An Introduction*, cit., p. 9; S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 12. Come abbiamo visto, solo con la sentenza storica di *Mabo (No. 2)* del 1992 la High Court australiana ha definitivamente rigettato tale fictio iuris, riconoscendo che il preesistente sistema giuridico delle comunità aborigene aveva resistito all’influenza della common law britannica e, pertanto, doveva essere riconosciuto come fonte di diritti e doveri per i cittadini al pari del successivo sistema anglo-australiano. Cfr. *Mabo v Queensland (no 2)* (1992) 175 CLR 1; at 31-2; 78-9.

⁵⁷ *Western Australia v The Commonwealth (the Native Title Act case)* (1995) 183 CLR 373 at 422.

laws”). Tuttavia, fino al 1828 la recezione operava in quanto principio della common law inglese come articolato nel già noto *Calvin’s case*.⁵⁸ Con l’Australian Courts Act 1828 (Imp) promulgato dal Parlamento imperiale si dissolse ogni dubbio affermando la piena validità ed applicazione nelle colonie australiane delle leggi britanniche, derivassero da principi di common law o da statutes del Parlamento. Nel caso sorgessero dubbi circa l’applicabilità o meno di una legge nelle colonie, il potere di individuare la legge applicabile sarebbe spettato al Governatore, assistito dal Consiglio legislativo della colonia.⁵⁹ Venne poi ribadita la piena competenza del Parlamento britannico a legiferare anche per le colonie australiane e la possibilità per quest’ultimo di estendere qualsiasi atto futuro anche alle colonie australiane sia tramite riferimento espresso che per implicazione necessaria (le c.d. “extended laws”).⁶⁰

Data questo particolare rapporto con la madrepatria,⁶¹ nonostante il riconoscimento di una forma di autogoverno, seppure minima, fin dal 1850, i governi coloniali mantennero a lungo alcuni “legami” con il Parlamento di Londra. Legami che si traducevano in “vincoli” posti dal Parlamento imperiale ai vari organi legislativi ed esecutivi delle colonie.

Si possono così individuare quattro limiti essenziali, tre diretti al Legislativo e l’ultimo all’Esecutivo. I primi tre consistono nella dottrina della “repugnancy”; nella conservazione da parte della madrepatria della competenza legislativa extraterritoriale (“laws of extra-territorial application” o “extra-territoriality”) e nella possibilità per il Parlamento britannico di respingere una legge emanata dal Parlamento coloniale (“disallowance of colonial laws”); l’ultimo, diretto al Governo coloniale, consiste nella c.d. “reservation of bills for royal assent”,

⁵⁸ Per tutti si vedano, R. T. E. LATHAM, *The Law and the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1949, p. 517; A. CASTLES, *The Reception and Status of English Law in Australia*, (1963-19) 2 *Adelaide Law Review*, pp. 1-32; E. CAMPBELL, *Colonial Legislation and the Laws of England*, (1965) 2 *University of Tasmania Law Review* pp. 148 -175; A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, The Federation Press, Sydney, 2010, pp. 6-7.

⁵⁹ Australian Courts Act 1828 (Imp), s 24 “Laws of England to be applied in the Administration of Justice” – “All laws and statutes in force within the realm of England at the time of the passing of this Act [...] shall be applied in the administration of justice in the courts of New South Wales and Van Diemen’s Land respectively, so far as the same can be applied within the said colonies [...]” Il testo integrale è reperibile sul sito <https://www.legislation.gov.au/>, consultato il 10 settembre 2017, cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento normativo.

⁶⁰ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 13; W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., pp. 56-61.

⁶¹ Legame che, come abbiamo visto, non era così forte nel caso della Nuova Zelanda a causa della massiccia presenza della popolazione Māori, che si presentava come una società molto radicata sul territorio e meglio organizzata rispetto agli aborigeni australiani.

ovvero la prerogativa della Corona di avocare a sé i provvedimenti legislativi coloniali, subordinandoli al proprio assenso che, solitamente, veniva dato, per conto ed in nome della Regina, dal Governatore della colonia.

Partiamo dai limiti al potere legislativo coloniale.

In primo luogo, ai Parlamenti coloniali era proibito adottare leggi che fossero contrarie alle leggi imperiali in vigore nelle colonie in virtù della c.d. dottrina della “repugnancy”,⁶² che venne sancita come cifra regolatrice dei rapporti tra legge imperiale e legge coloniale con il Colonial Laws Validity Act (Imp) del 1865 (CLV Act 1865).⁶³ Perciò una legge coloniale contraria ad una legge del Parlamento di Londra era nulla. Il problema che si poneva riguardava la natura della legge imperiale di riferimento. In altre parole, la sanzione di nullità per repugnancy scattava a seguito del contrasto con le “received laws” o anche in caso di conflitto con le “extended laws”?

Ebbene, in via preliminare, la s 1 del CLV Act 1865 specificava che con “Act of Parliament extending to a Colony” dovevano intendersi tutte quelle leggi che, implicitamente o per espressa previsione del Parlamento imperiale, erano applicabili anche nelle colonie (“extended laws”).⁶⁴ Tali leggi vennero definite di “paramount force” ovvero di “leggi di primaria importanza” tra le fonti del diritto australiano. In caso di legge coloniale contraria a tali leggi, quest’ultima sarebbe stata considerata nulla e inefficace (“void and inoperative”).⁶⁵

⁶² E. CAMPBELL, *Colonial Legislation and the Laws of England*, cit., pp. 149-150; A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., pp. 7-8.

⁶³ L’intervento legislativo imperiale si rese necessario all’indomani della sentenza della Supreme Court of South Australia (SCSA) del 1861 che dichiarò l’invalidità di alcune leggi del South Australia perché incompatibili con la common law e alcuni statutes britannici. Un tale pronuncia fece sorgere dubbi anche riguardo la validità delle Costituzioni degli Stati e di alcune leggi coloniali che avevano ottenuto l’assenso del Governatore quando invece avrebbero dovuto attendere l’assenso reale da Londra. Pertanto, il Governo britannico affidò la soluzione della questione al Crown Law Office, che, nel proprio report finale, raccomandò l’adozione di una legislazione imperiale simile a quella adottata riguardo alla colonia canadese. Si consigliava, così, di specificare, in un testo legislativo ad hoc e in modo chiaro e preciso che ogni legge coloniale adottata in violazione di una legge imperiale applicabile, implicitamente o per espressa previsione, anche alle colonie era da considerarsi invalida. Tale report costituisce il nucleo essenziale del successivo Colonial Laws Validity Act 1865 (Imp), adottato proprio al fine di fissare una regola stabile e certa in materia. Non a caso il titolo esteso del CLVA è “An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws.” W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., p. 57; A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., p. 8.

⁶⁴ Colonial Laws Validity Act 1865 (Imp), s 1.

⁶⁵ A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., p. 8.

Le sections 2 e 3 hanno sancito la differenza tra “received laws” e “extended laws”, per cui ai sensi della s 2 il Parlamento coloniale era fatto divieto di legiferare in contrasto con una “extended law” del Parlamento imperiale; pena la sanzione di nullità per “repugnancy”.⁶⁶ Invece, ai sensi della s 3, viene riconosciuta la validità delle leggi coloniali che modificano o abrogano le c.d. “received laws”, ivi compresa la common law.⁶⁷ Dunque, ai Parlamenti coloniali era riconosciuta la possibilità di emendare e abrogare le leggi imperiali, ad esclusione di quelle leggi che il Parlamento imperiale aveva emanato appositamente per le colonie.⁶⁸ Sotto questo profilo, è interessante notare che l’istituzione della federazione nel 1900 non ha inciso sulla validità delle disposizioni del CLV Act 1865.⁶⁹ Infatti, lo stesso Constitution Act del 1900 è stato a lungo considerato un atto del Parlamento imperiale ai sensi della s 1 del CLV Act 1865 e non come atto abrogativo dello stesso.⁷⁰

Il secondo limite riguardava la portata applicativa del diritto coloniale e si sostanziava nella presunzione per cui l’efficacia della legislazione coloniale fosse limitata al territorio coloniale e non oltre i confini di esso.⁷¹ Pertanto la competenza legislativa extraterritoriale (“extraterritoriality” o anche nota come competenza legislativa in materia di politica estera) rimaneva ben salda nelle mani del Parlamento di Westminster, come confermato anche dal Privy Council in *MacLeod v Attorney-General (NSW)*.⁷² Ad ogni modo, nel corso del XX secolo tale presunzione è andata attenuandosi fino al riconoscimento agli Stati di alcuni poteri in materia di politica estera ammesso che vi fosse un nesso sufficiente tra la disputa extraterritoriale e lo Stato tale da giustificare l’intervento legislativo.⁷³

⁶⁶ Colonial Laws Validity Act 1895 (Imp), s 2.

⁶⁷ Colonial Laws Validity Act 1895 (Imp), s 3.

⁶⁸ W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., p. 64; si veda il caso *Durham Holdings Pty Ltd v New South Wales* (2001) 205 CLR 399, at 54 per Kirby J.

⁶⁹ Fino all’adozione dello Statute of Westminster 1931 e degli Australia Acts 1986 che hanno definitivamente reciso il rapporto di subordinazione tra Regno Unito e Australia, come vedremo *infra* in questo capitolo § 2.3).

⁷⁰ Tale posizione è stata confermata anche dalla giurisprudenza della High Court of Australia, nel famoso caso *Union Steamship Co of New Zealand Ltd. v The Commonwealth* (1925) 36 CLR 130.

⁷¹ Per un’attenta analisi del problema della giurisdizione extraterritoriale si veda: W. ANSTEY WYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., p. 66-72.

⁷² [1891] AC 455; S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 14.

⁷³ *Broken Hill South Ltd v Commissioner of taxation (NSW)* (1937) 57 CLR 337; *Pearce v Florencea* (1976) 135 CLR 507; *Union Steamship Co of Australia Pty Ltd v King* (1988) 166 CLR 1. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., p. 10; S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 14.

Infine, prima di entrare nel dettaglio dell'ultimo limite al potere legislativo coloniale, occorre fare una premessa. Perché il procedimento legislativo potesse dirsi concluso occorre l'assenso della Regina (o del Governatore della colonia in sua vece). Pertanto, prima di essere promulgate le leggi coloniali dovevano ricevere l'assenso reale e ancora oggi, la s 58 del Constitution Act 1900 dispone, quale condizione per l'entrata in vigore, che ogni nuova legge approvata dal Parlamento del Commonwealth debba ricevere l'assenso da parte della Corona britannica.⁷⁴ Ciò risulta di estrema rilevanza per quanto vedremo tra poco circa i vincoli all'Esecutivo delle colonie, per ora basti sapere che la conclusione dell'iter legislativo coloniale spettava alla Corona britannica.

Dunque, l'ultimo limite al potere legislativo coloniale riguarda il potere di "disallowance of colonial laws" con cui il Governo britannico si riservava il diritto di respingere una certa legge coloniale che, trascorso un certo termine - fissato tra i due ed i quattro anni⁷⁵ - dalla sua recezione da parte del Secretary of State, sarebbe stata dichiarata nulla. Tale potere di rifiuto poteva essere esercitato solo nei confronti di leggi che avevano già ricevuto l'assenso del Governatore della colonia e il cui procedimento di formazione era già concluso.⁷⁶ Similmente alla già citata s 58 del Constitution Act che prevede l'assenso reale, anche il potere di "disallowance" è tuttora previsto nella Costituzione federale dalla successiva s 59, che permette alla Regina di rifiutare una legge del Commonwealth entro un anno dall'assenso del Governor-General.⁷⁷ Tuttavia, per convenzione costituzionale la Regina non esercita mai tale potere.⁷⁸

Per quanto riguarda i limiti all'Esecutivo delle colonie, abbiamo già ricordato il necessario assenso reale per l'efficacia della legge coloniale. A ciò si lega strettamente, appunto, il c.d. "reservation of bills for royal assent", che consisteva nella prerogativa della Corona di riservarsi di concedere l'assenso reale a

⁷⁴ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 58.

⁷⁵ Inizialmente il termine venne fissato in tre anni nel 1823; nel 1828 venne aumentato a quattro per poi venire ridotto -definitivamente- a due nel 1842. Cfr., 4 Geo IV, c 96 (1823) (Imp) s 30; 9 Geo IV, c 83 (1828) (Imp) s 28 e 5 & 6 Vic, c 76 (1842) (Imp), s 32. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., p. 15.

⁷⁶ I disegni di legge ("Bills") non potevano essere "respinti", potevano essere riservati al Governo britannico oppure gli poteva venir tolto l'assenso già concesso. La "disallowance" avveniva nella forma di un "Order in Council" che poi veniva notificato alla colonia. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., p. 16.

⁷⁷ Constitution of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 59.

⁷⁸ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 14.

determinate categorie di leggi, impendendone così l'effettiva entrata in vigore. Tale riserva poteva essere stabilita tramite ordine del Sovrano o tramite statute.⁷⁹ Ad ogni modo, le materie riservate all'assenso della Corona sono diminuite nel tempo,⁸⁰ anche se fino agli anni Ottanta del Novecento tale strumento era usato dal Regno Unito come "minaccia" per ottenere, dal Parlamento australiano, l'emendamento della "parti sgradite" della legislazione proposta.⁸¹ L'assetto appena descritto verrà in parte mantenuto ed in parte ridimensionato dall'entrata in vigore della Costituzione federale. L'Australia giungerà alla federazione nel 1900 con l'adozione del Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp) (anche noto solo come "Constitution Act"), che entrò in vigore il 1 gennaio 1901, dopo oltre un decennio di conferenze, proposte ed emendamenti tra le colonie australiane.⁸² In esso sono contenuti i

⁷⁹ Si pensi alle New South Wales Royal Instructions 1879, cl. (x), con cui si riservava specificamente all'assenso Sovrano alcune categorie di leggi, come quelle in materia di divorzio. O ancora alla s 31 dell'Australian Constitution Act (No 1) 1842 (Imp) che estendeva tale riserva ad altre materie.

⁸⁰ Si veda, ad esempio, l'Australian States Constitution Act (1907) (Imp) adottato su consiglio dell'Imperial Law Office, che prevedeva una breve lista di sole tre categorie di leggi per cui si prevedeva la riserva reale. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., p. 11-14.

⁸¹ Oggi, Australia e Regno Unito hanno concezioni opposte di tale strumento. In Australia il "reservation of royal assent" è ritenuto generalmente uno strumento "desueto", il cui esercizio da parte del Regno Unito appare altamente improbabile; al contrario, la ex madre patria ritiene tale strumento ancora "vivo", avendolo addirittura preso in considerazione in una serie di occasione di particolare tensione con l'ex colonia australiana. Così, A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., p. 14-15.

⁸² Storicamente, la prima conferenza tra i rappresentanti politici delle colonie in cui si discusse della necessità di un'unione delle colonie e dell'opportunità di costituire una federazione si tenne nel 1890 a Melbourne (nota anche come "Melbourne Conference"). Al termine di tale conferenza, accertata la disponibilità di tutte le colonie australiane a federarsi, venne fissata una nuova conferenza per l'anno successivo, il 1891, per la redazione di una prima bozza del documento costituzionale e nel marzo di tale anno i delegati delle colonie si riunirono nelle "National Australasian Conventions" a tale scopo. Questo secondo incontro produsse due risultati. In primo luogo, vennero delineate le linee ed i criteri generali su cui la federazione avrebbe dovuto fondarsi; in secondo luogo, vennero costituiti diversi comitati che produssero la prima bozza della costituzione. Tale bozza venne poi sottoposta al voto dei cittadini delle colonie, che tuttavia, la respinsero a maggioranza. Così nel 1897 venne indetta una seconda conferenza, la "Australasian Federal Convention", ove vennero proposte, esaminate e discusse duecentotrentasei risoluzioni all'originaria bozza del 1891. All'inizio del 1898, la seconda bozza era pronta e, messa al voto popolare, venne accettata da tutti gli Stati ad eccezione del New South Wales. Stranamente il Premier del New South Wales, Sir Henry Parkes, che si era detto favorevole alla precedente versione della costituzione, per motivi di natura politica interna, rifiutò la seconda bozza e pretese che venissero adottati alcuni emendamenti proposti dal suo governo prima di sottoporlo ai suoi elettori. Così si rese necessario procedere ad un'ulteriore revisione della bozza. Nel 1899 alla Premieres' Conference vennero apportati i cambiamenti richiesti dal New South Wales e, nello stesso anno, tutte e cinque le colonie approvarono con referendum la terza bozza. Infine, l'atto venne inviato nel Regno Unito per l'assenso della Regina Vittoria, che lo firmò il 9 luglio 1900. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., pp. 283-293. Sul processo di federazione ed il "federation movement" in Australia, imprescindibile è la lettura di

caratteri essenziali del diritto costituzionale federale australiano. Per ora ci occuperemo solo delle tappe storiche che hanno portato all'adozione del Constitution Act, la cui struttura - con particolare riferimento al Chapter III riguardo al potere Giudiziario - verrà considerata nel dettaglio più avanti.⁸³

2.3) Dallo Statute of Westminster 1931 agli Australia Acts 1986: il lungo cammino verso la piena indipendenza

Nonostante la grande mobilitazione a livello “nazionale” che ha portato le sei colonie australiane a riunirsi in una federazione di Stati sul modello statunitense,⁸⁴ nel 1901 la piena indipendenza dalla madrepatria era ancora lontana. Infatti, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione federale le sei colonie, pur definendosi “Stati”, avevano ancora lo status di “self-governing colonies” ed erano perciò legate al Regno Unito dai vincoli che abbiamo sopra esaminato.⁸⁵

Come visto per la Nuova Zelanda, anche per l'Australia il primo vero passo verso l'indipendenza è stato rappresentato dalla partecipazione alle Conferenze imperiali tenutesi nella seconda metà degli anni Venti del secolo scorso tra la madrepatria e le colonie, che culmineranno con la famosa Dichiarazione Balfour del 1926 e la successiva adozione dello Statute of Westminster 1931 (Imp).⁸⁶

E' curioso notare che, a differenza del Canada, del Sudafrica e dell'Irish Free State, che spingevano per ottenere l'indipendenza dalla madrepatria; l'Australia, pur riconoscendo la necessità di un intervento volto a definire, una volta per tutte, le relazioni con il Regno Unito, si mostrò quasi riluttante ad accettare la nuova “piena libertà”, tanto agognata dalle altre colonie. Non a caso, quando si dovette discutere riguardo alla modalità di rescissione dei vincoli nei confronti dei

SIR J. QUICK AND SIR R.R. GARRAN, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., pp. 79-252. Per una sintesi ben fatta: P. KEYZER, *Principles of Australian Constitutional Law*, (III ed.), LexisNexis Butterworths, Chatswood (NSW), 2010, p. 51; N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth. The Making and the Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁸³ Si veda *infra* § V.3, §§ 3.1) e 3.2).

⁸⁴ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual analysis*, cit., pp. 9-13 e pp. 17-9.

⁸⁵ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary view*, cit., p. 25.

⁸⁶ Di cui abbiamo già accennato sulla storia della Nuova Zelanda, v. *supra* Cap. III.1, § III.1.1. T. BLACKSHIELD; G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abrig ed.)*, cit., pp. 130-140.

legislativi coloniali da parte del Parlamento di Westminster nella Conferenza imperiale del 1930, i delegati australiani furono i più scettici rispetto alla trasformazione della proposta della Conference on the Operation of Dominions Legislation (ODL)⁸⁷ in legge (il futuro Statute of Westminster). In particolare, essi manifestarono la volontà degli Stati australiani di mantenere un “rapporto privilegiato” con la madrepatria anziché “essere rimessi” alla volontà del Commonwealth che, grazie alla conquista della piena indipendenza, avrebbe ottenuto maggiori poteri legislativi, minacciando così l’integrità dei singoli Stati.⁸⁸ Tuttavia, la maggioranza delle delegazioni approvò la proposta dell’ODL e venne così redatta la prima bozza dello Statute of Westminster. Come già visto con riferimento alla Nuova Zelanda,⁸⁹ il Parlamento britannico chiese che questa “prima bozza” dello Statute of Westminster ottenesse il consenso dei Parlamenti dei singoli dominions - quindi, nel nostro caso, venisse sottoposta all’esame delle due camere del Parlamento federale australiano.

La fase dell’esame e dell’approvazione del testo in seno al Parlamento federale australiano fu piuttosto complessa e vennero proposti molti emendamenti.⁹⁰ In particolare, tra gli emendamenti⁹¹ proposti dall’Australia ci fu l’introduzione della s 10 (1), che escludeva l’automatica applicazione alle colonie australiane delle disposizioni dello Statute of Westminster, subordinandone l’applicabilità alla necessaria ratifica da parte del Parlamento federale.⁹²

Così, una volta ottenuta l’approvazione di ciascun Parlamento coloniale, il testo venne promulgato dal Parlamento del Regno Unito nel 1931 con il titolo di Statute of Westminster 1931 (Imp).⁹³ Tuttavia, lo Statute non divenne applicabile in

⁸⁷ Di cui abbiamo già accennato sulla storia della Nuova Zelanda, v. *supra* Cap. III.1, § III.1.1

⁸⁸ Paradossalmente, gli Stati australiani preferivano rimanere “vincolati” alla madrepatria poiché si “fidavano” più del Parlamento di Westminster rispetto al Parlamento del Commonwealth, che era visto il principale “avversario” nell’esercizio del potere legislativo sul territorio. Infatti, data la grande distanza che li separava e la grande autonomia accordata da Londra ai singoli Parlamenti, essi godevano, di fatto, entro i propri confini, di pieni poteri legislativi; tal che la loro supremazia poteva definirsi simile alla “sovereignty” che caratterizzava l’assemblea legislativa di Westminster. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., p. 24-34.

⁸⁹ Vedi *supra* Cap. III.1, § III.1.1.

⁹⁰ T. BLACKSHIELD; G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abrig ed.)*, cit., pp. 130-131; A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., p. 20.

⁹¹ A cui Nuova Zelanda e Terranova si associarono. T. BLACKSHIELD, G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abrig ed.)*, cit., pp. 130-131.

⁹² Statute of Westminster 1931 (Imp), s 10 (1).

⁹³ A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., pp. 20-21.

Australia fino al 1942, quando il Parlamento del Commonwealth lo ratificò ai sensi della s 10 (1) con il titolo Statute of Westminster (Adoption) Act 1942, retrodatandone gli effetti al 1939.⁹⁴ Passiamo ora in rassegna le principali disposizioni dello Statute.

La s 1 dispone che lo Statute si applica a tutti i dominions incluso il Commonwealth australiano, senza però fare riferimento ai singoli Stati, rispetto ai quali venne mantenuto intatto il “rapporto diretto” con il Regno Unito.⁹⁵ Qui pertanto verranno considerati solo i soli effetti dello Statute rispetto al Commonwealth federale.⁹⁶

La s 2 (1) dispone la cessazione dell’applicabilità del CLV Act 1865 alle leggi del Commonwealth dal momento dell’entrata in vigore dello Statute.⁹⁷ La s 2 (2) invece conferma la cessazione della dottrina della repugnancy: per cui le leggi emanate dal Parlamento del Commonwealth non sono più suscettibili di invalidità perché in contrasto con le leggi britanniche.⁹⁸ Inoltre, viene riconosciuto il potere del Commonwealth di emendare o abrogare qualsiasi atto legislativo britannico precedentemente vigente in Australia.

La s 3 conferisce definitivamente al potere legislativo federale la competenza in materia di politica estera e stipula di trattati internazionali.⁹⁹

La s 4 abolisce il potere del Regno Unito di estendere l’applicabilità delle leggi britanniche all’Australia, fatta salva la possibilità per il Commonwealth di richiedere l’estensione dell’applicabilità di una determinata legge britannica al Parlamento di Londra.¹⁰⁰

La s 8 è stata definita una “clausola di salvaguardia” per gli Stati, poiché elenca, in modo tassativo, le materie di competenza legislativa assegnate al Commonwealth.¹⁰¹ Infine, la successiva s 9 rafforza la disposizione precedente,

⁹⁴ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), Preamble. W. ANSTEY WAYNES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., p. 73.

⁹⁵ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), s 1.

⁹⁶ Per un’analisi approfondita degli effetti sugli Stati, si veda A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia’s Statutes of Independence*, cit., pp. 37-62.

⁹⁷ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), s 2 (1).

⁹⁸ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), s 2 (2).

⁹⁹ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), s 3.

¹⁰⁰ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth) s 4.

¹⁰¹ Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), s 8; si veda la s 128 del Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp).

vietando categoricamente al Parlamento federale di potersi ingerire nella sfera di competenza statale in forza delle disposizioni dello Statute of Westminster.¹⁰²

Dunque, all'indomani dell'adozione dello Statute of Westminster era evidente una discrasia tra il Legislativo federale e gli organi legislativi statali. Se il primo era stato "liberato" dai vincoli che lo legavano alla madrepatria, i secondi erano ancora subordinati al Parlamento di Westminster in forza della dottrina della repugnancy per il tramite del CLV Act 1865. Il Parlamento di Londra si rese disponibile ad abrogare il CLV Act del 1865 ma, stante il divieto della sopra richiamata s 4 di legiferare per il dominion senza il consenso dello stesso, chiese che fossero i singoli Stati a presentare formale richiesta di abrogazione, manifestando espressamente la loro volontà in tal senso. Tale procedimento fu fallimentare – se l'obiettivo era condiviso da tutti gli Stati, le modalità ed i termini dell'abrogazione differivano di Stato in Stato-, oltre che ad essere lungo e complesso e ciò non fece che acuire l' "anomalia" tra potere legislativo federale e statale.¹⁰³ Così, visto che la situazione era divenuta insostenibile, gli Stati ed il Commonwealth avviarono una serie di consultazioni al fine di addivenire ad una soluzione condivisa.

Le ipotesi per la rimozione dei vincoli residui agli Stati erano tre: la prima prevedeva un atto del Parlamento imperiale con cui si abrogava il CLV Act 1865; la seconda e la terza prevedevano che tale abrogazione avvenisse o con legge federale ai sensi della s 51 (xxxviii) del Constitution Act 1900 oppure, sempre con legge federale ma ai sensi della s 2 (2) dello Statute of Westminster 1931.

Nessuna delle tre ipotesi ebbe successo,¹⁰⁴ anche se tutti concordarono sul fatto che la soluzione finale avrebbe dovuto contemplare una legge federale ai sensi della s 51 (xxxviii) del Constitution Act 1900. Infatti, tale sezione prevedeva la facoltà del Parlamento federale di legiferare nelle materie che sarebbero spettate al Parlamento del Regno Unito purché avesse ottenuto una formale richiesta ed autorizzazione in tale senso da parte di tutti gli Stati ("request and consent").¹⁰⁵

Dunque, dopo una serie di tentativi fallimentari,¹⁰⁶ venne raggiunto un accordo per cui per sancire la piena indipendenza dell'Australia sarebbe stata necessaria

¹⁰² Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth), s 9.

¹⁰³ A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., pp. 64-68.

¹⁰⁴ A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., p. 86-88.

¹⁰⁵ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp) , s 51 (xxxviii).

¹⁰⁶ Tra cui la proposta del Western Australia del 1982, che riservava il potere di abrogare il CLV Act 1865 unicamente agli Stati, escludendo sia Commonwealth che il Regno Unito; la proposta del New South Wales del 1982, che prevedeva l'abrogazione nella forma di un referendum da

l'adozione di due atti distinti, adottati contemporaneamente sia dal Regno Unito che dal Commonwealth: i c.d. Australia Acts 1986 (Cth) e (UK).¹⁰⁷ Tale soluzione invero, avrebbe rispettato la s 4 dello Statute of Westminster senza minare l'autonomia di "dominion" del Commonwealth federale. Infatti, da una parte, l'atto adottato da Westminster avrebbe fatto seguito ad una richiesta formale presentata congiuntamente dal Commonwealth e dagli Stati ex s 4 dello Statute of Westminster (Australia Act (UK)); dall'altra, l'atto del Commonwealth avrebbe rispettato la volontà degli Stati secondo la s 51 (xxxviii) della Costituzione federale (Australia Act (Cth)).

Così, tutti gli Stati procedettero a votare un proprio Australia Act (Request) Act, con cui autorizzarono il Parlamento federale a chiedere l'intervento legislativo del Regno Unito. Di conseguenza, il Parlamento federale adottò l'Australia Act (Consent and Request) Act 1986 (Cth) quale "formale richiesta" al Regno Unito di recidere il residuale legame giuridico con gli Stati. Così, il 3 marzo 1986, entrarono ufficialmente in vigore gli Australia Acts (Cth)¹⁰⁸ e (UK).¹⁰⁹

L'Australia Act (Cth) ricalca la struttura dello Statute of Westminster, con la differenza che i suoi effetti valgono solo per gli Stati.¹¹⁰

Tra le disposizioni di maggiore rilevanza si ricorda la s 1, che sancisce la fine della competenza legislativa del Parlamento di Westminster sugli Stati, escludendo che dal quel momento in poi alcuna legge britannica potrà essere estesa agli Stati.¹¹¹

La successiva s 2, nella sua prima parte, riconosce la portata "extraterritoriale" del potere legislativo degli Stati; mentre la subsection 2(2) conferma che i poteri degli Stati scaturiscono direttamente dalle rispettive costituzioni.¹¹²

La s 3(1) dispone la cessazione dell'applicabilità del CLV Act agli Stati, per cui il parametro di validità di una legge statale non potrà più essere la conformità o meno

tenersi in ogni Stato il cui risultato sarebbe poi stato discusso con il Commonwealth e infine sottoposto al Regno Unito. A. TWOMEY, *The Australia Acts 1986. Australia's Statutes of Independence*, cit., pp. 91-108.

¹⁰⁷ La struttura ed il contenuto dei due atti sono identici, qui si farà riferimento al solo Australia Act 1986 adottato dal Commonwealth federale, ma quanto si dirà vale anche per la versione britannica del medesimo atto.

¹⁰⁸ Il cui titolo per esteso recita così "An Act to bring constitutional arrangement affecting the Commonwealth and the States into conformity with the status of the Commonwealth of Australia as a sovering, independent and federal nation".

¹⁰⁹ Il titolo per esteso dell'Australia Act (UK) è infatti il seguente: "An Act to give effect to a request by the Parliament and Government of the Commonwealth of Australia."

¹¹⁰ S. JOSEPH, M. CASTAN; *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., pp. 26-27.

¹¹¹ Australia Act 1986 (Cth), s 1.

¹¹² Australia Act 1986 (Cth), s 2.

a una legge del Regno Unito. La s 3(2) ha esteso agli Stati il potere di modificare o abrogare le c.d. “extended laws” britanniche.¹¹³

La s 5 subordina espressamente le disposizioni delle sections 2 e 3 alla Costituzione del Commonwealth e allo Statute of Westminster.¹¹⁴

La s 12 abroga alcune previsioni dello Statute of Westminster, in particolare la s. 4 che manteneva il potere del Regno Unito di legiferare per il Commonwealth.¹¹⁵

Ed infine, la s 15 “costituzionalizza” (“entrenches”) l’Australia Act (Cth) e lo Statute of Westminster, disponendo che nessuno dei due possa essere emendato se non tramite il procedimento di revisione costituzionale ex s 128 del Constitution Act 1900 o tramite “request and consent” di tutti gli Stati, rendendo così virtualmente impossibile il ripristino dell’egemonia britannica sul continente australiano.¹¹⁶ Infatti, com’è d’uso nei sistemi parlamentari di stampo britannico, tutti gli statutes (tra cui, si badi bene, rientra anche la Commonwealth Constitution del 1900, in quanto “imperial statute”, cioè legge ordinaria dell’allora Parlamento imperiale di Westminster) possono essere emendati o abrogati, espressamente o implicitamente, da una legge successiva di contenuto diverso. Proprio qui entra in gioco la s 128, che mette al riparo la Commonwealth Constitution (e, nel nostro caso lo Statute of Westminster e l’Australia Act (Cth)) da questo processo ordinario di modifica, prevedendone uno più oneroso e particolarmente rigido che prevede il referendum popolare obbligatorio sulla proposta di revisione costituzionale approvata dalle Camere.¹¹⁷

¹¹³ Australia Act 1986 (Cth), s 3.

¹¹⁴ Australia Act 1986 (Cth), s 5.

¹¹⁵ Australia Act 1986 (Cth), s 12.

¹¹⁶ Australia Act 1986 (Cth), s 15.

¹¹⁷ Il procedimento di revisione costituzionale previsto dalla s 128 della Costituzione federale australiana è uno dei più rigidi e difficili da portare a termine - anche più difficile di quello americano. La s 128, rubricata “Mode of altering the Constitution”, prevede che la proposta di revisione costituzionale debba essere votata a maggioranza assoluta da entrambe le Camere e poi sottoposta, non prima di due e non oltre sei mesi da tale voto, al voto in ogni Stato e Territorio, tramite referendum, in cui avranno diritto di voto i cittadini che abbiano diritto di voto attivo per la House of Representatives. Se una Camera approva la proposta mentre la seconda non la approva o la modifica in sede di approvazione ed entro tre mesi da tale voto, la prima Camera approva nuovamente la proposta o la approva senza le modifiche proposte dalla seconda Camera, il Governor-General dovrà riproporla un’ultima volta alla Camera che l’ha votata per la prima volta e, con o senza le modifiche della seconda Camera, dovrà sottoporla al referendum nei singoli Stati e Territori. La proposta sarà presentata al Governor-General per l’assenso solo se avrà ottenuto il voto favorevole della maggioranza degli elettori nella maggioranza degli Stati e la maggioranza assoluta degli elettori. E’ questo è il c.d. “double majority requirement”, meccanismo tipico di uno stato federale, che viene posto a tutela degli interessi degli Stati più piccoli che possono essere “calpestati” dagli Stati più grandi. Data la complessità del procedimento (in Australia raramente il governo ha la maggioranza in entrambe le Camere e il Senato è solitamente a maggioranza

Al termine di questa breve ricognizione delle principali tappe della storia costituzionale australiana, occorre soffermarci sull'organizzazione del sistema giudiziario australiano, che si presenta come particolarmente complessa. Infatti, come abbiamo già visto, uno dei principi fondamentali dell'architettura costituzionale australiana è la forma di stato federale.

Ora, sebbene i costituenti australiani si siano apertamente e dichiaratamente ispirati alla costituzione degli Stati Uniti, il federalismo australiano presenta, in verità, propri tratti caratteristici tra cui spicca la previsione della s 71, che conferisce al Parlamento del Commonwealth il potere di affidare la competenza giudiziaria federale alle corti statali – ipotesi sconosciuta nel sistema americano.¹¹⁸

V.3. Il Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp): i principi fondamentali del diritto costituzionale australiano

Come già detto, l'America ha costituito la principale fonte di ispirazione per i costituenti australiani.¹¹⁹

In particolare, la costituzione statunitense rappresentava il modello ideale per la forma di stato cui aspiravano le sei colonie originarie: uno Stato federale.¹²⁰ Infatti, la creazione di una federazione avrebbe garantito tutela agli interessi comuni degli

dell'opposizione), solo nove dei quarantaquattro referendum proposti dalla nascita della federazione hanno avuto esito positivo. In tal senso, si può dire che la procedura di revisione costituzionale ex s 128 si è dimostrata particolarmente efficace nel proteggere la Costituzione da modifiche arbitrarie dettate da una volontà politica molto spesso estemporanea. Pertanto, la s 128 è anche nota come “restrictive procedure” o “manner and form provision”, poiché riduce sensibilmente le modalità con cui il Parlamento federale può modificare la Costituzione, rendendo (“entrench”) la Commonwealth Constitution “the superior law of Australia”. Sulla s 128, si veda: S. JOSEPH; M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., pp. 22-24; sul panorama statale e, in particolare, sulla Costituzione di Victoria, si vedano: J. GOLDSWORTHY, *Manner and Form in Australian States* (1987) 16 *Monash University Law Review* pp. 403-429; H. P. LEE, *Manner and Form: An Imbroglione in Victoria*, (1992) 15 *University of New South Wales Law Journal* pp. 516-539; C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A contextual Analysis*, cit., pp. 47-50; L. SCAFFARDI, *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, Padova, Cedam, 2000, pp. 104-108.

¹¹⁸ Di cui parleremo *infra* §§ 3.1) e 3.2).

¹¹⁹ S. CRENNAN, *Federation*, in C. SAUNDERS, A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. 78-95; p. 81.

¹²⁰ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., pp. 221-256; T. BLACKSHIELD & G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials*, cit., Chap. 6 e 7, pp. 235-294 e 296-324; N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth. The Making and the Meaning of the Australian Constitution*, cit., Cap. 3-4-5 e 10, pp. 67- 100, 101-133, 134-149 e pp. 272-298

Stati, lasciando, allo stesso tempo, un elevato margine di autonomia ed indipendenza a ciascuno di essi, che non sarebbero riusciti a mantenere altrimenti.¹²¹

Come vedremo tra poco, il Commonwealth of Australia Constitution Act del 1900 è informato ai classici principi della tradizione costituzionale britannica: responsible and representative government; parliamentary sovereignty¹²²; judicial review of executive action (quindi il controllo giurisdizionale delle attività del Governo o di altre pubbliche amministrazioni) e assenza di un catalogo scritto dei diritti. In altre parole, l'Australia ha adattato una costituzione ispirata al modello americano, mantenendo però saldi i principi classici della common law britannica (in particolare, la supremazia del Parlamento). Da una tale “fusione” derivano gran parte delle problematiche che oggi presenta il sistema australiano di tutela dei diritti.

Ma andiamo con ordine.

Il Commonwealth of Australia Constitution Act (“Constitution Act”) promulgato nel 1900 ed entrato in vigore il 1° gennaio del 1901 è formato da otto “capitoli”, di cui qui esamineremo solo dei primi tre dedicati rispettivamente ai poteri Legislativo, Esecutivo e Giudiziario.¹²³

¹²¹ In questo senso, F. WHEELER, *Original Intent and the Doctrine of the Separation of Powers in Australia*, [1996] (7) *Public Law* pp. 96-109; in particolare, pp. 98-102; J. STELLIOS, *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution. Commentary and Cases*, cit., pp. 68-71.

¹²² Con la sola differenza che in Australia tale supremazia è riconosciuta sia al Parlamento federale che ai parlamenti degli Stati. P. KEYZER, *Principles of Australian Constitutional Law*, cit., p. 7-8.

¹²³ I restanti cinque capitoli sono dedicati rispettivamente a: IV) Finance and Trade: tutta la competenza in materia di commercio e finanza pubblica è devoluta al Parlamento federale; in particolare, si vincola il Governo ai limiti di spesa e di bilancio fissati dal Parlamento (ss. 81 e 83) e si prevede l'armonizzazione delle policies delle Agenzie statali delle dogane, finalizzata alla creazione di uno spazio di libero commercio tra gli Stati (ss. 88-92); V) The States: questo capitolo ‘trasforma’ ufficialmente le pre-esistenti sei colonie negli attuali Stati del Commonwealth, mantenendo, tuttavia, la validità delle Costituzioni adottate in epoca coloniale (s 106); confermando tutti i poteri che gli Stati avevano come “colonie” –ivi compreso il potere legislativo non esplicitamente attribuito alla Federazione (s 107) e, infine, sancendo la prevalenza della legislazione federale nelle materie di competenza concorrente di cui alla s 51 (s 109); VI) New States: viene qui disciplinata la procedura per divenire “Stato della Federazione” – ma, fino ad ora, non è stata mai utilizzata, visto che il Northern Territory ha scelto, con un referendum nel 1999, di rimanere un “territorio”; VII) Miscellaneous: in questo penultimo capitolo, sono previste solo due disposizioni; la s 125, che fissa la sede del Governo federale nel distretto speciale dell'Australia Capital Territory (ACT) e la s 126, che permette al Governor-General di delegare i propri compiti; VIII) Alterations to the Constitution: quest'ultimo capitolo contiene una sola disposizione, la già nota s 128 che descrive il procedimento di revisione costituzionale.

Partendo dal Chapter I, il potere legislativo federale è affidato ad un Parlamento bicamerale, formato dalla Camera dei Rappresentanti¹²⁴ e dal Senato federale¹²⁵, più la Regina, che partecipa in persona del proprio Governor-General.¹²⁶

Per quel che qui interessa, la Part 5 del Chapter I si occupa delle competenze legislative del Parlamento federale; in particolare, le sections 51 e 52 della Commonwealth Constitution disciplinano rispettivamente le materie di competenza concorrente tra Stati e Federazione¹²⁷ e quelle di competenza esclusiva della Federazione.¹²⁸ Entrambe le disposizioni prevedono elenchi tassativi, per cui, per le materie non incluse, il potere legislativo rimane agli Stati.¹²⁹ Pertanto, il potere legislativo federale ha natura “eccezionale”, mentre gli Stati potranno legiferare in ogni altro campo, salvo che ciò non sia espressamente

¹²⁴ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), ss. 24-40.

¹²⁵ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), ss. 7-23. In particolare, rilevano qui le modalità di elezione dei membri della Camera e del Senato, che sono disciplinate dalla ss 7 (per il Senato) e 24 (per la Camera). Il Senato, specularmente all’omologo americano, rappresenta gli Stati e i territori federali (è infatti anche noto come “States’ house”) ed è composto da settantasei senatori: dodici per Stato e due per territorio. Ogni senatore dura in carica per sei anni e ogni tre anni metà del Senato viene rinnovato. La Camera invece, che rappresenta la “people’s house”, conta centocinquanta membri (chiamati MHRs, “members of the House of Representatives”), che vengono eletti in modo proporzionale alla popolazione di ciascuno Stato. L’intera Camera si rinnova per intero ogni tre anni.

¹²⁶ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 2. Il Governor-General è nominato dalla Regina e ha il principale ruolo di dare formalmente l’assenso reale alla legge del Parlamento. Inoltre, specularmente alla monarchia a Londra, anche il Governor-General ha poteri (astrattamente) molto incisivi, tra cui quello previsto dalla s 5 di sciogliere la House of Representative “as he thinks it fit”. Naturalmente, è convenzione che un tale potere sia esercitato previo parere del Prime Minister.

¹²⁷ Tra cui spiccano il potere in materia di: scambi commerciali interstatali e commercio con l’estero (s 51 (i)); imposizione fiscale (s 51 (ii)); regolamentazione delle società multinazionali operanti sul territorio nazionale (s 51 (xx)); affari esteri (s 51 (xxix)).

¹²⁸ Sono i casi della s 52: “(i) the seat of government of the Commonwealth, and all places acquired by the Commonwealth for public purposes; (ii) matters relating to any department of the public service the control of which is by this Constitution transferred to the Executive Government of the Commonwealth; (iii) other matters declared by this Constitution to be within the exclusive power of the Parliament.” Vi sono poi alcuni “additional powers” previsti dalle ss 81 e 96, rispettivamente in materia fiscale e di aiuti finanziari agli Stati.

¹²⁹ Era questa la c.d. “reserved powers doctrine”, inaugurata dalla High Court con la sentenza *R v Barger* (1908) 6 CLR 41. La Corte, interpretando in senso restrittivo le ss 51 e 52, affermò che tutte le ipotesi di competenza legislativa che esulavano dall’elenco costituzionale dovevano implicitamente ritenersi di competenza statale; con la conseguenza che, in caso di contrasto tra legge federale e legge statale, la prima sarebbe risultata invalida. Questa dottrina durerà per un ventennio dopo la federazione, fino a che, con il famosissimo caso *Engineers (Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd)* (1920) 28 CLR 129, la Corte abbandonò la dottrina dei “reserved powers” in favore di un’interpretazione più vicina al significato naturale delle parole del testo costituzionale, senza ricorrere a nessuna “implied limitation” (come la riserva agli Stati di un numero non ben precisato di competenze legislative) salvo che ciò non si potesse logicamente desumere dal testo costituzionale. S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional law. A contemporary view*, cit., pp. 41- 46.

proibito dalla Costituzione federale.¹³⁰ In particolare, nei casi di competenza concorrente previsti dalla s 51, la s 109 prevede specificamente che “ove la legge statale sia incompatibile con una legge federale, quest’ultima prevale”.¹³¹

Il Chapter II invece, disciplina l’Esecutivo federale, attribuendo tale potere al Governor-General.¹³² Viene prevista la creazione di un Federal Executive Council, formato dai Ministri nominati dal Governor-General,¹³³ che ha il compito di assistere il Governatore nell’espletamento delle sue funzioni.¹³⁴ In via del tutto peculiare, non vengono menzionati né la figura del Primo Ministro né il Cabinet, nonostante siano le figure che, in concreto, esercitano la funzione esecutiva. Questa è una diretta conseguenza della preferenza per la tradizione britannica. Infatti, in Australia, l’esercizio del potere esecutivo è regolato tramite convenzioni costituzionali piuttosto che da disposizioni scritte. Ne consegue che questo secondo potere dello Stato si presenta amorfo, particolarmente vago e indefinito dal punto di vista giuridico.

Infine, il terzo Capitolo è dedicato al Giudiziario federale. In particolare, la s 71 della Commonwealth Constitution dispone che questo sia attribuito ad una corte suprema federale, la High Court of Australia, a quelle altre corti federali che il Parlamento riterrà necessario creare (attività cui si è provveduto con il Judiciary Act 1903 (Cth))¹³⁵ e a quelle altre corti (ossia quelle corti preesistenti alla Costituzione federale, che compongono il sistema giudiziario degli Stati e dei

¹³⁰ E’ questa la c.d. “characterisation of commonwealth laws”, per cui perché una legge federale sia costituzionalmente valida, essa deve essere giustificata da “specific constitutional authority” oppure deve poter essere ricondotta ad uno degli “heads of power” previsti dal combinato disposto delle ss 51, 52, 81 e 96. In altre parole, per essere valida deve poter essere “ascritta” (“characterised”) ad una delle fonti di potere legislativo federale (“heads of power”) costituzionalmente previste. Sul tema, molto ampio e che qui non è possibile trattare, si rinvia a: S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional law. A contemporary view*, cit., pp. 43-60; S. RATNAPALA, J. CROWE, *Australian Constitutional Law. Foundations and Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹³¹ La s 109 ha fatto sorgere non pochi problemi al momento della sua applicazione, che, per le ovvie ragioni, non potranno qui trattarsi in maniera esaustiva. Ci si limita perciò a rilevare le tre principali criticità: cosa s’intende per “legge” ai sensi della s 109; quali sono le conseguenze dell’invalidità per la legge statale e infine, quali sono i casi di incompatibilità. Essenziale sul punto è stato lo sviluppo della giurisprudenza della High Court, puntualmente riassunto da S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional law. A contemporary view*, cit., pp. 163-184, cui pertanto si rinvia.

¹³² Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 61.

¹³³ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 64.

¹³⁴ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 62.

¹³⁵ La High Court è stata istituita nell’ottobre del 1903, a seguito dell’adozione del Judiciary Act, e ha emesso la sua prima decisione l’11 novembre 1903, in materia di interpretazione della s 73. P. EMERTON, *Ideas*, in C. SAUNDERS, A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. 143-166; p. 143.

Territori) a cui il Parlamento attribuirà competenza federale.¹³⁶ La s 72 si occupa del mandato e della retribuzione dei giudici federali. A differenza del sistema americano, in Australia il principio della durata vitalizia della carica è stato abbandonato con la revisione costituzionale del 1977¹³⁷, con cui si è stabilito che i giudici rimangono in carica fino al compimento del settantesimo anno di età.¹³⁸ Rimane ferma invece la tradizionale garanzia dell'“intangibilità del trattamento economico” finchè i giudici rimangono in carica.

Le sections 75 e 76 elencano le materie di competenza federale, ripartite “ratione materiae”.¹³⁹ In particolare, la s 75 prevede i casi di “original jurisdiction” della High Court, che sono quelli ove il Commonwealth sia parte in causa e ove si richieda l'emissione di “un writ of mandamus or prohibition or an injunction” contro un funzionario del Governo federale. La s 76 attribuisce alla competenza giurisdizionale federale tutte le questioni riguardanti l'interpretazione o l'applicazione della Costituzione federale. La s 77 attribuisce al Parlamento del Commonwealth il potere di definire la competenza giurisdizionale federale delle corti statali e di ogni altra corte federale diversa dalla High Court.¹⁴⁰ E' questo l'“autochthonous expedient”¹⁴¹ ideato dai padri fondatori del Commonwealth australiano: “investire” le corti statali e territoriali di giurisdizione federale.¹⁴² La s 72 conferisce alla High Court generale competenza d'appello, soggetta ai limiti e alle regole che il Parlamento del Commonwealth riterrà necessarie.

¹³⁶ Di cui parleremo nel prossimo paragrafo *infra* § 3.1).

¹³⁷ Constitutional Alteration (Retirement of Judges) 1977 n. 83, in materia di collocamento a riposo dei giudici.

¹³⁸ L. SCAFFARDI, *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, cit., p. 97.

¹³⁹ Le materie della giurisdizione federale rappresentano una branca del diritto costituzionale australiano particolarmente complessa ed articolata, che in questo lavoro non è possibile trattare esaurientemente. Per ogni approfondimento del caso si rinvia ai testi indispensabili in materia: A. ANSTEY WYANES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, (V ed.), Sydney-Melbourne-Brisbane, The Law Book Company Ltd., 1976; in particolare, pp. 446-534; T. BLACKSHIELD & G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials*, cit., in particolare, Capp. 6 e 14; T. BLACKSHIELD & G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abridg.)*, (V ed. abridged), Sydney, The Federation Press, 2010, in particolare, Capp. 5 e 13; J. STELLIOS, *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution. Commentary and Cases*, Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2010, Cap. 7 e 8.

¹⁴⁰ P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 503.

¹⁴¹ Così definito da Dixon, McTiernan, Fullagar e Kitto JJ in *The Queen v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) 94 CLR 254 at 268.

¹⁴² Sul punto si veda, G. LINDELL, *Cowen and Zines' Federal Jurisdiction in Australia*, (IV ed.), Sydney, Federation Press, 2016; pp. 252-320; J. STELLIOS, *Federal Jurisdiction*, in C. SAUNDER AND A. STONE, *The Oxford Handbook to the Australian Constitution*, cit., pp. 879-904; p. 880.

Da quanto sin qui descritto, seppure molto sommariamente, si potrebbe concludere che, in apparenza, la Costituzione australiana sia uguale a quella americana. In particolare, l'articolazione in tre capitoli – uno per ciascun poter dello Stato -, come i tre articoli della “cugina” americana, potrebbero far pensare ad una netta separazione dei poteri anche in Australia. E' qui che non bisogna farsi trarre inganno dall' “abito” scelto dal monaco, per usare un'espressione a noi più vicina. Infatti la divisione in tre capitoli della Costituzione del Commonwealth in realtà non è altro che “la forma più conveniente con cui creare una nuova entità politica”,¹⁴³ nulla a che vedere con le idee di Montesquieu che abbiamo ricordato più indietro.¹⁴⁴

Ad onor del vero, anche il sistema australiano conosce il principio di separazione dei poteri, ma, piuttosto che guardare al di là del Pacifico, ha preferito ritornare alle origini e guardare alla madrepatria e alla concezione britannica di separation of powers.¹⁴⁵ Secondo tale concezione, lo ricordiamo, l'unica separazione che conta è quella del Giudiziario dai due rami “politici” dello Stato, condizione imprescindibile per qualsiasi governo informato alla rule of law.¹⁴⁶ E' proprio per evitare ogni forma di pressione politica sugli organi che esercitano il potere giudiziario che esso deve essere necessariamente indipendente ed autonomo; solo così verranno garantiti i diritti dei cittadini, oltre che un'equa amministrazione della giustizia e una giusta trattazione dei casi. Il paragrafo che segue è dedicato a ripercorrere le tappe che hanno portato alla configurazione della separazione dei poteri a livello di costituzione federale in Australia.

3.1) Il potere giudiziario federale e la “separation of federal judicial power”

La dottrina della “separation of federal judicial power” si compone di due principi: il primo per cui il potere giudiziario federale può essere attribuito solo alle corti

¹⁴³ Per Williams J at 302 e 317 in *The Queen v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) 94 CLR 254.

¹⁴⁴ *Supra*, Cap. I, § I.3.

¹⁴⁵ *Supra* Cap. I, § I.3.

¹⁴⁶ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional law. A contemporary view*, cit., p. 123; C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 196.

previste dalla s 71 (c.d. “Chapter III courts” – cioè High Court, corti federali e corti statali a cui è stata attribuita espressamente competenza federale); il secondo per cui il Commonwealth non può attribuire “non –judicial powers” alle Chapter III courts.¹⁴⁷

Il primo principio è stato affermato, per la prima volta nel 1915, con il caso *New South Wales v Commonwealth (the Wheat case)*.¹⁴⁸ La questione riguardava la costituzionalità o meno dell’attribuzione, da parte del Commonwealth, di un insieme di poteri giudiziari e non alla Inter-State Commission,¹⁴⁹ ivi compreso il potere di decidere le cause, emettere injunction e sanzionare l’inottemperanza delle parti alle sue decisioni. Nella specie, la Commission emise un’ingiunzione su richiesta del governo federale contro lo Stato del New South Wales poiché quest’ultimo, con l’adozione del Wheat Acquisition Act 1914 (NSW), aveva imposto una particolare misura protezionistica (il blocco dell’esportazione del grano prodotto all’interno dello Stato) per far fronte alla carestia che aveva colpito il continente australiano tra il 1911 e il 1916, violando così la “freedom of inter-state commerce clause”, che riservava la disciplina del commercio inter-statale al Commonwealth. Il NSW si appellò alla High Court lamentando l’illegittimità del potere della Commissione di emettere l’injunction poiché essa non rientrava tra le Chapter III courts. La High Court accolse l’appello dello Stato e affermò che:

“Chapter III deals with the Judiciary, and contains the most ample and meticulous provisions as to the tribunals which shall exercise such judicial powers and as to the subject matter of their jurisdiction.”¹⁵⁰

La Corte non riconobbe la Inter-State Commission come ascrivibile alle corti previste dal Capitolo III e dichiarò incostituzionale l’attribuzione di un tale potere

¹⁴⁷ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., p. 129.

¹⁴⁸ *New South Wales v Commonwealth* (1915) 20 CLR 54 (*Wheat*). M. FOSTER, *The Separation of Judicial Power*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (eds.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit.; pp. 672-695; pp. 675-6.

¹⁴⁹ La Inter-state Commission era una corte federale, prevista dalla s 101 della Commonwealth Constitution, che è entrata in funzione solo nel 1912, con l’Inter-State Commission Act 1912 (Cth) e aveva competenza in materia di commercio interstatale. E’ rimasta in attività fino al 1989, quando è stata sostituita dalla Industry Commission (istituita dal Parlamento federale con l’Industry Commission Act 1989 (Cth)), tuttora operante. Cfr. Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 101 “Inter-State Commission”.

¹⁵⁰ Griffith J in *Wheat* at 62.

alla Inter-State Commission poiché costituiva esercizio illegittimo del potere giudiziario federale da parte di un'agenzia amministrativa.¹⁵¹

La dottrina del caso *Wheat* è stata poi confermata in varie occasioni,¹⁵² tra cui spicca il famoso caso *Boilermakers'*,¹⁵³ che, oltre a confermare il principio di *Wheat*, ne ha enucleato un secondo, delineando quella consolidata dottrina costituzionale oggi nota come "*Boilermakers'* doctrine".

Anche qui, come per il *Wheat case*, si poneva la questione di costituzionalità riguardo all'attribuzione della funzione giurisdizionale federale. Tuttavia, in *Boilermakers'* il dibattito riguardava l'attribuzione congiunta di poteri giudiziari e non-giudiziali ad una Chapter III court, la Commonwealth Court of Conciliation and Arbitration (CCCA).¹⁵⁴ Tale corte, istituita con il Conciliation and Arbitration Act 1904 (Cth), aveva poteri conciliativi e arbitrari in materia di controversie di lavoro nel campo delle relazioni industriali, con relativi poteri sanzionatori in caso di inottemperanza ai provvedimenti così emessi ("to impose penalties for breach of orders or awards; to issue injunctions to prevent contravention of the orders or awards, to punish for contempt").¹⁵⁵ Nella specie, la Boilermakers' Society of Australia - il sindacato australiano dei produttori di caldaie ed impianti di riscaldamento- e la Metal Traders Employers' Association (MTE Association) - l'associazione rappresentativa dei datori di lavoro- si erano rivolte alla Arbitration Court per la definizione delle condizioni generali di lavoro. Nonostante l'accordo fosse stato raggiunto, la MTE Association accusò il sindacato di non rispettare gli accordi e chiese alla Corte un'ingiunzione per costringere il sindacato ad attenersi. La CCCA ritenne sussistente la violazione e condannò la Boilermakers' Society a pagare la multa per "contempt of the court" per

¹⁵¹ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., p. 130.

¹⁵² *Waterside Workers' Federation v J. W. Alexander* (1918) 25 CLR 434 e *Brandy v Human Rights Equal Opportunity Commission* (1995) 183 CLR 245.

¹⁵³ *The Queen v Kirby; ex parte Boilermakers' Society of Australia* (1956) 94 CLR 254 (*Boilermakers'*).

¹⁵⁴ A seguito della dichiarazione di incostituzionalità in *Boilermakers'*, la CCCA è stata soppressa e sostituita con due diversi organi: la Commonwealth Conciliation and Arbitration Commission e la Commonwealth Industrial Commission. La prima venne creata nel 1956 ed è tuttora operante con il nome, a seguito del Fair Work Act 2009 (Cth), di "Fair Work Commission". La seconda è stata rinominata nel 1973 "Australian Industrial Court" e nel 1977 è confluita nella e le sue competenze sono state trasferite alla Federal Court of Australia. I testi normativi di riferimento sono il Conciliation and Arbitration Act 1956 (Cth); il Conciliation and Arbitration Act 1973 (Cth) e il Federal Court of Australian (Consequential Provisions) 1976 (Cth). M. FOSTER, *The Separation of Judicial Power*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (eds.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit.; p. 677.

¹⁵⁵ Conciliation and Arbitration Act 1904 (Cth), s 29 (1) (b) e (c).

inottemperanza al lodo arbitrale. La questione di costituzionalità verteva proprio sulla legittimazione della CCCA ad esercitare il potere di punire per “contempt”. Si rese necessario quindi verificare la natura dei poteri attribuiti alla Arbitration Court.

In primo luogo, la High Court ritenne che i poteri conciliativi e arbitrari costituivano la funzione primaria della CCCA e gli riconobbe natura “non-judicial” in quanto:

“[Arbitral powers are] essentially different from the judicial power. Both of them rest for their ultimate validity and efficacy on the legislative power. Both presuppose a dispute, and a hearing or investigation, and a decision.[...] But the essential difference is that that judicial power is concerned with the ascertainment, declaration, and enforcement of the rights and responsibilities of the parties as they exist, or are deemed to exist, at the moment the proceedings are instituted; whereas the function of arbitral power in relation to industrial disputes is to ascertain and declare, but not enforce, what, in the opinion of the arbitrator, ought to be the respective rights and liabilities of the parties in relation to each other.”¹⁵⁶

Tuttavia, il Parlamento federale aveva attribuito alla CCCA anche poteri squisitamente giudiziali: come, appunto, quello di punire per “contempt of the court” la parte che non ottemperava agli ordini della corte.¹⁵⁷ Di conseguenza, “l’attribuzione congiunta” di poteri giudiziali e non giudiziali venne ritenuta incostituzionale dalla High Court, poiché:

““The primary function for which the Court of Conciliation and Arbitration is established is the prevention and settlement of industrial disputes by conciliation and arbitration. [...] Thus the Commonwealth Court of Conciliation and Arbitration, though under s 51(xxxv) of the Constitution

¹⁵⁶ *Waterside Workers’ Federation of Australia v J.W. Alexander Ltd* (1918) 25 CLR 434 (*Alexander’s case*); at 447-9 come richiamato in *Boilermakers’* (1956) 94 CLR 254 per Dixon CJ, McTiernan, Fullagar e Kitto JJ at 269-70 e 273.

¹⁵⁷ *Boilermakers’* (1956) 94 CLR 254 per Dixon CJ, McTiernan, Fullagar e Kitto JJ at 254-5.

there is legislative power to give it the description and many of the characteristics of a court, is established as an arbitral tribunal which cannot constitutionally combine with its dominant purpose and essential functions the exercise of any part of the strictly judicial power of the Commonwealth.”¹⁵⁸

Di conseguenza, la maggioranza della Corte affermò infatti che le Chap. III courts potevano esercitare esclusivamente poteri giudiziari, perché altrimenti sarebbe venuta meno la fondamentale separazione dei poteri che presidiava all’indipendenza del Giudiziario federale:

“It is denied that Chap. III of the Constitution authorizes or permits the legislature to confer any part of the judicial power of the Commonwealth upon a body fulfilling such purposes and it is asserted that Chap. III does not authorize or permit a combination or confusion of strictly judicial power with entirely different functions.”¹⁵⁹

La dottrina del caso *Boilermakers’* si articola dunque in due principi fondamentali. Il primo, già richiamato, consiste nell’esclusivo esercizio del potere giudiziario federale (“Commonwealth judicial power”) da parte delle corti indicate dalla s 71 (High Court, corti federali create dal Commonwealth e altre corti a cui il Parlamento federale ha attribuito competenza federale). Il secondo sancisce invece il divieto per il Parlamento federale di conferire alle corti di cui al Chapter III “non-judicial (non-incidental) powers” - cioè poteri di natura non giudiziale, non necessari all’esercizio della funzione giurisdizionale federale primaria.¹⁶⁰

Tralasciando la controversa nozione di “judicial power” ed il suo contenuto,¹⁶¹ ciò che qui interessa è che i limiti enucleati con la dottrina *Boilermakers’* derivano

¹⁵⁸ *Boilermakers’* (1956) 94 CLR 254 per Dixon CJ, McTiernan, Fullagar e Kitto JJ at 254.

¹⁵⁹ *Boilermakers’* (1956) 94 CLR 254 per Dixon CJ, McTiernan, Fullagar e Kitto JJ at 267.

¹⁶⁰ T. BLACKSHIELD AND G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials*, cit., pp. 662-689; P. KEYZER, *Principles of Australian Constitutional Law*, cit., pp. 313-372; T. BLACKSHIELD AND G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abridg.)*, cit., pp. 610-634; J. STELLIOS, *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution. Commentary and Cases*, cit., pp. 107-212; S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., pp. 128-143.

¹⁶¹ Non è possibile definire esaustivamente il contenuto del “potere giudiziale” – impossibilità ammessa dalla stessa High Court in *Precision Data Holdings Ltd v Wills* (1991) 173 CLR 167; in

dalla necessità di tenere fermamente separato il potere giudiziario federale dagli altri poteri conferiti al Commonwealth, come emerge da alcuni dati importanti.¹⁶² In primo luogo, il Capitolo III della Costituzione federale prevede esplicitamente che il Commonwealth attribuisca la competenza federale alle sole corti federali, i cui giudici godono di speciali garanzie di indipendenza. In secondo luogo, la Costituzione federale è divisa in capitoli che si occupano ciascuno di un potere

particolare, per la Corte (opinion) 188-189. Un esempio di definizione “classica” di tale potere è dato dal Chief Justice Griffith nel caso *Huddart, Parker & Co Pty Ltd v Moorehead*, il quale descrive il potere giudiziale come: “[t]he power... to decide controversies between its subjects, or between itself and its subjects, whether the rights relate to life, liberty or property, [which power begin when] some tribunal which has power to give a binding and authoritative decision (whether subject to appeal or not) is called upon to take action” (*Huddart, Parker & Co Pty Ltd v Moorehead* (1909) 8 CLR, 330, at 357). Altra importante definizione “generale” di potere giudiziale è data dal Justice Kitto in *The Queen v Trade Practices Tribunal, ex parte Tasmanian Breweries Pty Ltd* (1970) 123 CR 254, at 307. Oltre a queste generali definizioni, è pacifico che alcune funzioni siano “esclusivamente giudiziali”. Tra di esse, spicca la funzione giudiziale in materia penale: le pene e le sanzioni penali possono essere inflitte solo da un giudice terzo ed imparziale. Per tutti, il caso *Chu Kheng Lim v Minister for Immigration* (1992) 176 CLR 1, at 27 per Brennan, Deane e Dawson JJ, a cui, solo su questo punto, ha aderito anche il Chief Justice Mason. Ad essa, si aggiungono anche la competenza in materia di contratti e “torts”, oltre che alla giurisdizione in materia di trust. Di converso, vi sono funzioni “esclusivamente” non giudiziali, che hanno natura “politica”. Tra gli esempi che si possano fare, si pensi al giudizio di merito in materia amministrativa o le decisioni riguardo lo stanziamento di risorse pubbliche, com’è stato affermato in *Federal Commission of Taxation v Munro* (1926) 38 CLR 153, per Isaacs J at 175. Si vedano, *Attorney-General for the State of New South Wales v Quin* (1990) 170 CLR 1; per Brennan J at 35-36; *City of Enfield v Development Assessment Commission* (2000) 199 CLR 135; per Gleeson CJ, Gummow, Kirby e Hayne JJ at 43-44; *Graham Barclay Oysters Pty Ltd v Ryan* (2002) 211 CLR 540; per Gleeson CJ at 7. In linea generale, è possibile affermare che la classica funzione di natura giudiziale implica l’accertamento dell’esistenza di determinati diritti dato dall’applicazione di regole giuridiche prestabilite. Al fine di appurare se si tratta di una funzione giudiziale o meno occorrerà dunque guardare all’esercizio concreto della funzione e se essa è stata storicamente esercitata dalle corti o da organismi amministrativi. Inoltre, di recente, ha preso piede anche la c.d. “teoria dei poteri camaleonte” (“theory of chameleon powers”), per cui vi sono alcune funzioni, c.d. funzioni “camaleonte”, così definite dal Justice Aickin in *The Queen v Quinn; Ex parte Consolidated Foods Corporation* (1977) 138 CLR , che possono essere assegnate sia alle corti che agli organismi amministrativi (si vedano, ad esempio, i casi *Re Ranger Uranium Mines Pty Ltd; Ex parte Federated Miscellaneous Workers’ Union of Australia* (1987) 163 CLR 656, at 665-6; *Pasini v United Mexican States* (2002) 209 CLR 246, per Gleeson CJ, Gaudron, McHugh e Gummow JJ at 12. Dunque, più che una bipartizione si parrebbe prospettare una tripartizione che prevede: funzioni esclusivamente giudiziali, di competenza esclusiva delle corti; funzioni esclusivamente non – giudiziali, di competenza esclusiva degli organismi amministrativi; e le già citate funzioni “camaleonte” che possono essere esercitate da entrambi. Sul complesso argomento si vedano per tutti: P. KEYZER, *Principles of Australian Constitutional Law*, cit., pp. 338-339; P. HANKS, F. GORDON AND G HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 505-506; J. STELLIOS, *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution. Commentary and Cases*, cit., pp. 146-158, S. RATNAPALA, J. CROWE, *Australian Constitutional Law. Foundations and Theory*, cit., pp. 167-170.

¹⁶² *Boilermakers’* (1956) 94 CLR 254, la maggioranza composta da Dixon CJ, McTiernan, Fullagar e Kitto JJ at 274-75: “With reference to the federal judicature, the true contrast in federal powers is not between judicial power lying within Chap. III and judicial power lying out Chap. III. That is tenuous and unreal. It is between judicial power between Chap. III and other powers.”

diverso.¹⁶³ Inoltre, non è chiaro se i padri della Costituzione avessero in mente anche la distinzione tra funzioni giudiziali e non-giudiziali della dottrina *Boilermakers'*, riguardo alla quale giocano un ruolo fondamentale le considerazioni politiche riguardo al ruolo del Giudiziario federale. In particolare, spicca la circostanza per cui le corti federali hanno come principale funzione quella di garantire il rispetto dei limiti costituzionali tra al Legislativo federale e statale.¹⁶⁴ Perciò, conferire loro *anche* funzioni non giudiziali troppo generali equivarrebbe a minarne l'autonomia e l'indipendenza.¹⁶⁵

Tuttavia, anche se sulla carta la dottrina *Boilermakers'* appare molto rigida, nella pratica tale rigidità è temperata da alcune eccezioni che ne attenuano gli effetti. In particolare, tali eccezioni sono tre: il caso in cui che la funzione non giudiziale sia incidentale all'esercizio della funzione giudiziale; il caso in cui che la funzione non giudiziale sia assegnata ad un giudice federale come "persona designata" - ovvero laddove il giudice operi separatamente dalla corte o dal tribunale di cui è

¹⁶³ Anche se questo dato testuale è molto controverso in quanto, secondo tale impostazione, anche il Legislativo e l'Esecutivo dovrebbero essere separati, ma la s 64 della Costituzione non dispone espressamente tale separazione (come invece accade per il Giudiziario). P. HANKS, F. GORDON AND G HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 504.

¹⁶⁴ In particolare questo aspetto è stato affermato nel caso *Re Wakim; Ex parte McNally* (1999) 198 CLR 511. In tale pronuncia la High Court è tornata su una questione già affrontata nella precedente sentenza *New South Wales, South Australia and Western Australia v the Commonwealth* (1990) 169 CLR 482. Infatti, si poneva la questione della costituzionalità del diffuso schema di "cross-vesting scheme" (schema di attribuzione incrociata di competenze), cui il Parlamento federale frequentemente ricorreva. Il cross-vesting scheme era fondato proprio sulle disposizioni costituzionali sull'attribuzione di competenza federale alle corti statali (ss 75 e 76). Infatti, data la possibilità di conferire alle corti statali competenza federale, il legislatore federale ritenne ugualmente possibile attribuire alle corti federali competenza giurisdizionale statale (ecco perché "cross-vesting" – attribuzione incrociata di giurisdizione statale alle corti federali). Nella specie, si trattava dell'affidamento di un minore ad una nuova famiglia, a seguito di maltrattamenti nella famiglia d'origine. In Australia, la materia giusfamiliare è di competenza federale, affidata ad una corte federale – la Family Court of Australia creata dal Parlamento federale con il Family Law Act 1975 (cfr. Family Law Act 1975, Part IV, Division 2, s 21). Dichiarando l'incostituzionalità di questa "attribuzione incrociata" perché incompatibile con le ss 75 e 76 della Costituzione, la Corte ha posto un importante limite alla potestà legislativa federale in materia di organizzazione giudiziaria, individuando tale limite proprio nelle due sezioni che il legislatore aveva utilizzato per giustificare il cross-vesting.

¹⁶⁵ P. HANKS, F. GORDON AND G HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 505.

membro-;¹⁶⁶ ed infine, il terzo e ultimo caso riguarda due eccezioni “storicamente” accettate per cui la funzione giudiziale non è esercitata da una corte di giustizia.¹⁶⁷ Come abbiamo già detto, il sistema australiano non prevede un federalismo perfetto, ma asimmetrico.¹⁶⁸ Da ciò deriva che a questa rigida separazione dei poteri a livello federale non si ritrova al livello statale. Questa asimmetria venne radicalmente ridimensionata con il caso *Kable*,¹⁶⁹ di cui ci accingiamo a parlare.

3.2) Il principio della separazione dei poteri e il potere giudiziario statale

¹⁶⁶ La seconda eccezione riguarda il caso in cui una legge federale conferisca il potere di esercitare una funzione non giudiziale ad un giudice federale in veste di “persona designata”. La dottrina della “persona designata” è estremamente complessa. Ad esempio, anche se il giudice agisce come concettualmente separato dalla corte, egli lavora ed opera nel suo ufficio assistito dal suo staff. Data la complessità della materia non ci si può fermare ad approfondire tale tematica, si rinvia per tutti a P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., pp. 524-527; T. BLACKSHIELD AND G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials*, cit., pp. 676-684; T. BLACKSHIELD & G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abridg.)*, cit., pp. 628-629. Tale prassi è stata molto criticata e sono stati individuati alcuni limiti costituzionali. C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., pp. 195-196. Ad esempio, oggi una legge federale che attribuisce una specifica funzione non giudiziale ad un giudice federale “persona designata” deve prevedere la possibilità per quest’ultimo di rifiutare l’incarico e deve conferire una funzione compatibile con l’incarico giudiziario che il giudice ricopre. *Grollo v Palmer* (1995) 184 CLR 348, at 365; *Fardon v Attorney-General for the State of Queensland* (2005) 223 CLR 575, at 618. Tali limitazioni si fanno discendere dalla separazione dei poteri per cui il potere legislativo ed esecutivo non devono interferire con l’esercizio del potere giudiziario - *Grollo v Palmer* (1995) 184 CLR, 348 at 365; *Fardon v Attorney-General for the State of Queensland* (2005) 223 CLR, 575 at 618- ; anche se in altre ipotesi sono state giustificate come applicazione della dottrina *Boilermakers’* o, più generalmente, come rimedio ad una certa dichiarazione di incostituzionalità per violazione della s 72, come affermato in *Hilton v Wells* (1985) 157 CLR 57, at 73-74 e 81.

¹⁶⁷ La prima riguarda la possibilità che sia il Parlamento del Commonwealth ad esercitare, in alcuni casi, la funzione giudiziale. Tale funzione è prevista e disciplinata dalla s 49 della Costituzione federale, che conferisce a ciascuna delle Camere del Parlamento del Commonwealth quei “poteri, privilegi ed immunità” che aveva la House of Commons britannica nel 1901. Si pensi, ad esempio, al privilegio della House of Commons di poter perseguire e punire chiunque si fosse reso colpevole di oltraggio (“contempt of the House”; cfr. Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 49 “Privileges ect, of the Houses”). La seconda riguarda la competenza dei tribunali militari e della Corte marziale. In questi casi, tali organi hanno un’esclusiva competenza giurisdizionale per le questioni riguardanti il mantenimento della disciplina nelle forze armate. Sul punto si veda ampiamente, J. STELLIOS, *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution. Commentary and Cases*, cit., pp. 233-259 e pp. 259-261; P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., pp. 523-530.

¹⁶⁸ M. FOSTER, *The Separation of Judicial Power*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (eds.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit.; p. 689.

¹⁶⁹ *Kable v Department of Public Prosecution of the State of New South Wales* (1996) 189 CLR 51 (*Kable*).

E' pacifico¹⁷⁰ che i Parlamenti statali possano conferire alle corti statali tutti i poteri necessari all'espletamento della funzione giudiziaria, siano esse "judicial functions" o "non-judicial functions".¹⁷¹ Gli Stati possono inoltre conferire funzioni giudiziali ad organi diversi dalle corti di giustizia e, viceversa (funzioni non giudiziali alle corti).¹⁷² Anche se non sono espressamente disciplinate dalla Costituzione federale, le corti statali sono, in tutto e per tutto, corti ordinarie di common law, che operano in un sistema composto da legislazione ordinaria ("legislation"), convenzioni costituzionali e principi di common law come interpretati da corti indipendenti (tra cui vi è la High Court federale).¹⁷³ Lo stesso vale per quanto riguarda il profilo delle garanzie: l'incarico e la retribuzione dei giudici statali sono previste e determinate dalla costituzione dei singoli Stati.¹⁷⁴

Tuttavia, in nessuna costituzione statale è presente un principio di separazione dei poteri rigidamente vincolante come quello appena descritto con riferimento al livello federale. Di conseguenza non c'è alcun "vincolo giuridico" che gli Stati debbano rispettare nell'attribuzione di competenza giurisdizionale all'interno dei loro confini. Perciò, potranno conferire tale competenza ad organi che siano "corti" in senso stretto oppure potranno riservare tale competenza ad altri organi, aventi natura amministrativa o esecutiva. Allo stesso modo, gli Stati potranno conferire alle corti l'espletamento di funzioni "non-judicial", ma aventi natura amministrativa.¹⁷⁵ L'assenza di questo "limite" al potere legislativo statale è stato colmato dalla High Court con l'espansione della portata dei limiti enucleati dal

¹⁷⁰ Lo stesso testo costituzionale del 1900 non altera le competenze legislative degli Stati, che rimangono le stesse, con la sola previsione di alcuni, specifici poteri rimessi all'esclusiva competenza della Federazione. Cfr, Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 106.

¹⁷¹ Sul punto si rinvia a: T. BLACKSHIELD AND G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials*, cit., pp. 476-51; T. BLACKSHIELD AND G. WILLIAMS, *Australian Constitutional Law and Theory. Commentary and Materials (Abridg.)*, cit., pp. 425-464, S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., pp. _____. In generale, circa la posizione degli Stati e dei Territori nel Commonwealth federale, A. ANSTEY WYANES, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, cit., pp. 93-124; K. BOOKER, A. GLASS AND R. WATT, *Federal Constitutional Law. An Introduction.*, cit., pp. 300-318.

¹⁷² G. CARNEY, *State Constitutions*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. 277-314; pp. 288-291.

¹⁷³ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 210.

¹⁷⁴ G. LINDELL, *Cowen and Zines' Federal Jurisdiction in Australia*, cit., p. 321. Ad esempio, tali garanzie sono contenute nelle sections 83-83AI della Costituzione dello Stato di Victoria (Constitution Act 1975 (Vic)). Lo stesso vale per le altre costituzioni statali, si vedano: Constitution Act (1902 (NSW), s 53; Constitution of Queensland 2001, ss 56-63; Constitution Act 1934 (SA), ss 74-74; Constitution Act 1889(WA) ss 54-55.

¹⁷⁵ G. CARNEY, *State Constitutions*, cit., p. 289.

Chapter III della costituzione federale e cristallizzati nella dottrina *Boilermakers'*. Infatti, oggi i limiti al legislativo statale sono fissati nel c.d. “*Kable principle*”.¹⁷⁶ Come abbiamo già detto, questa rigida applicazione del principio di separazione dei poteri, con la conseguenza necessaria allocazione di ciascun potere in organi diversi, vale solo a livello (e per il Giudiziario) federale.

La Costituzione del Commonwealth non prevede in nessuna sua parte che tale principio si applichi anche a livello statale – in particolare, non è prevista nessuna “garanzia rinforzata” di indipendenza del Giudiziario statale.¹⁷⁷ E’ dunque pacifico che un Parlamento statale o un organo esecutivo possano anche esercitare competenze giurisdizionali e che, viceversa, una corte possa esercitare funzioni amministrative o esecutive.¹⁷⁸

A lungo, dunque, si è dato per scontato che la rigida applicazione della separazione dei poteri al Giudiziario federale lasciasse integri i poteri dei Parlamenti statali di organizzare e disciplinare le proprie corti come più ritenevano opportuno.

Il problema è sorto perché – come abbiamo visto – le corti statali, secondo il combinato disposto della s 71 e della s 77 (iii) della Costituzione federale, possono, previa legge dal Parlamento federale, esercitare competenze giurisdizionali federali. Inoltre, implementando il dettato costituzionale, nel 1903 il Parlamento del Commonwealth ha adottato il Judiciary Act 1903 (Cth), le cui ss 38¹⁷⁹ e 39,¹⁸⁰ nel disciplinare l’attribuzione delle competenze federali alle corti statali, hanno “trasformato” la giurisdizione statale nelle materie concorrenti ex ss 75, 76 e 77 in giurisdizione federale. Più precisamente, tali disposizione hanno rimosso la giurisdizione statale da quelle materie che le corti statali “si ripartivano” con la giurisdizione federale della High Court e hanno poi “reinvestito” le corti statali di tale competenza, questa volta avente natura federale.¹⁸¹

¹⁷⁶ *Kable* (1996) 189 CLR 51.

¹⁷⁷ G. LINDELL, *Cowen and Zines' Federal Jurisdiction in Australia*, cit., p. 321; P. HANKS, F. GORDON AND G HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 501.

¹⁷⁸ P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 541; S. RATNAPALA, J. CROWE, *Australian Constitutional Law. Foundations and Theory*, cit., p. 148.

¹⁷⁹ Judiciary Act 1903 (Cth), s 38.

¹⁸⁰ Judiciary Act 1903 (Cth), s 39.

¹⁸¹ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, (2012-2013) 36 (1) *Melbourne University Law Review*, pp. 1-4; pp. 9-10.

Di conseguenza, in tali materie le corti statali avrebbero agito come corti federali a tutti gli effetti – soggette quindi anche ai limiti della dottrina *Boilermakers'*.¹⁸² Occorre ora fare un ulteriore passo in avanti. Fino al 1996, ove in un procedimento dinanzi ad una corte statale sorgeva una questione di diritto federale, l'orientamento consolidato era quello per cui nessuna legge statale poteva trovare applicazione salvo che così non fosse previsto da un legge federale.¹⁸³ E' questo il meccanismo di "picking up" previsto dalle ss 68 (1)¹⁸⁴ e 79 (1)¹⁸⁵ del Judiciary Act 1903 (Cth).¹⁸⁶ Secondo tale meccanismo la legge statale, nella misura in cui fosse rilevante ai sensi del diritto federale, veniva "assimilata" ("picked up") dal diritto federale, perdendo la sua natura di legge statale e divenendo "a surrogate federal law".¹⁸⁷ Il meccanismo di picking up non può essere utilizzato per assimilare legge statali in conflitto con la Costituzione federale.¹⁸⁸

Ove le corti statali agivano come corti federali si applicava la dottrina *Boilermakers'*, ma nulla impediva al Parlamento statale di attribuire alle proprie corti poteri "non-giudiziali" o addirittura amministrativi o esecutivi. A ben vedere infatti la Costituzione federale ometteva qualsiasi riferimento al potere giudiziario statale (quello che poteva essere attribuito dai parlamenti statali) né menzionava direttamente le corti statali (se non per identificarle come "potential vessels of federal jurisdiction").¹⁸⁹ Si poteva così ritenere che la Costituzione federale non ponesse alcun limite al tipo di potere giudiziale che gli Stati potevano riconoscere alle loro corti, tuttavia un'aura d'incertezza permaneva.

Tale incertezza venne risolta nel 1996 dalla High Court a seguito dell'appello del New South Wales nel famoso caso *Kable*.¹⁹⁰

¹⁸² C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 211. La ripartizione di competenze tra giurisdizione federale e giurisdizione statale in Australia è estremamente complessa e la sua analisi è ben oltre lo scopo di questo lavoro. Ad ogni modo, per un'accurata ricognizione della questione si veda: P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., pp. 553-556.

¹⁸³ Cfr., *Solomons v District Court (NSW)* [2002] HCA 42 (*Solomons*); W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit., pp. 10-1.

¹⁸⁴ Judiciary Act 1903 (Cth), s 68 (1).

¹⁸⁵ Judiciary Act 1903 (Cth), s 79 (2).

¹⁸⁶ J. STELLIOS, *Federal Jurisdiction*, in C. SAUNDERS, A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 879-904; p. 896.

¹⁸⁷ *Solomons* [2002] HCA 42 at 20.

¹⁸⁸ *Solomons* [2002] HCA 42 at 23.

¹⁸⁹ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., p. 143.

¹⁹⁰ *Kable* (1996) 189 CLR 51. Sul punto, si veda, S. MURRAY, *Australian State Courts and Chapter III of the Commonwealth Constitution. Interpretation and Re-Interpretation and the Creation of Australian Constitutional Orthodoxy* (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale*, pp. 145-158.

Qui, il legislatore statale aveva conferito alla Supreme Court of New South Wales il potere di prorogare la permanenza in carcere di un particolare detenuto, Gregory Kable, anche dopo la fine della pena.¹⁹¹ Il signor Kable, reo di uxoricidio, era stato condannato, mentre era già in carcere, ad altri otto mesi di detenzione per aver inviato lettere minatorie ai funzionari dei servizi sociali che avevano la custodia dei figli e che gli avevano negato il diritto di visita.

La decisione sulla proroga avrebbe dovuto essere assunta con ordinanza, valida per sei mesi, al termine dei quali la Corte avrebbe dovuto verificare il persistere delle condizioni necessarie per l'applicazione della misura detentiva.¹⁹² Tra i criteri che la Corte avrebbe dovuto seguire nella sua indagine c'era anche quello della "necessità" della permanenza del signor Kable in custodia detentiva, senza che tale criterio venisse ulteriormente qualificato e rimettendolo, di fatto, alla discrezionalità della corte stessa.¹⁹³ Alla vigilia della scarcerazione del signor Kable, la Corte adottò tale ordinanza, prolungando la sua permanenza in carcere di ulteriori sei mesi.

A seguito di impugnazione dell'ordinanza da parte del detenuto, la High Court dichiarò l'incostituzionalità della disposizione statale per violazione della s 77 (iii) della Costituzione federale in forza della quale la giurisdizione federale deve essere esercitata da organi che soddisfino le garanzie di indipendenza e autonomia di cui alla s 72 (1),¹⁹⁴ poiché:

“[...] the Supreme Court [was made] the instrument of a legislative plan, initiated by the executive government, to imprison the appellant by a process that is far removed from [the ordinary judicial process].”¹⁹⁵

¹⁹¹ Community Protection Act 1994 (NSW), s 1.

¹⁹² In particolare, la s 3 (3) del Community Protection Act 1994 (NSW), attribuiva alla pubblica accusa la facoltà di proporre istanza per ottenere un provvedimento “against Gregory Kable and not against any other person”. Così, M. FOSTER, *The Separation of Judicial Power*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (eds.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit.; p. 689.

¹⁹³ Community Protection Act 1994 (NSW), s 16.

¹⁹⁴ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 72 (1) rubricata “Judges’ appointment, tenure and remuneration”, che, riprendendo le tradizionali garanzie di terzietà ed indipendenza della magistratura affida la nomina dei Justices of the High Court, e di tutte le altre corti federali che il Parlamento riterrà opportuno istituire, al Governor-General in Council; prevede uno speciale procedimento di rimozione dalla carica ad opera Governor-General in Council previa messa in stato d'accusa da parte delle due Camere del Parlamento, per i soli casi di “provata incapacità o cattiva condotta” e stabilisce la riserva di legge parlamentare per la loro una retribuzione che non può comunque essere diminuita durante l'incarico.

¹⁹⁵ *Kable* (1996) 189 CLR 51 per McHugh J at 122.

Infatti, a differenza del sistema americano ove esiste un “dualismo perfetto tra giurisdizione statale e federale,”¹⁹⁶ la Corte ha definito il sistema giudiziario australiano come “integrato” (“integrated”), ossia composto da una serie di delicati e complessi meccanismi di raccordo tra livello federale e statale, che non sono né del tutto separati né del tutto identici.¹⁹⁷ Infatti l’organizzazione giudiziaria australiana è definita “integrata ma non ... unitaria”.¹⁹⁸

In altri termini, le corti statali che esercitano la giurisdizione federale devono farlo secondo le modalità con cui essa sarebbe esercitata dai giudici federali e saranno pertanto soggette a quei limiti imposti dal principio della separazione di poteri che regola il Giudiziario federale. Ciò non significa che i vincoli delle corti federali si applicano automaticamente alle corti statali, ma piuttosto si pone un limite alle funzioni che il Parlamento statale può attribuire alle corti statali, nella loro veste di “repositories of federal judicial power”.¹⁹⁹

Pertanto si individuano una serie di funzioni “incompatibili” con il ruolo istituzionale delle Corti, poiché minerebbero la “fiducia pubblica” (“public confidence”) nel sistema giudiziario nel suo complesso:²⁰⁰

“[...] the vesting of those functions or duties might lead ordinary reasonable members of the public to conclude that the State court as an

¹⁹⁶ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, cit., p. 325.

¹⁹⁷ Definito così da McHugh J in *Kable* (1996) 186 CLR 1 at 114-6: “State courts have a status and a role that extends beyond their status and role as part of the State judicial systems. They are part of an integrated system of State and federal courts and organs for the exercise of federal judicial power as well as State judicial power... It is axiomatic that neither the Commonwealth nor a State can legislate in a way that might alter or undermine the constitutional scheme set up by Ch III, it also follows that no State or federal Parliament can legislate in a way that might undermine the role of those courts as repositories of federal judicial power.”

¹⁹⁸ *Forge v Australian Securities and Investment Commission* (2006) 228 CLR 45 at 65. Ciò perché il giudice statale ha un ruolo molto particolare: è membro di una corte statale ma può anche agire come giudice federale, operando in un sistema diverso, di cui non è parte – perché rimane membro di una corte statale preesistente all’ordinamento federale- ma in cui ha titolo per svolgere il suo incarico. Pertanto dovrà “integrarsi” nel sistema federale, rimanendo giudice statale e ritornando ad esercitare la giurisdizione statale una volta esaurito il suo ruolo di giudice federale. *Forge v Australian Securities and Investment Commission* (2006) 228 CLR 45 at 65 (*Forge*); 76. P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., pp. 546-547.

¹⁹⁹ Secondo quanto disposto dalle ss 38 e 39 del Judiciary Act 1903 (Cth), adottato dal Parlamento federale in ossequio alla section 77 (iii) della Costituzione federale.

²⁰⁰ *Kable* (1996) 186 CLR 51, per Toohey J at 51, 96 e 99; per Gaudron J at 107-108 e per McHugh J at 116, 118 e 124. P. KEYZER, *Principles of Australian Constitutional Law*, cit., pp. 342-346.

institution was not free of government influence in administering the judicial functions invested in the court.”²⁰¹

In particolare viene fatto divieto agli Stati di affidare alle corti funzioni che ne possano pregiudicare l’“integrità istituzionale” nelle ipotesi in cui queste siano chiamate ad esercitare competenza federale.²⁰² Nonostante la difficoltà nel dare un significato univoco al concetto di “integrità istituzionale” delle corti, basti qui sapere che con esso si intendono tutte quelle essenziali caratteristiche che distinguono una corte dagli altri organi con potere decisionale.²⁰³ Tra queste si ricordano: i requisiti di indipendenza ed imparzialità, la procedural fairness; il rispetto dell’“open court principle” (ovvero la trasparenza delle regole processuali seguite; la pubblicità delle udienze); l’obbligo di motivazione delle decisioni.²⁰⁴ Peraltro, il principio di *Kable* non è sempre stato seguito, anzi è stato addirittura definito come “the constitutional guard-dog that would bark but once”.²⁰⁵ A conferma dell’atteggiamento non sempre costante della High Court nel ricorrere al principio in questione, si nota come all’inizio dell’attuale decennio pareva aver

²⁰¹ *Kable* (1996) 186 CLR 51, per Toohey J at 98; per Gaudron J at 107; per McHugh J at 119 e 124; per Gummow J at 134.

²⁰² La prima a parlare di “institutional integrity” è stata la Corte Suprema americana in *Commodity Futures Trading Commission v Schor* 478 US 833, p. 851 (1986) come indicato da S. MURRAY in *Australian State Courts and Chapter III of the Commonwealth Constitution. Interpretation and Re-Interpretation and the Creation of Australian Constitutional Orthodoxy* (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale*, cit., p. 149.

²⁰³ Così i Justices Gummow, Hayne e Crennan in *Forge v Australian Securities Investments Commission* (2006) 228 CLR 45, pp. 63-64. P. HANKS, F. GORDON AND G. HILL, *Constitutional Law in Australia*, cit., p. 542.

²⁰⁴ *Kable* (1996) 189 CLR 5; *International Finance Company Ltd v New South Wales Crime Commission* (2009) 240 CLR 319 (*International Finance Company Ltd*); *South Australia v Totani* (*Totani*) (2010) 242 CLR 1 (*Totani*); *Wainohu v New South Wales* (2011) 243 CLR 181 (*Wainohu*).

²⁰⁵ Testuale Justice Kirby in *Baker v The Queen* (2004) 223 CLR 513 at 54; come riportato da S. MURRAY in *Australian State Courts and Chapter III of the Commonwealth Constitution. Interpretation and Re-Interpretation and the Creation of Australian Constitutional Orthodoxy*, cit., p. 148.

acquistato nuovo vigore²⁰⁶ per poi essere messo nuovamente da parte.²⁰⁷ Oggi le corti federali rimangono particolarmente critiche verso il principio in questione e, quando possono, evitano di ricorrervi.²⁰⁸

V.4. La tutela dei diritti in Australia tra livello statale e federale: il modello “platypus”

Molto curiosamente, quando buona parte della dottrina australiana affronta il proprio modello di tutela dei diritti prende in prestito l’immagine di uno degli animali autoctoni del continente, il “platypus”- ovvero l’ornitorinco.²⁰⁹ Ciò perché molto di recente il Dipartimento della Salute americano ha identificato la sequenza del genoma dell’animale, affermando che le sue caratteristiche anfibe derivano dal fatto che, ad un certo punto nell’evoluzione della specie, il genoma dell’ornitorinco ha deviato da quello tipico dei mammiferi perdendo alcune caratteristiche tipiche della specie e sviluppandone altre, uniche nel loro genere.²¹⁰ Lo stesso si può dire del sistema di tutela australiano: anch’esso presenta caratteristiche proprie e uniche, non riscontrabili in nessun altro sistema.²¹¹ Questa

²⁰⁶ Si vedano le già citate decisioni in *International Finance Company Ltd* (2009) 240 CLR 319 (in cui la High Court ha invalidato disposizione del New South Wales con cui si rendeva obbligatorio per la Supreme Court l’emanazione di un’un’ingiunzione restrittiva in materia di recupero dei beni derivanti da attività criminose), *South Australia v Totani (Totani)* (2010) 242 CLR 1 (che ha sancito l’incostituzionalità della disposizione del South Australia che attribuiva alla South Australian Magistrates Court la possibilità di emettere particolari provvedimenti restrittivi della libertà personale nei confronti di soggetti sospettati di appartenere ad organizzazioni terroristiche); *Kirk v Industrial Court (NSW)* (2010) 239 CLR 531 (in cui la High Court ha interpretato in senso restrittivo le clausole che impedivano alla Supreme Court del NSW di esaminare, in sede di appello, i “jurisdictional errors” della Industrial Court) e *Wainohu* (2011) 243 CLR 181 (che ha sancito l’incostituzionalità delle disposizioni del NSW che attribuivano alla Supreme Court dello Stato di poter dichiarare un’organizzazione come “organizzazione criminale” e quindi applicare nei confronti dei suoi membri speciali provvedimenti restrittivi della libertà personale.)

²⁰⁷ G. APPLEBY, *The High Court and Kable: A Study in Federalism and Rights Protection*, (2014) 40 (3) *Monash University Law Review* pp. 673-697; pp. 673-4.

²⁰⁸ J. STELLIOS, *Judicial Power* in N. ARONEY, P. GERANGELOS, S. MURRAY, J. STELLIOS, *The Constitution of the Commonwealth of Australia. History, Principle and Interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 553-605; p. 595.

²⁰⁹ Per tutti si veda C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 259.

²¹⁰ US DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Duck-Billed Platypus Genome Sequence Published*, 7 maggio 2008, reperibile online sul sito <https://www.nih.gov>, consultato il 21 dicembre 2017.

²¹¹ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 259. Si parla inoltre anche di “Australian exceptionalism”, cfr., B. GALLIGAN AND F.L. (TED) MORTON, *Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights*, pp. 17-41, in T. CAMPBELL, J.

peculiarità, come già anticipato, deriva dall'aver sovrapposto una costituzione scritta e rigida di tipo americano ad un insieme non scritto e non codificato di principi, prassi e istituti mutuati direttamente dalla tradizione costituzionale britannica.²¹² L'unico punto di raccordo tra le due tradizioni trovato dai costituenti nel 1900 è stato quello di confinare l'applicabilità della Costituzione al piano dei rapporti istituzionali tra i poteri e rimettere la tutela dei diritti alla competenza delle istituzioni democratiche e alle regole tradizionali di common law.²¹³ Come notato da alcuni, la Costituzione federale australiana si occupa di "institutions not rights".²¹⁴ In questo senso, l'assenza di un bill of rights ha portato alcuni a catalogare la costituzione come una "basic but not a higher law".²¹⁵

In conseguenza di questa lacuna a livello federale, oggi si devono considerare gli sviluppi a livello statale, che in molti casi hanno supplito alla mancanza di un bill of rights federale. Infatti, lo Stato di Victoria e l'Australian Capital Territory hanno adottato spontaneamente due statutory bill of right: la Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities (VCHRR) del 2006 e l'ACT Human Rights Act (ACT HRA) del 2004. Tali atti costituiscono oggi "l'esperienza australiana" sotto il profilo delle carte dei diritti, che prenderemo in considerazione soprattutto ai fini della comparazione con le altre esperienze.²¹⁶

A questo riguardo, occorre fare fin da subito una precisazione di natura strutturale. Nonostante lo Human Rights Act adottato dall'Australian Capital Territory sia precedente a quello di Victoria, date le modeste dimensioni dell'ambito applicativo, ha ottenuto maggiore visibilità – anche e soprattutto dal punto di vista giurisprudenziale – solo una volta che la Charter di Victoria è entrata in vigore. Pertanto, stanti le molte somiglianze strutturali e contenutistiche, si procederà ad una prima analisi congiunta dei documenti, per poi lasciare da parte l'ACT HRA 2004, concentrando l'attenzione sull'impatto che la VCHRR 2006 (e, in

GOLDSWORTHY AND A. STONE (EDS.), *Protection Rights Without a Bill of Rights*, Aldershot, Ashgate, 2006.

²¹² C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 259.

²¹³ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 259.

²¹⁴ P. EMERTON, *Ideas*, cit., p. 148.

²¹⁵ J. GOLDSWORTHY, *Constitutional Cultures, Democracy and Unwritten Principles*, (2012) *University of Illinois Law Review* pp. 683-710; p. 685. L'Autore arriva inoltre ad affermare che, da questo punto di vista, la Costituzione australiana non possa essere definita "the people's law" come accade per quella americana.

²¹⁶ Per tutti, si veda, S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 207 e ss.

particolare, le ss 32 e 36 in materia di poteri interpretativi del giudice) ha avuto sui rapporti tra giudice e legislatore in Australia. Quanto verrà detto per la VCHRR 2006 vale, a grandi linee, anche per l'ACTHRA 2004.

4.1) La tutela in via ermeneutica tra principle of legality e dovere di interpretazione conforme ex s 32 della Victorian Charter 2006

Prima di passare all'analisi specifica dei due livelli di tutela – statale e federale –, è necessario comprendere il ruolo del giudice australiano e quali sono i principali strumenti con cui si attua la tutela giurisdizionale in Australia.

Come suggerito da alcuni, prendendo spunto dalla nozione di “rights revolution” proposta da Charles Epps - con cui s'intende “uno sviluppo sostenibile teso ad espandere i diritti e libertà civili o a crearne di nuovi”-,²¹⁷ per aversi tale rivoluzione occorre la concorrenza di quattro fattori: una carta dei diritti (costituzionale o legislativa); l'appoggio della magistratura ad una applicazione più incisiva delle disposizioni in materia di diritti fondamentali; un'opinione pubblica favorevole e, infine, quello che Epps chiama “support structure for legal mobitation” (“SSLM”) – ossia la predisposizione di una capillare struttura di supporto alla mobilitazione giuridica tale da consentire agli operatori del diritto di poter innestare le basi di un'apertura ai diritti fondamentali.²¹⁸

Tenendo a mente questi quattro elementi individuati da Epps per una “sana” cultura dei diritti umani, si può notare come l'Australia presenti caratteristiche proprie. Oltre alla mancanza di un bill of rights, si è ravvisato un “moderato ma ondivago supporto ai diritti da parte del Giudiziario”, alcuni segnali positivi dall'opinione pubblica e una sottile ma esplicita base di SSLM.²¹⁹ Inoltre, lo sviluppo giurisprudenziale è stato significativo ma limitato, per cui non si può parlare di una rivoluzione dei diritti innescata dalle corti. Né si è avuto un supporto

²¹⁷ C. R. EPPS, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago-London, Chicago University Press, 1998

²¹⁸ C. R. EPPS, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, cit., pp.6-12.

²¹⁹ B. GALLIGAN AND F.L. (TED) MORTON, *Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights*, cit., p. 20.

popolare o un convincimento molto forte nell'opinione pubblica tale da determinare l'adozione di un documento ad hoc.

In particolare la High Court of Australia non si è rivelata favorevole all'ampliamento per via ermeneutica dei diritti fondamentali e, anche ove tale operazione è stata fatta, l'interpretazione di tali disposizioni è strettamente legata alla composizione della High Court e alla personalità dei singoli Chief Justices.²²⁰ Ad esempio, dagli anni Novanta fino all'inizio del nuovo millennio, grazie al ricambio avvenuto al "supreme federal bench" con le nuove nomine da parte dell'Esecutivo laburista – in particolare con la nomina a Chief Justice del giudice Gleeson nel 1998-²²¹ si è aperta la stagione dei c.d. "implied rights", in cui la High Court ha ampliato il novero dei diritti fondamentali, enucleandoli dal dettato costituzionale.²²² Tramite la dottrina degli "implied rights" la Corte,²²³ nel momento del suo massimo attivismo interpretativo, ha fatto derivare, da un testo costituzionale piuttosto scarno, diritti e libertà fondamentali per i cittadini – come, ad esempio, la libertà di esprimere opinioni politiche, che è stata enucleata dall'essenziale principio di "responsible government".²²⁴ Addirittura, sulla scia di una tale dottrina si è sostenuto che le garanzie procedurali tipiche della common law debbano intendersi "insite" nella Costituzione federale.²²⁵

Tuttavia, anche l'opera dei giudici è rimasta piuttosto marginale finendo, ad eccezione del periodo della Corte Mason,²²⁶ col ritornare al classico atteggiamento

²²⁰ Sul punto, di particolare importanza sono i Chief Justices avvicendatisi dal 1952 in poi: Sir Owen Dixon (1952-64); Sir Garfield Barwick (1964-81); Sir Harry Gibbs (1981-87); Sir Anthony Mason (1987-95); Sir Gerard Brennan (1995-98); Murray Gleeson (1998-2008); Robert French QC (2008-17) e Susan Kiefel AC (2017-in carica), prima donna a ricoprire il ruolo di Chief Justice della suprema istanza di giudizio federale in Australia. Per la lista completa dei Chief Justices si rinvia al sito della High Court of Australia <http://www.hcourt.gov.au/justices/former-justices/former-chief-justices> (consultato il 18 luglio 2018); K. WALKER, *Authority of the High Court of Australia*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. 449-71; p. 451; T. BLACKSHIELD, M. COPER AND G. WILLIAMS (EDS.), *The Oxford Companion to the High Court of Australia*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

²²¹ A. STONE, *Judicial Reasoning*, in C. SAUNDERS AND A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. 472-87; pp. 474-5.

²²² S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional law. A contemporary view*, cit., pp. 40-41.

²²³ Cfr. A. STONE, *Australia's Constitutional Rights and the Problem of Interpretative Disagreement*, in T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY AND A. STONE (EDS.), *Protection Rights Without a Bill of Rights*, cit., pp. 137-157; in particolare, pp. 140-1.

²²⁴ Nei casi *Nationwide News v Wills* (1992) 177 CLR 1 e *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106; S. JOSEPH; M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., pp. 320-327; in particolare, p. 321.

²²⁵ B. GALLIGAN AND F.L. (TED) MORTON, *Australian Exceptionalism: Rights Protection Without a Bill of Rights*, cit., pp. 22-24.

²²⁶ Ritenuta quella più "liberal" e progressista. Non a caso proprio sotto la presidenza Mason venne deciso il caso *Mabo (No. 2)*.

di deference verso l'attività del Parlamento, eredità della concezione britannica del ruolo del giudice.²²⁷ L'opinione dominante coincideva con quella espressa dal Prof. Moore nel 1902:

“the rights of individuals... are sufficiently secured under the Australian Constitution by ensuring, as far as possibile, to each a share, and an equal share, in political power.”²²⁸

Come già ampiamente discusso, a differenza di un bill of rights costituzionalizzato, gli “statutory bill of rights” pongono maggiori problemi in quanto ad essi non viene riconosciuto rango di legge gerarchicamente superiore, pertanto diviene difficile giustificare l'invalidità di una norma di legge in forza della sua non conformità ad una norma di pari grado.²²⁹ Pertanto la statutory interpretation di matrice britannica²³⁰ è la chiave di lettura per l'analisi del sistema australiano in cui gli unici cataloghi di diritti hanno natura di legge ordinaria (statale).²³¹

Com'è noto, nei paesi di common law, il principio ermeneutico cardine in materia di diritti fondamentali è il principle of legality, che racchiude in sé un'ampia gamma di regole e criteri di common law in materia di interpretazione della legge.²³² Ai fini di questo lavoro, il principle of legality verrà inteso come

²²⁷ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 262.

²²⁸ H. MOORE, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, Londra, John Murray, 1902, p. 329 come riportato in C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., p. 263.

²²⁹ G. WILLIAMS AND D. HUME, *Human Rights under the Australian Constitution*, (II ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013; in particolare, p. 8.

²³⁰ Cui abbiamo già accennato *supra* Cap. I, § I.4.2. Per tutti, si rinvia a J. BELL AND G. ENGLE, *Cross's Statutory Interpretation*, cit.

²³¹ M. KIRBY, *Statutory Interpretation: The Meaning Of Meaning*, (2011) 35 *Melbourne University Law Review*, pp. 113-133; J. J. SPIGELMAN, *The Common Law Bill of Rights (March 10, 2008). Statutory Interpretation and Human Rights: McPherson Lecture Series*, Vol. 3, University of Queensland Press, Brisbane, 2008; in particolare, pp. 19-20.

²³² Vedi *supra* Cap. I, § I.4.2. Sull'articolazione del principle of legality in Australia si veda D. MEAGHER; M. GROVES (eds), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Sydney, Federation Press, 2017; D. C. PEARCE AND R. S. GEDDES, *Statutory Interpretation in Australia*, (VII ed.), Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2014; cap. 5; F. CARDELL-OLIVER, *Parliament, the Judiciary and Fundamental Rights: the Strength of the Principle of Legality*, (2017) 41 *Melbourne University Law Review* pp. 30-65; in particolare, p. 33, ove l'Autore premette che tra le tante “ragioni” storiche del principle of legality, quella oggi più accreditata concerne la responsabilità politica del Parlamento quando interviene per sospendere i diritti fondamentali, accettandone le conseguenze al momento dei risultati elettorali. Per cui, quando il Parlamento decide di intervenire in materia di diritti fondamentali deve farlo in modo chiaro e preciso, accettando la responsabilità politica della “riduzione” delle garanzie fondamentali.

presunzione per cui il Parlamento non intende mai legiferare in violazione dei diritti fondamentali.²³³ In Australia, in particolare, viene considerato una caratteristica essenziale della rule of law;²³⁴ una delle principali espressioni della sovereignty of Parliament²³⁵ e, ancora, una diretta conseguenza del principio di governo rappresentativo che innerva la Costituzione federale.²³⁶

Una tale presunzione, che a molti potrebbe sembrare ingenua, in realtà acquista senso se letta alla luce del peculiare rapporto istituzionale tra Parlamento e corti, d'impronta puramente britannica. Infatti, il Parlamento, pur detenendo il potere di fare le leggi, non legifera in un "vuoto istituzionale,"²³⁷ né "ha carta bianca."²³⁸ Al contrario, vi sono dei limiti consolidati all'onnipotenza legislativa,²³⁹ ben conosciuti e rispettati dal Parlamento stesso e talmente radicati nel sistema da far scaturire la consolidata presunzione che l'organo legislativo operi nel rispetto di tali limiti ("standing principles of statutory interpretation").²⁴⁰ Essi sono di grande rilevanza perché, come ha di recente affermato la stessa High Court australiana:

²³³ Così magistralmente definito da Lord Hoffman in *R v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, 131-132 e che vale, per quel che qui interessa, anche per l'Australia.

²³⁴ Così Gleeson CJ in *Electrolux Home Products Pty Ltd v Australian Workers' Union* (2004) 221 CLR 309, at 329; addirittura il Chief Justice Gleeson lo pone come condizione imprescindibile per la sopravvivenza della rule of law in Australia. Inoltre, B. CHEN nel suo articolo *The Principle of Legality: Issues on Rationale and Application* rileva che lo stesso Justice Gleeson, particolarmente sensibile al tema, aveva già descritto il principle of legality come corollario della rule of law nel caso appena precedente a *Electrolux, Al-Kateb v Godwin* (2004) 219 CLR 562, 577. Da allora, prosegue l'Autore, tale orientamento è divenuto quello consolidato della High Court of Australia in materia di legality: cfr. *Lee v Crime Commission of New South Wales* (2013) 251 CLR 196, per Kiefel J at 264, *Australian Crime Commission v Stoddart* (2011) 244 CLR 554, per Crennan, Kiefel e Bell JJ at 622; *Saeed v Minister for Immigration and Citizenship* (2010) 241 CLR 252, per French CJ, Gummow, Hayne, Crennan e Kiefel JJ at 259; *K-Generation Pty Ltd v Liquor Licensing Court* (2009) 237 CLR 501, per French CJ at 520, *R & R Fazzolari Pty Ltd v Paramatta City Council* (2009) 237 CLR 603, per French CJ at 619. Cfr., B. CHEN, *The Principle of Legality: issues on rationale ad application*, (2015) 41 *Monash University Law Review* pp. 329-375, in particolare, pp. 334-335.

²³⁵ Lord Hoffman in *R v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, at 131-132; inoltre, P. SALES (SIR), *A Comparison of the Principle of Legality and Section 3 of the Human Rights Act 1998*, (2009) 125 *Law Quarterly Review*, pp. 598-615, in particolare, pp. 600-607.

²³⁶ Cfr. *Australian Education Union v General Manager of Fair Work Australia* (2012) 246 CLR 117, 134-135. S. GAGELER, *Common Law Statutes and Judicial Legislation: Statutory Interpretation as a Common Law Process*, (2011) 37 (2) *Monash University Law Review* pp. 1-15; in particolare, p. 2.

²³⁷ P. SALES (SIR), *A Comparison of the Principle of Legality and Section 3 of the Human Rights Act 1998*, cit., p. 600 che riprende la famosa espressione di Sir RUPERT CROSS in J. BELL AND G. ENGLE, *Cross' Statutory Interpretation*, cit., p. 165.

²³⁸ LORD STEYN, *The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts*, (2003) 25 *Sydney Law Review*, pp. 5-19; in particolare, p. 8.

²³⁹ I principi di governo moderato già ricordati *supra* Cap. I, § I.2; 2.1).

²⁴⁰ J. BELL AND G. ENGLE, *Cross on Statutory Interpretation*, cit., pp. 177-9.

“[statutory construction rules] are an expression of the constitutional relationship between the arms of government with respect to the making, interpretation and application of laws.”²⁴¹

Tra di essi spicca, appunto, il principle of legality.²⁴²

Tale principio viene affermato nella giurisprudenza australiana già nel 1908, nel caso *Potter v Minahan* ove Justice O'Connor affermò che “laddove si rilevi un contrasto tra uno statute e le libertà fondamentali dei cittadini [...] il criterio ermeneutico da seguire è il principle of legality” per cui deve ritenersi “altamente improbabile” che il legislatore intenda violare diritti fondamentali dei cittadini senza un'espressa previsione in tal senso.²⁴³

Il principle of legality ha acquistato sempre più importanza dagli anni Settanta in poi, quando, con l'aumentata produzione legislativa, molti ambiti prima rimessi esclusivamente alla common law, venivano ora regolamentati tramite intervento diretto del Governo, trasformando così anche l'Australia, come molti altri paesi di common law, in una “statute-oriented society”.²⁴⁴

²⁴¹ *Zheng v Cai* [2009] HCA 52 at 28.

²⁴² D. MEAGHER; M. GROVES (EDS), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Sydney, Federation Press, 2017.

²⁴³ *Potter v Minahan* (1908) 7 CLR 277, at 304 per O'Connor J: “it is in the last degree improbable that the legislature would overthrow fundamental principle, infringe rights, or depart from the general system of law, without expressing its intention with irresistible clearness; and to give any such effect to general words, simply because they have that meaning in the widest, or usual, or natural sense, would be to give them a meaning in which they were not really used.” L'importanza del principle of legality verrà più volte ribadita in casi molto importanti come *Re Bolton; Ex parte Beane* (*Re Bolton*) del 1987, ove venne affermata l'illegittimità della misura restrittiva della libertà personale irrogata al Signor Beane, marino americano arrestato dalla Marina australiana, perché la legge in oggetto (il Defence (Visiting Forces) Act 1963 (Cth)) “mancava di un'espressa manifestazione di volontà in tal senso” e, a meno che il Parlamento non manifestasse chiaramente ed inequivocabilmente la propria intenzione di sospendere o eliminare un tale diritto fondamentale, le corti non avrebbero interpretato la legge in tal senso; cfr. *Re Bolton; Ex parte Beane* (1987) 162 CLR 514; per Mason CJ, Wilson e Dawson JJ at 518; per Brennan J at 523..

²⁴⁴ P. FINN, *Statutes and the Common Law*, (1992) 22 *University of Western Australia Law Review* pp. 7-30, in particolare, p. 11. A conferma della sempre maggiore importanza del diritto legislativo in Australia, nel 2007 il Law Admissions Consultative Committee (LACC) – organo che coordina l'insegnamento delle materie giuridiche in tutte le school of law del paese - produsse un paper segnalando l'opportunità di introdurre la statutory interpretation come insegnamento a sé stante nel curriculum delle law schools australiane, vista l'importanza assunta nel lavoro quotidiano di ogni giurista pratico. La segnalazione è stata accolta prima, nel 2010, dall'Australian Teaching and Learning Council (che ha indicato la statutory interpretation come “fundamental area of legal knowledge”) e poi dal Council of Australian Law Deans (CALD) che, nel 2015, ha ufficialmente adottato la “Good Practice Guide to Teaching Statutory Interpretation” (CALD Guide), guida pratica all'introduzione dell'insegnamento della statutory interpretation come corso curricolare in tutte le facoltà giuridiche australiane. Anche se il metodo didattico è ancora da definire, il favore

Inoltre, oggi la società australiana è particolarmente varia e le minoranze hanno acquistato un sempre maggiore ruolo attivo nella vita politica e sociale del paese. Pertanto, oggi più del passato, il Parlamento è chiamato a bilanciare interessi e diritti fondamentali tra i vari gruppi sociali.²⁴⁵ Di conseguenza, per poter garantire i diritti di “tutti”, i diritti di “alcuni” verranno inevitabilmente ridimensionati o limitati, per cui, suggeriscono alcuni, un approccio più elastico al principle of legality sarebbe consigliabile.²⁴⁶

Tuttavia la High Court è rimasta fermamente ancorata all’original rationale del principio,²⁴⁷ ribadito nel leading case *Coco v The Queen* del 1994, ove la Corte ha dichiarato la presunzione di legality verrà applicata solo ove il Parlamento abbia dichiarato, espressamente ed in modo chiaro e preciso, senza termini oscuri o generali, di voler sospendere un diritto fondamentale:

“The Courts should not impute to the legislature an intention to interfere with fundamental rights. Such an intention must be clearly manifested by unmistakable and unambiguous language. General words will rarely be sufficient for that purpose if they do not specifically deal with the question because, in the context in which they appear, they will often be ambiguous on the aspect of interference with fundamental rights.”²⁴⁸

Questa regola ermeneutica acquista una “dimensione costituzionale”²⁴⁹ poiché la sua applicazione nell’interpretazione degli statutes “contribuisce a definire i

che l’introduzione di un tale insegnamento ha riscosso tra i Presidi delle facoltà australiane fa ben sperare. Sul punto si veda J. DHARMANANDA, P. LANE, *Teaching Statutory Interpretation in Australia: What’s Next?*, (2018) 39 (1-2) *Statute Law Review* pp. 27-45.

²⁴⁵ J. J. SPIGELMAN, *The Common Law Bill of Rights (March 10, 2008)*. *Statutory Interpretation and Human Rights: McPherson Lecture Series*, cit., pp. 41-42.

²⁴⁶ G. WILLIAMS AND D. HUME, *Human Rights under the Australian Constitution*, cit., p. 44.

²⁴⁷ B. CHEN, *The Principle Of Legality: Issues on Rationale and Application*, cit.; pp. 336-337.

²⁴⁸ In particolare, la decisione condivisa di Mason CJ, Brennan, Gaudron e McHugh JJ in cui si afferma che “la presenza di termini vaghi o generali in uno statute non è sufficiente per giustificare una compressione delle garanzie fondamentali che sono la base della nostra libertà [...] necessitando in tal senso un’espressa e precisa dichiarazione di volontà da parte del Parlamento.” Cfr. *Coco v The Queen* (1994) 179 CLR 427, 436. Le più recenti affermazioni di tale orientamento si trovano in *Saeed v Minister for Immigration and Citizenship* (2010) 241 CLR 252, at 271 per French CJ, Gummow, Hayne, Crennan e Kiefel JJ; *Plaintiff M47/2012 v Director-General of Security* (2012) 251 CLR 1, at 60-61 per Gummow J; *X7 v Australian Crime Commission* (2013) 248 CLR 92, at 153 per Kiefel J; *Lee v Crime Commission of New South Wales* (2013) 251 CLR 196, 265 per Kiefel J.

²⁴⁹ A conferma dello status costituzionale oramai consolidato in giurisprudenza e dottrina, si vedano: *Saeed v Minister for Immigration and Citizenship* (2010) 241 CLR 252 at 259 per French

confini tra la funzione legislativa e quella giudiziale... riflettendo così la natura di caposaldo dell'architettura costituzionale in Australia [del principle of legality]".²⁵⁰ Esso è considerato come un aspetto essenziale della rule of law poiché:

“[it] governs both Parliament and the courts [...] [and] is an expression of legal value, reflected by the courts and acknowledged by the courts to be respected by Parliament.”²⁵¹

In altre parole, come affermato dal Justice Bell in *Kaba* il principle of legality è indispensabile per:

“the maintenance of a proper constitutional relationship between the legislature, the executive and the judiciary.”²⁵²

In conclusione, si può dire che il principle of legality impone un requisito “formale” al Parlamento laddove volesse sospendere o limitare i diritti fondamentali.²⁵³ Oggi, il principio si è irrigidito a tal punto che in Australia esso equivale ad una “clear statement rule”, ossia viene richiesta necessariamente un'espressa manifestazione di volontà legislativa nel senso di voler limitare i diritti fondamentali perché la presunzione di legality sia superata.²⁵⁴

CJ, Gummow, Hayne, Crennan e Kiefel JJ; D. MEAGHER, *The Principle of Legality in the Age of Rights*, (2011) 35 *Melbourne University Law Review*, pp. 449-478, in particolare, p. 455; *Ibid.*, *The Principle of Legality as Clear Statement Rule: Significance and Problems*, cit., p. 421.

²⁵⁰ R. S. FRENCH, *The Common Law and the Protection of Human Rights*, discorso tenuto presso la Anglo Australasian Lawyers Society di Sydney, il 4 settembre 2009, p. 8. Il Chief Justice French ha ribadito tale posizione in *Momčilovic v The Queen* [2011] HCA 34 (*Momčilovic*) at 43, ove ha definito il principle of legality: “ultimate constitutional foundation in Australia”.

²⁵¹ *Al-Kateb v Godwin* [2004] HCA 34 per Gleeson CJ at 19-20.

²⁵² *Department of Public Prosecution v Kaba* [2014] VSC 52 per Bell at 171. Per un'analisi dell'impatto della decisione in *Kaba* sul principle of legality si veda D. MEAGHER, *The Principle of Legality and Proportionality in Australian Law*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, cit., pp. 114-138; pp. 123-127.

²⁵³ J. WEBBER, *A Modest (but Robust) Defence of Statutory Bills of Rights*, in T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY AND A. STONE (EDS.), *Protection Rights Without a Bill of Rights*, cit., pp. 263-288; p. 269; J. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 308-309 citato in D. MEAGHER, *The Principle of Legality as Clear Statement Rule: Significance and Problems*, cit., p.426.

²⁵⁴ Tale idea è stata affermata per la prima volta dal Chief Justice della Supreme Court del New South Wales, J. J. SPIEGELMAN in *Principle of Legality and the Clear Statement Principle* (2005) 79 *Australian Law Journal* 769, ove l'Illustre Autore paragona il principle of legality di tradizione anglo-australiana alle clear statements rules di stampo Americano, affermando che l'approccio

Imprescindibile nodo da sciogliere per comprendere il funzionamento di questo principio è quello del presupposto per la sua applicazione.²⁵⁵ Innanzitutto, esso si applica quando la legge non è chiara e quindi ove vi è un dubbio circa il significato della legge: in altre parole, in presenza di un'ambiguità nel testo normativo.²⁵⁶ Tuttavia è opportuno chiarire cosa intendono per "ambiguità" le corti australiane. Al momento, non è richiesta l'ambiguità in senso stretto, vale a dire un'ambiguità lessicale, grammaticale o sintattica;²⁵⁷ preferendo sempre l'interpretazione che garantisce la migliore tutela del diritto. Di conseguenza, il concetto di "ambiguity" del testo di legge viene inteso nel senso più ampio del termine ("ambiguity in broad sense"), cioè quando "lo scopo o l'operatività di uno statute risulti, in qualche modo, dubbia".²⁵⁸ Come nota giustamente Bruce Chen,²⁵⁹ la soglia minima di "ambiguità" viene raggiunta anche solo con termini vaghi o generali usati dal legislatore.²⁶⁰ Tanto basta a far scattare l'applicabilità del principle of legality. In pratica, è sufficiente che si faccia questione di un diritto fondamentale di common law che la Corte ricorrerà all'applicazione della legality.²⁶¹ Per converso, basta avere un linguaggio chiaro e preciso perché la presunzione sia superata.²⁶²

Chiarito il profilo dei presupposti, vediamo ora l'"oggetto" del principle of legality.

interpretativo che i giudici australiani adottano nell'applicare la legality può definirsi, per rispecchiare meglio il "vero ruolo ermeneutico del giudice", "clear statement principle" (più che principle of legality). Infatti, afferma il Chief Justice "il clear statement principle è la principale attuazione del principle of legality secondo la statutory interpretation." Più recentemente si vedano i commenti e le critiche a tale definizione di B. CHEN, *The Principle Of Legality: Issues on Rationale and Application*, cit.; D. MEAGHER, *The Principle of Legality as Clear Statement Rule: Significance and Problems*, (2014) 36 *Sydney Law Review* pp. 413-443; in particolare, pp. 423-

²⁵⁵ B. LIM, *The Rationale for the Principle of Legality*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, cit., pp. 2-14; pp. 9-12.

²⁵⁶ J. J. SPIGELMAN, *Principle of Legality and the Clear Statement Principle*, cit., p. 771.

²⁵⁷ Come riportato dalla Victorian Court of Appeal in *R v Momčilovic* (2010) 25 VR 436, 464-465: "[...] the presumption does not depend for its operation on the existence of any ambiguity in the statutory language." In dottrina, THE HON. J. J. SPIGELMAN, *Principle of Legality and the Clear Statement Principle*, cit., p. 779; G. WILLIAMS AND D. HUME, *Human Rights under the Australian Constitution*, cit., p. 44.

²⁵⁸ J. J. SPIGELMAN, *Principle of Legality and the Clear Statement Principle*, cit., p. 772.

²⁵⁹ B. CHEN, *The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application*, cit., pp. 340-342.

²⁶⁰ Così oggi conferma la giurisprudenza consolidata della High Court: *Coco v The Queen* (1994) 179 CLR 427, 437; *Bropho v Western Australia*, 171 CLR 1, 18; *Potter v Minahan* (1908) 7 CLR 277, 304.

²⁶¹ D. MEAGHER, *The Common Law Principle of Legality*, (2010) *Alternative Law Journal* pp. 209-213; p. 210.

²⁶² *Coco v The Queen* (1994) 179 CLR 427, at 437 per Mason CJ, Brennan, Gaudron, e McHugh JJ; *Momčilovic v The Queen* (2011) 245 CLR 1, at 46 per French CJ.

Dunque, per gran parte del ventesimo secolo le corti australiane hanno applicato tale principio solo per tutelare un ristretto numero di diritti.²⁶³ Ad esempio, i diritti della persona come la proprietà o la libertà personale o quelli in materia di esazione fiscale – tutti campi ove il governo interveniva e quindi le corti si ergevano a tutela dei diritti dell’individuo.²⁶⁴ Ad essi si uniscono anche i principi fondamentali di common law, che includono, fra gli altri, il diritto di difesa, il diritto ad un giusto processo, l’irretroattività delle leggi penali – principi, cioè, che caratterizzano intimamente l’ordinamento giuridico nel suo complesso.²⁶⁵

Il complesso di detti diritti è stato definito da alcuni un vero e proprio “common law bill of rights,”²⁶⁶ che proprio grazie alla rigida applicazione del principle of legality da parte delle corti australiane avrebbe acquistato uno status “quasi costituzionale,” tanto da essere paragonato al Bill of Rights americano.²⁶⁷

Quindi tradizionalmente i diritti fondamentali di common law in Australia sono stati tutelati in via interpretativa tramite il principle of legality dalle possibili violazioni del legislatore ordinario.

Tuttavia, come è accaduto in Inghilterra con la CEDU²⁶⁸ e in Nuova Zelanda con il PIDCP,²⁶⁹ anche in Australia si è posto il problema di aumentare il quantum di garanzia di tutela dei diritti fondamentali alla luce della partecipazione della Federazione a carte fondamentali di matrice internazionale.

Com’è stato acutamente notato, “il principio dell’international concern ha ormai sostituito la credenza che (la protezione della persona e dei suoi diritti

²⁶³ Tra essi spiccano la tutela della proprietà privata; la libertà personale, la libertà di espressione; la libertà di movimento e circolazione, il principio del giudice naturale, il diritto ad un giusto ed equo processo e il due process of law, l’accesso alla giustizia. LORD BROWNE-WILKINSON, *The Infiltration of a Bill of Rights*, [1992] *Public Law* 397, in particolare, p. 397.

²⁶⁴ D. MEAGHER, *The Principle of Legality in the Age of Rights*, cit., p. 453.

²⁶⁵ B. CHEN, *The Principle of Legality: Issues of Rationale and Application*, cit., p. 345 che richiama il caso *X7 v Australia Crime Commission* (2013) 248 CLR 92 ove la High Court ha applicato il principle of legality alla previsione che disponeva l’interrogatorio obbligatorio dell’indagato (“post-charge examination”) relativo all’accusa mossagli, che altrimenti sarebbe stata in palese contrasto (“in a marked degree”) con i principi fondanti dell’ordinamento, nella specie, con la natura accusatoria del processo penale anglo-australiano ove l’acquisizione delle prove deve avvenire in presenza del giudice. Sul punto si veda anche, F. CARDELL-OLIVER, *Parliament, the Judiciary and Fundamental Rights: the Strength of the Principle of Legality*, cit., p. 39.

²⁶⁶ J. J. SPIGELMAN, *The Common Law Bill of Rights (March 10, 2008). Statutory Interpretation and Human Rights: McPherson Lecture Series*, cit. p. 29; D. MEAGHER, *The Principle of Legality as Clear Statement Rule: Significance and Problems*, cit., p. 428.

²⁶⁷ D. MEAGHER, *The Principle of Legality as Clear Statement Rule: Significance and Problems*, cit., p. 428-429.

²⁶⁸ Vedi *supra* Cap. IV, § IV.2.

²⁶⁹ Vedi *supra* Cap. III, § III.3.

fondamentali) si trattasse di materia riservata agli Stati nazionali, la storia ha più in generale dimostrato l'inadeguatezza dello strumentario giuridico tradizionale che affidava la protezione dell'individuo all'esclusiva prerogativa dello Stato di appartenenza, e se ne è tratta la conseguenza che la salvaguardia dei diritti individuali e dei principi fondamentali dello stato di diritto richiedono una garanzia collettiva."²⁷⁰

Tale garanzia collettiva è concretizzata dalla concorrenza di fonti sovranazionali o internazionali e fonti di diritto interno in materia di diritti fondamentali, da cui deriva il necessario coordinamento e, soprattutto, la cooperazione tra ordinamento esterno (nel caso australiano, quello internazionale) ed interno.

Sul punto, in via preliminare occorre ricordare che in Australia le norme di diritto internazionale pattizio entrano nell'ordinamento secondo il noto schema dualistico, per cui è sempre necessario una legge del Parlamento federale che riproduca il testo del trattato nell'ordinamento interno.²⁷¹ Una volta recepita con legge interna, il testo del Trattato internazionale viene interpretato dai giudici secondo gli strumenti classici di statutory interpretation. In particolare, in tali casi opera la già nota *presumption of consistency*:²⁷² quando si verifica un caso di *ambiguity*,²⁷³ il giudice interpreterà il testo legislativo in conformità alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.²⁷⁴

²⁷⁰ S. BARTOLE, *Costituzione e costituzionalismo (problemi e prospettive del costituzionalismo contemporaneo nello spazio europeo e mondiale)*, pp. 75-91, in Atti del Convegno "La Costituzione ieri e oggi." Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 9-10 gennaio 2008, in particolare, p. 81.

²⁷¹ E. WILLHEIM, *Globalisation, State Sovereignty and Domestic Law: The Australian High Court Rejects International Law as a Proper Influence on Constitutional Interpretation*, (2005) 1 *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law* pp. 1-38; in particolare, pp.14-16; E. ARCIONI, A. MCLEOD, *Cautious but Engaged – An Empirical Study of the Australian High Court's Use of Foreign and International Materials in Constitutional Cases*, (2014) 42 (3) *International Journal of Legal Information* pp. 437-470.

²⁷² D. MEAGHER, *The Principle of Legality in the Age of Rights*, cit., p. 466-468; B. COXON, *Human Rights at Common law: Two Interpretative Principles*, (2014) 35 *Statute Law Review* pp. 35-49; D. DYNZENHAUS, M. HUNT AND M. TAGGART, *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation* (2001) 1 *Oxford University Commonwealth Law Journal* pp. 5- 34; pp. 10-13. Vedi *supra* Cap. III § III.5, 5.3) per la Nuova Zelanda.

²⁷³ M. KIRBY, *The Australian Use of International Human Rights Norms from Bangalore to Ballios – a View from the Antipodes*, (1993) 16 (2) *University of New South Wales Law Journal* pp. 363-393; pp. 369-70.

²⁷⁴ Corrisponde, dal punto di vista comparatistico al familiare disposto dell'art. 10, co. 1 della Costituzione repubblicana.

Sotto il profilo dei requisiti, a differenza del principle of legality,²⁷⁵ condizione necessaria per l'applicazione della presumption of consistency è l'ambiguità del testo di legge, altrimenti siamo nell'ambito applicativo della legality.

La riluttanza dei giudici ad utilizzare la presunzione di consistency deriva dal "timore" che si facciano entrare diritti delle carte internazionali anche in assenza di una ratifica da parte del Parlamento, portando così i giudici a "legiferare" al posto del Parlamento e a prendere una decisione di natura squisitamente politica – com'è quella in merito a quali diritti rendere giustiziabili di fronte alle corti nazionali.²⁷⁶

Inoltre, occorre precisare che l'applicabilità della presunzione di consistency con riguardo alle norme internazionali in materia di diritti fondamentali è un orientamento piuttosto recente: solo con l'adozione dei c.d. "Bangalore Principles" del 1988 in cui si è enunciato l' "important guidance" delle norme di diritto internazionale in materia di diritti fondamentali, le corti australiane hanno, seppur cautamente, cominciano a guardare agli strumenti internazionali di tutela nella loro quotidiana amministrazione della giustizia.²⁷⁷

Occorre infatti tenere presente che la visione tradizionale nei paesi di common law rispetto al diritto internazionale è quello di non considerarlo parte del diritto interno perché molte delle norme internazionali erano già previste dalla common law ordinaria. L'avversione dei giudici e, più in generale, degli operatori del diritto australiani all'uso del diritto internazionale deriva dalla storica convinzione della

²⁷⁵ Anche se di recente, nota l'ex- Chief Justice French, c'è chi ha suggerito un'assimilazione della presumption of consistency al principle of legality. Cfr, *Momčilovic* [2011] HCA 34 at 43 per French CJ. Inoltre, nel recente caso *Kaba*, il Justice Bell ha espressamente annoverato i diritti contenuti nel PIDCP tra i diritti tutelati dal principle of legality: "[...] treating the rights and freedoms in the ICCPR as fundamental rights and freedoms for the purposes of the principle of legality would, I think, be a natural and appropriate step to take. It would reflect the close relationship between common law rights and freedoms and those recognised in the ICCPR. It would be consistent with the widespread acceptance of the ICCPR in the Australian legal system. It would fit well into the constitutional relationship between parliament and the judiciary. It would not represent backdoor importation of an unincorporated convention into Australian law."; cfr., *Kaba* [2014] VSC 52 at 179 per Bell J at 180-1.

²⁷⁶ D. MEAGHER, *The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) and the Courts*, (2013) 42 *Federal Law Review* pp. 1-25; in particolare, p. 19. Tuttavia, oggi una tale eventualità è scongiurata dalla nuova previsione della Raccomandazione 22 del National Human Rights Consultation Report 2009, documento prodromico all'adozione dello Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) che vedremo a breve § 4.3), con cui si preclude il ricorso a strumenti internazionali non espressamente ratificati.

²⁷⁷ I Bangalore Principles consistono in un codice deontologico per i giudici dei paesi del Commonwealth in cui vengono indicati i principi di etica giudiziaria che il giudice di common law deve seguire ove si trovi ad applicare il diritto internazionale.

superiorità della common law. Di conseguenza, il diritto internazionale appariva irrilevante, se non del tutto inutile. Oltre a ciò, altri due fattori tipici dell’Australia, avevano determinato il perdurante conservatorismo dei giudici: il rigido schema dualista che costituiva condizione necessaria ed imprescindibile per l’applicabilità del diritto internazionale nell’ordinamento interno e il federalismo.

Sotto il primo profilo, com’è ben noto, in mancanza di un’apposita legge di ratifica del Parlamento, la normativa internazionale non è considerata operante a livello interno. Ciò assume particolare rilevanza posti i delicati equilibri istituzionali non scritti tra Esecutivo e Legislativo nella forma di governo parlamentare australiana (diretta eredità della madrepatria).

Si rammenta infatti che, storicamente, la conclusione dei trattati e la conduzione degli affari esteri in generale erano di esclusiva competenza della Corona – oggi dell’Esecutivo. Per il principio dei “pesi e contrappesi”, l’atto della Corona doveva essere confermato dal Parlamento, che rappresentava i cittadini, tramite ratifica che dava via libera al trattato internazionale nell’ordinamento interno. Le competenze erano chiare: il potere di concludere i trattati spettava alla Corona (l’Esecutivo); il potere di renderli diritto interno spettava al Parlamento. Ora, in un paese dove l’adozione di un Bill of Rights federale è considerato “contrario alla democrazia” dalla maggioranza dei suoi cittadini, nessun giudice si sarebbe mai arreso a ricorrere ad una fonte internazionale che esulasse dalle “norme generali” (quindi, tutti i trattati in materia di diritti fondamentali), perché ciò avrebbe minato la supremazia del Parlamento, riconoscendo come fonte del diritto un potere squisitamente politico, esercitato in via esclusiva dal Governo. Questo avrebbe significato aggirare la volontà del Parlamento “facendo entrare dalla finestra quello che il Parlamento non ha voluto far entrare dalla porta” (operando quella che Dyzenhaus, Hunt e Taggart hanno chiamato la c.d. “backdoor incorporation”).²⁷⁸

A ciò, si aggiunge il secondo profilo: la natura federale dello Stato. Infatti, non solo il giudice australiano deve attendere la ratifica del Parlamento federale, ma anche quella dei Parlamenti *statali*. Altrimenti verrebbe incrinato il meccanismo di ripartizione delle competenze tra Stati e Federazione, in cui la seconda avrebbe,

²⁷⁸ Cfr., D. DYNZENHAUS, M. HUNT AND M. TAGGART, *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation*, cit., p. 5.

di fatto, invaso la sfera di competenza legislativa dei primi. La paura era che il diritto internazionale diventasse un “cavallo di Troia” che avrebbe portato al collasso del pilastro fondamentale dello Stato federale: la ripartizione delle competenze tra centro e periferie.

La spinta a favore di un maggiore ricorso agli strumenti internazionali di tutela è venuta, naturalmente, dagli infausti eventi della seconda metà del secolo scorso, che hanno determinato la necessità di una nuova, più solida affermazione dei diritti dell’uomo in quanto tale. Nonostante ciò in Australia, data anche l’insularità e la grande distanza dal resto del mondo occidentale (a cui l’ex-colonia è più affine per cultura, usi e costumi), il diritto internazionale dei trattati in materia di diritti e libertà fondamentali come fonte del diritto e criterio ermeneutico ha stentato ad affermarsi.²⁷⁹

La vera svolta è stata la decisione nel già ricordato caso *Mabo v Queensland (No. 2)*.²⁸⁰ Invero, oltre alla incredibile carica innovativa insita nel riconoscimento dei diritti degli aborigeni, in questa decisione la High Court ha indicato la fonte internazionale come uno strumento “powerful” per la tutela dei diritti fondamentali, tracciando una nuova via di approccio agli strumenti internazionali di tutela dei diritti. Nell’opinione della maggioranza si legge infatti:

“[...] the common law does not necessarily conform with international law, but international law is a legitimate and important influence on the development of the common law, especially when international law declares the existence of universal human rights.”²⁸¹

Con *Mabo*, la High Court ha ridimensionato il dibattito sull’uso del diritto internazionale in materia di libertà fondamentali, contrapponendo alla temuta ipotesi della “backdoor incorporation” l’uso del diritto internazionale come criterio suppletivo della common law, vincolato, dunque, al rispetto dei criteri ermeneutici classici.²⁸²

²⁷⁹ S. JOSEPH; M. CASTAN, *Federal Constitutional Law: a Contemporary View*, cit., pp. 41-2.

²⁸⁰ (1992) 175 CLR 1.

²⁸¹ *Mabo (No. 2)* (1992) 175 CLR 1 per Brennan J (con cui concordano Mason CJ e McHugh J) at 55; per Deane e Gaudron JJ at 79.

²⁸² M. KIRBY, *The Australian Use of International Human Rights Norms from Bangalore to Ballios – a View from the Antipodes*, cit., p. 369-70; S. JOSEPH; M. CASTAN, *Federal Constitutional Law: a Contemporary View*, cit., pp. 41-2 e pp. 84-96.

Avendo presente la tutela in via ermeneutica tramite gli strumenti “classici” di common law, passiamo ora al sistema di garanzie istituito con le carte dei diritti adottate dagli Stati di Victoria e dell’Australian Capital Territory (ACT).

4.2) Lo Human Rights Act (ACT) 2004 e Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006: caratteristiche e struttura

In prima battuta, appare evidente come entrambi i documenti si ispirano ai modelli neozelandese e britannico, ponendosi più vicini al secondo che al primo. Ad un esame più approfondito tuttavia si possono rilevare varie differenze. In secondo luogo, anche nei due casi australiani, come in quello neozelandese, i diritti tutelati coincidono, seppure in un numero minore e più circoscritto, con quelli contenuti nel Patto internazionale sui diritti civili e politici,²⁸³ a cui sia il legislatore dell’ACT che quello di Victoria rinviano, peraltro in modo piuttosto generico, per l’esatta individuazione del contenuto dei diritti.²⁸⁴ Ad ogni modo, la peculiarità australiana sta nel fatto che il rinvio al trattato internazionale non è “filtrato” dal legislatore statale: ovvero egli ha omesso, al momento della selezione dei diritti da inserire nel catalogo interno, di considerare le specifiche caratteristiche socio-culturali dello Stato adottante, rinunciando a dare una connotazione “locale” ai diritti contenuti nel documento,²⁸⁵ contrariamente a quanto avvenuto in Canada o in Nuova Zelanda.²⁸⁶ Di conseguenza, i diritti contenuti dall’ACT HRA 2004 e dalla VCHRR 2006 sono mutuati dal trattato internazionale, senza alcun adattamento alla realtà peculiare della società dell’ACT o dello stato di Victoria.²⁸⁷ Oltre a questa “neutralità” del catalogo dei diritti, le due leggi statali si distinguono dagli esempi della Nuova Zelanda o del Regno Unito anche per la struttura

²⁸³ Ratificato dal Governo federale il 13 agosto 1980; per ulteriori dettagli si veda il sito <http://indicators.ohchr.org/>, consultato il 21 aprile 2017.

²⁸⁴ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 207.

²⁸⁵ In altre parole, il catalogo dei diritti non è “geo-localizzato”, ovvero non seleziona quei diritti che meglio si confanno alla società civile in cui l’ordinamento adottante opera – ed in cui il catalogo di diritti andrà ad operare. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 207.

²⁸⁶ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 207.

²⁸⁷ In Canada, invece, si accentuò il profilo multiculturale del paese, facendo della tutela del multiculturalismo uno dei principi fondanti della Carta canadese del 1982. Vedi *supra*, Cap. II.3, §§ II.3.1.

dell'atto. In particolare, si riportano qui le “dieci differenze” che Autorevoli voci hanno ravvisato tra ACTHRA 2004 e VCHRR 2006 da un lato e NZBORA 1990 e UK HRA 1998 dall'altro.²⁸⁸

In primo luogo, entrambe le leggi australiane contemplano una “general limitations clause” sul modello della s 1 canadese, che fissa le eccezioni per tutti i diritti, senza declinare l'eccezione secondo il diritto che s'intende limitare.²⁸⁹ In secondo luogo, ed elemento del tutto nuovo rispetto al NZBORA 1990 e UK HRA 1998, i due testi australiani non includono le Corti nel novero delle “amministrazioni pubbliche” (“public authorities”) che sono tenute ad agire conformemente ai diritti fondamentali contenuti nello ACT HRA 2004²⁹⁰ e nella VCHRR 2006.²⁹¹ Terzo, è espressamente escluso il risarcimento dei danni in caso di violazione dei diritti da parte di una pubblica amministrazione.²⁹² In quarto luogo troviamo una novità procedurale tutta australiana. Entrambe le leggi impongono alle pubbliche amministrazioni il dovere di “dare adeguata considerazione ai diritti fondamentali” nel corso del proprio iter decisionale.²⁹³ Ancora, un profilo centrale in entrambi i testi è il controllo politico preventivo obbligatorio, le cui modalità sono descritte nel dettaglio sia nell'ACT HRA 2004 che nella VCHRR 2006.²⁹⁴ In particolare, entrambi i testi pongono tra i requisiti obbligatori e necessari della dichiarazione di compatibilità, oltre alla conformità o meno, i motivi per cui la normativa proposta è stata ritenuta conforme ai diritti

²⁸⁸ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 207-209.

²⁸⁹ Human Rights Act (ACT) 2004, s 28 e Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 7.

²⁹⁰ Human Rights Act (ACT), s 40 (2).

²⁹¹ Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic), s 38 (1). Sul punto, il recente *Report 2015 Review of the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* consiglia la revisione della s 4 della Victorian Charter circa la definizione di “public authorities”, tenendo conto della giurisprudenza delle corti sul tema. Viene consigliato, in particolare, di precisare la nozione di “amministrazione pubblica” con riguardo alle “non-State entities” e alle corti, ovvero precisare quando queste ultime debbono considerarsi agenti come “amministrazioni pubbliche” e quindi tenute all'obbligo di rispettare le disposizioni della Victorian Charter. Cfr., M. BRETT YOUNG, *From Commitment to Culture: The 2015 Review of the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (2015 Charter Review report)* (September 2015), consultabile sul sito <http://www.justice.vic.gov.au/>, consultato il 27 aprile 2017; in particolare, p. 4.

²⁹² Tale rimedio è invece espressamente ammesso dalla s 8 dello UK HRA mentre è implicito nel NZBORA 1990, si veda *supra* Cap. IV, § IV.2 e Cap. III, § III.3.

²⁹³ Sia nel caso britannico che in quello neozelandese il dovere di agire conformemente ai diritti fondamentali era di natura sostanziale.

²⁹⁴ Human Rights Act (ACT) 2004, ss 37 e 38 e Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, ss 28-30.

fondamentali.²⁹⁵ Sesto, entrambi i documenti prevedono uno scrutinio obbligatorio del disegno di legge da parte della competente commissione parlamentare (“relevant standing committee”), cui spetta il dovere di comunicare il risultato della propria analisi e le eventuali incompatibilità con i diritti fondamentali rilevate al Parlamento.²⁹⁶ Di fondamentale importanza nel contesto di questo lavoro è il settimo punto, che riguarda le modalità di attuazione del dovere di interpretazione conforme previsto dal ACT HRA 2004²⁹⁷ e dalla VCHRR 2006²⁹⁸. Entrambe le leggi prevedono che tale dovere debba intendersi non come ricerca della “possibile” interpretazione conforme dello statute, bensì come ricerca dell’interpretazione conforme che risulta possibile ottenere rimanendo coerenti con l’intento del legislatore. Dunque, un dovere di interpretazione conforme sì alla carta dei diritti ma, cosa più importante, compatibile con lo scopo che il legislatore aveva al momento dell’adozione di quella particolare legge. L’ottavo punto concerne la figura ed il ruolo dell’Attorney-General che, in entrambi i casi, ha un duplice obbligo: quello di comunicare al Parlamento le pronunce di incompatibilità e quello di rispondere per iscritto a dette sentenze entro il termine massimo di sei mesi.²⁹⁹ Al penultimo punto troviamo il ruolo peculiare che viene assegnato alle Human Rights Commissions, le cui funzioni vengono dettagliatamente descritte e viene loro attribuita una certa importanza nella tutela dei diritti fondamentali.³⁰⁰ Infine, in entrambi i testi si prevede una revisione obbligatoria della legge dopo un determinato periodo di tempo. Nella specie, dopo quattro anni secondo l’ACT

²⁹⁵ Tale novità si articola diversamente a seconda che si tratti dell’atto del 2004 o della Charter del 2006. Nel primo caso, il dovere di fornire una spiegazione circa la conformità ai diritti fondamentali sorge solo in caso in cui una dichiarazione di incompatibilità sia emessa (ACT HRA 2004, s 37 (3) (b)). Nel secondo caso, la Victorian Charter pone come obbligo separato di fornire dettagliata spiegazione a supporto della conformità del testo di legge ai diritti fondamentali – è il c.d. “reasoned statement of compatibility” (VCHRR 2006, s 28 (3)).

²⁹⁶ Human Rights Act (ACT) 2004, s 38 e Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, ss 28-30; in particolare, la s 28 costituisce il primo esempio di statement of compatibility sul territorio australiano, che verrà poi preso a modello dal legislatore federale nel 2011; v. *infra* § 4.3).

²⁹⁷ Human Rights Act (ACT) 2004, ss 30-34.

²⁹⁸ Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 32.

²⁹⁹ Human Rights Act (ACT) 2004, s 33 e Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, ss 36 (6), (7) e 37.

³⁰⁰ ACT Human Rights Commission Act 2005, s 31 e Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 40 e ss.

HRA 2004³⁰¹ e un duplice limite temporale di quattro e otto anni³⁰² per la VCHRR 2006.

Oltre alle caratteristiche qui elencate che accomunano lo ACT HRA 2004 e la VCHRR 2006 differenziando entrambi dai precedenti esempi neozelandesi e britannici, la Victorian Charter si distingue a sua volta per alcune peculiarità.

In primo luogo, la s 31 della VCHRR prevede il già noto “legislative override”³⁰³ con cui si intende dare un’ulteriore possibilità per il Parlamento, a seguito di una pronuncia di incompatibilità, di rivendicare il “potere di avere l’ultima parola”.³⁰⁴ Pertanto, se il Parlamento ritiene valida una legge, nonostante una sentenza in senso contrario, può, a determinate condizioni, esercitare il legislative override.³⁰⁵ In secondo luogo, per quanto riguarda i nuovi poteri delle corti di dichiarare l’incompatibilità di una legge ordinaria con un diritto fondamentale contenuto nella Charter, alcuni hanno evidenziato l’interessante scelta lessicale del legislatore di Victoria di parlare di “declaration of inconsistent interpretation”³⁰⁶ anziché “dichiarazione di incompatibilità”, che le giurisdizioni superiori dello Stato³⁰⁷ possono emettere ove vi sia una discordanza tra legge ordinaria e il contenuto della Charter o nel caso in cui la legge ordinaria non possa essere interpretata conformemente alla Charter.³⁰⁸

³⁰¹ Una prima revisione è avvenuta nel 2006 con il *ACT Department of Justice and Community Safety, Human Rights Act 2004 Twelve-Months Report*, consultabile sul sito https://acthra.anu.edu.au/documents/HRA_twelve_month_review.pdf, consultato il 27 aprile 2017.

³⁰² L’ultima revisione è avvenuta nel 2015, le cui conclusioni sono confluite nel già citato *2015 Charter Review Report*.

³⁰³ Lo abbiamo già trovato nel modello canadese alla s 33 della Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982; cfr. *supra* Cap. II, § II.3.1; 3.1.2).

³⁰⁴ Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 31.

³⁰⁵ Specularmente a quanto previsto anche dalla s 33 della Canadian Charter e come è riconosciuto anche dallo stesso legislatore di Victoria, il ricorso ad una tale clausola è ammesso solo in “circostanze eccezionali” e solo in presenza di un’apposita dichiarazione da parte del Ministro proponente attestante la natura delle circostanze che giustificano l’override. Tuttavia, a causa della natura superflua di tale clausola e del fatto che non fosse stata mai usata, a seguito della revisione del 2010, è stata abrogata. Sotto quest’ultimo profilo si veda J. ALLAN, *The Victorian Charter of Rights and Responsibilities: Exegesis and Criticism*, (2006) *Melbourne University Law Review* 30 (3), p. 906 e ss.

³⁰⁶ Nonostante la scelta lessicale abbia creato confusione (e qualche critica, J. ALLAN, *The Victorian Charter of Rights and Responsibilities: Exegesis and Criticism*, cit. L’A. in particolare critica l’eccessiva “vaghezza” dei termini usati nei sezioni fondamentali della Charter: ss 7, 31, 32, 36 e 38), l’uso del termine ‘inconsistent’ è pacificamente inteso nel senso di “incompatible” quindi incompatibile, non conforme ai diritti umani. La scelta di un termine differente per indicare il medesimo concetto non comporta alcun rilevante differenza, così nel *2015 Charter Review Report*, cit., pp. 161-2; G. WILLIAMS, *The Victorian Charter of rights and Responsibilities: Origins and Scope*, (2006) 30 *Melbourne University Law Review* pp. 880-___; in particolare, pp. 902-3.

³⁰⁷ Ovvero, la Supreme Court of Victoria e la Victorian Court of Appeal.

³⁰⁸ Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 36.

In terzo luogo, la s 32 (2) della VCHRR, oltre ad imporre ai giudici il dovere di interpretazione conforme, include espressamente “il ricorso al diritto internazionale e alle decisioni di corti e tribunali stranieri ed internazionali in materia di diritti umani” come parametro da considerare in sede di sindacato di conformità alla Charter.³⁰⁹

Infine, dal punto di vista processuale, la Victorian Charter è l'unica a non prevedere la violazione dei diritti contenuti nella Charter come nuova “cause of action” per avere giustizia dinanzi alle Corti dello Stato. Pertanto, chi lamenti la violazione di un proprio diritto fondamentale dovrà agire (solo) secondo le tradizionali “causes of action” previsti dal diritto processuale dello Stato.³¹⁰

In conclusione è possibile osservare alcune linee comuni.

Come notato da alcuni, il principale impatto che hanno avuto le due leggi australiane è stato dovuto alla loro adozione ed introduzione all'interno del complesso ordinamento federale australiano, più che alla loro applicazione concreta. Infatti, il sistema australiano è (e rimane) un sistema particolarmente diffidente nei confronti delle modifiche troppo radicali alla tradizionale tutela affidata alla common law della (ex?) madrepatria.³¹¹ Non a caso, negli anni seguenti all'entrata in vigore delle due leggi, sono state mosse molte critiche ai nuovi poteri affidati alle corti in nome di un ampliamento della tutela dei diritti fondamentali. Il timore è sempre quello di rimettere alle corti, organi non democraticamente eletti, il potere di definire, oltre che la controversia dinanzi ad esse pendente, anche le linee politico-sociali da seguire, che invece debbono rimanere di competenza del Parlamento.³¹²

Altri invece hanno manifestato il timore che il modello istituito dall'ACT HRA 2004 e dalla VCHRR 2006, ispirati a loro volta allo HRA britannico, possa essere

³⁰⁹ Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 32 (2). Molto acutamente S. GARDBAUM rileva la grande somiglianza tra la formulazione della s 32 della Victorian Charter del 2006 e l'articolo 39 del Bill of Rights della Costituzione del Sudafrica che rinvia alla giurisprudenza internazionale come parametro di cui tenere conto per l'interpretazione dei diritti. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 210.

³¹⁰ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 209-210.

³¹¹ Si lascia l'interrogativo perché, come vedremo in seguito, l'Australia manifesta un forte, ostinato attaccamento alla madre patria britannica, che la rende avversa e diffidente a qualsiasi tipo di cambiamento di origine “continentale”.

³¹² J. ALLAN, *The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Exegesis and Criticism*, 2006, vol. 30(3), *Melbourne University Law Review*, pp. 906 ss.

preso ad esempio per un possibile, futuro Bill of Rights federale.³¹³ Invero, essi ritengono che il modello britannico, seppur considerato “di impatto minimo” rispetto alla Charter canadese in termini di ampliamento dei poteri dei giudici, comunque porti con sé la pericolosa tendenza ad una “statutory distortion”, ovvero un approccio ermeneutico eccessivamente aggressivo o troppo “forzato”, che impedisca al Parlamento qualsiasi forma di “dialogo” diversa dall’esercizio del legislative override per discostarsi dalla decisione giudiziale.³¹⁴

Tuttavia, l’atteggiamento delle corti non parrebbe alimentare tali timori. Infatti, nonostante l’attribuzione formale di nuovi poteri, l’effettivo ricorso ad essi da parte delle corti è vicino ad essere inesistente, grazie ad un restraint dei giudici tale da stroncare sul nascere qualsiasi stravolgimento del ruolo del Giudiziario rispetto al Legislativo. Sono stati i giudici stessi a non ritenere alterati (o meglio, aumentati) i loro poteri ermeneutici alla luce delle nuove disposizioni del 2004 e del 2006.³¹⁵ Pertanto, il nuovo dovere di interpretazione conforme ed il relativo potere di dichiarare l’incompatibilità, che avevano suscitato tante polemiche e tanti timori, vista la cautela (per non dire riluttanza) con cui i giudici ottemperano all’uno ed esercitano l’altro si sarebbero rivelati innocui.

Oltre a questo, ciò che lascia davvero dubbiosi è l’efficacia reale del meccanismo di tutela previsto dall’ACT HRA 2004 e dalla VCHRR 2006: il controllo politico preventivo di conformità ai diritti. Invero, troppo spesso l’azione di controllo dell’esecutivo non è trasparente e lo scrutinio in sede parlamentare appare così molto debole e poco incisivo. Basti osservare la prassi dello Scrutiny of Acts and Regulations Committee (“SARC”), commissione permanente istituita in senso al Parlamento di Victoria per verificare la conformità delle nuove proposte di legge alla VCHRR 2006.³¹⁶ nel caso rilevi una potenziale incompatibilità con la Charter, opta sempre per “la rimessione della questione alla valutazione del Parlamento” (“referring to Parliament for its consideration”), i cui membri però si limitano a ripresentare le proposte di legge “incompatibili” apportandovi modifiche minime

³¹³ R. DIXON, *A Minimalist Charter of Rights for Australia: the UK or Canada as a Model?*, 2009, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers*, No. 285, pp. 1-24.

³¹⁴ R. DIXON, *A Minimalist Charter of Rights for Australia: the UK or Canada as a Model?*, cit., pp. 18-21.

³¹⁵ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 219.

³¹⁶ Commissione istituita con il Parliament Committee Act 2003 e che oggi opera ai sensi della s. 30 della Victorian Charter del 2006.

oppure non modificandole affatto.³¹⁷ Il SARC, per conto suo, una volta segnalata l'incompatibilità e rimessa la questione al Parlamento, esaurisce la propria funzione. Pertanto, spesso e volentieri l'esito delle segnalazioni di incompatibilità finisce per essere fallimentare: se accolte in parte, il disegno di legge riporta le modifiche suggerite dalla Commissione; altrimenti vengono liquidate con una dichiarazione di compatibilità del Ministro responsabile del testo di legge.³¹⁸

D'altra parte, anche le risposte legislative a decisioni giudiziali di incompatibilità ("legislative sequels") scarseggiano in ragione della rarità delle dichiarazioni di incompatibilità e dell'interpretazione restrittiva del nuovo dovere di interpretazione conforme.³¹⁹ Dunque, non parrebbe esserci neanche sotto questo profilo una forte presa di posizione del Legislativo nei confronti del "nuovo" ruolo dei giudici, anche se alcuni prevedono una maggiore interazione tra i due poteri dello Stato, sulla scia dell'esempio neozelandese.³²⁰

In conclusione, possiamo affermare che nessuno dei due Bill of rights ha introdotto un sistema di "de facto judicial supremacy" né un forma di "strong judicial review". La vera domanda è se i nuovi sistemi di tutela australiani possano differenziarsi dal tradizionale modello di Westminster, ammesso che reggano alla prova del tempo. In tal senso essenziale sarà il ruolo giocato dalle corti: la sopravvivenza dell'ACT HRA 2004 e della VCHRR 2006 si potrà avere solo se i giudici si scrolleranno di dosso quella riluttanza al pieno esercizio dei loro nuovi poteri, interpretativi e dichiarativi.³²¹

Tuttavia, come vedremo, gli ultimi sviluppi giurisprudenziali non parrebbero deporre a favore di un progresso in questo senso.

4.3) Lo Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth): il nuovo modello politico di tutela dei diritti a livello federale

³¹⁷ E' il già citato legislative override previsto dalla s 31 della Victorian Charter del 2006.

³¹⁸ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 219-20.

³¹⁹ Come vedremo nell'analisi del caso *Momčilo v The Queen* [2001] HCA 34, *infra* § V.6.

³²⁰ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 220.

³²¹ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., p. 221.

Come abbiamo visto affrontando in generale i modelli di tutela,³²² a livello federale, l’Australia predilige la tutela politica dei diritti e, in ossequio a questo, ha incrementato gli strumenti pratici che assicurino l’effettività di tale tutela. Prima di passare all’esame dettaglio dell’unico atto federale in materia di diritti fondamentali, però, occorre fare una breve ricognizione della tutela “costituzionale” di tali diritti che, sebbene abbia una portata molto ridotta, costituisce un aspetto essenziale nel più ampio quadro del modello australiano.

Sebbene sia sprovvista di un catalogo di diritti, la Costituzione australiana contiene comunque alcune previsioni a tutela dei diritti fondamentali (c.d. “express rights”). Nella specie, tali previsioni sono tre. La s 80, che prevede la fondamentale garanzia del “trial by jury” nel processo penale;³²³ la s 116 in materia di libertà religiosa che, specularmente al Primo emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti, vieta al Parlamento federale australiano di imporre o vietare l’esercizio o l’osservanza di un determinato credo religioso³²⁴; e, infine, la s 117, che sancisce il divieto di discriminazione in base alla residenza in un determinato Stato o Territorio.³²⁵ La dottrina è anche concorde nel riconoscere una quarta “previsione espressa” di diritti fondamentali nella Costituzione federale: la s 51 (xxxi) che, nel disciplinare l’istituto dell’espropriazione forzata da parte del Commonwealth, ne subordina l’esercizio alla sussistenza di un “just term”, ossia di una giusta causa.³²⁶

Inoltre, sebbene la Costituzione prevede un catalogo dei diritti estremamente scarso, la legislazione federale in materia è molto nutrita. Vi sono leggi sulla privacy³²⁷, leggi che regolano l’esercizio del potere amministrativo³²⁸; leggi in materia di assunzione delle prove nel processo civile e penale³²⁹ e leggi in materia

³²² Vedi *supra* Cap. II.

³²³ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 80.

³²⁴ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 116.

³²⁵ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 117.

³²⁶ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 51 (xxxi). Per un approfondimento sul tema si veda, S. RATNAPALA, J. CROWE, *Australian Constitutional Law. Foundations and Theory*, cit., pp. 387-399.

³²⁷ Privacy Act 1988 (Cth) e le successive normative dell’Office of the Australian Information Commissioner Privacy Law reperibili sul sito <http://www.privacy.gov.au/law>, consultato il 16 febbraio 2017.

³²⁸ Cfr. Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth).

³²⁹ Cfr. Evidence Act 1995 (Cth).

di lavoro, specialmente a tutela del diritto a salubri condizioni di lavoro, ad una giusta retribuzione e del diritto di sciopero.³³⁰

Di notevole rilevanza è la legislazione anti discriminatoria, tra cui spiccano il Racial Discrimination Act 1975 (Cth),³³¹ il Sex Discrimination Act 1984 (Cth),³³² il Disability Discrimination Act 1992 (Cth) e l'Age Discrimination Act 2004 (Cth).

Una tale produzione legislativa si giustifica con il fatto che il Commonwealth ha l'esclusivo potere di legiferare in materia di "external affairs" (s 51 (xxix)), per cui il Parlamento federale ha il potere di adottare la legislazione necessaria ad implementare gli obblighi internazionali che discendono dai trattati conclusi dal Commonwealth purché tale legislazione sia "appropriata ed adeguata" a garantire l'ottemperanza agli obblighi internazionali e dotata di "sufficiente specificità ad indicare la strada da seguire".³³³ Nel far ciò, tuttavia, il Parlamento non è obbligato a tener fede a tutti gli obblighi che scaturiscono dal trattato internazionale né ad ottemperarvi in modo totale o perfettamente esatto, ma basta semplicemente che il Parlamento non se ne discosti in modo tale da rendere la legge adottata del tutto estranea ad una legge di ratifica del trattato. Infatti, la legislazione anti-discriminatoria è palesemente di derivazione internazionale: ad esempio, il Racial Discrimination Act 1975 (Cth) implementa la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965.

Grazie alla prontezza con cui il Parlamento federale ha fatto fronte alle istanze di tutela che sono andate prospettandosi via via, per lungo tempo non si è sentita l'esigenza di aumentare la tutela dei diritti fondamentali sul piano federale.

Tuttavia, in tempi recenti l'affidabilità delle istituzioni rappresentative è stata messa in crisi, soprattutto alla luce della proliferazione degli strumenti

³³⁰ Cfr. Fair Work Act 2009 (Cth).

³³¹ Occorre ricordare che l'Australia è l'unico paese la cui Costituzione (s 51 (xxvi)) assegna al Parlamento federale il potere di adottare, ove necessario, "leggi speciali" in base alla razza a cui un individuo appartiene. La s 51 (xxvi) è stata oggetto di modifica a seguito del graduale, seppur lento, processo di riconoscimento delle popolazioni aborigene che, fino ____ erano rimesse ad una legislazione special (e molto peggiore) da parte del Governo federale. Cfr. Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp), s 51 (xxvi).

³³² Si vedano inoltre, quali recenti sviluppi in materia di eguaglianza tra i sessi: Equal Employment Opportunity (Commonwealth Authorities) Act 1987 (Cth) e le sezioni 10 e 18 del Public Service Act 1999 (Cth).

³³³ *Victoria v Commonwealth* (1996) 187 CLR 416 ("*Industrial Relations Act Case*").

internazionali di tutela dei diritti fondamentali, che hanno aumentato la pressione sul Parlamento federale e tutte le altre istituzioni circa l'effettivo rispetto degli obblighi internazionali da parte dell'Australia, in particolare, sotto il profilo della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.³³⁴ A ciò si deve aggiungere la pressione derivante dalla scelta di due Stati di dotarsi di una carta dei diritti che ha reso ancor più evidente il “difetto” del legislatore federale.

Così, nel 2008 l'allora Primo Ministro Kevin Rudd ha nominato un organo ad hoc, il National Human Rights Committee (“NHRC”, anche noto come “Brennan Committee” dal nome del presidente, Padre Frank Brennan), al fine di condurre un'accurata indagine sullo stato dei diritti fondamentali nel paese.³³⁵ Tale “consultazione” è stata la più ampia indagine in materia di diritti fondamentali dalla costituzione della federazione australiana.

Tale commissione ha identificato una serie di debolezze nel sistema di tutela dei diritti in Australia,³³⁶ elencate nel dettaglio nel National Human Rights Consultation Report (“NHRCR”) (2009), che raccomandava caldamente l'adozione di un bill of rights anche a livello federale sulla scia dei già citati VCHRR e ACT HRA, prevedendo, da una parte, il potere della High Court di dichiarare incompatibile la legge in contrasto con i diritti fondamentali e, dall'altra, imponendo un dovere alle autorità pubbliche di agire conformemente con i diritti fondamentali e di considerarli nel processo decisionale.³³⁷

La risposta del Commonwealth al NHRCR è stata l'adozione, nel 2011, dello Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) (“Scrutiny Act”).³³⁸

³³⁴ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual Analysis*, cit., pp. 264-5.

³³⁵ La procedura di nomina e gli altri quattro membri della Commissione che ha svolto la National Human Rights Consultation - Commonwealth of Australia 2010 sono reperibili sul sito <http://www.humanrightsconsultation.gov.au/>, consultato il 19 febbraio 2017.

³³⁶ G. WILLIAMS AND D. REYNOLDS, *The Operation and Impact of Australian Parliamentary Regime for Human Rights*, (2015) 41 (2) *Monash University Law Review* pp. 469- 508.

³³⁷ Il testo integrale del NHRC Report 2009 è reperibile sul sito ufficiale http://library.bsl.org.au/jspui/bitstream/1/1320/1/NHRC_Report.pdf consultato il 19 febbraio 2018; in particolare, pp. xxxii, xxxiv, xxxvii

³³⁸ G. WILLIAMS AND D. HUME, *Human Rights under the Australian Constitution*, cit., pp. 20-24; J. STELLIOS AND M. PALFREY, *A New Federal Scheme for the Protection of Human Rights*, (2012) 69 *Australian Institute of Administrative Law Forum* pp. 13-19; D. MEAGHER, *The Significance of the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth)*, paper presentato il 7 giugno 2012 presso l'*Australian Association of Constitutional Law Victorian Seminar Series* a Melbourne.

Disattendendo le raccomandazioni fatte dal Committee, il governo federale ha scelto invece di introdurre un modello di controllo ex ante ad opera del Parlamento (“parliamentary and executive rights scrutiny”).³³⁹

Tale modello non è estraneo al sistema australiano il quale già conosceva un sistema di commissioni in seno al Senato che valutavano l’operato del Governo, concretizzando quei pesi e contrappesi a cui è informata la Costituzione federale.³⁴⁰

Con lo Scrutiny Act 2011 è stato istituito il Parliamentary Joint Committee on Human Rights (“PJCHR”),³⁴¹ omologo del cugino britannico, al quale sono state affidate le funzioni di esaminare e riportare al Parlamento le eventuali incompatibilità con i diritti fondamentali dei disegni di legge, dei legislative instruments e delle leggi in vigore, oltre che esaminare i reports dell’Attorney-General da sottoporre poi al Parlamento.³⁴² Inoltre, alcuni hanno notato come solo due delle tre funzioni affidate per legge al nuovo PJCHR vengono effettivamente esercitate. La terza, la facoltà di investigare su ogni questione in materia di diritti fondamentali che gli viene riferita dall’AG e poi, riferire a sua volta il risultato dell’indagine alle camere del Parlamento federale,³⁴³ ad oggi non è mai stata esercitata.³⁴⁴

Similmente a quanto previsto nel modello inglese e neozelandese, lo Scrutiny Act impone ai proponenti di un ogni disegno di legge l’onere di allegare una dichiarazione di compatibilità (“statement of compatibility” o anche “SOC”).³⁴⁵ Tale dichiarazione deve contenere l’attestazione della conformità (o della non conformità) della proposta di legge con i diritti fondamentali.³⁴⁶ In particolare

³³⁹ Scelta annunciata dall’allora Attorney-General Robert McClelland in occasione del discorso alla stampa nazionale del 21 aprile 2010 “*Address to the National Press Club of Australia – Launch of Australia’s Human Rights Framework 2010*”.

³⁴⁰ B. HORRYGAN, *Improving Legislative Scrutiny of Proposed Laws to Enhance Basic Rights, Parliamentary Democracy, and the Quality of Law-making*, in T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY AND A. STONE (EDS.), *Protection Rights Without a Bill of Rights*, cit., pp. 61-100; in particolare, per un’accurata ricostruzione storica si vedano pp. 66-72. Per una bella analisi, anche sotto il profilo storico, si veda, J. UHR, *The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights*, cit., pp. 48-52.

³⁴¹ Istituito il 13 marzo 2012 con la “Resolution to Establish the Parliamentary Joint Committee on Human Rights”, cfr. Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 4.

³⁴² Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 7.

³⁴³ Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 7 (c).

³⁴⁴ G. WILLIAMS AND D. REYNOLDS, *The Operation and Impact of Australian Parliamentary Regime for Human Rights*, cit., p. 475.

³⁴⁵ Cfr. Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 8 (2) - anche se il difetto di SOC non incide sulla validità del ddl o dell’atto legislativo (s 8 (5)).

³⁴⁶ Cfr. Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 8 (3).

anche in caso di “disallowable rules” ex s 42 del Legislative Instruments Act 2003 (Cth)³⁴⁷ è dovuta tale dichiarazione.³⁴⁸

Un tale modello ha attirato non poche critiche.³⁴⁹ Infatti, nel prevedere l’obbligo di SOC nulla si dice circa il contenuto che essa deve avere in quanto basta solo che contenga una valutazione circa la compatibilità rispetto ai diritti fondamentali o meno. Come già accennato per il caso neozelandese, anche qui le SOC molto spesso si presentano brevi, eccessivamente sintetiche e del tutto prive di qualsiasi rigore analitico.³⁵⁰ Inoltre non si specifica il momento in cui tale SOC deve essere prodotta: se prima o dopo la promulgazione della legge in oggetto. Né risulta chiaro se un tale obbligo riguarda solo le proposte di legge del governo o anche quelle dell’opposizione.

Inoltre, lo Scrutiny Act stabilisce che il difetto di presentazione della SOC nella fase prodromica all’approvazione della legge non inficia la validità, l’efficacia o l’implementazione dell’atto promulgato.³⁵¹ Né è chiaro il ruolo che tali dichiarazioni svolgono nell’iter decisionale del giudice. Infatti, se alcuni in dottrina hanno tentato di fornire una serie di criteri indicativi per la valutazione (e l’utilizzo da parte del giudice) delle SOC³⁵²; altri si sono limitati a ricondurre tali

³⁴⁷ Si tratta di un peculiare tipo di legislazione delegata che può essere “annullata” dal parlamento che in questo caso interviene come legislatore negativo. Inoltre, proprio per la fonte eccezionale da cui deriva (la competenza legislativa viene attribuita al Governo solo in casi di necessità ed urgenza e previa indicazione dei criteri e principi direttivi, similmente a quanto previsto dai nostri artt. 76 e 77 Cost.) la legislazione delegata costituisce la maggiore fonte di violazione dei diritti fondamentali. Perciò, l’estensione della blanda efficacia della SOC a tale tipologia di legislazione ha portato alcuni a definirla il “buco nero dei diritti fondamentali”, ove la garanzia dei diritti fondamentali va a ridursi anziché ad ampliarsi. S. RAJANAYAGAM, *Does Parliament do enough? Evaluating statements of compatibility under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, (2015) 38 (3) *University of New South Wales Law Journal* pp. 1046-1077; in particolare, pp. 1074-1076.

³⁴⁸ Cfr. Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 9 (1).

³⁴⁹ G. WILLIAMS AND L. BURTON, *Australia’s exclusive model of parliamentary rights protection*, (2013) 34 *Statute Law Review* pp. 58-94; S. RAJANAYAGAM, *Does Parliament Do Enough? Evaluating Statements of Compatibility under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, (2015) 38 (3) *University of New South Wales Law Journal* pp. 1046-1077.

³⁵⁰ G. WILLIAMS AND L. BURTON, *Australia’s exclusive model of parliamentary rights protection*, cit., p. 81.

³⁵¹ Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 8 (5).

³⁵² In particolare, S. RAJANAYAGAM propone cinque criteri: scopo (i diritti protetti); portata (se le proposte di legge non governative o la legislazione delegata rientrano o meno nel campo di applicazione delle SOC); il contenuto (l’iter logico e il ragionamento che deve essere seguito nella redazione delle SOC); l’integrazione (in quale punto deve entrare in gioco l’obbligo della SOC) e infine la responsabilità (a chi spetta il dovere di rendere questa SOC). Di questi cinque criteri, solo tre (scopo, portata e responsabilità) sono soddisfatti dallo *Scrutiny Act 2011*. S. RAJANAYAGAM, *Does Parliament do enough? Evaluating statements of compatibility under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, cit., p. 1052.

dichiarazioni alla nozione di “extrinsic material” prevista dalla s 15AB dell’Acts Interpretation Act 1901 (Cth).³⁵³

Dal punto di vista del parametro, nella legge non si ha un vero e proprio “catalogo” ma un rinvio generico, come raccomandato dal Brennan Committee, “a qualunque diritto tra quelli previsti dai sette trattati internazionali su diritti fondamentali” che l’Australia ha ratificato,³⁵⁴ salvo il caso in cui “il Governo federale abbia apposto delle riserve rispetto ad un determinato diritto”.³⁵⁵

Anche questo “rinvio generico” presenta molte criticità. Molti di questi diritti sono previsti in una o più carte, con conseguenti sovrapposizioni che vanno a penalizzare la qualità della tutela.³⁵⁶ Non è chiaro, poi quali regole devono seguire gli operatori del diritto nei rapporti con gli altri organi deputati all’esecuzione di queste carte internazionali, tra cui spiccano le decisioni del Comitato delle Nazioni Unite.³⁵⁷

Un altro problema è posto poi dalle già citate section 8 (4) e 9 (3) dello Scrutiny Act, le quali prevedono espressamente che le SOCs non sono vincolanti per nessuna corte o tribunale del Commonwealth³⁵⁸ e che l’assenza di una SOC non inficia la validità della legge.³⁵⁹ Tuttavia, come giustamente notato da alcuni,³⁶⁰ entrambe le previsioni non escludono in alcun modo l’operatività della s 15AB dell’Acts Interpretation Act 1901 (Cth),³⁶¹ per cui i soggetti ivi indicati possono, nell’interpretazione di una legge, considerare gli “extrinsic materials”, tra cui gli “explanatory memoranda”, lavori preparatori e gli altri documenti che vengono presentati alle Camere al momento della discussione (come le SOC), se tali

³⁵³ D. MEAGHER, *The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) and the Courts*, cit. p. 5.

³⁵⁴ Si veda *supra* nota 276.

³⁵⁵ *National Human Rights Consultation Report 2009*, Recommendation 22.

³⁵⁶ S. RAJANAYAGAM, *Does Parliament Do Enough? Evaluating Statements of Compatibility under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, (2015) 38 (3) *University of New South Wales Law Journal* cit., pp. 1071-1073.

³⁵⁷ Ad esempio, le decisioni dello United Nations Human Rights Committee. S. RAJANAYAGAM, *Does Parliament Do Enough? Evaluating Statements of Compatibility under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, cit., p. 1060.

³⁵⁸ Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 8(3).

³⁵⁹ Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth), s 9 (4). Sul punto si veda, D. MEAGHER, *The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) and the Courts*, (2013) 42 *Federal Law Review* pp. 1-25.

³⁶⁰ D. MEAGHER, *The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) and the Courts*, cit., pp. 5-7.

³⁶¹ Acts Interpretation Act 1901 (Cth), s 15 AB “Use of extrinsic material in the interpretation of an Act”, che dispone la possibilità per i giudici di ricorrere a materiali estrinseci al processo – quindi non formati all’interno del processo- che siano di aiuto nel processo ermeneutico.

materiali sono idonei ad assistere l'interprete nell'individuazione del significato della disposizione.”³⁶²

In conclusione possiamo affermare che la tutela federale corrisponde al modello parlamentare “puro”, per cui il contenuto dei diritti e le relative modalità di tutela vengono definite dall'organo politico democraticamente eletto e al giudice non rimane che lo strumento ermeneutico con le regole che abbiamo visto.³⁶³ Per comprendere la complessa interazione il piano federale e quello statale, occorre guardare alla “prassi” delle corti australiane e alle soluzioni adottate della giurisprudenza per armonizzare i due livelli di tutela.

V.5. Un caso esemplare: *Momčilovic v The Queen*

Ebbene, per comprendere appieno quale sia lo stato attuale del modello australiano di tutela dei diritti e, più nello specifico, il ruolo del giudice in tale modello è esemplare il caso del 2011 *Momčilovic v The Queen (Momčilovic)*.³⁶⁴

Prima di passare all'analisi della sentenza, occorre fare alcune premesse. *Momčilovic* è stato uno dei casi recenti di più alto profilo costituzionale affrontati dalla High Court of Australia. L'udienza è durata quattro giorni e si è avuto un numero record di interventori: sei Attorney Generals (uno per la Federazione e cinque per gli stati del Western Australia, New South Wales, Tasmania, South Australia e il territorio Australian Capital Territory).³⁶⁵ La sentenza in sé si presenta come particolarmente complessa: è composta da sei opinioni separate³⁶⁶ e affronta una serie di questioni di grande rilevanza costituzionale che, per ovvi motivi, non è qui possibile trattare nello specifico. Pertanto, in questo lavoro si è scelto di affrontare solo due profili del caso: la costituzionalità delle ss 32 (da sola e/o in combinato disposto con la s 7 (2)) e 36 della Victoria Charter of Human

³⁶² Explanatory Memorandum, Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Bill 2010 (Cth).

³⁶³ Vedi *supra* in questo capitolo § V.4, 4.1).

³⁶⁴ *Momčilovic v The Queen* [2011] HCA 34 (*Momcilovic*).

³⁶⁵ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit., pp. 2-3.

³⁶⁶ I Justices della High Court sono sette al momento. Sebbene tutti abbiano concluso nel merito in senso concorde; ciascuno dei Justices ha redatto un'opinione separata, tranne le Justices Crennan e Kiefel che hanno redatto una joint opinion (at 503-658).

Rights and Responsibilities (VCHRR) e l’impatto del principio di *Kable* sull’esercizio della giurisdizione federale da parte delle corti statali.

Dunque, partiamo da una breve ricognizione dei fatti del caso e dell’iter giudiziale. Durante una perquisizione nel suo appartamento, la signora Momčilovic era stata trovata in possesso di una notevole quantità di metanfetamine per cui venne accusata di “possesso di stupefacenti con l’aggravante della detenzione ai fini di spaccio” ai sensi della s 71AC in combinato disposto con la s 73 (2) del Drugs, Poisons and Controlled Substances Act 1981 (Vic) (Drugs Act). Infatti, ai sensi di quest’ultima disposizione si presumeva automaticamente che chi detenesse una determinata quantità di sostanze stupefacenti (tra cui le metanfetamine) la detenesse ai fini di spaccio.³⁶⁷ La signora Momčilovic si difese asserendo di non essere stata a conoscenza della presenza della sostanza proibita nel suo appartamento. Tuttavia, la County Court of Victoria ritenne applicabile l’inversione dell’onere della prova prevista dalla s 5 del Drugs Act,³⁶⁸ istruendo la giuria a considerare tale onere come onere sostanziale e non mero onere di allegazione del mezzo di prova. Non essendo stata in grado di dimostrare la propria estraneità ai fatti, la signora venne condannata a due anni e tre mesi di reclusione. In sede di appello alla Victorian Court of Appeal, la difesa della signora Momčilovic affermò che l’interpretazione della s 5 del Drugs fatta del giudice di prime cure era contraria alla presunzione di innocenza stabilita dalla s 25 (1) della VCHRR³⁶⁹ e chiedeva che la disposizione venisse interpretata in senso conforme alla Charter in ossequio al nuovo obbligo ermeneutico previsto dalla s 32(1) della VCHRR.³⁷⁰ La difesa chiedeva che la corte operasse il “reading down” della s 5 affinché l’onere della prova venisse considerato un mero onere di allegazione.³⁷¹ La Court of Appeal rigettò l’appello e confermò la decisione di

³⁶⁷ Come il lettore avrà già notato, i fatti del caso sono molto simili ai già noti casi *Hansen* della Supreme Court della Nuova Zelanda e *Lambert* deciso dalla House of Lords del Regno Unito. Si veda *supra* Cap. III, § III.5, 5.3) e Cap. IV, § IV.4, 4.2).

³⁶⁸ Drugs, Poisons and Controlled Substances Act 1981 (Vic), s 5 – “Any substance shall be deemed for the purpose of this Act to be in the possession of person so long as it is upon any land or premises occupied by him or is used, enjoyed or controlled by him in any place whatsoever, unless the person satisfies the court to the contrary.”

³⁶⁹ Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006, s 25 (1).

³⁷⁰ Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006, s 32.

³⁷¹ VICTORIAN GOVERNMENT SOLICITOR’S OFFICE, *Case Note – Momčilovic v The Queen [2011] HCA 34 (8 september 2011)*, pp. 1-7, reperibile online sul sito <https://www.vgso.vic.gov.au/>, (27 luglio 2018); p. 2.

primo grado,³⁷² dichiarando incompatibile ai sensi della s 36 (2) della VCHRR³⁷³ la s 5 del Drugs Act perché violava la presunzione di innocenza ex s 25 (1) della stessa Charter.³⁷⁴ L'imputata ha fatto dunque appello alla High Court federale asserendo che la Court of Appeal di Victoria non aveva ottemperato all'obbligo ermeneutico ex s 32 (1) VCHRR.

Ebbene, in punto di diritto, la maggioranza della High Court ha dato ragione alla signora Momčilovic affermando che la s 5 non era applicabile nei casi previsti dalla s 71AC del Drugs Act, annullando la condanna e disponendo che venisse istruito un nuovo processo davanti alla County Court.³⁷⁵ Tuttavia, la High Court ha escluso che la s 5 potesse essere interpretata conformemente ex s 32 (1), risolvendo la questione secondo gli "ordinary principles of construction", tra cui deve essere annoverata anche la s 32 (1) VCHRR.³⁷⁶ La Corte ha infatti colto l'occasione di questo caso per affrontare, una volta per tutte, le disposizioni cardine della Victorian Charter, svolgendo una serie di considerazioni che, sebbene abbiano la forma di obiter dicta, si rivelano essenziali nella comprensione degli attuali sviluppi del modello australiano di tutela dei diritti.

In particolare, la Corte si è soffermata sulla compatibilità delle ss 32 (1) e 36 (2) della VCHRR con i principi di *Kable*, nell'ottica di una possibile adozione di un catalogo dei diritti a livello federale.³⁷⁷ Per quanto riguarda la s 32 (1), la Corte ha analizzato la disposizione sotto due profili, entrambi di rilevanza costituzionale (oltre ad un "terzo" profilo di natura procedurale, emerso in sede d'appello).

Il primo concerneva la natura della s 32(1), ovvero se essa potesse essere considerata come un nuovo canone ermeneutico, formulato ad hoc per i diritti fondamentali (la c.d. "remedial interpretation" coniata dalla House of Lords in *Ghaidan*³⁷⁸) oppure se un tale riconoscimento avrebbe comportato un eccessivo squilibrio tra i poteri dello Stato, posta la concezione australiana della statutory

³⁷² *R v Momčilovic* (2010) 25 VR 436, at 469.

³⁷³ Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006, s 36 (2).

³⁷⁴ *R v Momčilovic* (2010) 25 VR 436, at 478.

³⁷⁵ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 73; per Gummow J at 199-200; per Hayne J at 297; per Crennan e Kiefel JJ at 611-2.

³⁷⁶ La High Court australiana ha deciso in linea con la Supreme Court neozelandese nel caso *Hansen* anziché seguire dunque la scia britannica del caso *Lambert*. Vedi *supra* cap. III, § III.5, 5.3) e Cap. IV, § IV.4, 4.2).

³⁷⁷ Al momento della decisione il Parlamento federale non aveva ancora adottato lo Scrutiny Act 2011 e stava ancora considerando i suggerimenti del Brennan Committee.

³⁷⁸ Come noto, l'espressione è stata coniata da Lord Steyn in *Ghaidan* [2004] UKHL 30 at 50; vedi *supra* Cap. IV, § IV.4, 4.1).

interpretation di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente.³⁷⁹ Il problema nasce dal fatto che concepire la s 32 (1) come “remedial interpretation” nel senso affermato dalla House of Lords britannica in *Ghaidan*³⁸⁰ avrebbe significato permettere al giudice di esulare dal significato letterale o grammaticale alla ricerca di un significato “altro”, “più compatibile” con i diritti fondamentali contenuti nella Victorian Charter. In occasione di tale analisi, la High Court ha ritenuto opportuno valutare anche la costituzionalità del potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità sensi della s 36 (2).

Il secondo profilo, invece, concerneva i rapporti della s 32 (1) con la s 7 (2) della stessa Charter. In particolare, la Corte si è interrogata sul ruolo (se ne aveva uno) di quest’ultima disposizione nel procedimento ermeneutico previsto dalla s 32 (1). Si ricorda che la s 7 (2) della VCHRR contiene quella che abbiamo chiamato “general limitation clause”³⁸¹ e che i commentatori australiani chiamano “justification provision”,³⁸² per cui i diritti contenuti nella VCHRR possono essere soggetti a “such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society based on human dignity, equality and freedom”.³⁸³ La disposizione era stata “evocata” dall’Attorney-General dello Stato di Victoria, il quale affermava che la s 5 del Drugs Act costituiva un limite ad un diritto fondamentale ragionevole e perfettamente giustificabile in una società libera e democratica ai sensi della s 7 (2).³⁸⁴

Infine, in sede di appello alla High Court federale era emerso un ulteriore profilo meritevole di analisi: l’esercizio della giurisdizione federale da parte delle corti statali. Infatti, solo a seguito del rilievo da parte dell’Attorney-General del Western Australia, le parti si sono “accorte” che la trial court e la Court of Appeal di Victoria stavano esercitando giurisdizione federale.³⁸⁵ Di conseguenza, a seconda di come si fosse deciso sulla natura della s 32 e della s 36 (2) e sul ruolo della s 7 (2) occorreva poi verificare che la natura di tali “poteri” fosse compatibile con l’esercizio del potere giudiziario federale secondo il principio costituzionale

³⁷⁹ Vedi *supra* Cap. V, § V.4, 4.1).

³⁸⁰ Vedi *supra* Cap. IV, § IV.4, 4.1).

³⁸¹ Vedi *supra* Cap. II, § II.3.1; §§ 3.1.2) e 3.1.3).

³⁸² W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 6.

³⁸³ Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006, s 7 (2).

³⁸⁴ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 31.

³⁸⁵ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 10.

di *Kable*.³⁸⁶ In particolare, era molto importante stabilire la natura del procedimento ermeneutico ex s 32 e verificare che fosse ascrivibile alla categoria di “judicial power” secondo i già noti criteri di *Kable*.³⁸⁷ In caso contrario, il meccanismo di “picking up” della s 79 del Judiciary Act non avrebbe potuto operare e quindi tale potere sarebbe stato dichiarato costituzionalmente illegittimo. Ebbene, sei dei sette giudici (i Justices Gummow, Hayne, Crennan, Kiefel e Bell, più il Chief Justice French)³⁸⁸ hanno negato che la s 32 (1) costituisse un nuovo canone ermeneutico, simile a quello adottato dalla House of Lords in *Ghaidan*, preferendo ricondurlo al consolidato principle of legality. L’unica opinione dissenziente sul punto è quella del Justice Heydon, che ha riconosciuto la s 32 (1) come nuovo canone di “remedial interpretation”, anche se solo per confermarne l’incostituzionalità.³⁸⁹

Lo scarto tra maggioranza e minoranza si è sensibilmente ridotto nella decisione del secondo profilo. Infatti, quattro giudici (Gummow, Hayne, Heydon e Bell)³⁹⁰ hanno ritenuto applicabile la s 7 (2) al procedimento ermeneutico ex s 32 mentre tre (Crennan, Kiefel e il Chief Justice French)³⁹¹ hanno escluso tale possibilità. Tuttavia, alcuni giudici hanno deciso sulla prima questione in un modo e sulla seconda in un altro, complicando ancora di più l’individuazione dell’orientamento “maggioritario” sulla costituzionalità delle ss 32(1) e 36 (2).³⁹² Ne è un esempio l’opinione dissenziente del giudice Heydon, per il quale la s 32 (1) deve ritenersi costituzionalmente illegittima proprio alla luce della sua applicazione in combinato disposto con la s 7 (2).

³⁸⁶ J. DEBELJAK, *Proportionality, Rights-Consistent Interpretation and Declaration under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: The Momčilovic Litigation and Beyond*, (2014) 40 *Monash University Law Review* pp. 340-388; p. 353; W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 12.

³⁸⁷ Si veda *supra* Cap. V, § V.3, 3.1).

³⁸⁸ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 46 e 62; per Gummow J at 170-1; per Hayne J at 280; per Crennan e Kiefel JJ at 544-5 e per Bell J at 684.

³⁸⁹ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 450.

³⁹⁰ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Gummow J at 168; per Hayne J at 280; per Heydon J at 426-7; per Bell J at 683-4.

³⁹¹ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 35 e 59, per Crennan e Kiefel JJ at 568-576.

³⁹² W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 13.

Pertanto è opportuno partire proprio dalla posizione di quest'ultimo, poiché in essa sono contenute le “silent premises” dell'opinione di maggioranza circa la natura della s 32 (1).³⁹³

Innanzitutto, il giudice Heydon ritiene che il “vero” oggetto dell'analisi debba essere la s 7 (2), ritenuta strumento cardine dell'iter ermeneutico ex s 32 (1) e la cui analisi è preliminare a quella della s 32 (1).³⁹⁴ Egli ritiene la s 7 (2) incostituzionale per due motivi.

Il primo riguarda il lessico scelto dal legislatore statale per la formulazione della norma. Le espressioni “demonstrably justified”, “free and democratic society” e “based on human dignity, equality and freedom” sono troppo vaghe e sono perciò considerate dal Justice Heydon:

“highly general, indeterminate, lofty, aspirational and abstract [...] nebulous, turbid and cloudy.”³⁹⁵

Di conseguenza, tali espressioni non forniscono al giudice criteri certi e oggettivi cui rifarsi nella valutazione della ragionevolezza dei limiti e, perciò, non conferiscono una funzione che integri le caratteristiche di “judicial power”.³⁹⁶

Il secondo riguarda la natura degli interessi che devono essere bilanciati (“balanced and weighed”) secondo il test di proporzionalità previsto dalla s 7 (2). Secondo Heydon J la definizione dei concetti di “pubblica utilità”, “interesse pubblico” o “valori etici e morali” - ed il loro reciproco bilanciamento- non possono essere rimessi alle corti, ma devono ritenersi di esclusiva competenza del legislatore. Di conseguenza, nell'attribuire ai giudici statali la valutazione sulla “ragionevolezza” di un limite legislativo ad un diritto fondamentale, la s 7 (2) “chiede” loro di agire come legislatori. Pertanto, il Justice Heydon afferma che:

“Thus s 7(2) creates difficult tasks. It imposes them on judges. But they are not tasks for judges. They are tasks for a legislature. Section 7(2) reveals that the Victorian legislature has failed to carry out for itself the tasks it

³⁹³ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 13.

³⁹⁴ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 426-8.

³⁹⁵ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 429-430.

³⁹⁶ Si vada *supra* Cap. V, § V.3, 3.1), nota 161.

describes. Instead of doing that, it has delegated them to the judiciary. Because the delegation is in language so vague that it is essentially untrammelled, it is invalid. It contemplates the making of laws by the judiciary, not the legislature. It will lead to debates in which many different positions could be taken up. They may be debates on points about which reasonable minds may differ. They may be debates in which very unreasonable minds may agree. They are debates that call for resolution by legislative decision.”³⁹⁷

La s 7 (2) conferisce quindi una funzione prettamente legislativa – e non giudiziale - ad una corte statale che la snatura come organo, minandone l’integrità istituzionale.³⁹⁸ Tale attribuzione viola il principio costituzionale di *Kable*, nella misura in cui una corte che esercita competenza federale è chiamata ad esercitare una funzione avente natura “legislativa”, violando la rigida “separation of federal judicial power”.

Di conseguenza, stante la centralità della s 7 (2) all’interno dell’iter ermeneutico previsto dalla s 32 (1), anche quest’ultima deve ritenersi incostituzionale.³⁹⁹ Ma non solo.

Il giudice Heydon prosegue affermando che, anche considerando la s 32 (1) da sola, essa sarebbe comunque incostituzionale per violazione del medesimo principio. Ciò in ragione del fatto che, a dispetto della maggioranza, il giudice Heydon riconosce alla s 32 (1) la natura di nuovo canone di “remedial interpretation”, giustificando la sua posizione con un’interessante distinzione tra “significato” (“meaning”) e “scopo” (“purpose”) della norma oggetto dell’interpretazione adeguatrice ex s 32 (1).⁴⁰⁰

Com’è noto la lettera della s 32 (1) impone al giudice di ricercare l’interpretazione conforme ai diritti umani contenuti nella Victorian Charter per quanto ciò sia

³⁹⁷ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 431.

³⁹⁸ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 436.

³⁹⁹ A dire il vero, il giudice ritiene l’intera Charter incostituzionale: “Section 7(2) is thus invalid. Since s 7(2) is part of the process contemplated by s 32(1), so is s 32(1). That renders the whole Charter invalid, for the main operative provisions are connected with both ss 7(2) and 32(1). It is not possible to apply s 6(1) of the Interpretation of Legislation Act 1984 (Vic) to save the balance of the Charter, for its operation without s 7(2) would be relevantly different.” Cfr, *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 439.

⁴⁰⁰ E’ esplicito qui il rinvio alla decisione in *Ghaidan* della House of Lords, cfr. *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 447-454.

possibile “consistently with [the statutory provisions’s] purpose”.⁴⁰¹ Secondo Heydon, dunque, la s 32 (1) richiede al giudice di compiere una precisa operazione ermeneutica che non è volta all’individuazione del “significato” della norma. Al contrario, il giudice deve interpretare la disposizione in modo da dare effetto ad uno “scopo” (“purpose”) più ampio – nella specie, rendere la norma conforme ai diritti contenuti nella Charter- cambiandone, ove necessario, anche il “significato” (“meaning”).⁴⁰² Il Justice Heydon nota:

“446. The difficulty is that s 32(1) refers to "purpose" but not "meaning". [...]450. [...] Section 32(1) must, like the Charter as a whole, be interpreted amply, not restrictively. Section 32(1) does not say "consistently with their language" or "consistently with their meaning", but "consistently with their purpose" – a much wider expression. Further, there would be no point in s 32(1) unless its function was to go further than the common law principle of legality by which legislation is assumed not to affect human rights unless clear words are used. The function of s 32(1) evidently is to make up for the putative failure of the common law rules by legitimising reliance on a much broader kind of "purposive" interpretation going beyond the traditional search for "purpose" as revealed in the statutory words.”⁴⁰³

In altre parole:

“Section 32(1) commands the courts not to apply statutory provisions but to remake them – an act of legislation.”⁴⁰⁴

In altri termini, per il Justice Heydon la s 32 (1) non si limita a fornire un nuovo criterio ermeneutico, ma configura anch’essa una nuova competenza “legislativa” per le corti, incappando così nella sanzione di incostituzionalità per violazione del principio di *Kable*:

⁴⁰¹ Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities (Vic) 2006, s 32 (1).

⁴⁰² *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 450.

⁴⁰³ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 446 e 450.

⁴⁰⁴ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 450.

“to interpret legislation as having a meaning which is in truth not the actual meaning, but a desired modification of it, is to legislate. The appellant’s submission was correct to interpret s 32 (1) widely. But on that interpretation it is invalid because the conferral of legislative functions on the courts alters their character.”⁴⁰⁵

Dunque, l’unico giudice che parrebbe accogliere un’interpretazione ampia della s 32 (1), sulla scia della decisione in *Ghaidan*, conclude però per la sua incostituzionalità a livello federale. Inoltre, per il giudice Heydon tale incostituzionalità si riverba sull’intero atto (la Charter), che risulta incostituzionale anche’esso.⁴⁰⁶

Passiamo ora all’opinione di maggioranza, o, meglio, alle opinioni della maggioranza. Infatti, i Justices Gummow, Hayne, Crennan, Kiefel e Bell, assieme al Chief Justice French hanno redatto un’opinione ciascuno⁴⁰⁷ illustrando la propria posizione. Tutti e sei hanno rigettato la richiesta dell’appellante in merito alla s 32 (1), ritenendo tale canone ermeneutico una nuova articolazione del principle of legality.⁴⁰⁸ A tal fine, il “purpose” di cui parla la norma è stato ascritto alla più familiare nozione di “intention of the legislator”, individuato alla luce dell’oggetto e dello scopo della legge e secondo i classici criteri di statutory interpretation.⁴⁰⁹ Pertanto, si esclude espressamente un ulteriore, più ampio, ambito di applicazione per la s 32 (1) (ad esempio, come “remedial interpretation”), confinandola nei limiti dello schema ermeneutico della statutory interpretation. In particolare, l’interpretazione adeguatrice sarebbe ascrivibile alla

⁴⁰⁵ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 454.

⁴⁰⁶ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Heydon J at 454 e 456.

⁴⁰⁷ Come già detto, le Justices Crennan e Kiefel hanno redatto un’opinione condivisa.

⁴⁰⁸ Accogliendo così quanto affermato già in secondo grado dalla Victorian Court of Appeal, cfr. *R v Momčilovic* (2010) 25 VR 436 at 459. *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 51: “The Court of Appeal was essentially correct in its treatment of s 32(1).” Data la corposità delle singole opinioni dei giudici, non è qui possibile analizzarle tutte nel dettaglio. Ai fini del lavoro, verrà essenzialmente considerata l’opinione del Chief Justice French – con i dovuti rinvii alle altre opinioni ove opportuno- che più rileva sotto il profilo del rapporto tra principle of legality ed interpretatione adeguatrice ex s 32 (1).

⁴⁰⁹ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Gummow J at 170: “However, the reference to “purpose” in such a provision as s 32(1) is to the legislative “intention” revealed by consideration of the subject and scope of the legislation in accordance with principles of statutory construction and interpretation.”

presunzione per cui il Parlamento non intende mai interferire con l'esercizio delle libertà fondamentali (il già noto principle of legality).⁴¹⁰

L'unica differenza, nota il giudice Gummow - con cui gli altri concordano⁴¹¹ è che la regola ermeneutica in parola costituisce:

“a canon of construction mandated, not by the common law, but by a specific provision such as s 32(1).”⁴¹²

Per il resto, l'obbligo ermeneutico ex s 32 (1) opera come il principle of legality, nei confronti dei diritti fondamentali contenuti nella Charter anziché nei confronti delle libertà di common law.⁴¹³ Come afferma il Chief Justice French:

“Section 32(1) does what Lord Hoffmann and the other Law Lords in *Wilkinson* said s 3 of the HRA does. It requires statutes to be construed against the background of human rights and freedoms set out in the Charter in the same way as the principle of legality requires the same statutes to be construed against the background of common law rights and freedoms. The human rights and freedoms set out in the Charter in significant measure incorporate or enhance rights and freedoms at common law. Section 32(1) applies to the interpretation of statutes in the same way as the principle of legality but with a wider field of application.”⁴¹⁴

Non a caso, per spiegare il meccanismo operativo della s 32 (1), il giudice Gummow richiama l'argomentazione della maggioranza della High Court nel già noto caso *Project Blu Sky*⁴¹⁵ - “versione australiana” del caso britannico *Ex parte Simms*:

⁴¹⁰ Vedi *supra* Cap. V, § v.4, 4.1). K. GLEDHILL, *Rights-Promoting Statutory Interpretative Obligations and the Principle of Legality*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Sydney, Federation Press, 2017, pp. 93-113.

⁴¹¹ *Momčilovic c* [2011] HCA 34 per French CJ at 46 e 62; per Hayne J at 280; per Crennan e Kiefel JJ at 565-6 e per Bell J at 684.

⁴¹² *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Gummow J at 170.

⁴¹³ *Coco v The Queen* (1994) 179 CLR 427 at 437. J. BASTEN, *The Principle of Legality – Unhelpful Label?*, in D. MEAGHER; M. GROVES (EDS), *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, cit., pp. 74-92; pp. 86-7.

⁴¹⁴ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 51.

⁴¹⁵ *Project Blue Sky Inc v Australian Broadcasting Authority* (1998) 194 CLR 355 at 384.

“The duty of a court is to give the words of a statutory provision the meaning that the legislature is taken to have intended them to have. Ordinarily, that meaning (the legal meaning) will correspond with the grammatical meaning of the provision. But not always. The context of the words, the consequences of a literal or grammatical construction, the purpose of the statute or the canons of construction (*Coco v The Queen* (1994) 179 CLR 427 at 437) may require the words of a legislative provision to be read in a way that does not correspond with the literal or grammatical meaning.”

Tutti e sei i Justices concludono infine affermando che, data la natura di “principle of statutory interpretation” della s 32 (1), tale disposizione non conferisce una funzione legislativa in conflitto con l’esercizio della funzione giudiziale e perciò, deve ritenersi costituzionalmente legittima.⁴¹⁶ Sotto questo profilo quindi la High Court ha scelto volutamente di non seguire l’esempio della House of Lords in *Ghaidan*, preferendo citare il più prudente approccio dei Lords in *Wilkinson*.⁴¹⁷ Passiamo ora al secondo profilo, che riguarda il ruolo della s 7 (2) VCHRR. Ebbene, come già detto, la Corte si è spaccata (4-3), con la strettissima maggioranza di quattro giudici⁴¹⁸ che ha ritenuto la s 7 (2) come parte integrante del procedimento ermeneutico ex s 32 (1) e tre giudici⁴¹⁹ che invece hanno ritenuto le due disposizioni “indipendenti” l’una dall’altra.⁴²⁰ Tuttavia, questa maggioranza si è rivelata “debole” visto che uno dei giudici, il Justice Heydon, ha poi concluso per l’incostituzionalità della s 32 (1), mentre gli altri sono “confluiti” nella maggioranza che ha riconosciuto all’interpretazione adeguatrice natura di “canon of ordinary interpretation”. Pertanto, escluso

⁴¹⁶ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 46 e 62; per Hayne J at 280; per Crennan e Kiefel JJ at 544-5 e per Bell J at 684.

⁴¹⁷ J. DEBELJAK, *Proportionality, Rights-Consistent Interpretation and Declarations under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: The Momčilovic Litigation and Beyond*, cit., pp. 360- e p. 364.

⁴¹⁸ Di cui fanno parte i Justices Gummow, Hayne, Heydon e Bell.

⁴¹⁹ Le Justices Crennan e Kiefel e il Chief Justice French.

⁴²⁰ J. DEBELJAK, *Proportionality, Rights-Consistent Interpretation and Declarations under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: The Momčilovic Litigation and Beyond*, cit., pp. 365-371.

Heydon, individuare l'orientamento "maggioritario" della Corte in merito alla s 7 (2) risulta particolarmente difficile.⁴²¹

Da una parte, parrebbe possibile affermare che tutti i membri della Corte – ad esclusione del giudice Heydon- ritengono che la s 32 (1) costituzionalmente legittima, anche se separata dalla s 7 (2). Tuttavia, solo il Chief Justice French⁴²² e le Justices Crennan e Kiefel⁴²³ hanno affermato che la s 7 (2) debba essere sempre interpretata separatamente dalla s 32 (1), perché questa conferisce una funzione legislativa alle corti che violerebbe il principio di *Kable*.⁴²⁴ Anche se solo il Chief Justice ha espressamente escluso la possibilità di un "ruolo" della s 7 (2) nell'iter ex s 32 (1). Infatti, egli ha preso le mosse dal Second Reading Speech del Parlamento di Victoria, in cui è avvenuto il dibattito sull'approvazione della Charter,⁴²⁵ rilevando che:

"The Second Reading Speech did not spell out the context in which courts would be called on to make such decisions [deciding when a limitation arising under the law is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society] ."⁴²⁶

Pertanto, il Chief Justice ha concluso per l'irrilevanza della s 7 (2) ai fini dell'interpretazione adeguatrice ex s 32 (1) poiché:

"The logical structure of s 7(2) is such that it cannot be incorporated into the content of the rights and freedoms set out in the Charter. The compatibility which is to be sought in applying s 32(1) is compatibility "with human rights". Section 7(2) cannot inform the interpretive process

⁴²¹ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 16.

⁴²² *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 35.

⁴²³ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Crennan e Kiefel JJ at 573-4 e 575.

⁴²⁴ Infatti, il Chief Justice French ha affermato che: "[...] justification of limitations on human rights is a matter for the Parliament. That accords with the constitutional relationship between the Parliament and the judiciary which, to the extent that it can validly be disturbed, is not to be so disturbed except by clear words"; mentre Justices Crennan e Kiefel hanno affermato che: "The approach suggested [to s 7 (2)] is simply to alter the words to achieve a different outcome. Such an approach is not warranted by the requirements of the process of construction. The Court of Appeal was correct to observe that to do so would involve something approaching a legislative function." *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 36 e per Crennan e Kiefel JJ at 581.

⁴²⁵ VICTORIA, LEGISLATIVE ASSEMBLY, *Parliamentary Debates (Hansard)*, 4 May 2006, § 1291.

⁴²⁶ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 24.

which s 32(1) mandates. The question whether a relevant human right is subject to a limit which answers the criteria in s 7(2) can only arise if the statutory provision under consideration imposes a limit on its enjoyment.”⁴²⁷

Al contrario, le due Justices pur negando l’operatività della s 7 (2) come strumento ermeneutico che coadiuva il giudice nella ricerca dell’interpretazione conforme alla Charter, hanno lasciato aperta la possibilità che essa possa operare in combinato disposto con altre disposizioni.⁴²⁸ In buona sostanza, Crennan e Kiefel hanno affermato che il procedimento ex s 32 (1) consiste nel verificare:

“whether it is possible, without straining the language and consistently with the purpose of the provision, to give the statutory provision a meaning that does not limit human rights.”⁴²⁹

Tuttavia, è bene notare che queste considerazioni sono state fatte in forma di “obiter dicta” dai Justices e non è chiaro, commenta la dottrina, quale potrebbe essere la loro posizione se venisse loro nuovamente sottoposta la questione.⁴³⁰ Di conseguenza, non c’è un’effettiva maggioranza né sulla costituzionalità della s 7 (2) né sul suo possibile ruolo (ammesso che ne abbia uno) nel procedimento ex s 32 (1).⁴³¹

Infine, occorre analizzare la posizione della Corte rispetto al potere di emanare dichiarazioni di incompatibilità ex s 36 (2) VCHRR. In particolare, la High Court si è interrogata circa la compatibilità di tale potere con il requisito della “institutional integrity of the court” previsto da *Kable*. Sul punto, il Chief Justice ha lucidamente delineato i termini della questione:

⁴²⁷ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 35.

⁴²⁸ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Crennan e Kiefel JJ at 571.

⁴²⁹ VICTORIAN GOVERNMENT SOLICITOR’S OFFICE, *Case Note – Momčilovic v The Queen* [2011] HCA 34 (8 september 2011), cit., p.4; *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Crennan e Kiefel JJ at 571-3.

⁴³⁰ In particolare, è incerto come il Chief Justice French, Crennan e Kiefel deciderebbero sulla costituzionalità della s 7 (2) in combinato disposto con la s 32 (1). W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 17.

⁴³¹ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 16.

“As explained in this Court in a line of decisions beginning with *Kable*, the placement of the courts of the States in the integrated national judicial system created by Ch III of the Constitution constrains the range of functions which can be conferred upon those courts. They cannot be authorised or required to do things which substantially impair their institutional integrity and which are therefore incompatible with their role as repositories of federal jurisdiction. Legislation impairs the institutional integrity of a court if it confers upon it a function which is repugnant to or incompatible with the exercise of the judicial power of the Commonwealth. In particular, a State legislature cannot enact a law conferring upon a State court or a judge of a State court a non-judicial function which is substantially incompatible with the judicial functions of that court.”⁴³²

Ebbene, tutti i giudici si sono trovati d'accordo nel negare al potere di emettere dichiarazioni di incompatibilità la qualifica di “judicial power”,⁴³³ poichè la dichiarazione emessa ai sensi della 36 (2) non produce alcun effetto ai fini della risoluzione della controversia pendente né fornisce alcun rimedio concreto alle parti.⁴³⁴ Manca quindi della caratteristica essenziale di qualsiasi “judicial power” ossia “the power... to decide controversies between [the Crown’s] subjects, or between [the Crown] and its subjects [...] to give a binding and authoritative decision whether subject to appeal or not”).⁴³⁵ Né può essere considerata “judicial in character” - categoria che racchiude tutti quei poteri che, per analogia o per consolidata prassi giudiziale, sono considerati anch’essi come “poteri giudiziali”-

⁴³² *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 93.

⁴³³ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 80 e 89; per Gummow J at 178; per Hayne J at 290; per Heydon J at 457; per Crennan e Kiefel JJ at 584 e per Bell at 661.

⁴³⁴ Come noto la s 36 (5) della VCHRR, specularmente alla s 4 dello HRA 1998, dispone che: “a declaration does not affect in any way the validity, operation or enforcement of the statutory provision in respect of which the declaration was made or create in any person any legal right or give rise to any civil cause of action.”

⁴³⁵ Cfr. *Huddart, Parker & Co Pty Ltd v Moorehead* (1909) 8 CLR 330 at 357. Per la definizione di “judicial power” si veda, in questo capitolo, la nota 161.

⁴³⁶ poiché manca totalmente il profilo dell'accertamento circa l'esistenza o meno di un diritto.⁴³⁷

Inoltre, cinque dei sette Justices si sono spinti oltre, affermando che la s 36 (2) non attribuisce neanche un “incidental non-judicial power” ovvero quel potere strumentale all'esercizio di un potere giurisdizionale, anche se di per sé non giudiziale.⁴³⁸ Ciò perché la s 36 (2) non assiste il giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale né facilita la risoluzione della controversia. Per cui, conclude il Chief Justice per la maggioranza:

“A declaration under s 36 does not enable nor support nor facilitate the exercise by the Court of its judicial function. Nor does it have any part to play in giving effect to the disposition of the proceedings by the Court. The declaration of inconsistent interpretation cannot be described as incidental or ancillary to the exercise, by the Supreme Court of Victoria, of its judicial power.”⁴³⁹

Di conseguenza, non rientrando in nessuna delle due categorie, il potere ex s 36 (2) non può essere impiegato dalla giudice statale nell'esercizio della giurisdizione federale perché recherebbe un grave pregiudizio all'integrità istituzionale della corte come organo espressione del potere giudiziario federale.⁴⁴⁰ Inoltre, ancora una volta, il meccanismo di “picking up” ex s 79 del Judiciary Act non opera per il limite cui si accennava sopra: non è possibile assimilare una legge che confligge con il disposto del testo costituzionale (nella specie, il Capitolo III e la sua articolazione in *Boilermakers*’).⁴⁴¹

⁴³⁶ E' il noto *Kirk* principle, con cui la High Court ha ricompreso nelle “essential characteristics of State Supreme Courts” anche quei poteri e competenze che la corte “historically exercised”. Così, A. MASON (SIR), *Foreword* in C. SAUNDERS, A. STONE (EDS.), *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, cit., pp. iii-ix; p. vii; *Kirk v Industrial Court (NSW)* [2010] HCA 1.

⁴³⁷ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 89.

⁴³⁸ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 90-1; per Gummow J at 187; per Hayne J at 280; per Heydon J at 457 e per Bell J at 661.

⁴³⁹ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 91.

⁴⁴⁰ J. DEBELJAK, *Proportionality, Rights-Consistent Interpretation and Declarations under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: The Momčilovic Litigation and Beyond*, cit., pp. 371.

⁴⁴¹ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 18.

Solo due giudici (Crennan e Kiefel) hanno ammesso la costituzionalità della s 36 (2) intesa come attribuzione di una funzione non giudiziale incidentale,⁴⁴² sulla base del seguente argomento: una dichiarazione ex s 36 (2) richiede la decisione di un conflitto interpretativo tra la Charter e la disposizione statale impugnata, perciò risulta “connessa” *ratione materiae* al procedimento ex s 32 (1).⁴⁴³ Per le due giudici tale nesso è sufficiente a qualificare il potere dichiarativo ex s 36 (2) come “incidentale” all’esercizio della funzione giurisdizionale. Di conseguenza le due Justices hanno concluso affermando che:

“It is not unknown for judges to incidentally pass comments upon conclusions they have reached about defects in legislation in the course of their reasons. Doing so in the course of a permissible exercise of judicial power is "a function properly regarded as incidental to the exercise of the power. " (*Wilson v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs* (1996) 189 CLR 1 at 20, fn 68)”⁴⁴⁴

Esclusa l’applicabilità della s 36 (2) nell’ambito della giurisdizione federale, la Corte ha proceduto a verificare la conformità al principio di *Kable* visto che si trattava di legislazione statale e di una corte statale.⁴⁴⁵

Anche su questo punto, la decisione è stata presa a maggioranza “risicata”: quattro giudici hanno ritenuto il potere ex s 36 (2) conforme ai requisiti di *Kable* e quindi costituzionalmente valida,⁴⁴⁶ contro tre che invece ne hanno dichiarato l’incostituzionalità.⁴⁴⁷ Qui la maggioranza ha ritenuto il potere ex s 36 (2) un “non-judicial incidental power” che non pregiudica l’integrità della corte come espressione del potere giudiziario statale. Sul punto, il Chief Justice French ha affermato:

⁴⁴² J. DEBELJAK, *Proportionality, Rights-Consistent Interpretation and Declarations under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: The Momčilovic Litigation and Beyond*, cit., p. 371.

⁴⁴³ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Crennan e Kiefel JJ at 590.

⁴⁴⁴ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Crennan e Kiefel JJ at 600.

⁴⁴⁵ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 19.

⁴⁴⁶ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 95-7; per Crennan e Kiefel JJ at 565-605 e per Bell J at 661.

⁴⁴⁷ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per Gummow J at 181 e 189; per Hayne J at 280 e per Heydon J at 439 e 457.

“The power conferred upon the Supreme Court of Victoria to make a declaration of inconsistent interpretation is ... a distinct non-judicial power. It provides a mechanism by which the Court can direct the attention of the legislature, through the Executive Government of Victoria, to disconformity between a law of the State and a human right set out in the Charter. The making of the declaration does not affect the Court's judicial function. It is consistent with the existing constitutional relationship between the Court, the legislature and the Executive.”⁴⁴⁸

Pertanto, per quando riguarda il “futuro” della dichiarazione di incompatibilità ex s 36 (2), occorre distinguere a seconda che la corte eserciti giurisdizione statale o federale. Nel primo caso, la High Court ha affermato con una maggioranza di di 4-3 che il potere ex s 36 (2), in quanto “non-judicial incidental power”, è conforme ai requisiti costituzionali enunciati in *Kable*. Nel secondo caso, la maggioranza della Corte (5-2) ha negato sia la natura di judicial power che di “incidental non-judicial power” – escludendo del tutto l’esercizio del potere ex s 36 (2) a livello federale - ad eccezione delle giudici Crennan e Kiefel, che invece ne hanno riconosciuto la natura di funzione ancillare all’esercizio della funzione giurisdizionale federale.⁴⁴⁹

Sebbene, il caso qui analizzato mostri tutta la complessità del sistema australiano di tutela dei diritti, si possono trarre alcune conclusioni.

In primo luogo, *Momčilovic* ribadisce la grande importanza della separation of judicial power in materia di tutela dei diritti fondamentali. Infatti, l’applicazione rigida della dottrina *Boilermakers’-Kable* riafferma il ruolo del Chapter III del Constitution Act come principale limite ai poteri e alle funzioni che il legislatore australiano – sia esso federale, statale o dei Territori – può conferire alle “sue” corti. Ciò si riflette anche sulla tutela concreta dei diritti fondamentali: più la corte sarà indipendente, autonoma e “avulsa” dalle questioni politiche o di politica del diritto, maggiore sarà il quantum di tutela assicurato ai diritti dei singoli. In questo

⁴⁴⁸ *Momčilovic* [2011] HCA 34 per French CJ at 95.

⁴⁴⁹ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; pp. 22-9.

senso, la “strict separation of federal judicial power” vincola anche il potere legislativo di “porre dei limiti” ai diritti fondamentali.⁴⁵⁰

Inoltre, *Momčilovic* mette in crisi il modello “dialogico” istituito dalle ss 32 e 36 della VCHRR, ponendolo in conflitto con il principio costituzionale della separation of federal judicial power e, soprattutto, risolvendo tale conflitto a favore del secondo – o per lo meno così parebbe. Ad esempio, in nome di tale principio si esclude la possibilità di adottare lo strumento della dichiarazione di incompatibilità a livello federale. In più, la Corte non ha chiarito quali siano gli effetti di una tale impostazione sulla Victorian Charter.⁴⁵¹

Infine, la presenza di molteplici livelli di analisi nelle sei opinioni rese dai giudici non rende semplice il lavoro delle corti inferiori. L’individuazione della ratio decidendi si rivela tutt’altro che semplice e si corre il rischio, avvertono alcuni, di una “eccessiva semplificazione” delle opinioni dei Justices, che invece richiedono un’attenta analisi - specialmente da parte di chi, a quelle opinioni, è vincolato.⁴⁵²

L’unica cosa certa è che, all’indomani della decisione in *Momčilovic*, la portata innovativa dell’obbligo ermeneutico ex s 32 (1) è sensibilmente ridotta – se non del tutto annullata.⁴⁵³ Infatti, nonostante sia stato un Parlamento statale a conferire alle corti un nuovo strumento (l’interpretazione adeguatrice) per migliorare la tutela dei diritti fondamentali, la High Court ha espressamente “rifiutato” tale nuovo potere, ribadendo la centralità del principle of legality e dei principi di statutory interpretation come strumenti per garantire adeguata tutela ai diritti fondamentali.⁴⁵⁴

V.6. Rilievi conclusivi: un modello ibrido in cui federalismo di stampo americano e forma di governo parlamentare “orgogliosamente” britannica

⁴⁵⁰ W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 40.

⁴⁵¹ Si veda sul punto, VICTORIAN GOVERNMENT SOLICITOR’S OFFICE, *Case Note – Momčilovic v The Queen [2011] HCA 34 (8 september 2011)*, cit., pp. 5-6.

⁴⁵² W. BATEMAN AND J. STELLIOS, *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, cit.; p. 40.

⁴⁵³ J. DEBELJAK, *Who is Sovereign Now? The Momčilovic Court Hands Back Power Over Human Rights that Parliament Intended It to Have*, (2011) 22 *Public Law Review*, pp. 15-51; pp. 17-9.

⁴⁵⁴ J. DEBELJAK, *Who is Sovereign Now? The Momčilovic Court Hands Back Power Over Human Rights that Parliament Intended It to Have*, cit., pp. 49-50.

Per lungo tempo, dunque, la tutela dei diritti in Australia è stata garantita dalla responsabilità dell'Esecutivo dinanzi al Parlamento ove, quotidianamente, si svolge la discussione (ed il confronto tra maggioranza e minoranza) sui temi di interesse generale.⁴⁵⁵ Ciò è confermato dalla “ferma fede” manifestata dai padri fondatori nella capacità del Legislativo di tenere a freno l'Esecutivo, tramite la political accountability del secondo al primo (che è il cuore del principio del governo rappresentativo e responsabile di cui abbiamo accennato sopra).⁴⁵⁶ Di conseguenza, ove l'azione del Governo si fosse rivelata in conflitto con uno o più diritti fondamentali, il Parlamento avrebbe chiamato il Governo “a rendere conto” di tale situazione, impostando la questione in forma di dibattito parlamentare pubblico, in cui i diritti dei cittadini erano il bene primario da proteggere.

Il modello aveva natura squisitamente politica, con alcune, marginali, attribuzioni alle corti, con la conseguenza che i diritti che godono della maggiore tutela sono quelli che riguardano “tutti”, come i diritti politici e l'eguaglianza sostanziale dinanzi alla legge, declinata, in particolare, nelle forme delle garanzie procedurali. Di contro, la tutela dei diritti che riguardano minoranze o gruppi sociali ai margini della società “bianca”, o ancora di singoli individui, sarà affidata alla capacità di questi gruppi o minoranze di catturare il favore dell'opinione pubblica, con una mobilitazione sociale e politica tale da poter portare in Parlamento dette istanze di tutela.

Un esempio positivo è il recente sondaggio postale effettuato riguardo il matrimonio tra persone dello stesso sesso (“Australia Marriage Law Postal Survey”) che, a seguito anche di un intervento della High Court circa la legittimità del sondaggio stesso,⁴⁵⁷ ha ottenuto un'altissima percentuale di consensi

⁴⁵⁵ P. KEYZER, *Principles of Australian Constitutional Law*, cit., p. 1.

⁴⁵⁶ Vedi *supra* Cap. V, § V.3 e seguenti.

⁴⁵⁷ Ci si riferisce ai casi *Wilkie & otrs. v The Commonwealth of Australia & otrs. (M105/2017)* e *Australian Marriage Equality Ltd & Anor v Minister for Finance Mathias Cormann & Anor (M106/2017)* [2017] HCA 40, reperibili sul sito ufficiale http://www.hcourt.gov.au/cases/case_m105-2017; a cui si rinvia per ogni ulteriore riferimento bibliografico in materia di giurisprudenza australiana. Nei casi in esame, decisi assieme, la High Court ha ritenuto, tra le altre cose, costituzionalmente conforme l'inserimento, all'ultimo minuto, della previsione di indire una “voluntary postal survey” riguardo la modifica della legge in materia di matrimonio, da parte del Governo (in persona del Ministro delle Finanze) nell'esercizio della delega legislativa in materia di “census and statistics” ex s 51 (xi) del Constitution Act 1900. In questo caso, la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima la delega parlamentare al Governo.

all'estensione del matrimonio anche alle persone dello stesso sesso, portando il Governo Turnbull a legalizzare i matrimoni omosessuali.⁴⁵⁸

Tuttavia, il caso dell'Australia Postal Survey è un'eccezione. Oggi il rapporto tra Parlamento e Governo in Australia presenta le stesse problematiche rilevate nel Regno Unito.

Infatti, anche in Australia il Governo è espressione del partito di maggioranza nella House of Representatives, che domina la scena parlamentare, ponendosi come regista principale delle dinamiche legislative. Di conseguenza, anche qui si è sensibilmente ridotta la responsabilità del Governo innanzi al Parlamento. In buona sostanza, la "sovereignty" è del Governo più che del Parlamento, determinando un' "erosione" dell'autorità di quest'ultimo, che difficilmente può essere ancora considerato come quell'organo onnipotente descritto da Dicey.⁴⁵⁹

A suggello di questo fenomeno, vi sono stati autori che hanno ravvisato una debolezza insita nella struttura stessa dell'organo parlamentare, che deriva da un elemento di "frammentarietà" della nozione di Parlamento – a partire dalla sua struttura essenziale che è, appunto, bicamerale.⁴⁶⁰ Il Parlamento è poi diviso tra governo ed opposizione; tra frontbench e backbench⁴⁶¹, tra i partiti più grandi e quelli più piccoli, in cui una parte prevale sull'altra, rendendo ancora più travagliata l'articolazione della separazione dei poteri tra Esecutivo e Legislativo.⁴⁶² Per cui è difficile affermare, oggi, che il Parlamento sia un soggetto "unico" capace di avere un proprio "peso politico"; è piuttosto il partito che ha la maggioranza alla Camera ad averlo – il Governo, appunto - per cui quando si parla del "Parlamento", si parla, in realtà, dell'Esecutivo espressione della maggioranza

⁴⁵⁸ La percentuale dei "sì" si è attestata intorno al 61% contro il 35 % dei "no", con un'altissima percentuale di partecipazione al sondaggio: quasi l'ottanta per cento degli australiani ha preso parte alla consultazione postale. Come promesso, il Parlamento ha approvato il Marriage Amendment (Definition and Religious Freedoms) Act 2017 (Cth) con cui ha modificato il precedente Marriage Act 1961 (Cth). I risultati sono consultabili sul sito dell'Australian Bureau of Statistics, alla pagina <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/1800.0>, consultato il 19 dicembre 2017.

⁴⁵⁹ Proprio su questo tema si veda il recente commento alle conseguenze della Brexit sull'equilibrio tra poteri nel Regno Unito di S. TIERNEY, *The Legislative Supremacy of Government*, U.K. Const. L. Blog (3rd July 2018), reperibile online sul sito <https://ukconstitutionallaw.org/>, consultato il 4 luglio 2018.

⁴⁶⁰ J. UHR, *The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights*, in T. CAMPBELL, J. GOLDSWORTHY AND A. STONE (EDS.), *Protection Rights Without a Bill of Rights*, cit., pp. 41-59.

⁴⁶¹ Con questa espressione squisitamente inglese, ci riferisce ai posti che originariamente occupavano i membri della House of Commons di Londra (frontbench e backbench) in base agli incarichi che ricoprono all'interno del partito di appartenenza. Sono "frontbencher" i parlamentari che ricoprono cariche importanti mentre sono chiamati "backbenchers" quelli di minore importanza.

⁴⁶² J. UHR, *The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights*, cit., p. 42.

alla Camera.⁴⁶³ Non era esattamente lo schema previsto dai padri fondatori australiani, che scrissero la Costituzione in modo da accentrare il potere legislativo nelle mani di un unico organo, il Parlamento federale, per sottrarlo agli Stati ed evitare il “self-government” da parte dei cittadini.⁴⁶⁴

Per questa ragione, si è affermata la necessità di una carta dei diritti che costituisse un appiglio solido per la tutela dei diritti di tutti, specialmente delle minoranze che altrimenti ne uscirebbero irrimediabilmente pregiudicate.

Pertanto, dalla fine degli anni Novanta e dall’attivismo della Corte Gleeson, la netta separazione del Giudiziario federale, già allora usata come argomento a favore dell’enucleazione di nuovi diritti impliciti,⁴⁶⁵ si è pian piano affermata come l’unica fonte di tutela dei diritti, capace di porre un limite al potere centrale e garantire i diritti di tutti, siano essi rappresentati in Parlamento o meno.⁴⁶⁶ Come abbiamo visto l’ultimo tentativo del legislatore federale in materia si è ridotto ad un “rafforzamento” del modello già noto di controllo politico in sede parlamentare, con l’istituzione di una commissione ad hoc deludendo chi auspicava l’adozione di un bill of rights federale.⁴⁶⁷ Perciò, anche alla luce dell’incertezza dopo la decisione sulla VCHRR in *Momčilovic*, il federalismo sancito dalla costituzione del 1900 pare essere ancora il principale strumento per la tutela dei diritti.

Pertanto, da quanto sin qui detto, è possibile trarre alcune conclusioni. Determinante per lo sviluppo tutto particolare del modello di tutela dei diritti fondamentali e, più in generale, dell’ordinamento australiano è stata l’adozione di una costituzione scritta e rigida, anche se sprovvista di un catalogo di diritti. Di conseguenza, il modello australiano non può definirsi un modello “Westminster”

⁴⁶³ J. UHR, *The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights*, cit., p. 45.

⁴⁶⁴ Oggi, una tale concezione sarebbe “anacronistica”, anche per il ruolo sempre più importante acquisito dalle Corti e dalla giurisprudenza. J. UHR, *The Performance of Australian Legislatures in Protecting Rights*, cit., p. 47.

⁴⁶⁵ In questo senso, J. STELLIOS, *Using Federalism to Protect Political Communication: Implications from Federal Representative Government*, (2007) 31 *Melbourne University Law Review* pp. 239-265.

⁴⁶⁶ S. JOSEPH, M. CASTAN, *Federal Constitutional Law. A Contemporary View*, cit., pp. 10-12 e pp. 126-128; S. RATNAPALA, J. CROWE, *Australian Constitutional Law. Foundations and theory.*, cit., pp. 109-132; C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A contextual analysis*, cit., pp. 221-256.

⁴⁶⁷ Si veda, G. WILLIAMS AND L. BURTON, *Australia’s exclusive Parliamentary Model of Rights Protection* cit, pp. 92-94.

puro, ma si tratta piuttosto di un “modified Westminster”.⁴⁶⁸ Ciò principalmente per due ragioni.

Innanzitutto, il Parlamento federale non ha la stessa supremazia che ha il Parlamento di Londra, poiché l’esistenza di una costituzione limita necessariamente la potestà legislativa parlamentare federale. In secondo luogo, in Australia un ruolo di primazia è assegnato al Senato federale, equiparabile per poteri ed importanza alla Camera dei rappresentanti – cosa che nel Regno Unito non accade. Infatti, sebbene il Senato fosse stato originariamente modellato sulla House of Lords britannica, con l’evoluzione del quadro costituzionale australiano, esso ha acquistato un sempre maggiore peso politico.⁴⁶⁹ Ciò deriva direttamente della forma di stato federale dove la seconda camera ha la funzione di garantire gli interessi degli Stati e, per farlo, deve avere gli stessi poteri dell’altra Camera – se non poteri maggiori.⁴⁷⁰ Di conseguenza, il Senato federale ha l’espreso potere di “review” sui disegni di legge approvati dalla Camera dei Rappresentanti e, più in generale, sull’operato del Governo, con relativi poteri sanzionatori, ove lo ritenga opportuno.⁴⁷¹

Perciò, è possibile affermare che il ruolo oggi svolto dal Senato federale rappresenta la principale “deviazione” dal modello parlamentare britannico. Sul punto la dottrina in Australia non è concorde e si divide tra chi considera la scelta dei costituenti di inserire una seconda Camera come una “stortura del sistema costituzionale” e chi invece ne esalta il prezioso contributo ad un più trasparente svolgimento delle dinamiche parlamentari.⁴⁷²

Pertanto, l’ordinamento australiano si presenta come un modello ibrido che ha fuso in sé istituti della common law britannica (la supremazia parlamentare, il principle of legality come principale tecnica ermeneutica per la tutela dei diritti) con elementi del sistema americano (la forma di Stato federale, la costituzione scritta). Ha preso e mescolato insieme due modelli che sono agli antipodi

⁴⁶⁸ J. STELLIOS, *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution: Commentary and cases*, cit., pp. 105-6. C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual analysis*, cit., pp. 115-7.

⁴⁶⁹ Come abbiamo già detto, raramente il Governo ha la maggioranza in entrambe le Camere e ciò aumenta ancora di più il peso politico del Senato federale nell’economia generale dell’amministrazione della cosa pubblica in Australia.

⁴⁷⁰ Commonwealth of Australia Act 1900, s 7 (1). Il Senato federale è eletto direttamente dal popolo ed è composto da un numero uguale di senatori per ogni Stato.

⁴⁷¹ C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual analysis*, cit., p. 117.

⁴⁷² C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual analysis*, cit., p. 117.

considerato lo spettro delle classificazioni generali viste in apertura.⁴⁷³ Fondendo insieme questi due modelli si è creato un sistema a sé stante nel panorama del Commonwealth britannico; una sorta di “incrocio spurio” che non offre soluzione ai problemi più pressanti, come ad esempio, la necessità di una maggiore e più forte tutela ai diritti fondamentali. Infatti, una costituzione scritta che viene interpretata per salvaguardare la supremazia del Parlamento non può che rivelarsi un’operazione sterile e statica, il contrario della concezione di “living tree” che è alla base dell’interpretazione della costituzione americana.⁴⁷⁴ L’interpretazione costituzionale richiede criteri adeguati, dinamici, che permettano al testo di rimanere attuale e non di incartapecorirsi. Da una parte, la costituzione australiana è durata tanto perché disciplina solo gli aspetti essenziali delle istituzioni dello stato e non v’è traccia di bill of rights, quindi si è sempre mantenuta “neutrale” sotto questo profilo e nessuna modifica in tal senso ha mai avuto successo.⁴⁷⁵ Dall’altra, però, i diritti fondamentali richiedono più attivismo da parte di tutti i poteri dello Stato, pertanto anche maggiori poteri per il giudice. Il che non significa un’arbitraria riduzione delle prerogative degli altri poteri dello Stato a favore del Giudiziario. Ma solo una ripartizione più equilibrata.

⁴⁷³ Vedi *supra* Cap. II, § II.1. e II.2.

⁴⁷⁴ Anche se v’è chi non condivide tale concezione e preferisce un’interpretazione della Costituzione più “originalista”, cfr., A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, cit.

⁴⁷⁵ Ne è un esempio la mancata implementazione delle raccomandazione del Brennan Committee riguardo l’opportunità di un bill of rights federale. C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia. A Contextual analysis*, cit., pp. 289-290.

RILIEVI CONCLUSIVI. IL MODELLO COMMONWEALTH: UN DIALOGO AD INTENSITÀ VARIABILE

Il lavoro ha preso avvio dal particolare ruolo del giudice nel Regno Unito e dal suo peculiare rapporto con il legislatore, che si riverbera inevitabilmente sulla tutela effettivamente garantita ai diritti fondamentali. Infatti, in tale sistema – e nei principali paesi del Commonwealth che adottano il modello britannico –, l’indiscussa supremazia dell’organo legislativo sposta l’ago della bilancia, nel rapporto tra giudici e legislatore, a favore di quest’ultimo.

Perciò la ricerca si è aperta con l’analisi dei principi fondamentali del diritto costituzionale britannico (Parliamentary sovereignty, rule of law e separation of powers), i cui significati sono stati studiati più nel dettaglio per comprendere a pieno la tradizione costituzionale britannica.¹

Approfondendo i contenuti di tali principi sono emerse alcune peculiarità dell’impostazione costituzionale britannica che ad un primo esame potrebbero non essere evidenti.

In primo luogo, dal 1690, all’indomani della Glorious Revolution, il ruolo di “guardiano dei diritti” degli inglesi è svolto dal Parlamento, uscito “vincitore” dalla Guerra civile inglese del 1642.² Le due Camere di Westminster vengono da allora considerate come l’unico luogo adeguato per la composizione degli interessi di tutte le classi sociali nell’ottica di garantire una più efficace tutela dei diritti dei cittadini (è il c.d. “political constitutionalism”).³ Pertanto le garanzie fondamentali vengono decise ed implementate dal Parlamento tramite la legge ordinaria, che vincola tutti i sudditi del Regno. Si parla così di “parliamentary-based protection of rights”, modello in cui le garanzie dei diritti fondamentali passano necessariamente per l’arena politica ed il loro contenuto viene definito tramite il dibattito tra maggioranza ed opposizione.

¹ Si veda *supra* Cap. I.

² Si veda *supra* Cap. I, § I.2.

³ Si veda *supra* Cap. II, § II.1.

Da ciò deriva una seconda osservazione. La predominanza assegnata al Parlamento incide sulla concreta articolazione della separazione dei poteri nel Regno, condizionando in modo del tutto singolare il ruolo assegnato ai giudici inglesi, che hanno da sempre dimostrato da una spiccata deferenza (“deference”) nei confronti del Legislativo.⁴

In un modello “parlamentare” di tutela dei diritti come quello britannico il ruolo del giudice è necessariamente limitato all’applicazione della legge come formulata dal Parlamento, senza che egli possa mai spingersi oltre “l’intenzione” di quest’ultimo (“the intent of Parliament”). Secondo la fondamentale presunzione di common law in materia di diritti fondamentali, tuttavia, il Parlamento non agisce mai in violazione dei diritti dei cittadini (è il c.d. “principle of legality”).⁵ Solo dopo una lenta e pluridecennale evoluzione giurisprudenziale il giudiziario britannico ha attenuato il grado di deference riservato al Legislativo, grazie ad importanti cambiamenti istituzionali quali l’adesione all’Unione europea negli anni Settanta, che ha introdotto una fonte di diritto “superiore” alla legge parlamentare, e l’adozione dello Human Rights Act nel 1998, che ha attribuito alle giurisdizioni superiori il dovere di interpretazione conforme ai diritti della Convenzione di Roma, ampliando i canoni ermeneutici a disposizione dei giudici (s 3 HRA 1998).⁶

All’opposto del modello parlamentare sta il modello di tutela “giurisdizionale” di tutela nato negli Stati Uniti d’America all’indomani dell’adozione della Costituzione federale (c.d. “legal constitutionalism”).⁷

Infatti, la scelta dei costituenti americani di dotarsi di una carta costituzionale scritta, con caratteri di rigidità e resistenza passiva superiore alla legge ordinaria e di un catalogo di diritti inviolabili ad essa allegato – il Bill of Rights del 1791- ha rappresentato un nuovo approccio alla tutela dei diritti fondamentali, i cui caratteri essenziali sono l’aver posto i diritti fondamentali alla base del nuovo ordinamento e l’aver conferito loro il rango di legge suprema del paese (“supreme law of the land”), la cui osservanza è garantita, a partire dalla famosa sentenza *Marbury v Madison* del 1803, dal potere giudiziario (“judicial review of legislation”).⁸

⁴ Si veda *supra* Cap. I, § I.3.

⁵ Si veda *supra* Cap. II, § II.1.

⁶ Si veda *supra* Cap. IV, § IV.2. e IV.4.; 4.3.1).

⁷ Si veda *supra* Cap. II, § II.2.

⁸ Si veda *supra* Cap. II, § II.2.

Di conseguenza, dall'analisi del sistema americano emerge un nuovo modello di tutela, c.d. "American model", ove la garanzia dei diritti è affidata principalmente alle Corti che, in virtù dell'obbligo di applicare la Costituzione prima di ogni altra legge e della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, rappresentano il luogo ideale ad assicurare la migliore e più adeguata tutela ai diritti individuali ("Court-based protection of rights" o "judicial protection of rights").

Dopo l'analisi dei due principali modelli di tutela dei diritti, è stato preso in esame quello che secondo parte della dottrina⁹ costituirebbe un terzo modello, il c.d. "Commonwealth model", che si pone come "alternativo" ai due modelli principali, prendendo i "pregi" dell'uno e dell'altro (controllo politico ex ante e giurisdizionale ex post) senza avere i relativi difetti (eccessivo attivismo giudiziario per il modello americano; arbitrio del Governo che detiene la maggioranza parlamentare per il modello Westminster) e comprende in sé l'esperienza canadese, neozelandese, inglese e australiano.

L'archetipo del "Commonwealth model" è il sistema canadese, ove, anzitempo rispetto alle altre esperienze oggetto di comparazione nel presente lavoro, si è manifestata la volontà di migliorare il modello storico di derivazione britannica per ampliare la portata della tutela dei diritti fondamentali.

Grazie allo studio dell'evoluzione dell'esperienza canadese, dal Canadian Bill of Rights del 1968 alla Canadian Charter of Rights and Freedoms del 1982,¹⁰ si è osservata la nascita di un nuovo modello di tutela dei diritti - noto come "dialogic model of rights protection" - fondato sul "dialogo" costruttivo tra poteri che assicuri una maggiore tutela ai diritti e alle libertà fondamentali, pur mantenendo inalterato il principio di supremazia del Parlamento. Secondo questa lettura del modello canadese, tramite lo strumento dialogico tutti i poteri dello Stato - Parlamento, Governo e giudici - intraprenderebbero la via della collaborazione, invece di tentare di prevalere l'uno sull'altro, dialogando tra loro al fine di trovare la via migliore alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.¹¹

⁹ S. GARDAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., pp. 30-1.

¹⁰ Si veda *supra* Cap. II, § II.3.1; 3.1.1) e 3.1.2).

¹¹ Si veda *supra* Cap. II, § II.3.1; 3.1.3).

Successivamente, ci si è soffermati sull'influenza dell'esempio canadese di "dialogo tra poteri" rispetto al modello parlamentare di matrice britannica in vigore nelle due ex-colonie di Australia¹² e Nuova Zelanda.¹³

Dall'analisi approfondita delle radici storiche di entrambi i paesi si è potuto notare come, pur avendo avuto inizi molto simili, essi abbiano poi imboccato strade molto diverse, dettate dalla peculiare evoluzione storico-sociale di ciascuna nazione. Infatti, se la Nuova Zelanda ha seguito il Canada, adottando, neanche un decennio dopo la Charter canadese, un proprio Bill of Rights nel 1990 (il New Zealand Bill of Rights Act 1990),¹⁴ in Australia non è mai stato adottato un Bill of Rights federale nonostante la scelta di dotarsi di una costituzione scritta e rigida, apertamente ispirata a quella americana.¹⁵

Le ragioni di quest'ultima scelta devono ricondursi al particolare tipo di federalismo che unisce gli Stati del Commonwealth australiano. A differenza degli Stati Uniti, infatti, la federazione australiana non è nata per rivendicare un'indipendenza contro la madrepatria divenuta oramai "tiranna", ma come strumento per implementare un'uniforme politica fiscale e commerciale tra le colonie australiane, che altrimenti avrebbero continuato a seguire politiche diverse a seconda degli accordi vigenti tra esse e la madrepatria. A ciò si deve aggiungere che la piena indipendenza dal Regno Unito è arrivata (contrariamente agli Stati Uniti) quasi novant'anni dopo la costituzione della federazione, con gli Australia Acts del 1986.¹⁶

Anche in tempi più recenti, sebbene alcuni stati - Victoria e l'Australian Capital Territory (ACT)¹⁷ - abbiano adottato una carta dei diritti, introducendo un modello parlamentare di tutela, tale posizione non ha trovato seguito a livello federale né da parte del legislatore né da parte dei giudici. Di particolare interesse è l'atteggiamento adottato della High Court of Australia, ultima istanza di giudizio del paese, che, in forza della tradizionale deference ereditata dalla madrepatria, ha sempre mantenuto una posizione estremamente conservatrice rispetto all'eventuale adozione di una carta dei diritti a livello federale, arrivando ad

¹² Si veda *supra* Cap. V.

¹³ Si veda *supra* Cap. III.

¹⁴ Si veda *supra* Cap. III, § III.3.

¹⁵ Si veda *supra* Cap. V; § V.4.

¹⁶ Si veda *supra* Cap. V; § V.2, 2.3).

¹⁷ Si veda *supra* Cap. V; § V.4, 4.2).

ascrivere il dovere di interpretazione conforme previsto nelle carte statali al più generale “principle of legality” della common law tradizionale, qualificando come “superflua” l’introduzione di un tale strumento a livello federale.

Infine, si è volto lo sguardo alla comparazione dei due ordinamenti del Commonwealth con il sistema affermatosi nel Regno Unito a seguito dell’entrata in vigore dello Human Rights Act 1998.¹⁸ In particolare, ci si è soffermati sull’introduzione di un nuovo strumento a tutela dei diritti fondamentali: il dovere di interpretazione conforme contenuto nella section 6 del New Zealand Bill of Rights Act 1990; nella section 3 dello Human Rights Act 1998; nella section 30 (1), ACT Human Rights Act 2004 e nella section 32, Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006, e sull’effetto che l’impiego di tale strumento ha avuto sul rapporto tra giudici e legislatore nei tre paesi. In altre parole, il nuovo obbligo interpretativo ha rappresentato, in tutte le esperienze considerate, la “cartina di tornasole” dello stato dei rapporti tra giudici e legislatori.

Il “filo rosso” comune a tutte le esperienze è risultato essere la maggiore importanza attribuita al ruolo del Legislativo rispetto a quello del Giudiziario nella tutela dei diritti fondamentali, che si traduce nella tendenza a favorire il modello parlamentare rispetto al modello giurisdizionale di tutela.

In conclusione, il “Commonwealth model” proposto da Gardbaum pare, invero, avere una sua tenuta, che è però dovuta al fatto che le sue principali caratteristiche corrispondono a quelle del modello dialogico di matrice canadese. In altre parole, si può affermare che il modello del Commonwealth è un modello dialogico “graduato” o meglio, “ad intensità variabile” a seconda dell’ordinamento in cui è stato innestato.

La maggiore o minore intensità è data dalla posizione assegnata al giudice rispetto al legislatore – in quanto solo fra eguali può esserci vero dialogo – che si manifesta proprio nell’esercizio concreto dell’obbligo di interpretazione conforme. Perciò, si avrà un dialogo alla massima intensità nel modello canadese, in cui il giudice si interfaccia con il legislatore “da pari a pari”, in quanto al potere di legislative override corrisponde un uguale e contrario potere di dichiarare l’incostituzionalità della norma perché in violazione della Charter. All’opposto, abbiamo il sistema australiano, in cui si è avverato il rischio segnalato da alcuni: ovvero che il modello

¹⁸ Si veda *supra* Cap. IV.

del Commonwealth finisse con l'uniformarsi ad uno dei due modelli tradizionali, senza riuscire a mantenere una sua indipendenza.¹⁹ Nel caso australiano, infatti, è stato il giudice a rifiutare la possibilità di partecipare, seppure nella forma attenuata del nuovo obbligo ermeneutico, alla conversazione sui diritti, preferendo di lasciare l'intera materia alla volontà del legislatore. Di conseguenza, l'Australia dovrebbe considerarsi "fuori" dal modello del Commonwealth e inserirsi nel modello Westminster puro. Ciò però, non incide sulla tenuta complessiva del terzo modello, a cui si possono ricondurre la Nuova Zelanda e il Regno Unito,

Tali sistemi infatti si collocano in posizione intermedia, poiché i giudici hanno alternato una fase di "apertura" ad una di "chiusura" rispetto all'uso del nuovo strumento e quindi al nuovo ruolo che venivano chiamati a svolgere. Infatti, in un primo tempo, in entrambi i sistemi si è avuta una decisa rivendicazione, da parte delle corti, di una maggiore partecipazione alla definizione dei diritti fondamentali, che le ha portate a proporsi – tramite un ampio ricorso al dovere di interpretazione conforme – come interlocutori alla pari del legislatore. In un secondo tempo, invece, si è manifestata la tendenza contraria, con un ritorno dei giudici di entrambi i paesi al loro tradizionale ruolo "subordinato" e con il progressivo abbandono del dovere di interpretazione conforme a favore del ricorso alla dichiarazione di incompatibilità.

Tale attitudine giudiziale è sintomo di un paradosso del tutto peculiare ai paesi di matrice anglosassone: quello per cui sono i giudici stessi ad "auto-limitarsi" nei confronti del legislatore. Infatti, si deve tenere a mente che è stato il Parlamento a conferire ai giudici il nuovo potere/dovere di interpretazione conforme, manifestando in modo chiaro e preciso la sua volontà di coinvolgere maggiormente il Giudiziario nella definizione dei contenuti e dei termini della tutela dei diritti fondamentali. Questa è la "clear intention" del legislatore. Ricondurre tale nuovo obbligo allo strumentario ermeneutico classico significa non solo auto-escludersi dal dialogo, ma addirittura travisare la volontà del Parlamento che, invece, con l'introduzione di quell'obbligo voleva ottenere il contrario (ovvero, una maggiore partecipazione dei giudici), finendo così per rendersi responsabili di quel tanto temuto "judicial law-making".

¹⁹ M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., pp. 44-6.

Dunque, nelle esperienze esaminate, il Parlamento ha conferito un potere che i giudici si sono rifiutati di esercitare per “timore reverenziale” nei confronti del Parlamento stesso, costringendo, pertanto, quest’ultimo ad un “monologo” più che ad un dialogo. Di conseguenza, un osservatore particolarmente attento potrebbe suggerire che, in fin dei conti, l’ultima parola su chi ha il “potere di avere l’ultima parola” è esercitato dai giudici – con buona pace del Parlamento.

INDICE DEGLI AUTORI

- ACKERMAN, B. *We The People: Foundations*, Cambridge (MASS)-Londra, Harvard University Press, 1993
- ACKERMAN, B. *The Rise of World Constitutionalism*, (1997) 83 *Virginia Law Review*, pp. 771 – 97
- ADAMS, J. *Breaking the Constitution: Discrimination Law, Judicial Overreach and Executive backlash after Ministry of Health v Atkinson*, (2016) *New Zealand Law Review*, pp. 255-281
- ADENITIRE, J. *A Coscience-based Human Right to be “Doctor Death”*, [2016] *Public Law* 613
- ALEXANDER, A. (Trad. a cura di D. Mellington e M. Nicoletti) *L'amministrazione locale in Gran Bretagna: una riforma alla prova*, Padova, Cedam, 1984
- ALLAN, J. *The Effects of a Statutory Bill of Rights where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand*, in CAMPBELL, T.; EWING, K.D. and TOMKINS, A. (EDS) *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001; pp. 375-90
- ALLAN, J. *The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Exegesis and Criticism*, (2006) 30 (3) *Melbourne University Law Review*, pp. 906 – 23
- ALLAN, J. *Why Australia Does Not Have, and Does Not Need, a National Bill of Rights*, (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale* pp. 35-48
- ALLAN, T. R. S. *The Rule Of Law As The Rule Of Reason: Consent And Constitutionalism*, (1999) 115 *The Law Quarterly Review* pp. 221-44
- ALLEN, M.; THOMPSON, B. *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, (X ed.), Oxford, Oxford University Press, 2011
- AMOS, M. *Red Herrings and Reductions: Human Rights and the EU (Withdrawal) Bill*, U.K. Const. L. Blog (4th Oct 2017)
- AMOS, M. *The Dialogue between the United Kingdom Courts and the European Courts of Human Rights*, (2012) 61 (3) *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 557-84
- ANAYA, J. *Report by the Special Rapporteur on the Situation of Indigenous People in Australia, Addendum no. 4 to the Report to the Fifteenth Session of the Human Rights Council*, A/HRC/15/4 March 2010, 2010
- ANDENAS, M. and FAIRGRIEVE, D. (Eds) *Tom Bingham and the Transformation of the Law. A liber amicorum*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- ANDREWS, N. *English Civil Procedure. Fundamentals Of The New Civil Justice System*, Oxford, Oxford University Press, 2003
- ANDREWS, N. *Privilege Against Self-Incrimination In The Human Rights Era*, (2002) 66 (1) *Cambridge Law Journal*, pp. 47-9
- ANSTEY WYNES, W. *Legislative, Executive and Judicial powers in Australia*, (V ed.), Sydney-Melbourne-Brisbane, The Law Company Book Co. Ltd., 1976
- APPLEBY, F. *The High Court and Kable: A Study in Federalism and Rights Protection*, (2014) 40 (3) *Monash University Law Review* pp. 673-97
- ARCIONI, E.; MCLEOD, A. *Cautious but Engaged – An Empirical Study pf the Australian High Court’s Use of Foreign and International Materials in*

Constitutional Cases, (2014) 42 (3) *International Journal of Legal Information* pp. 437-70

ARISTOTELE (a cura di C. A. Viano), *Politica*, Milano, BUR: classici greci e latini, 2002

ARNOLD, T. *Parliament and the Courts: Arm Wrestle or Handshake?*, (2005) 3 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp.45-61

ARONEY, N. *The Constitution of a Federal Commonwealth. The Making and the Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

ARONEY, N. *Una Società di Società: Why Australia Is a Federation*, (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale* pp. 23-34

ARONEY, N.; GERANGELOS, P.; MURRAY, S.; STELLIOS, J. *The Constitution of the Commonwealth of Australia. History, Principle and Interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

ARONEY, N.; SAUNDERS, B. B. *On Judicial Rascals and Self-Appointed Monarchs: The Rise of Judicial Power in Australia* (2017) 36 (2) *University of Queensland Law Journal* pp. 221-45

BADER GINSBURG, R. “A Decent Respect to the Opinions of [Human] Kind”: *The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, (2007) 26 *Saint Louis University Public Law Review*, pp. 187- 202

BAGARIC, M. *Analysis of Limitation Clauses in the Victorian and ACT Human Rights Acts*, (2007) 3 (3) *High Court Quarterly Review*, pp. 116- 132

BAGARIC, M. *Separation of Powers Doctrine in Australia: de facto Human Rights Charter*, (2012) 7 (1) *International Journal of Political Sciences* pp. 25-38

BAKER, J. H. *An Introduction to English Legal History*, (IV ed.), Londra, Butterworths, 2002

BALDASSARRE, A. *Interpretazione e argomentazione nel Diritto costituzionale*, in Atti del Convegno S.I.S.Di.C. “I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale”, Capri, 19 marzo 2006

BAMFORTH, N. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998*, [1998] *Public Law* 572

BARENDT, E. *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998

BARENDT, E. *Is There a United Kingdom Constitution?*, (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 137-146

BARENDT, E. *Separation of Powers and Constitutional Government*, [1995] *Public Law* 599

BARKER, M. L. *Do Judges Make Law?*, (2017) 19 *The University of Notre Dame Australia Law Review*, pp. 1-15

BARSOTTI, V. *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del I° convegno Nazionale della SIRD, 5-7 maggio 2011

BARTOLE, S.; CONFORTI, B.; RAIMONDI, G. (a cura di) *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001

BASSU, C. *Australia*, Il Mulino, Bologna, 2012

BATEMAN, W. and STELLIOS, J. *Chapter III of the Constitution, Federal Jurisdiction and Dialogue Charters of Human Rights*, (2012-2013) 36 *Melbourne University Law Review*, pp. 1-40

BATEMAN, W. *Legislating against constitutional invalidity: constitutional deeming legislation*, (2012) 34 *Sydney Law Review* pp. 721-60

- BATEUP, C. *The Dialogic Promise – Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, (2009) 71 *Brook Law Review*, pp. 1109-1180
- BELL, J.; ENGLE, G. *Cross on Statutory Interpretation*, London, Butterworths, 1995
- BELLAMY, R. *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- BENETTON, S. *Tutela Multilivello dei Diritti Fondamentali: il Diritto di Asilo tra Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e Unione Europea*, (2013) Bocconi Legal Papers
- BENNION, F. *Statutory Interpretation*, (V ed.), London, LexisNexis, 2008
- BENNION, F. *What Interpretation is “Possible” under Section 3(1) of the Human Rights Act 1998?*, [2000] *Public Law* 77
- BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*, (I ed.), Indianapolis-New York City, Bobbs-Merrill, 1962
- BIELEFELD, S. *The Good White Nation once more made good apology for atrocities to the Stolen Generations*, (2009-2010) 13 *Southern Cross University Law Review*, pp. 87-107
- BILANCIA, P. *Le Nuove Frontiere della Tutela Multilivello dei Diritti*, (2004) *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*
- BIN, R. *Diritti, giudici e poteri, (intervento nel dibattito sul libro di*
- BIN, R. *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992
- BIN, R. *Il governo delle politiche pubbliche tra Costituzione ed interpretazione del giudice costituzionale*, (2013) 3 *Le Regioni* pp. 509-528
- BIN, R. *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO (A CURA DI), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 369 -381
- BIN, R. *Rule of law e Ideologie*, in PINO, G. e VILLA, V (a cura di), *Rule of law. L’ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 37-60
- BIN, R. *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1149-62
- BINGHAM, T. *The Rule of Law*, Londra, Penguin Books, 2011
- BJORGE, E. *Exceptionalism and Internationalism in the UK Supreme Court: Horncastle and Cadder*, [2011] *Public Law* 475
- BJORGE, E. *Fundamental Rights at English (and European?) Common Law*, (2015) 131 *Law Quarterly Review* pp. 192-6 [Case Note]
- BJORGE, E. *The Courts and the ECHR: a principle approach to the Strasbourg jurisprudence*, (2013) 72 (2) *Cambridge Law Journal*, pp. 289-300
- BJORGE, E. *Ahmadou Sadio Diallo - Human rights-diplomatic protection-arbitrary detention-expulsion-citation of other courts by the ICJ: development of international human rights law* (2011) 105 (3) *The American Journal of International Law*, pp. 534 -540
- BJORGE, E. *Been There, Done That: The Margin of Appreciation And International Law*, (2015) 4 *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 181-91
- BJORGE, E. *Common Law Rights: Balancing Domestic and International Exigencies*, (2016) *Cambridge Law Journal*, pp. 220-43
- BJORGE, E. *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, Oxford, Oxford University Press, 2016

- BJORGE, E. *National Supreme Courts and the Development of ECHR Rights*, (2011) 9 (1) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 5-31
- BLACK-BRANCH, J. *Entrenching Human Rights Legislation Under Constitutional Law: The Canadian Charter Of Rights And Freedoms*, (1998) 3 *European Human Rights Law Review* 312
- BLANCHARD, P. *The New Zealand Bill of Rights: Where Have We Got to After 16 Years?*, (2008) *New Zealand Law Review*, pp. 263-82
- BLOM-COOPER, L. (SIR) *The Road to Rome and Strasbourg via San Francisco: Human Rights in Charters and Declarations*, [2015] *Public Law* 571
- BLOM-COOPER, L. (SIR); DICKSON, B. AND DREWRY, G. *The First Year of the UK's Supreme Court*, (2010) 61 (4) *Northern Ireland Legal Quarterly*, pp. 295-310
- BOGDANOR, V. *The New British Constitution*, Oxford-Portland (OG), Hart Publishing, 2009
- BOGDANOR, V.; KHAITAN, T.; VOGENAUER, S. *Should Britain have a written constitution?*, (2007) 78 *The Political Quarterly*, pp. 499- 517
- BOGDANOR, V.; VOGENAUER, S. *Enacting a British Constitution: Some Problems* [2008] *Public Law* 38
- BONNER, C.; FENWICK, H. AND HARRIS-SHORT, S. *Judicial Approaches to the Human Rights Act*, (2003) 52 (3) *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 549-85
- BOOKER, K.; GLASS, A. AND WATT, R. *Federal Constitutional Law. An Introduction*, (II ed.), Chatswood (NSW), Butterworths, 1998
- BOWCOTT, O. *Council of Europe accepts UK compromise on prisoners' voting rights*, 7 dicembre 2017, reperibile online sul sito <https://www.theguardian.com>
- BRADY, P. *Convention Compatible Statutory Interpretation: A Comparison of British and Irish Approaches*, 2012, 33(1) *Statute Law Review*, pp. 24-38
- BRETT YOUNG, M. *From Commitment to Culture: The 2015 Review of the Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* (2015 Charter Review report) (September 2015)
- BRONITT, S.; STELLIOS, J. *Sedition, Security and Human Rights: 'Unbalanced' Law Reform in the 'War on Terror'*, (2006) 30 (3) *Melbourne University Law Review*, pp. 923 -964
- BULL, J. *The Implications of A Supreme Law Bill of Rights for New Zealand Judicial Appointments*, (2015) *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 495-532;
- BURATTI, A. *Western constitutionalism. An introduction*, Torino, Giappichelli editore, 2016
- BURROWS, J. F. *Common Law among the Statutes: The Lord Cooke Lecture 2007*, (2008) 39 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 401-18
- BURROWS, J. F. *The Changing Approach to the Interpretation of Statutes*, (2002) 33 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 561-80
- BURROWS, J. F. and CARTER, R.I. *Statute Law in New Zealand* (IV ed.), Wellington, LexisNexis, 2009
- BUSSANI, M.; MATTEI, U. (Eds) *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012
- BUTLER, A. and BUTLER, P. *The New Zealand Bill of Rights Act: a commentary*, Wellington, LexisNexis, 2005

- BUTLER, A. *Interface Between the Human Rights Act 1998 and Other Enactments: Pointers from New Zealand*, (2000) *European Human Rights Law Review*, 249
- BUTLER, A. *Limiting Rights*, (2002) 33 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 113-154
- BUTLER, P. *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*, (2004) *Victoria University Wellington Law Review*, pp. 341-366
- BUTLER, P. *Margin of Appreciation – A note towards a solution for the Pacific?*, (2008-09) 39 *Victoria University Wellington Law Review*, pp. 687-708
- BYRNES, G. (ed) *The New Oxford History of New Zealand*, South Melbourne-New York, Oxford University Press, 2009;
- CAHILL, M.; CONAILL, S.O. *Judicial Restraint Can Also Undermine Constitutional Principles: An Irish Caution*, (2017) 36 (2) *University of Queensland Law Journal*, pp. 259-271
- CALLIGAN, B. and LARKING, E. *Rights Protection: the Bill of Rights Debate and Rights Protection in Australia's States and Territories*, (2007) 28 *Adelaide Law Review*, pp. 177-199
- CAMPBELL, E. *Colonial Legislation and the Laws of England*, (1965) 2 *University of Tasmania Law Review*, pp. 148 -75
- CAMPBELL, M. *Reigniting The Dialogue: The Latest Use of the Notwithstanding Clause In Canada*, [2018] (1) *Public Law* 1
- CAMPBELL, T.; EWING, K.D. AND TOMKINS, A. (Eds) *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- CAPPELLETTI, M. *Judicial Review in Comparative Perspective*, (1970) 58 *California Law Review*, pp. 1017-53
- CAPPELLETTI, M. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis-New York City, The Bobbs-Merril Company, 1974
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Access To Justice: The Worldwide Movement To Make Rights Effective A General Report*, Leyden-Milano, A. W. Sijhoff Intl.-Giuffrè editore, 1978
- CARDELL-OLIVER, F. *Parliament, The Judiciary and Fundamental Rights: the Strength of the Principle of Legality*, (2017) 41 (1) *Melbourne University law Review*, pp. 30-65
- CARDONE, A. *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè editore, 2012
- CARDONE, A. *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, Giuffrè editore, 2011, pp. 335-420
- CARDONE, A., DONATI, F., GRISOLIA, M.C., TARLI BARBIERI, G. (A CURA DI), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- CARETTI, P.; DE SIERVO, U. *Diritto Costituzionale e Pubblico*, (III ed.), Torino, Giappichelli, 2017
- CAROLAN, E. *Dialogue Isn't Working: The Case for a Collaboration as a Model of Legislative-Judicial Relations*, (2016) 36 *Legal Studies*, pp. 209-29
- CARP, R. A.; STIDHAM, R. AND MANNING, K. L. *Judicial process in America*, (VII ed.), Washington D.C., Congressional Quarterly Inc., 2007
- CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G. F. *Diritto Costituzionale comparato* (I e II), Bari, Laterza, 2014

- CASSESE, S. *Albert Venn Dicey e il diritto Amministrativo*, 1990 (19) *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 5-82
- CASSESE, S. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009
- CASTELLINO, J. and KEANE, D. *Minority Rights in the Pacific Region. A Comparative Legal Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 31-98
- CASTLES, A. *The Reception and Status of English Law in Australia*, (1963-19) 2 *Adelaide Law Review*, pp. 1-32
- CECCHERINI, E. (a cura di) *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, GUP – Genova University Press, 2013
- CERRUTI, T. *Istanze indipendentiste nell'Unione Europea*, (2015) 3 *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*
- CERULLI IRELLI, V. *Lineamenti di diritto amministrativo*, (IV ed.), Torino, Giappichelli, 2014
- CHEMERINSKY, E. *Constitutional Law. Principles and Policies*, (V ed.), New York City, Wolters Kluwer, 2015
- CHEMERINSKY, E. *Federalism Not as Limits, But as Empowerment*, (1996-7) 45 *University of Kansas Law Review*, pp. 1219-40
- CHEN, B. *The principle of legality: issues of rationale and application*, (2015) 41 *Monash University Law Review*, pp. 329-76
- CHEN, B. *Section 32 (1) of the Charter: confining statutory discretions compatibly with Charter rights?*, (2016) 42 *Monash University Law Review*, pp. 608-637
- CHITI, M. P. (a cura di) *Cittadini e Potere nell'Inghilterra di oggi*, Milano, Giuffrè editore, 1990
- CHOUDHRY, S. *Globalization In Search Of Justification: Towards A Theory Of Comparative Constitutional Interpretation*, (1999) 78 *Indiana Law Journal* 819
- CHOUDHRY, S. *The Commonwealth Constitutional Model or Models?*, (2013) 11, (4) *International Journal of Constitutional Law*, pp.1094-1099
- CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Il significato formale dell'ideale del "governo delle legge" (rule of law)*, (2011) 1 *Diritto Amministrativo* 29
- CLARICH, M. *Manuale di diritto amministrativo*, (II ed.), Il Mulino, Bologna, 2015
- CLAYTON, R. *Judicial Deference and "Democratic Dialogue": The Legitimacy of Judicial Intervention Under The Human Rights Act 1998*, [2004] *Public Law* 33
- CLAYTON, R. *The Curious Case of Kennedy v Charity Commission*, (2014) U.K. Const. L. Blog (18th April 2014)
- CLAYTON, R. *The Empire Strikes Back: Common Law Rights and the Human Rights Act*, [2015] *Public Law* 3
- CLAYTON, R. *The Limits of What's Possible: Statutory Interpretation Under the Human Rights Act*, (2002) *European Human Rights Law Review* 559
- CODIGNOLA, L.; BRUTI LIBERATI, L. *Storia del Canada*, Milano, Bompiani, 1999
- COKE, E. *The Fourth Part of the Institute of the Laws of England: Concerning the Jurisdiction of Courts*, London, E. and R. Brooke, Bell-Yard near Temple Bar, 1797
- COLÓN-RÍOS, J. L. *A New Typology Of Judicial Review Of Legislation*, (2014) 3 (2) *Global Constitutionalism*, pp. 143 – 69
- CONFORTI, B. *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014

CONGDON, P. *In a Fix: Fixed-term Parliaments in the Australian States*, (2013) 41 *Federal Law Review*, pp. 265 -298

COOKE, R. (SIR) *Fundamentals*, (1988) *New Zealand Law Review* pp. 158-65

COSTA, P. *Iurisdictio: semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale 1100-1433*, Milano, Giuffrè Editore, 2002

COWNIE, F.; BRADNEY, A.; BURTON, M. *English Legal System in Context*, (III ed.), London, LexisNexis UK, 2002

COXON, B. *Human Rights at Common Law: Two Interpretative Principles*, (2014) 35 (1) *Statute Law Review*, pp. 35-49

COXON, B. *Open to Interpretation: the Implication of words into Statutes*, (2009) 30 (1) *Statute Law Review*, pp. 1-38

CRAIG, P. *Judicial Power, The Judicial Power Project and the UK*, (2017) 36 *University of Queensland Law Journal*, pp. 355-374

CRAIG, P. *Sovereignty of the United Kingdom Parliament After Factortame*, (1991) 11 *Yearbook of European Law*, pp. 221-255

CRAIG, P. *The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review*, (2001) (117) *Law Quarterly Review*, pp. 589-603

CRAM, I. *Judging rights in the United Kingdom: the Human Rights Act and the new relationship between Parliament and the Courts*, (2006) 12 (1), *Review of Constitutional Studies*, pp. 53- 82

CRAWFORD, J. *The Aboriginal Legal Heritage: Aboriginal Public Law and the Treaty Proposal*, (1989) 63 *Australian Law Journal*, pp. 392-407

DALLA POZZA, D. AND WILLIAMS, G. *The Constitutional Validity of Declarations of Incompatibility in Australia Charters of Rights*, (2007) 12 (1), *Deakin Law Review*, p. 1-40;

DAMIANI, P. *La giustizia costituzionale in Australia*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Tomo II, Padova, CEDAM, 2009

DAVIDSON, J. *The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities*, (2014) 10 (4) *Policy Quarterly*, pp. 46- 52

DAVIS, F. F. *Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK*, (2014) 67 *Parliamentary Affairs*, pp. 137-150

DE LUCA, A. *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, Giappichelli, 2016

DE LUCA, A. *L'accesso alla giustizia in Inghilterra fra Stato e mercato*, Torino, Giappichelli, 2007

DE SECONDAT-MONTESQUIEU, C. L. (trad. a cura di B. Boffitto Serra) *Lo spirito delle leggi*, Milano, Bur-Rizzoli, 1989

DE TOCQUEVILLE, A. (a cura di G. Candeloro) *La democrazia in America*, Milano, BUR-Rizzoli, 2016

DE VERGOTTINI, G. *Diritto Costituzionale Comparato*, (IX ed.), Cedam, Padova, 2013

DEBELJAK, J. *Balancing Rights In Democracy: The Problems With Imitations And Overrides Of Rights under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities*, (2008) *Melbourne University Law Review*, pp. 422-69

DEBELJAK, J. *Parliamentary Sovereignty and Dialogue under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Drawing the Line between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making*, (2007) 33 (1), *Monash University Law Review*, pp. 10-71

DEBELJAK, J. *Proportionality, Rights-Consistent Interpretation and Declarations Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities:*

The Momčilovic Litigation and Beyond, (2014) 40 (2), *Monash University Law Review*, pp. 340- 88

DEBELJAK, J. *Rights Protection Without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills of Rights*, (2002) 26 *Melbourne University Law Review*, pp. 285-324

DEBELJAK, J. *The Rights of Prisoners under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: A Critical Analysis of the Jurisprudence on the Treatment of Prisoners and Conditions of Detention*, (2015) 38 (4), *University of New South Wales Law Journal*, pp. 1332 – 1385

DEBELJAK, J. *Who is Sovereign Now? The Momčilovic Court Hands Back Power Over Human Rights that Parliament Intended It to Have*, (2011) 22 *Public Law Review*, pp. 15-51

DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (VIII ed), Macmillan, London, 1915

DICKSON, B. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007

DICKSON, B. *Northern Ireland*, in A. LESTER, D. PANNICK, *Lester & Pannick Human Rights Law and Practice*, (II ed.), Chap. 6, pp. 527-89

DICKSON, B. *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 2013

DIXON, R. *The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference* (2009) 47 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 235-86

DIXON, R. *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*, (2012) 32 *Oxford Journal Of Legal Studies*, pp. 487–506

DRAKEMAN, D. L. *Constitutional Counterpoint: Legislative Debates, Statutory Interpretation and the Separation of Powers*, (2017) 38 (1) *Statute Law Review*, pp. 116-125

DREWRY, G.; BLOM-COOPER, L. (Eds) *The Judicial House of Lords, 1876-2009*, Oxford, Clarendon Press, 2009

DRIGO, C. *La giustizia costituzionale in Canada*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale, Tomo II*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 657 e ss

DUNCAN HALL, H. *The Genesis of the Balfour declaration of 1926*, (1962) *Journal of Commonwealth Political Studies*, pp. 169-193

DURANTI, F. *L'istituzione della Corte Suprema e l'evoluzione del costituzionalismo neozelandese*, in *Giustizia Costituzionale*, pp. 1557-1571

DURANTI, F. *La Giustizia Costituzionale in Nuova Zelanda*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale, Tomo II*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 505

DYNZENHAUS, D.; HUNT, M. AND TAGGART, M. *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation* (2001) 1 *Oxford University Commonwealth Law Journal* pp. 5- 34

EDLIN, D. E. *The Rule of Recognition and The Rule of Law: Departmentalism and Constitutional development in the United States and the United Kingdom*, (2016) 64 *American Journal of Comparative Law*, pp. 371-418

EKINS, R. *A Critique Of Radical Approaches To Rights Consistent Interpretation*, (2003) *European Human rights Law Review* 641

EKINS, R. *Legislative freedom in the UK*, (2017) (133) *Law Quarterly Review*, pp. 582-605

- EKINS, R.; GEE, G. *Putting Judicial Power in Its Place*, (2017) 36 *University of Queensland Law Journal*, pp. 375-398
- EKINS, R.; GEE, G. *The Rise of Judicial Power (Preface)* (2017) 36 *University of Queensland Law Journal*, pp. vi-
- ELEFTHERIADIS, P. *The Coming Constitutional Instability*, [2017] (3) *Public Law* 347
- ELIAS, S (DAME) *Fundamentals: A Constitutional Conversation (The Harkness Henry Lecture)*, (2011) 19 *Waikato Law Review*, pp. 1-16
- ELLIOTT, M. *A tangled constitutional web: the black-spider memos and the British constitution's relational architecture*, [2015] *Public Law* 539
- ELLIOTT, M. *Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law*, (2015), *Current Legal Issues (forthcoming)* pp. 1-25;
- ELLIOTT, M. *Interpretative Bill of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution*, (2011) *New Zealand Law Review*, pp. 591-623
- ELLIOTT, M. *Judicial Power and the United Kingdom's Constitution*, (2017) 36 *University of Queensland Law Journal*, pp. 273-87
- ENDICOTT, T. O. *The Impossibility of the Rule Of Law*, (1999) 19 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 1-18
- EPPS, C. R. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in comparative perspective*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1998
- ERDOS, D. *Aversive constitutionalism in the Westminster model: The Genesis of the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, (2007) 2 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 343-369
- ERDOS, D. *Delegating Rights Protection: The Rise of Bills of Rights in the Westminster World*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- ERDOS, D. *Judicial Culture and the Politicolegal Opportunity Structure: Explaining Bill of Rights Legal Impact in New Zealand*, (2009) 34 (1) *Law and Social Inquiry*, pp. 95-127
- EVANS, M. *Engineers: The Case that Changed Australian Constitutional History*, (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale*, pp. 65-80
- EWING, K. D. *The Futility of the Human Rights Act*, [2004] *Public Law* 829
- EWING, K. D. *The Human Rights Act and Parliamentary Sovereignty*, (1999) 62 (1) *Modern Law Review*, pp. 79-99
- FELDMAN, D. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993
- FELDMAN, D. (ed) *English Public Law (II ed.)* Oxford, Oxford University Press, 2009
- FELDMAN, D. *Extending the Role of the Courts: the Human Rights Act 1998, The Parliamentary History Yearbook Trust*, 2011, pp. 65-84
- FERRARESE, M. R. *Prima lezione di diritto globale*, Roma – Bari, Universale-Laterza, 2012;
- FERREIRA, N. *The Supreme Court in a final push to go beyond Strasbourg*, [2015] *Public Law* 367
- FINLAYSON, C. (AG HON.) *Report of the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Bill*, (J4, Order of the House of Representatives, 2010)
- FINN, P. *Statutes and the Common Law*, (1992) 22 *University of Western Australia Law Review*, pp. 7-30

- FIORAVANTI, M. *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, (II ed.), Torino, Giappichelli, 1994
- FIORAVANTI, M. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Sagittari-Laterza, 2009
- FIORAVANTI, M. *Costituzione e Legge fondamentale*, (2006) 2 *Diritto pubblico*, pp. 467-510
- FIORAVANTI, M. *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, (2016) 45 (1) *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 67-86
- FIORAVANTI, M. *Legge e Costituzione. Il problema storico della garanzia dei diritti*, (2014) 43 (2) *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 1077-94
- FOTTRELL, D. *Reinforcing the Human Rights Act – The Role of the International Covenant on Civil and Political Rights*, [2002] *Public Law* 485
- FRENCH, R. S. *The Common Law and the Protection of Human Rights*, *Anglo Australasian Lawyers Society di Sydney*, 4 settembre 2009
- FRIEDMAN, L. M. *A History of American Law*, (III ed.), New York, Touchstone by Simon & Schuster, 2005
- GAGELER, S. *Common Law Statutes and Judicial Legislation: Statutory Interpretation as a Common Law Process*, (2011) 37 (2) *Monash University Law Review*, pp. 1- 15
- GALLAFENT, K. Wales, in LESTER, A.; PANNICK, D. *Lester & Pannick Human Rights Law and Practice*, (II ed), Chap. 7, pp. 589-599
- GALLIGAN, B. AND BRENTON, S. (Eds) *Constitutional Conventions in Westminster Models. Controversies, Changes and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015
- GARBAUM, S. *A Comparative Perspective on Reforming the New Zealand Bill of Rights Act*, (2014) 10(4) *Policy Quarterly*, pp. 33-38
- GARDBAUM, S. *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?*, (2014-2015) 53 *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 285- 320
- GARDBAUM, S. *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, (2010) 8 (2) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 167-206
- GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, (2001) 49 *American Journal of Comparative Law*, pp. 707-60
- GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, (2012), Oxford University Press, 2012
- GARDBAUM, S. *The Single and General New Commonwealth Model: A Response to Ran Hirschl and Sujit Choudhry*, (2013) 11 (4) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 1100-1107
- GEARTY, C. *Can Human Rights Survive?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- GEARTY, C. *On Fantasy Island: Britain, Europe and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016
- GEARTY, C. *The State of Human Rights*, (2014) 5 (4) *Global Policy*, pp. 391-400;
- GEDDIS, A. *Declaration of Inconsistency Under the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, (2017) UK. Const. Law Blog, 04/04/2017

GEDDIS, A.; RODRIGUEZ FERRERE, M. B. *Judicial Innovation Under the New Zealand Bill of Rights Act – Lessons For Queensland?*, (2016) *University of Queensland Law Journal*, pp. 252-282

GEDDIS, A. *New Zealand: Prisoner Voting and Consistency with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, [2016] *Public Law* 352

GEDDIS, A. *Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Change*, (2016) 14 (1) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 99-118

GEDDIS, A. *Prisoner Voting and Rights deliberation: How New Zealand Parliament Failed*, (2011) *New Zealand Law Review*, pp. 443-74

GEDDIS, A., FENTON, B. ‘Which is to be Master?’ – *Rights-Friendly Statutor Interpretation in New Zealand and the United Kingdom* (2008) 25 *Arizona Journal of International and Comparative Law*, pp. 733-

GEE, G. AND WEBBER, G. C. N. *What is a Political Constitution?* (2010) 30 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 273-299

GEE, G. *The Political Constitutionalism of J.A.G. Griffith*, (2007) 28 *Legal Studies*, pp. 20-45

GEIRINGER, C. *It’s Interpretation, Jim, But Not As We Know It: Ghaidan v. Godin- Mendoza, the House of Lords and Rights-Consistent Interpretation*, [2005] 6 *Human Rights Research* pp. 1-20

GEIRINGER, C. *On A Road To Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, (2009) 40 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 613 -648

GEIRINGER, C. *The Principle of Legality and the Bill of Rights Act: A Critical Examination of R v Hansen*, (2008) 6 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 59-93

GEIRINGER, C. *What’s the Story? The Instability of the Australasian Bills of Rights*, (2016) 14 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 156-174

GEIRINGER, C. *The Constitutional Role of the Courts Under the NZ Bill of Rights: Three Narratives from Attorney-General v Taylor*, (2017) 48 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 547-570

GERBER, P. and CASTAN, M. *Contemporary Perspectives on Human Rights Law in Australia*, Pyrmont (NSW), Thomson Reuters, 2013

GIANNINI, M. S. *Considerazioni sullo Stato moderno* (2017) 3 *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 977-709

GLAZEBROOK, S. *The New Zealand Bill of Rights Act 1990: its operation and effectiveness*, South Australian State Legal Convention, 22-23 Luglio 2004, pp. 1-41

GLEDHILL, K. *The Interpretative Obligation: The Duty To Do What Is Possible*, (2008) *New Zealand Law Review*, pp. 283 -332

GOLDSWORTHY, J. *Interpreting the Australian Constitution: Express Provisions and Unexpressed General Principles*, (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale*, pp. 117-32

GOLDSWORTHY, J. *Is Parliament Sovereign? Recent challenges to the Doctrine of Parliamentary Sovereignty*, (2005) 3 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 7-38

GOLDSWORTHY, J. *Losing Faith in Democracy. Why Judicial Supremacy is Rising and What to Do about It*, (May 2015) Vol. LIX, No. 5, *Quadrant Online*, pp. 7-17

GOLDSWORTHY, J. *The Constitution and Its Common Law Background*, (2014) 25 *Public Law Review* 265

GOLDSWORTHY, J. *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999

GOLDSWORTHY, J. *Constitutional Cultures, Democracy and Unwritten Principles*, (2012) *University of Illinois Law Review*, pp. 683-710

GOLDSWORTHY, J. *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

GRAHAM, R. N. *A Unified Theory of Statutory Interpretation* (2002) 23 *Statute Law Review*, pp. 91-134

GRANT, K. *The British Empire, International Government and Human Rights*, (2013), 11(8) *History Compass*, pp. 573- 583

GRAZIADEI, M. *Legal Transplants and The Frontiers Of Legal Knowledge*, (2009) 10 (2) *Theoretical Inquiries in Law*, article n. 15

GRIEVE, D. (QC, MP) *Can a Bill of Rights Do Better Than the Human Rights Act?* [2016] *Public Law* 223

GRIFFITH, J. A. G. *The Politics of the Judiciary*, (V ed.), Harper-Collins Publishers, 1997

GRIFFITH, J. A. G. *The Common Law And The Political Constitution*, (2001) 117 *Law Quarterly Review*, pp. 42 -67

GRIFFITH, J. A. G. *The Political Constitution*, (1979) 42 *Modern Law Review*, pp. 1-21

GROPPI, T. *Il Canada tra riforma della Costituzione e secessione*, in ROLLA, G. (A CURA DI) *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè editore, 2000

GROSSI, P. *L'Europa del diritto*, (III ed.), Roma –Bari, Laterza, 2017

GROSSI, P. *L'invenzione del diritto*, Roma –Bari, Laterza, 2017

GROSSI, P. *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, (2017) 3 *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, pp. 831-46

GROSSI, P. *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2007

GUASTINI, R. *A proposito di diritti umani*, (2014) 2 *Ragion Pratica*, pp. 355-362

GUASTINI, R. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011

GUASTINI, R. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993

GUSSEN, B. F. *The State is the Fiduciary of the People*, [2015] *Public Law* 440

GUTTMAN, D. *Roach v Commonwealth: Is the Blanket Disenfranchisement of Convicted Prisoners Unconstitutional?* (2007) 29 *Sydney Law Review*, pp. 297-319

GYORFI, T. *Between Common Law Constitutionalism and Procedural Democracy*, (2013) 33 (2) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 317-338

HADFIELD, B. *Devolution and the Changing Constitution: evolution in Wales and the unanswered English question*, in JOWELL, J. AND OLIVER, D. (EDS.) *The Changing Constitution*, (VI ed.), Oxford, Oxford University Press, Chap. XI, pp. 271-293

HAIN, M. *Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law*, U.K. Const. L. Blog, (19 sett. 2017)

HALE, A.; SHINAR, A. *Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review*, (2012), 10 (4) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 950-975;

HANKS, P.; GORDON, F. and HILL, G. *Constitutional Law in Australia*, (III ed.), Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2012

HANNUM, H. *Human Rights in Conflict Resolution: The Role of the Office of the Commissioner for Human Rights in UN Peacemaking and Peacebuilding*, (2006) 28 *Human Rights Quarterly* pp. 1-85

HARRINGTON, J. *The British Approach to Interpretation and Deference in Rights Adjudication*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 269-303

HARRINGTON, J. *The British Approach to Interpretation and Deference in Rights Adjudication*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 269-303

HARRIS, B. *Constitutional Law Guidebook, Melbourne (VIC)*, Oxford University Press Australia, 2015

HARTLEY, T. C. *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 813-828

HAZELL, R. *The English Question*, Manchester (NY), Manchester University Press, 2011

HAZELL, R. *Who Is the Guardian of Legal Values in the Legislative Process: Parliament or the Executive?* [2004] *Public Law* 495

HICKMAN, T. *Constitutional dialogue, constitutional theories and the Human Rights Act 1998*, [2005] *Public Law* 306

HICKMAN, T. *The New Zealand Bill of Rights Act Going Beyond Declarations*, (2014) 10(4) *Policy Quarterly*, pp. 39-45

HIEBERT, J. L. *Interpreting a Bill of Rights: The Importance of Legislative Rights Review*, (2005) 35 *Bimestral Journal of Political Studies*, pp. 235-55

HIEBERT, J. L. *New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?*, (2004) 82(7) *Texas Law Review*, pp. 1963-87

HIEBERT, J. L. *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR Help Facilitate a Culture of Rights?*, (2006) 4 (1) *International Journal of Comparative Law*, 1-38

HIEBERT, J. L. *Parliamentary Bills Of Rights: An Alternative Model?* (2006) 69 *The Modern Law Review*, pp. 7-28

HIEBERT, J. L. *Rights-vetting in New Zealand and Canada: Similar Idea, Different Outcomes*, (2005) 3 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 63-103

HIEBERT, J. L. and KELLY, J. B. *Parliamentary Bills of Rights. The Experience of New Zealand and United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015

HIEBERT, J. L. *The Human Rights Act: Ambiguity About Parliamentary Sovereignty*, (2013) 14 (12) *German Law Journal*, pp. 2253-2274

HIRSCHL, R. *How Consequential is the Commonwealth Constitutional Model?*, (2013) 11(4), *International Journal Of Constitutional Law*, pp. 1086-1093

HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences Of The New Constitutionalism*, Cambridge, Mass.-London, Engl., Harvard University Press, 2004

HOGDON, J. S. and ROACH, K. *Disenfranchisement as punishment: European Court of Human Rights, UK and Canadian responses to prisoner voting*, [2017] *Public Law* 450

HOGG, P. W. *Constitutional Law of Canada*, (V ed.), Toronto, Carswell-Thomson Reuters, 2007

HOGG, P. W.; BUSHELL THORTON, A. A. and WRIGHT, W. *Charter Dialogue Revisited: or "Much Ado About Metaphors"*, (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 1-65

HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, (1997) *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 75-105

HOOPER (SIR), A. *Current Topic: The Impact of the Human Rights Act on Judicial Decision-making*, (1998) 6 *European Human Rights Law Review*, pp. 677-686;

HORNE, A.; DREWRY, G.; OLIVER, D. (Eds) *Parliament and the Law*, Oxford and Portland (OG), Hart Publishing, 2013

HUSCROFT, G. "Thank God We're Here": *Judicial Exclusivity in Charter Interpretation and Its Consequences*, (2004) 25 *Supreme Court Law Review*, pp. 241-67

HUSCROFT, G. *A Constitutional "Work in Progress"? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 413-38

HUSCROFT, G.; RISHWORTH, P. (Eds) *Rights and Freedoms: The New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the Human Rights Act 1993*, Wellington, Thomson Reuters, 1995

I LEIGH, I.; LUSTGARTEN, L. *Making Rights Real: the Courts, Remedies, and the Human Rights Act*, (1999) 58 *The Cambridge Law Journal*, pp. 509-545

IP, E. C. *The Judicial Review of Legislation in the United Kingdom: a Public Choice Analysis*, (2014) 37 *European Journal of Law and Economics*, pp. 221-47

JACKSON, S. *Designing Human Rights Legislation: Dialogue, the Commonwealth Model and the Roles of Parliaments and Courts*, (2007) 13 *Auckland University Law Review*, pp. 89-115

JEFFERSON, T. (a cura di A. Aquarone) *Antologia degli scritti politici di Thomas Jefferson*, Il Mulino, Bologna, 1961

JENNINGS, I. W. (SIR) *The British Commonwealth of Nations*, (IV ed.), London, Hutchinson University Library, 1961

JENNINGS, I. W. (SIR); YOUNG, C. M. *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1952

JOSEPH, S. and CASTAN, M. *Federal Constitutional Law. A contemporary view*, (II ed.), Sydney, Thompson Lawbook Co., 2014

JOWELL, J. *Judicial Deference: Servility, Civility or Institutional Incapacity?* [2003] *Public Law* 592

JOWELL, J.; OLIVER, D. (EDS) *The Changing Constitution*, (VI ed.), Oxford, Oxford University Press, 2007

KAVANAGH, A. *A Hard Look at the Last Word* (2015) 35 *Oxford Journal of Legal Studies*, 825-47

KAVANAGH, A. *Defending Deference in Public Law and Constitutional Theory* (2010) 126 *Law Quarterly Review*, pp. 222-50

KAVANAGH, A. *Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory*, (2014) 34 (3) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 443-79

KAVANAGH, A. *Statutory Interpretation under the Human Rights Act 1998 after Anderson: a More Contextual Approach* [2004] *Public Law* 537

KAVANAGH, A. *Strasbourg, the House of Lords or Elected Politicians: Who decides about rights after Re P?* (2009) 72 *Modern Law Review*, pp. 828-843

KAVANAGH, A. *The Role of Parliamentary Intention in Adjudication under the Human Rights Act 1998* (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 179-206

KAVANAGH, A. *Unlocking the Human Rights Act: The “Radical Approach to Section 3(1)” Revisited* (2005) *European Human Rights Law Review* 259

KAVANAGH, A. *The Role of the Courts in a Joint Enterprise*, in BARBER, N.W.; EKINS, R. and JOWELL, J. (Eds), *The Limits of the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015

KAVANAGH, A. *What’s so weak about “weak-form review”? The case of the UK Human Rights Act 1998*, (2015) 13 (4) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 1008-1039

KAVANAGH, A. and CHANDRACHUD, C. *Rights-Based Constitutional Review in the UK: From Form to Function*, in J. BELL AND M.L. PARIS (EDS), *Rights-Based Constitutional Review in Comparative Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015

KAVANAGH, A. *The Elusive Divide Between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998*, (2004) 24 (2) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 259 – 85

KEITH, K. J. *“Concerning Change”: the Adoption and Implementation of the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, (2000) 31 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 721-746

KELLY, J. B. and MANFREDI, C. P. (Eds.) *Contested Constitutionalism: Reflections on the Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver: University of British Columbia Press, 2009

KENTRIDGE, S. (QC) *Parliamentary Supremacy and the Judiciary under a Bill Of Rights: Some Lessons from the Commonwealth*, [1997] *Public Law* 96

KEYZER, P. *Principles of Australian Constitutional Law* (VI ed.) Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2010

KING, J. *Rights and the Rule of Law in third way constitutionalism*, (2015) 30 *Constitutional Commentary*, pp. 101-26

KIRBY, M. *Statutory Interpretation: The Meaning Of Meaning*, (2011) 35 *Melbourne University Law Review*, pp. 113-33

KIRBY, M. *The Australian Use of International Human Rights Norms from Bangalore to Ballios – a View from the Antipodes*, (1993) 16 (2) *University of New South Wales Law Journal*, pp. 363-393

KIRBY, M. *Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges*, (2008) 9 *Melbourne Journal of International Law*, pp. 171-189

KLUG, F. *The Human Rights Act – a “third way” or “third wave” Bill of Rights*, (2001) *European Human Rights Law Review* 361

KLUG, F. *The Human Rights Act, Pepper v Hart and all that*, [1999] *Public Law* 246

KLUG, F. *Judicial deference under the Human Rights Act 1998*, paper presented to the Society of Public Teachers of Law (SPTL) Conference, De Montfort University, Leicester, Sep. 2002

KLUG, F. and O’BRIEN, C. *The First Two Years of the Human Rights Act*, [2002] *Public Law* 649

KLUG, F. and O’BRIEN, C. *“Fairness for all”?: an analysis of human rights powers in the White Paper on the proposed Commission for the Equality of Human Rights*, [2004] *Public Law* 712

KLUG, F. and STARMER, K. (QC) *Incorporation through the back door?*, [1997] *Public law* 223

KLUG, F. and STARMER, K. (QC) *Standing Back from the Human Rights Act: how effective is it five years on?*, [2005] *Public Law* 716

KNIGHT, C. J. S. *Bi-Polar Sovereignty Restated*, (2009) 68 *Cambridge Law Journal*, pp. 361-387

LADY HALE *Argentoratum Locutum: Is the Supreme Court supreme?*, (2012) 12 *Human Rights Law Review*, pp. 65-78

LADY HALE *Law Maker or Law Reformer: What Is a Law Lady For?*, (2005) 40 *Irish Jurist*, pp. 1-16

LADY HALE *The Supreme Court: Guardian of the Constitution?*, Sultan Azlan Shah Lecture 2016, Kuala Lumpur, 9 novembre 2016, reperibile sul sito ufficiale della UKSC

LADY HALE *The United Kingdom Constitution on the move*, The Canadian Institute for Advanced Legal Studies' Cambridge Lectures 2017, 7 luglio 2017, reperibile sul sito della UKSC

LADY HALE *UK Constitutionalism on the March?*, Keynote Address to the Constitutional and Administrative Law Bar Association Conference 2014, 12 luglio 2014, reperibile sul sito ufficiale della UKSC

LAMARQUE, E. *Le relazioni tra ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, (2013) 3 *Diritto Pubblico*, pp. 727-805

LANG, J. D. *Lang's History of New South Wales*, Londra, Cochrane and M'Crone, 1875;

LATHAM, R. T. E. *The Law and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1949

LAWS, J. (SIR) *Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?*, [1993] *Public Law* 59

LAWS, J. (SIR) *The Limitations of Human Rights*, [1998] *Public Law* 254

LAWS, J. (SIR) *The Common Law and Europe*, (2013) *The Hamlyn Lectures*, (27 November 2013)

LEIGH, I.; LUSTGARTEN, L. *Making Rights Real: the Human Rights Act in its First Decade*, Oxford-Portland (OG), Hart Publishing, 2008.

LESTER, A. (LORD LESTER OF HERNE HILL) (QC) *Fundamental rights: the United Kingdom isolated?* (1984) *Public Law* 47

LESTER, A. (LORD LESTER OF HERNE HILL) (QC); PANNICK D. *Lester & Pannick Human Rights Law and Practice*, (II ed.), Londra, LexisNexis – Butterworths UK, 2004

LEVINE, S. *Bills of Rights in Parliamentary Settings: New Zealand and Israeli Experience*, (1991) 44 *Parliamentary Affairs*, pp. 337-352

LINDELL, G. *The Statutory Protection of Rights and Parliamentary Sovereignty: Guidance from the United Kingdom?*, [2006] 17 *Public Law* 188

LINDELL, G. *Cowen and Zines' Federal Jurisdiction in Australia*, (IV ed.), Sydney, Federation Press, 2016

LOCKE, J. (a cura di c. A. Viano) *Lettera sulla tolleranza*, Laterza, Bari, 1997

LOCKE, J. (trad. a cura di A. Gialluca) *Il Secondo Trattato sul Governo*, BUR-Rizzoli, Milano, 2016

LORD BINGHAM OF CORNHILL *Dicey revisited*, [2002] *Public Law* 39

LORD BINGHAM OF CORNHILL *The European Convention on Human Rights: time to incorporate*, (1993) *Law Quarterly Review* 390

LORD BROWNE-WILKINSON *The Infiltration of a Bill of Rights*, [1992] *Public Law* 397

LORD IRVINE OF LAIRG (QC) *Activism and Restraint: Human Rights and the Interpretative Process*, (1999) *King's College Law Journal*, pp. 177-197

LORD IRVINE OF LAIRG (QC) *The impact of the Human Rights Act: Parliament, the Courts and the Executive*, [2003] *Public Law* 308

LORD IRVINE OF LAIRG *The spirit of Magna Carta continues to resonate in modern law*, (2003) 119 *The Law Quarterly Review*, pp. 227-245

LORD LESTER OF HERNE HILL (QC) *Opinion: the art of the possible - interpreting statutes under the Human Rights Act* (1998) 3 *European Human Rights Law Review* 665

LORD LESTER OF HERNE HILL (QC) *Parliamentary scrutiny of legislation under the Human Rights Act 1998*, [2002] *European Human Rights Law Review* 432

LORD LESTER OF HERNE HILL (QC) *The Human Rights Act – five years on*, [2004] *European Human Rights Law Review* 258

LORD LESTER OF HERNE HILL (QC) *The Magnetism of the Human Rights Act 1998*, (2002) *Judicial Review*, pp. 179-198

LORD LESTER OF HERNE HILL (QC) *The utility of the Human Rights Act: a reply to Keith Ewing*, [2005] *Public Law* 249

LORD LESTER OF HERNE HILL (QC) *U.K. Acceptance of the Strasbourg jurisdiction: what really went on in Whitehall in 1965*, [1998] *Public Law* 237

LORD LISVANE (KCB, DL) *The Courts and Parliament* [2016] *Public Law* 272

LORD MANCE, *The Role of Judges in a Representative Democracy*, Judicial Committee of the Privy Council's Fourth Sitting in the Bahamas, 24 febbraio 2017, reperibile sul sito della UKSC

LORD NEUBERGER 'Judge not, that ye be not judged': *judging judicial decision-making*, F. A. Mann Lecture, 29 gennaio 2015, reperibile sul sito della UKSC

LORD NEUBERGER *Has the identity of the English Common Law been eroded by EU Laws and the European Convention On Human Rights?*, Faculty of Law, National University of Singapore, 18 agosto 2016, reperibile sul sito della UKSC

LORD NEUBERGER *The Role of Judges in Human Rights Jurisprudence: A Comparison of the Australian and UK Experience*, Address to the Supreme Court of Victoria, Melbourne 8 agosto 2014, reperibile sul sito della UKSC

LORD NEUBERGER *The Role of the Judge: Umpire in a Contest, Seeker of the Truth or Something in Between?*, Singapore Panel on Judicial Ethics and Dilemmas on the Bench: Opening Remarks, 19 agosto 2016, reperibile sul sito della UKSC

LORD STEYN *Democracy Through Law*, (2002) *European Human Rights Law Review* 723

LORD STEYN *Democracy, the rule of law and the role of judges*, (2006) 3 *European Human Rights Law Review* 243

LORD STEYN *The New Legal Landscape*, (2000) *European Human Rights Law Review* 549

LORD STEYN *The Role of the Bar, the Judge and the Jury: Winds of Change*, [1999] *Public Law* 51

LORD TOULSON *Fundamental Rights and the Common Law*, Fundamental Rights Conference: A Public Law Perspective, LSE (10 ottobre 2015), reperibile sul sito della UKSC

LORD WINDLESHAM *The Constitutional Reform Act 2005: Ministers, Judges and Constitutional Change*, [2005] *Public Law* 806

LOVELAND, I. *Incorporating the European Convention on Human Rights into UK Law*, (1999) *Parliamentary Affairs*, pp. 113-127

LUCIANI, M. *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto* (Annali), IX, Milano, Giuffrè, 2016, 462

MALLORY, J. R. *Politics by other means: the Courts and the Westminster model in Australia*, (1979) 17 (1) *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, pp. 3-20

MANFREDI, C. P.; KELLY, J. B. *Six Degrees of Dialogue: a Response to Hogg and Bushell*, (1999) 37 *Osgoode Hall Law Review*, pp. 513-28

MANNING, J. F. *Separation of Powers as Ordinary Interpretation* (2011) *Harvard Law Review*, pp. 1941-2040

MARSHALL, G. *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford, Clarendon Press, 1957

MARSHALL, P. (SIR) *The 'Balfour Formula' and the Evolution of the Commonwealth*, (2001) (90) *The Round Table*, pp. 541-53

MARSTON, G. *The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights*, (1993) 42 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 796-826

MARTIN, S. *Declaratory Misgivings: Assisted Suicide in a post-Nicklinson context*, [2018] (2) *Public Law* 209

MARTINELLI, C. *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2014

MASTERMAN, R. *A Supreme Court of the United Kingdom: two steps forward, but one step back on judicial independence*, [2004] *Public Law* 48

MASTERMAN, R. *Interpretation, Declarations and Dialogue: Rights Protection Under The Human Rights Act And Victorian Charter Of Human Rights And Responsibilities*, [2009] *Public Law* 112

MASTERMAN, R. *Taking Strasbourg Jurisprudence into Account: Developing a 'Municipal Law of Human Rights' under the Human Rights Act*, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 907-931

MASTERMAN, R. *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

MASTERMAN, R. and WHEATLE, S. *Unpacking Separation of Powers: Judicial Independence, Sovereignty and Conceptual Flexibility in the UK Constitution*, [2017] (3) *Public Law* 469

MATHEN, C. *Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on 'Charter Dialogue Revisited'*, (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 125-46

MATTEI, U. *Il Modello di Common Law*, (IV ed.), Torino, Giappichelli, 2014

MATTEI, U. (reviewed by) *Why the wind changed: intellectual leadership in Western law*, (1994) 42 *American Journal of Comparative Law*, pp. 193-

MCCLURE KENNEDY, W. P. *Documents of the Canadian Constitution: 1759-1915*, Toronto-Oxford, Oxford University Press, 1918

MCCORKINDALE, C.; MCHARG, A.; SCOTT, P. F. *The Courts, Devolution, and Constitutional Review*, (2017) 36 *University of Queensland Law Journal*, pp. 289- 310

MCCRUDDEN, C. *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*, (2000) 20 (4) *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 499-532

MCHUGH, M. (QC) *A Human Rights Act, the Courts and the Constitution*, Address to the Australian Human Rights Commission (5 March 2009), pp. 1-62, reperibile online sul sito <https://www.humanrights.gov.au/publications>

MCHUGH, P. G. *Law, History and the Treaty of Waitangi*, (1997) 31 (1) *New Zealand Journal of History*, pp. 38- 57

MCHUGH, P. G. *The Māori Magna Carta: New Zealand Law and the Treaty of Waitangi*, Auckland, Oxford University Press, 1991

MCLAY, G. *Damages for Breaches of the New Zealand Bill of Rights*, (2008) *New Zealand Law Review*, 2008, pp. 333 -375

MCLEAN, J. *Legislative Invalidation, Human Rights Protection and s 4 of the New Zealand Bill of Rights Act*, (2001) *New Zealand Law Review*, pp. 421-48

MCLEAN, J. *From Empire to Globalization: The New Zealand Experience*, (2004) 11(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, pp. 161-81

MCMURDO, M. *An Australian Human Rights Act: Quixotic Impossible Dream or Inevitable Natural Progression?*, (2009-2010) 13, *Southern Cross University Law Review*, pp. 37-56

MEAD, D. *Talking about Dialogue*, U.K. Const. L. Blog (15 september 2012), <http://ukconstitutionallaw.org>

MEAGHER D. *The Principle of Legality as a Clear Statement Rule: Significance and Problems*, (2014) 36 (3) *Sydney Law Review*, pp. 413-43

MEAGHER, D. *The Common Law Principle of Legality in the Modern Age of Rights*, (2011) 35 *Melbourne University Law Review*, pp. 449-478

MEAGHER, D. *The Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth) and the Courts*, (2013) 42 *Federal Law Review*, pp. 1-24

MEAGHER, D. *The Significance of the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth)*, paper presentato il 7 giugno 2012 presso l’Australian Association of Constitutional Law Victorian Seminar Series , Melbourne

MEAGHER, D. *The Principle of Legality and Contemporanea Exposition est Optima et Fortissima Lege*, (2017) 38 (1) *Statute Law Review*, pp. 98-115

MEAGHER, D.; GROVES, M (Eds) *The Principle of Legality in Australia and New Zealand*, Sydney, Federation Press, 2017

MILLER, V. and WHITE, I. *Prisoners’ Voting Rights*, reperibile online sul sito <http://www.parliament.uk>

MITCHELL, J. *Devolution in the UK*, Manchester, Manchester University Press, 2009

MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M. *Diritto Pubblico Comparato*, (IV ed.), Giappichelli, Torino, 2012

MULLAN, D. J. *A Comparison of the Impact of the New Zealand Bill of Rights Act and the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Judicial Review of Administrative Action*, (2003) *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 115-56

MURKENS, J. and MASTERMAN, R. *The New Constitutional Role of the Judiciary*, (2014) LSE Policy Briefing pp. 2-3

MURRAY, S. *Australian State Courts and Chapter III of the Commonwealth Constitution - Interpretation and Re-Interpretation and the Creation of Australian Constitutional Orthodoxy*, (2012) 24 *Giornale di Storia Costituzionale*, pp. 145-158

NARDOCCI, C. *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari ealtri c. Italia*, 3.9.2015

- NASCIMBENE, B. (a cura di) *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè editore, 2002
- NETTHEIM, G. *Making a Difference: Reconciling Our Differences* (2001) 5 *Newcastle Law Review* pp. 3
- NETTHEIM, G. *Reconciliation: Challenges for Australian Law*, (2001) 7 (1) *Australian Journal of Human Rights*, pp. 47-68
- NICOL, D. *Statutory Interpretation and Human Rights After Anderson* [2004] *Public Law* 274
- NICOL, D. *Are Convention Rights a No-Go Zone for Parliament?* [2002] *Public Law* 438
- NICOL, D. *Gender Reassignment and the Transformation of the Human Rights Act*, (2004) 120 *Law Quarterly Review* 194
- NICOL, D. *Law and Politics after the Human Rights Act*, [2006] *Public Law* 722
- NICOL, D. *The Human Rights Act and the politicians*, (2004) *Legal Studies* pp. 451-479
- O'SULLIVAN, D. *The Treaty of Waitangi in Contemporary New Zealand Politics* (2008) 43 (2) *Australian Journal of Political Science*, pp. 317-331
- OPTICAN, S. *Hamed, Williams and the Exclusionary Rule: Critiquing the Supreme Court's Approach to s 30 of the Evidence Act 2006*, [2012] *New Zealand Law Review*, pp. 605-641
- ORANGE, C. *The Treaty of Waitangi*, (II ed.), Wellington, BWB Limited, 2011
- Oxford, Oxford University Press, 2015
- PACE, A. *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, (2001) 1 *Quaderni costituzionali* pp. 35-61
- PADULA, C. (a cura di) *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016
- PALMER, G. (SIR) *The New Zealand Constitution and the Power of Courts*, (2005) 15 *Transnational Law & Contemporary Problems* pp. 551-577
- PALMER, G. (SIR) *Unbridled Power*, (II ed.), Auckland, Oxford University Press, 1987
- PALMER, G. (SIR) and PALMER, M. *Bridled Power: New Zealand's Constitution and Government*, (IV ed.), Auckland, Oxford University Press, 2004
- PALMER, G. (SIR) *The Bill of Rights after Twenty-One Years: The New Zealand Constitutional Caravan Moves On*, (2013) 11 *New Zealand Journal of Public and International Law*, pp. 257-288
- PALMER, M. *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution; Lessons from an Unwritten Constitution*, (2006) *American Journal of Comparative Law*, pp. 587 - 636
- PALMER, M. *What is New Zealand's Constitution and Who Interprets It? Constitutional Realism and the Importance of Public-Office-Holders*, [2006] *Public Law Review* 133
- PALOMBELLA, G. *E' possibile una legalità globale?: il rule of law e la governance nel mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012
- PALOMBELLA, G. *Il rule of law. Argomenti per una teoria (giuridica) istituzionale*, (2009) 36 (1) *Sociologia del Diritto*, pp. 27-67
- PALOMBELLA, G. *Il senso dei limiti (giuridici). Dagli Stati alla governance globale*, (2010) 37 (3) *Sociologia del Diritto*, pp. 23-57
- PASSAGLIA, P. *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in CECCHERINI, E. (a cura di), A

- trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, GUP – Genova University Press, 2013, pp. 48-64
- PASSANANTE, L. *La Riforma Del Processo Civile Inglese: Principi Generali e Fase Introduttiva*, in *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 2000, 1553
- PEARCE, D. C. and GEDDES, R. S. *Statutory Interpretation in Australia*, (VII ed.), Chatswood (NSW), LexisNexis Butterworths, 2014
- PETTER, A. *Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good Thing After All)*, (2007) 45 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 147-67
- PHILLIPSON, G. and YOUNG, A. *Would use of the prerogative to denounce the ECHR "frustrate" the Human Rights Act? Lessons from Miller* [2017] *Public Law* 150
- PHILLIPSON, G. *Bills of Rights As a Threat to Human Rights: the Alleged 'Crisis of Legalism'* [2007] *Public Law* 217
- PHILLIPSON, G. *Deference, Discretion and Democracy in the Human Rights Act Era* (2007) 60 *Current Legal Problems* pp. 40-78
- PHILLIPSON, G. *(Mis)reading Section 3 of the Human Rights Act* (2003) 119 *Law Quarterly Review* pp. 183-88
- PHILLIPSON, G.. *The Human Rights Act, Dialogue and Constitutional Principles*, in MASTERMAN, R. and LEIGH, I. *The United Kingdom's statutory Bill of Rights; Constitutional and Comparative Perspectives*, Oxford, British Academy Scholarship Online Press, 2014, pp. 25-50
- PINELLI, C. *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza* (2008) 1 *Politica del diritto* pp. 45-67
- PINELLI, C. *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *corso di pubblicazione (titolo provvisorio)*
- PINO, G; Villa, V *Rule of Law: L'idela della l.egalità*, Bologna, Il Mulino, 2016
- PINO, G. *Il linguaggio dei diritti*, 2008 (2) *Ragion Pratica* pp. 33-409
- PITINO, A. *Il federalismo canadese e i "limiti ragionevoli" in una free and democratic society*, in CECCHERINI, E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, GUP – Genova University Press, 2013, pp. 137-49
- Politica del diritto* pp. 45-67Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo, (2007) 2 *Costituzionalismo.it, Politica del diritto* pp. 45-67
- POOLE, T. *Bill of Rights in Australia*, (2004) 4 (2) *Oxford University Commonwealth Law Journal*, pp. 197-212
- PORTO, B. L. *May It Please The Court. Judicial Process and Politics in America*, (II ed.), CRC Press, Boca Raton-London-New York, 2009
- PYKE, J. *Government Powers Under a Federal Constitution: Constitutional Law in Australia*, Thomson Reuters, Pymont (NSW), 2017
- QUICK, J. (SIR) and GARRAN, R.R. (SIR) *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, (III ed.), Legal Books, Sydney
- RAIMONDI, G. *Il Consiglio d'Europa e la Convezione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008
- RAJANAYAGAM, S. *Does Parliament do enough? Evaluating statements of compatibility under the Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act*, (2015) 38 (3) *University of New South Wales Law Journal*, pp. 1046-1077

RATNAPALA, S. *Bills of Rights in Functioning Parliamentary Democracies: Kantian, Consequentialist and Institutional Scepticisms*, (2010) 34 *Melbourne University Law Review*, pp. 592-617

RATNAPALA, S.; CROWE, J. *Australian Constitutional Law: Foundations and Theory*, (III ed.), Oxford, Oxford University Press Australia, 2012

RATNAPALA, S.; CROWE, J. *Broadening the reach of Chapter III: the institutional integrity of State Courts and the constitutional limits of State legislative power*, 36 *Melbourne University Law Review*, pp. 175-215

REFORM'S 2015 REPORT "How to Run a Country. A Parliament of Lawmakers", (march 2015)

REID, G. S. *Australia's Commonwealth Parliament and the 'Westminster Model'* (1963) 2 (2) *Journal of Commonwealth Political Studies*, pp. 89-101

REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (Eds) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008

RISHWORTH, P. *Reflections on the Bill of Rights after Quilter v Attorney-General*, [1998] *New Zealand Law Review* pp. 683-99

RISHWORTH, P. *The Inevitability of Judicial Review under "Interpretative" Bills of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?* (2004) 23 *Supreme Court Law Review* pp. 233-67

RISHWORTH, P. *Writing Things Unwritten: Common Law in New Zealand's Constitution*, (2016) 14 (1) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 137-55

RISHWORTH, P.; MAHONEY, R.; HUSHCROFT, G. and OPTICIAN, S. *The New Zealand Bill of Rights*, Melbourne, Oxford University Press, 2003

RIVERA, I. *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, 2.9.2015

ROACH, K. *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 49-104

ROACH, K. *The Myth of Judicial Activism*, (2001) 14 *Supreme Court Law Review* pp. 297-330

ROBSON, W.A. *Justice and Administrative Law*, (III ed), Londra, Stevens & Sons, 1951

ROLLA, G. *The Two Souls of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (2007) 36 *International Journal of Canadian Studies*, pp. 329-45

ROLLA, G. *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in CECCHERINI, E. (a cura di) *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, GUP – Genova University Press, 2013, pp. 9-28

ROSE, D. (QC) *What's the Point of the Human Rights Act? The Common Law, the Convention, and the English Constitution*, (2015) *Politeia* pp. 1-20

RUTLAND, R. A. *The Birth of the Bill of Rights, 1176-1791*, Boston, Northeastern University Press, 1991

SALES, P. (SIR) *A comparison of the Principle of Legality and Section 3 of the Human Rights Act 1998*, (2009) 125 *Law Quarterly Review* pp. 598-613

SALES, P. (SIR) *Partnership and Challenge: The Courts' Role in managing the Integration of Rights and Democracy*, [2016] *Public Law* 456

SALES, P. (SIR) *Rights and Fundamental Rights in English Law*, (2016) 75 (1) *Cambridge Law Journal* pp. 86-108

SALES, P. (SIR) and EKINS, R. *Rights-Consistent Interpretation and the Human Rights Act 1998*, (2011) 127 *Law Quarterly Review* pp. 217-238

- SAMUELS, A. *Human Rights Act 1998 Section 3: A New Dimension to Statutory Interpretation?* (2008) 29 (2) *Statute Law Review*, pp. 130-1 38
- SAUNDERS, C. and STONE, A. (Eds.) *The Oxford Handbook of the Australian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2018
- SAUNDERS, C. *The Constitution of Australia. A contextual analysis*, Oxford (UK); Portland (OG), Hart Publishing, 2011
- SCAFFARDI, L. *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, Padova, Cedam, 2000
- SCALIA, A. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997
- SEDLEY, S. (SIR) *Human Rights: a Twenty-First Century Agenda*, [1995] *Public Law* 386
- SEDLEY, S. (SIR) *The Sound of Silence: Constitutional Law without a Constitution*, (1994) 110 *Law Quarterly Review* pp. 270-291
- SHARLAND, J. *A Practical Approach to Local Government Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006
- SHAW, M. *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014
- Sistemi e modelli di giustizia costituzionale, Tomo II, Padova, CEDAM, 2009
- SLAUGHTER, A. M. *A Global Community Of Courts*, (2003) 44 (1) *Harvard International Law Journal*, 191
- SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*, (1994) *University of Richmond Law Review* 99
- SMILLIE, J. A. *The Allure of "Rights Talk": Baigent's Case in the Court of Appeal*, (1993) 8 *Otago Law Review*, pp. 188- 204
- SONELLI, S. *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 998 e oltre*, Torino, Giappichelli, 2010
- SONELLI, S. (a cura di) *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, Giappichelli, 2015
- SPIGELMAN, J. J. *Magna Carta: the rule of law and liberty*, (2015) 31 (2) *Policy* pp. 24-31
- SPIGELMAN, J. J. *The Common Law Bill of Rights* (March 10, 2008). *Statutory Interpretation and Human Rights: McPherson Lecture Series* (2008) 3 University of Queensland Press, Brisbane
- STEIN, P. *I fondamenti del diritto europeo*, (VIII ed.), Milano, Giuffrè, 2013
- STELLIOS, J. *State/Territory human rights legislation in a federal judicial system*, [2008] 19 *Public Law Review* 52
- STELLIOS, J. and PALFREY, M. *A new federal scheme for the protection of human rights*, (2012) 69 *Australian Institute of Administrative Law Forum* 13
- STELLIOS, J. *Reconceiving the separation of judicial power*, [2011] 22 *Public Law* 113
- STELLIOS, J. *The Federal Judicature: Chapter III of the Constitution: Commentary and cases*, LexisNexis, Chatswood (NSW), 2010
- STELLIOS, J. *Using Federalism to Protect Political Communication: Implications from Federal Representative Government*, (2007) 31 *Melbourne University Law Review* pp. 239-65
- STEMPLEWITZ, J. *Section 6 of the Bill of Rights Act 1990: A Case for parliamentary Responsibility for Human Rights and Freedoms*, (2002) 33 *Victoria University of Wellington Law Review*, pp. 409-23

STEPHENSON, S. *Constitutional reengineering: dialogue's migration from Canada to Australia*, (2013 Oct) 11 (4) *International Journal of Constitutional Law*, pp. 870-897

STEPHENSON, S. *The Supreme Court's Renewed Interest in Autochthonous Constitutionalism*, [2015] *Public Law* 394

STONE, A. *Constitutional Orthodoxy in the United Kingdom and Australia: the deepening divide*, (2014) 38, *Melbourne University Law Review*, pp. 836 -57

STONE, A. *The Australian Free Speech Experiment and Scepticism about the UK Human Rights Act*, in CAMPBELL, T.; EWING, K.D. AND TOMKINS, A., *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2001

STONE, B.; BARRY, N. *Constitutional Design and Australian Exceptionalism in Adopting a National Bill of Rights*, (2014) 47 (4) *Canadian Journal of Political Science*, pp. 767-782;

STONE, G. R.; SEIDMAN, L. M.; SUNSTEIN, C. R.; TUSHNET, M. V. *Constitutional Law*, (II ed.), Boston-Toronto-London, Little Brown, 1991

STRAW, J. (MP) and BOATENG, P. (MP) *Bringing Rights Home: Labour's Plans to Incorporate the European Convention on Human Rights into the United Kingdom A Consultation Paper* (Labour Party, 1996)

TAGGART, M. 'Australian Exceptionalism' in *Judicial Review*, (2008) 36 *Federal Law Review*, pp. 1-30

TAGGART, M. *Tugging on Superman's Cape: Lessons from Experience with the New Zealand Bill of Rights Act 1990*, [1998] *Public Law* 266

TARNOPOPKSY, W. S. *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (1981) 44 *Law and Contemporary Problems*, pp. 169-93

TATE, P. *Human Rights in Australia: what would a Federal Charter of Rights look like?*, (2009-2010) 13, *Southern Cross University Law Review*, pp. 1-24

TEGA, D. *La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, (2007) 2 *Quaderni costituzionali*, pp. 431-444

TIERNEY, S. *The legislative supremacy of Government*, U.K. Const. L. Blog (3rd July 2018), <http://ukconstitutionallaw.org/>

TOMKINS, A. *In Defence of the Political Constitution*, (2002) 22 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 157-75

TORRE, A. *Interpretare la Costituzione Britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997

TORRE, A. *L'esperienza britannica, intervento al Convegno di studi Le associazioni tra pubblico e privato. Una rimediazione sul tema*, Napoli 30 maggio 1994; Bari 1996

TORRE, A. *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, (2006) 11 *Giornale di storia costituzionale*

TORRE, A. *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in MEZZETTI L. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Milano, Cedam, 2008

TORRE, A. *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2005

TORRE, A. *Uno stato unitario a geometria variabile. Asimmetrie della politica, delle istituzioni e dei diritti nella devolution nel Regno Unito*, reperibile sul sito Astrid-online, 2002

TREMBLAY, L. N. *The Legitimacy of Judicial Review: the Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures* (2005) 4 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 317-648

TUSHNET, M. *The Hartman Hotz: Dialogic Judicial Review*, (2008) 61 *Arkansas Law Review*, pp. 205-216

TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional perspective*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2008

TUSHNET, M. *Weak-Form Judicial Review: Its Implication for Legislatures*, (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 213-31

TWOMEY, A. *The Australia Acts 1986. Australia's Statues of Independence*, The Federation Press, Sydney, 2010;

VAN ZYL SMIT, J. *The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 After Ghaidan v Godin-Mendoza*, (2007) 70 (25) *The Modern Law Review*, pp. 294-306

VARANO, V.; BARSOTTI, V. *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, (VI ed.) Torino, Giappichelli, 2018

VARUHAS, J. N. E. *Courts in the service of democracy: why courts should have a constitutional (but not supreme) role in Westminster legal systems*, (2009) *New Zealand Law Review* 319

VERMEULE, A. *The Atrophy of Constitutional Powers*, (2011) *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, Paper no. 11-07, pp. 1-20

VIOLA, F. *Il rule of law e il concetto di diritto*, (2008) *Ragion pratica*, pp. 151-168

VIOLA, F. *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, 2010 (1) *Ragion pratica.*, pp. 187-199

VIOLA, F. *Rule of law. Il governo delle leggi ieri e oggi*, Torino, Giappichelli, 2011

VOLPI, M. *Libertà e Autorità- La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, (VI ed.), Torino, Giappichelli, 2016

WADE, H. W. R. *The Basis of Legal Sovereignty*, (1955) *Cambridge Law Journal*, pp. 172-197

WADE, W. (SIR); FORSYTH, C. *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000,

W. WADE (SIR), *Human Rights and the Judiciary*, [1998] *European Human Rights Law Review* 520

WADE, W. (SIR) *Sovereignty: Revolution or Evolution?*, (1996) 112 *Law Quarterly Review*, pp. 568-75

WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999

WALDRON, J. *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators* (2004) 23 *Supreme Court Law Review*, pp. 7-47

WEILL, R. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making*, (2014) 62 *American Journal of Comparative Law*, pp. 127-170

WEINRIB, L. *The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution*, (2001) 80 *Canadian Bar Review*, pp. 699-748

WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. *The Human Rights of Stateless Person*, (2006) 28 *Human Rights Quarterly*, pp. 245-76

WHEELER, F. *Original intent and the doctrine of separation of powers in Australia*, [1996] *Public Law Review* 96

WHITE, R. C. A. *Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union*, (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 885-905

WILKINS, S. *Constitutional limits on bills of rights introduced by a State or Territory*, (2007) 35 *Federal Law Review*, pp. 431-466

WILLHEIM, E. *Globalisation, State Sovereignty and Domestic Law: The Australian High Court Rejects International Law as a Proper Influence on Constitutional Interpretation*, (2005) *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, pp. 1- 38

WILLIAMS, A. and WILLIAMS, G. *The British Bill of Rights Debate: Lessons from Australia*, [2016] *Public Law* 471

WILLIAMS, G. and BURTON, L. *Australia's Exclusive Parliamentary Model of Rights Protection* (2013) 34 (1) *Statute Law Review*, pp. 58-94

WILLIAMS, G. and HUME, D. *Human Rights under the Australian Constitution*, Melbourne (VIC), Oxford University Press Australia, 2013

WILLIAMS, G. and REYNOLDS, D. *The Operation and Impact of Australian Parliamentary Regime for Human Rights* (2015) 41 (2) *Monash University Law Review*, pp. 469- 508

WILLIAMS, G. *The Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Origins and Scope* (2006) 30 (3) *Melbourne University Law Review*, pp. 880 – 905

WILSON STARK, S. *Facing Facts: Judicial Approaches to s 4 of the HRA 1998*, (2017) 133 *Law Quarterly Review* pp. 631-655

WILSON, M. *From Privy Council to Supreme Court: A Rite of Passage for New Zealand's Legal System* (The Harkness Henry Lecture), (2010) 18 *Waikato Law Review*, pp. 1-14

WINETROBE, B. K. *Scottish devolution: developing practice in multi-layer governance*, in JOWELL, J. and OLIVER, D. (Eds) *The Changing Constitution*, (VI ed.), Oxford, Oxford University Press, Chap. IX, pp. 207-227

WINETROBE, B. K. *Scottish devolved legislation and the Courts*, (2002) *Public Law* 31

WISTRID, E.; SMITH, D. M. *Devolution and Localism in England*, Farnham, Ashgate, 2014;

YAP, P. *Defending dialogue*, [2012] *Public Law* 527

YOUNG, A. *Ghaidan v Godin-Mendoza: Avoiding The Deference Trap* [2005] *Public Law* 23

YOUNG, A. *Benkharbouche and the Future of Disapplication*, U.K. Const. L. Blog (24th Oct 2017)

YOUNG, A. *Is Dialogue Working Under The Human Rights Act 1998?* [2011] *Public Law* 773

YOUNG, A. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford-Portland (OG), Hart Publishing, 2009

ZACCARIA, G. *Pluralismo, ermeneutici, multiculturalismo: una triade concettuale*, 2008 (2) *Ragion Pratica*, pp. 559-584

ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992

ZAGREBELSKY, G. *Corti costituzionali e diritti universali*, (2006) 2 *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* pp. 297 e ss.

ZWEIGERT, K. and KÖTZ, H. (ed. italiana a cura di A. Gambaro e A. Di Majo). *Introduzione al Diritto Comparato. Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè editore, 1998

INDICE DEI CASI

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 21 febbraio 1975, ricorso n. 4451/70 - *Golder c. Regno Unito* (1975)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 18 gennaio 1978, ricorso n. 5310/71 – *Repubblica d'Irlanda c. Regno Unito* (1978)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 30 agosto 1990, ricorsi n. 12244/86; 12245/86; 12383/86 - *Fox, Campbell and Hartley c. Regno Unito* (1990) [(1990) 13 EHHR 157]

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 17 febbraio 1993, ricorso n. 14310/88 - *Margaret Murray e altri c. Regno Unito* (1994) [(1994) 19 EHHR 193]

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 08 febbraio 1996, ricorso n. 18731/91 - *John Murray c. Regno Unito* (1996) (1996 22 EHHR 29)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 27 settembre 1999, ricorsi n. 33985/96 e 33986/96 - *Smith e Grady c. Regno Unito* (1999) [(1999) 29 EHHR 493]

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 8 aprile 1999, ricorso n. 24888/94 – *V e T c. Regno Unito* (1999)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 19 settembre 2001, ricorso n. 32346/96 - *Glaser c. Regno Unito* (2001) [(2000) 3 FCR 193]

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 26 febbraio 2002, ricorso n. 38784/97 - *Morris c. Regno Unito* (2002) (2002 34 EHHR 1253)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 11 luglio 2002, ricorso n. 28957/95 – *Christine Goodwin c. Regno Unito* (2002)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 28 maggio 2002, ricorso n. 46295/99 - *Stafford c. Regno Unito* (2002)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 6 ottobre 2005 (Grande Camera), ricorso n. 74025/01 – *Hirst (No. 2) c. Regno Unito* (2005)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 24 giugno 2010, ricorso n. 30141/04 - *Schalk e Kopf c. Austria* (2010) [[2011] 2 FCR (Family Court Reports)]

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 15 dicembre 2011, ricorsi n. 26766/05 e 22228/06 - *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito* (2009) (2009 49 EHRR 1)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 23 novembre 2010, ricorso n. 60041/08 – *Green e M. T. c. Regno Unito* (2010)

Corte Eur. Dir. Uomo, Grande Camera, sentenza 07 novembre 2013, ricorsi n. 29381/09 e 32684/09 - *Valliantos e altri c. Grecia* (2013) (2013 36 BHRC 149)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 10 febbraio 2015, ricorsi n. 51987/08 e altri 1.014 - *McHugh e altri c. Regno Unito* (2015)

Corte Eur. Dir. Uomo, sentenza 30 giugno 2016, ricorsi n. 44473/14 e altri 21 - *Millbank e altri c. Regno Unito* (2016).

Corte di Giustizia dell'Unione europea

CGUE, Sentenza del 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL* C-6/64, EU:C:1964:66

CGUE, Sentenza 19 giugno 1990, *The Queen v. Secretary of State for Transport; Ex parte Factortame et al.*, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257

Canada

Supreme Court of Canada

R v Big M Drug Mart Ltd. [1985] 1 SCR 295
Québec (A.G.) v Québec Protestant School Boards [1984] 2 SCR 66
R v Oakes [1986] 2 SCR 713
R v Daviault [1994] 3 SCR 63
Thibadeadu v Canada [1995] 2 SCR 627
Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer) [2002] 3 SCR 519
Carter v Canada (Attorney General) (2012) BCSC 886
Carter v Canada [2015] SCC 5

Case Law – Province

Ward et al. and Board of the Blain Lake School Unite No. 57 4 W.W.R. 161 (Sask. Q.B.)

Stati Uniti d'America

U.S. Supreme Court

Marbury v Madison 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)
Commodity Futures Trading Commission v Schor 478 US 833 (1986)
Citizens United v Federal Electoral Commission 558 US 310 (2010)

Legislazione

US DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, *Duck-Billed Platypus Genome Sequence Published*,

Nuova Zelanda

New Zealand Court of Appeal / New Zealand Supreme Court

Taylor v New Zealand Poultry Board [1984] 1 NZLR 394 (CA)
R v Coombs [1985] 1 NZLR 318 (CA)
New Zealand Maori Council v Attorney-General [1987] 1 NZLR 641(CA)
R v Phillips [1991] 3 NZLR 175 (CA)
R v Kirifi [1992] 2 NZLR 8 (CA)
R v Butcher [1992] 2 NZLR 257 (CA)
Ministry of Transport v Noort; Police v Curran [1992] 3 NZLR 260

R v Goodwin [1993] 2 NZLR 153 (CA)
R v Jefferies [1994] 1 NZLR 290 (CA)
Simpson v Attorney General [1994] 3 NZLR 667 (CA) (*Baigent's case*)
Martin v Tauranga District Court [1995] 2 NZLR 419 (CA)
R v Grayson and Taylor [1997] 1 NZLR 399 (CA)
R v Elliot (1997) HRNZ 648 (CA)
New Zealand Air Line Pilots' Association Inc. v Attorney-General [1997] 3 NZLR 269
Quilter v Attorney-General [1998] 1 NZLR 523 (CA)
Moonen v Film & Literature Board of Review [2000] 2 NZLR 9 (CA)
Dunlea v Attorney-General [2000] 3 NZLR 136 (CA)
R v Pora [2001] 2 NZLR 37 (CA)
Ngati Apa Ki Te Waipounamu Trust v The Queen [2000] 2 NZLR 659 (CA)
Moonen v Film and Literature Board of Review [2000] 2 NZLR 9 (CA)
R v Shaheed [2002] 2 NZLR 377 (CA)
Wilding v Attorney-General [2003] 3 NZLR 787 (CA)
Taunoa v Attorney-General (2004) 8 HRNZ 53
Attorney-General v P. F. Sugrue Ltd [2004] 1 NZLR 220 (CA)
Zaoui v Attorney-General (No. 1) [2005] 1 NZLR 690 (CA) (*Zaoui (No. 1)*)
Zaoui v Attorney-General (No.2) [2005] 1 NZLR 289 (SC) (*Zaoui (No. 2)*)
Attorney-General v Udompun [2005] 3 NZLR 205 (CA)
Attorney-General v Taunoa [2006] 2 NZLR 457 (CA), *Taunoa* (NZSC Decision on Stay)
R v Hansen [2007] 3 NZLR 1 (NZSC)
Brooker v Police [2007] 3 NZLR 91 (SC)
Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections [2007] 1 NZLR 507 (CA) (*Belcher CA 1*)
Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections [2007] NZCA 174 (*Belcher CA 2*)
R v Exley [2007] NZCA 393
Belcher v Chief Executive of the Department of Corrections [2007] NZSC 54 (*Belcher (NZSC)*)
Christopher John Manawatu v R [2007] NZSC 13
Taunoa v Attorney-General [2008] 1 NZLR 429 (SC)
R v Chatha (No. 2) [2008] NZCA 466
Television New Zealand Ltd v Solicitor General [2008] NZCA 519
Williams v R [2009] NZSC 41
Wenzel v R [2009] NZSC 58
Commerce Commission v Air New Zealand Limited [2011] NZCA 64
Hamed v R [2011] NZSC 2011
Attorney-General v Chapman [2011] NZSC 110
R v Morse [2012] 2 NZLR 1 (SC)
Attorney General v Reid [2012] NZHC 2119
Attorney-General v Van Essen [2015] NZCA 22
Attorney-General v Spencer [2015] 3 NZLR 449 (CA)
Mangawhai Ratepayers and Residents Association Incorporated v Kaipara District Council [2015] NZCA 612
R v Harrison; R v Turner [2016] NZCA 381
Marwood v Commissioner of Police [2016] NZSC 139
Attorney-General v Taylor & others [2017] NZCA 215 (CA)

Attorney-General v Taylor [2017] NZSC 131 (granting leave to appeal) (SC 65/2017)

Attorney-General v Taylor [2018] NZSC 104 (SC)

High Court of New Zealand

Re Bennett [1993] 2 HRNZ 358 (HC)

Taunoa v Attorney-General (2004) 7 HRNZ 379 (HC)

Taylor & others v Attorney-General of New Zealand, Chief Executive of the Department of Corrections [2014] NZHC 1630 (HC)

Taylor v Attorney-General [2014] NZHC 1630 (*Taylor* (Strike Out) (HC))

Taylor v Attorney-General [2014] NZHC 2225 (*Taylor* (Injunction))

Taylor v Key [2015] NZHC 722 (*Taylor* (Electoral Petition))

Taylor v Attorney-General [2015] NZHC 1706 (*Taylor* (HC))

Corti Speciali - Human Rights Tribunal

Howard v Attorney-General (No 2) HRRT15/06, 7 december 2007

Howard v Attorney-General (No 3) (2008) 8 HRNZ 378

Regno Unito

Supreme Court of the United Kingdom

Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1968] UKHL 6

R v Chief Immigration Officer, Heathrow Airport and another; Ex parte Salamat Bibi [1976] 1 WLR 979

Minister of Home Affairs v Fisher [1980] AC 319

Duport Ltd v Sirs [1980] 1 WLR 142

Garland v British Rail Engineering Ltd [1983] 2 AC 751

R v Secretary of State for Transport; Ex parte Factorame Ltd and Others [1989] UKHL 1

X Ltd. v Morgan-Grampian (Publishers) Ltd. [1991] 1 AC 1 (HL)

R v Secretary of State for Transport; Ex parte Factorame Ltd (No. 2) (Case C-213/89) [1991] 1 AC 603

R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Brind [1991] UKHL 4

Pepper (Inspector of Taxes) v Hart [1992] UKHL 3

Airedale NHS Trust v Bland [1993] AC 789; UKHL 17

R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Launder [1997] UKHL 20

R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Pierson [1997] UKHL 37

R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Simms [1999] UKHL 33

Fitzpatrick v Sterling Housing Association [1999] UKHL 42

R v Director of Public Prosecutions (DPP); Ex parte Kebilene [1999] UKHL 43

R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Daly [2001] UKHL 26

R v Secretary of State for Environment, Transport and the Regions; Ex parte Alconbury Developments Ltd [2001] UKHL 23
R v A (No . 2) [2001] UKHL 25
R v Lambert [2001] UKHL 37
R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Mahmood [2001] 1 WLR 849 (HL)
In re S (FC) (Appellant) In re S and others (Respondents), In re W and others (Minors)(Respondents) (First Appeal) (FC) In re W and others (Respondents) (Second Appeal) (Conjoined Appeals) (Care Orders: Implementation of Care Plan) [2002] UKHL 10
R v Spear [2002] UKHL 31
R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Anderson [2002] UKHL 46
Bellinger v Bellinger [2003] UKHL 21
R v Lyons [2003] 1 AC 976
Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Anur [2003] UKHL 37
R v Special Adjudicator; Ex parte Ullah [2004] UKHL 26
Ghaidan v Godin-Mendoza [2004] UKHL 30
A and Others v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56
R v Commissioners of Inland Revenue (IRC); Ex parte Wilkinson [2005] UKHL 30
R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Ex parte Quark Fishing Ltd [2005] UKHL 57
R v Attorney-General; Ex parte Jackson [2005] UKHL
M v Secretary of State for Work and Pensions [2006] UKHL 11
Al-Skeini and others v Secretary of State for Defence [2007] UKHL 26
Re G [2008] UKHL 38
EM (Lebanon) v Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 64
R v Horncastle [2009] UKSC 14
Secretary of State for the Home Department v AF (No 3) [2009] UKHL 28
Ambrose v Harris [2011] UKSC 43
Osborn v The Parole Board [2013] UKSC 61
Kennedy v Charity Commissioners [2014] UKSC 20
R v Ministry of Justice; Ex parte Nicklinson [2014] UKSC 38
Pham v Secretary of State for the Home Department [2015] UKSC 19
R v Secretary of State for Exiting the European Union; Ex Parte Miller & others [2017] UKSC 5
R v Lord Chancellor; Ex Parte Unison [2017] UKSC 51
Benkharbouche v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah [2017] UKSC 62
In re Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland) [2018] UKSC 27
R v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary); Ex parte Steinfeld and Kaidan [2018] UKSC 32

Court of Appeal

Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation [1947] EWCA Civ 1
Salomon v Commissioners of Customs and Excise [1967] 2 QB 116 (CA)
H. P. Bulmer v J. Bollinger [1974] EWCA Civ 14
R v Secretary of State for the Home Department; Ex parte Leech (No. 2) [1993] EWCA Civ 12
Donoghue v Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd [2001] EWCA Civ 595
Re Kevin (Validity of Marriage of Transsexual) [2001] Fam CA 1074
International Transport Roth GmbH and others v Secretary of State for the Home Department [2002] EWCA Civ 158
R v Lord Chancellor; Ex Parte Unison [2015] EWCA Civ 935

High Court

Entick v Carrington [1765] EWHC J98 (KB)
Somerset v Stewart [1772] 98 ER 499 (KB)
Stockdale v Hansard (1837) 174 ER 196
Stockdale v Hansard (1839) 112 ER 1112
Liversidge v Anderson [1942] AC 206
R v Secretary of State for Transport; Ex parte Factorame Ltd (No. 3) (Case C-221/89) [1992] QB 680; [1991] 3 CLMLR 589; [1990] ECR I-03905
Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin)
Wilkinson v Commissioners of Inland Revenue (IRC) [2002] EWHC 182 (Admin)
Wilkinson v Kitzinger and another (No 2) [2006] EWHC 2022 Fam
R v Lord Chancellor; Ex Parte Unison [2014] EWHC 218 (Admin)
Steinfeld and Kaidan v Secretary of State for Education [2016] EWHC 128 (Adm) (QBD)
R v Secretary of State for Exiting the European Union; Ex Parte Miller & others [2016] EWHC 2768 (Admin)

Australia

High Court of Australia

Potter v Minahan [1908] HCA 63
Huddart, Parker & Co Pty Ltd v Moorehead [1909] HCA 36
New South Wales v Commonwealth (1915) 20 CLR 54 (*Wheat*)
Waterside Workers' Federation v J. W. Alexander (1918) 25 CLR 434 (*Alexander's case*)
Melbourne Corporation v Barry [1922] HCA 56
Union Steamship Co of New Zealand Ltd. v The Commonwealth [1925] HCA 23
Federal Commission of Taxation v Munro [1926] HCA 58
Broken Hill South Ltd v Commissioner of Taxation (NSW) [1937] HCA 4
Queen Victoria Memorial Hospital v Thornton [1953] HCA 11
The Queen v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia ([1956] HCA 10)

The Queen v Trade Practices Tribunal; Ex Parte Tasmanian Breweries Pty Ltd [1970] HCA [1976] HCA 26
The Queen v Quinn; Ex parte Consolidated Foods Corporation [1977] HCA 62
Hilton v Wells [1985] HCA 16
Re Bolton; Ex parte Beane [1987] HCA 12
Re Ranger Uranium Mines Pty Ltd; Ex parte Federated Miscellaneous Workers' Union of Australia [1987] HCA 63
Union Steamship Co of Australia Pty Ltd v King [1988] HCA 55
New South Wales, South Australia and Western Australia v the Commonwealth [1990] HCA 2
Attorney-General for the State of New South Wales v Quin [1990] HCA 21
Bropho v Western Australia [1990] HCA 24
Precision Data Holdings Ltd v Wills [1991] HCA 58
Mabo v Queensland (No 2) [1992] HCA 23
Australian Capital Television v Commonwealth [1992] HCA 45
Nationwide News v Wills [1992] HCA 46
Chu Kheng Lim v Minister for Immigration [1992] HCA 64
Coco v The Queen [1994] HCA 15
Brandy v Human Rights Equal Opportunity Commission (1995) 183 CLR 245
Grollo v Palmer [1995] HCA 26
Western Australia v The Commonwealth (the Native Title Act case) [1995] HCA 47
Wilson v Minister for Aboriginal and Torres Strait Islanders Affairs [1996] HCA 18
Kable v Department of Public Prosecution of the State of New South Wales [1996] HCA 24
Wik Peoples v Queensland [1996] HCA 40
Victoria v Commonwealth [1996] HCA 56
City of Enfield v Development Assessment Commission [2000] HCA 5
Durham Holdings Pty Ltd v New South Wales [2001] HCA 7
Pasini v United Mexican States [2002] HCA 3
Solomons v District Court (NSW) [2002] HCA 42
Graham Barclay Oysters Pty Ltd v Ryan [2002] HCA 54
Plaintiff S157/2002 v Commonwealth [2003] HCA 2
Electrolux Home Products Pty Ltd v Australian Workers' Union [2004] HCA 40
Baker v The Queen [2004] HCA 45
Fardon v Attorney-General for the State of Queensland [2004] HCA 46
Forge v Australian Securities and Investment Commission [2006] HCA 44
Roach v Electoral Commissioner [2007] HCA 43
R & R Fazzolari Pty Ltd v Parramatta City Council [2009] HCA 12
K-Generation Pty Limited v Liquor Licensing Court [2009] HCA 24
International Finance Company Ltd v New South Wales Crime Commission [2009] HCA 49
Kirk v Industrial Court (NSW) [2010] HCA 1
Saeed v Minister for Immigration and Citizenship [2010] HCA 23
Momčilovic v The Queen [2011] HCA 34
Wilkie & otrs. v The Commonwealth of Australia & otrs. [2017] HCA 40
Australian Marriage Equality Ltd & Anor v Minister for Finance Mathias Cormann & Anor [2017] HCA 40

Corti federali inferiori – Family Court

Re Kevin (Validity of Marriage of Transsexual) [2001] Fam CA 1074
Evans v New South Wales [2008] FCAFC 230

Corti Statali

R v Momčilovic (2010) 25 VR 436 (VCA)
Department of Public Prosecution v Kaba [2014] VSC 52

Judicial Committee of the Privy Council (Casi Australiani)

MacLeod v Attorney-General (NSW) [1891] AC 455
Attorney-General for the Commonwealth v The Queen (1975) 95 Cr 529 (PC)

INDICE DEGLI ATTI NORMATIVI

Regno Unito

Assize of Clarendon 1166
Magna Carta Libertarum 1215
Provisions of Oxford 1258
Statute of Westminster II 1285
Petition of Rights 1628
Bill of Rights 1689
Habeas Corpus Act 1679
Act of Settlement 1701
Act of Union 1707
Trattato di Parigi 1763 (UK)
Parliament Papers Act 1840
Merchant Shipping Act 1897 (Imp)
Balfour Declaration 1926
Republic of Ireland Act 1948 (Imp)
British North America Act 1949 (Imp)
Statute of Westminster 1931 (Imp)
Misuse of Drugs Act 1971
European Community Act 1972
Matrimonial Causes Act 1973
Rent Act 1977
Broadcasting Act 1981
Merchant Shipping Act 1988
Income and Corporation Taxes Act 1988
Children Act 1989
Housing Act 1988
Human Rights Act 1998
Scotland Act 1998

Government of Wales Act 1998
Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999
Gender Reassignment Act 2004
Constitutional Reform Act 2005
Scotland Act 2006
Government of Wales Act 2006
Marriage (Same Sex Couples) Act 2013
European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017
European Union (Withdrawal) Bill 2017
European Union (Withdrawal) Act 2017

White Paper, Report, Consultation Papers

HOUSE OF COMMONS JOURNAL, 31 May 1837, Vol. 92
IMPERIAL CONFERENCE 1923 – *Summary of Proceedings*, Cm 1987
IMPERIAL CONFERENCE 1926-30 – *Summary of Proceedings*, Cm 2768
IMPERIAL CONFERENCE 1930 – *Summary of Proceedings*, Cm 3717
INTER-IMPERIAL RELATIONS COMMITTEE OF THE IMPERIAL CONFERENCE, *Report of the 1926 Imperial Conference*, Cm 2768
SCOTTISH OFFICE, *The White Paper: Scotland's Parliament. Scotland's Right*, Cm 3658 (1997)
J. STRAW MP AND P. BOATENG MP, *Bringing Rights Home: Labour's Plans to Incorporate the European Convention on Human Rights into the United Kingdom – A Consultation Paper* (Labour Party, 1996)
HOME OFFICE, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill*, Cm 3782 (1997)
Hansard, HL Vol. 582, col. 1231 (November 3, 1997).
CABINET OFFICE SECRETARIAT, *Human Rights Act 1998 Guidance to Departments* (2000)
PARLIAMENTARY JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *Twenty-second Report: The Case for a Human Rights Commission: Interim Report*, HL Paper 160 (2001-02)
PARLIAMENTARY JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *Sixth Report: The Case for a Human Rights Commission*, HL Paper 67-I (2002-03)
DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *White Paper: Fairness For All: A New Commission for Equality and Human Rights*, Cm 6185 (2004)
MINISTRY OF JUSTICE, *Rights and Responsibilities: Developing our Constitutional Framework*, Cm 7577 (2009)
CONSERVATIVE PARTY MANIFESTO 2010, *An invitation to join the government of Great Britain*, (<https://www.conservatives.com/>)
COMMISSION ON A BILL OF RIGHTS, *An UK Bill of Rights? The Choice Before Us* (2012)
CONSERVATIVE PARTY MANIFESTO 2015, *Strong Leadership. A clear economic plan. A brighter, more secure future*, (<https://www.conservatives.com/>)
HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *European Union (Withdrawal) Bill: Interim Report*, HL Paper 19 (2017-19)
MINISTRY OF JUSTICE, *Responding to Human Rights judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to Human Rights judgments 2016–17*, Cm 9535 (2017)

Canada

Trattato di Parigi 1763 (UK)
Quebec Act 1774 (Imp)
The Clergy Endowments (Canada) Act 1791(Constitutional Act 1791) (Imp)
British North America Act (Act of Union) 1840 (Imp)
British North America Act 1867 (Constitution Act 1867) (Imp)
Supreme Court Act 1875
British and North America Act (Constitution Act 1886) 1886 (Imp)
Letters Patents 1947 (Imp)
Newfoundland Act 1949 (Imp)
Canadian Bill of Rights Act 1960
Statutory Instruments Act 1971
Constitution (Canada) Act 1982 (UK)
Canadian Charter of Fundamental Rights and Freedoms 1982
Income Tax Budget Amendments Act 1996

Stati Uniti d'America

Declaration of Independence 1776
The Constitution of the United States 1787
Articles of Confederation 1781
Judiciary Act 1789
Bill of Rights 1791

Nuova Zelanda

Treaty of Waitangi 1840
New Zealand Constitution Act 1852 (Imp)
Judicature Act 1908
New Zealand Constitution Amendment Act 1947 (Imp)
New Zealand Constitution Amendment (Request and Consent) Act 1947 (Imp)
Crown Proceedings Act 1950
Treaty of Waitangi Act 1975
Ombudsmen Act 1975
Misuse of Drugs Act 1975
Human Rights Commission Act 1977
Official Information Act 1982
New Zealand Constitution Act 1986
State Sector Act 1988
Public Finance Act 1989
New Zealand Bill of Rights Act 1990
Human Rights Act (New Zealand) 1993
Imperial Law Application Act 1998
Electoral Act 1993
Interpretation Act 1999

Human Rights (Amendments) Act 2001
Supreme Court Act 2003
Evidence Act 2006
Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Act 2010
Parliamentary Privilege Act 2014

White Papers, Reports, Consultation Papers

DEPARTMENT OF JUSTICE, *A Bill of Rights for New Zealand: A White Paper* (1985 White Paper) [1985] AJHR A6
JUSTICE AND LAW REFORM COMMITTEE, *Final Report of the Justice and Law Reform Committee on a White Paper on a Bill of Rights for New Zealand* [1988] AJHR I 8°
NEW ZEALAND LAW COMMISSION, *Crown Liability and Judicial Immunity: A Response to Baigent's Case and Harvey v Derrick* (NZLC R37, 1997)
JUSTICE AND ELECTORAL COMMITTEE, *Report on the Supreme Court Bill 2002* (16-2) (16 sept. 2003)
AG HON. C. FINLAYSON, *Report of the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Bill*, (J4, Order of the House of Representatives, 2010)
CONSTITUTIONAL ADVISORY PANEL, *New Zealand's Constitution: A Report on a Conversation / He Kōtuinga Kōrero mō Te Kaupapa Ture o Aotearoa* (November 2013)

Australia

Commonwealth

4 Geo IV, c 96 (1823) (Imp)
9 Geo IV, c 83 (1828) (Imp)
Australian Constitutions Act (No 1) 1842 (Imp)
Australian Constitutions Act (No. 2) 1850 (Imp)
Victoria Constitution Act 1855 (Imp)
New South Wales Constitution Act 1855 (Imp)
Merchant Shipping Act 1867 (Imp)
New South Wales Royal Instructions 1879 (Imp)
Federal Council of Australasia Act 1885 (Imp)
Colonial Laws Validity Act 1895 (Imp)
Colonial Boundaries Act 1895 (Imp)
The Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp)
Acts Interpretation Act 1901 (Cth)
Judiciary Act 1903 (Cth)
Conciliation and Arbitration Act 1904 (Cth)
Australian States Constitution Act (1907) (Imp)
Inter-State Commission Act 1912 (Cth)
Commonwealth Electoral Act 1918 (Cth)
Statute of Westminster Adoption Act 1942 (Cth)

Conciliation and Arbitration Act 1956 (Cth)
Marriage Act 1967 (Cth)
Conciliation and Arbitration Act 1973 (Cth)
Family Law Act 1975 (Cth)
Racial Discrimination Act 1975 (Cth)
Federal Court of Australian (Consequential Provisions) 1976 (Cth)
Aboriginal Land Act (Northern Territory) 1976 (Cth)
Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (Cth)
High Court of Australia Act 1979 (Cth)
Sex Discrimination Act 1984 (Cth)
Australia Act (Request and Consent) 1985 (Cth)
Australia Act 1986 (Cth)
Australia Act 1986 (UK)
Equal Employment Opportunity (Commonwealth Authorities) Act 1987 (Cth)
Privacy Act 1988 (Cth)
Industry Commission Act 1989 (Cth)
Disability Discrimination Act 1992 (Cth)
Native Title Act 1993 (Cth)
Evidence Act 1995 (Cth)
Public Service Act 1999 (Cth)
Parliament Committee Act 2003 (Cth)
Age Discrimination Act 2004 (Cth)
Electoral and Referendum Amendment (Prisoner Voting and Other Measures) Act 2004
Electoral and Referendum Amendment (Electoral Integrity and Other Measures) Act 2006
Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006 (Vic)
Fair Work Act 2009 (Cth)
Human Rights (Parliamentary Scrutiny) 2011 (Cth)
Aboriginal and Torres Straits Islanders Recognition Act 2013 (Cth)
Marriage Amendment (Definition and Religious Freedoms) Act 2017 (Cth)

Stati

Constitution Act 1902 (NSW)
Wheat Acquisition Act 1914 (NSW)
Constitution Act 1975 (Vic)
Australia Acts (Request) 1985 (NSW)
Community Protection Act 1994 (NSW)
Human Rights Act 2004 (ACT)
Human Rights Commission Act 2005 (ACT)

Hansard parlamentari – Statali e Federali

VICTORIA, LEGISLATIVE ASSEMBLY, *Parliamentary Debates (Hansard)*, 4 May 2006

VICTORIAN GOVERNMENT SOLICITOR'S OFFICE, *Case Note – Momčilovic v The Queen* [2011] HCA 34 (8 september 2011)

White Papers, Reports, Consultation Papers

NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMITTEE (BRENNAN COMMITTEE), *National Human Rights Consultation - Committee's Final Report September 2009*, <http://library.bsl.org.au/jspui/bitstream/>

Trattati internazionali

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (Convenzione di Roma o CEDU) 1950

Trattato di Maastricht (trattato sull'Unione europea) (1992)

Trattato di Lisbona (trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea) (2007)

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza) (2000)

Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966)

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)

ABBREVIAZIONI

CJ: Chief Justice (Presidente della High Court of Australia e della United States Supreme Court)

J: Justice o "Associate Justice" (Giudice della High Court of Australia e della United States Supreme Court)

KB: King's Bench

LJ: Lord Justice/Lady Justice (Giudice nelle giurisdizioni superiori britanniche)

LP: Lord President (Presidente della Supreme Court of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)

MR: Master of the Rolls

OBE: Order of the British Empire

QB: Queen's Bench

QC: Queen's Counsel

P: President (Presidente della New Zealand Court of Appeal e della New Zealand Supreme Court)

Appendice Normativa

Magna Charta 1215

Preface

John by God's grace king of England, lord of Ireland, duke of Normandy and Aquitaine, count of Anjou, to his archbishops, bishops, abbots, earls, barons, justices, foresters, sheriffs, reeves, officers and all bailiffs and subjects, greeting. Know that for the sake of God and for the salvation of our soul and the souls of all our forebears and heirs, to the honour of God and the advancement of holy church, and the reform of our kingdom, by the counsel of our venerable fathers Stephen, archbishop of Canterbury, primate of all England and cardinal of the holy Roman church; Henry, archbishop of Dublin; Bishops William of London, Peter of Winchester, Joscelin of Bath and Glastonbury, Hugh of Lincoln, Walter of Worcester, William of Coventry and Benedict of Rochester; Master Pandulf, subdeacon and confidant of the lord pope, Brother Eymeric, master of the Knights Templar in England; and the noble men William Marshal, earl of Pembroke, William, earl of Salisbury, William, earl of Warenne, William, earl of Arundel, Alan of Galloway, constable of Scotland, Warin fitzGerold, Peter fitzHerbert, Hubert de Burgh, seneschal of Poitou, Hugh de Neville, Matthew fitzHerbert, Thomas Basset, Alan Basset, Philip d'Aubigny, Robert of Ropsley, John Marshal, John fitzHugh, and others of our subjects:

[...]

39

No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed,

or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.

[...]

60

Moreover, all the aforesaid customs and liberties, which we have granted to be maintained in our kingdom as far as we are concerned with regard to our own men, all the men of our kingdom, both clergy and laity, are also to observe as far as they are concerned them with regard to their own men.

Act of Settlement 1701

Whereas in the first year of the reign of Your Majesty, and of our late most gracious sovereign lady Queen Mary (of blessed memory), an Act of Parliament was made, entitled, "An Act for declaring the rights and liberties of the subject, and for settling the succession of the crown," wherein it was (amongst other things) enacted, established, and declared that the crown and regal government of the Kingdoms of England, France, and Ireland, and the dominions thereunto belonging, [...]

III. And whereas it is requisite and necessary that some further provision be made for securing our religion, laws and liberties, from and after the death of His Majesty and the Princess Anne of Denmark, and in default of issue of the body of the said Princess, and of His Majesty respectively; be it enacted by the King's most excellent majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in Parliament assembled, and by the authority of the same, [...]

III.7. That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them; [...]

**The Constitution of the United States
1787**

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

Article. I.

Section. 1.

All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Section. 2.

The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

[...]

Article. II.

Section. 1.

The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.

[...]

Article III.

Section. 1.

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such

inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section. 2.

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State,—between Citizens of different States,—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

[...]

Article. VI.

[...]

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

[...].

Amendments I-X: The Bill of Rights.

- I. Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.
- II. A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.
- III. No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.
- IV. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.
- V. No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.
- VI. In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed

of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

- VII. In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.
- VIII. Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.
- IX. The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.
- X. The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

The later amendments to the Constitution

- XI. The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.
- XII. The Electors shall meet in their respective states, and vote by ballot for President and Vice-President, one of whom, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves; they shall name in their ballots the person voted for as President, and in distinct ballots the person voted for as Vice-President, and they shall make distinct lists of all persons voted for as President, and of all persons voted for as Vice-President and of the number of votes for each, which lists they shall sign and certify, and transmit sealed to the seat of the

government of the United States, directed to the President of the Senate;--The President of the Senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives, open all the certificates and the votes shall then be counted;--The person having the greatest number of votes for President, shall be the President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if no person have such majority, then from the persons having the highest numbers not exceeding three on the list of those voted for as President, the House of Representatives shall choose immediately, by ballot, the President. But in choosing the President, the votes shall be taken by states, the representation from each state having one vote; a quorum for this purpose shall consist of a member or members from two-thirds of the states, and a majority of all the states shall be necessary to a choice. And if the House of Representatives shall not choose a President whenever the right of choice shall devolve upon them, before the fourth day of March next following, then the Vice-President shall act as President, as in the case of the death or other constitutional disability of the President. The person having the greatest number of votes as Vice-President, shall be the Vice-President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed, and if no person have a =majority, then from the two highest numbers on the list, the Senate shall choose the Vice-President; a quorum for the purpose shall consist of two-thirds of the whole number of Senators, and a majority of the whole number shall be necessary to a choice. But no person constitutionally ineligible to the office of President shall be eligible to that of Vice-President of the United States.

XIII. Section 1.

Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to

their jurisdiction.

XIV. Section 1.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2.

Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3.

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in

insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4.

The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5.

The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

XV. Section 1.

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude—

Section 2.

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation--

XVI. The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States and without regard to any census or enumeration.

XVII. The Senate of the United States shall be composed of two senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote. The electors in each State shall have the qualifications requisite

for electors of the most numerous branch of the State legislature.

When vacancies happen in the representation of any State in the Senate, the executive authority of such State shall issue writs of election to fill such vacancies: Provided, That the legislature of any State may empower the executive thereof to make temporary appointments until the people fill the vacancies by election as the legislature may direct.

This amendment shall not be so construed as to affect the election or term of any senator chosen before it becomes valid as part of the Constitution.

XVIII. After one year from the ratification of this article, the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.

The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by Congress.

XIX. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any States on account of sex.

The Congress shall have power by appropriate legislation to enforce the provisions of this article.

XX. Section 1.

The terms of the President and Vice-President shall end at noon on the twentieth day of January, and the terms of Senators and Representatives at noon on the third day of January, of the years in which such terms would have ended if this article had not been ratified; and the terms of their successors shall then begin.

Section 2.

The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall begin at noon on the third day of January, unless they shall by law appoint a different day.

Section 3.

If, at the time fixed for the beginning of the term of the President, the President-elect shall have died, the Vice-President-elect shall become President. If a President shall not have been chosen before the time fixed for the beginning of his term, or if the President-elect shall have failed to qualify, then the Vice-President-elect shall act as President until a President shall have qualified; and the Congress may by law provide for the case wherein neither a President-elect nor a Vice-President-elect shall have qualified, declaring who shall then act as President, or the manner in which one who is to act shall be selected, and such person shall act accordingly until a President or Vice-President shall have qualified.

Section 4.

The Congress may by law provide for the case of the death of any of the persons from whom the House of Representatives may choose a President whenever the right of choice shall have devolved upon them, and for the case of the death of any of the persons from whom the Senate may choose a Vice-President whenever the right of choice shall have devolved upon them.

Section 5.

Sections 1 and 2 shall take effect on the 15th day of October following the ratification of this article.

Section 6.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the

several States within seven years from the date of its submission.

XXI. Section 1.

The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed.

Section 2.

The transportation or importation into any State, Territory, or possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited.

Section 3.

The article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

XXII. Section 1.

No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. But this Article shall not apply to any person holding the office of President when this Article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who May be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term.

Section 2.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission to the States

by the Congress.

XXIII. Section 1.

The District constituting the seat of government of the United States shall appoint in such manner as the Congress may direct: A number of electors of President and Vice President equal to the whole number of Senators and Representatives in Congress to which the District would be entitled if it were a state, but in no event more than the least populous State; they shall be in addition to those appointed by the States, but they shall be considered, for the purposes of the election of President and Vice President, to be electors appointed by a State; and they shall meet in the district and perform such duties as provided by the twelfth article of amendment.

Section 2.

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

XXIV. Section 1.

The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax.

Section 2.

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

XXV. Section 1.

In case of the removal of the President from office or of his death or resignation, the Vice President shall become President.

Section 2.

Whenever there is a vacancy in the

office of the Vice President, the President shall nominate a Vice President who shall take office upon confirmation by a majority vote of both Houses of Congress.

Section 3.

Whenever the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that he is unable to discharge the powers and duties of his office, and until he transmits to them a written declaration to the contrary, such powers and duties shall be discharged by the Vice President as Acting President.

Section 4.

Whenever the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive departments or of such other body as Congress may by law provide, transmit to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall immediately assume the powers and duties of the office as Acting President.

Thereafter, when the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that no inability exists, he shall resume the powers and duties of his office unless the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive department or of such other body as Congress may by law provide, transmit within four day to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office. Thereupon Congress shall decide the issue, assembling within forty-eight hours for that purpose if not in session. If the Congress, within twenty-one days after receipt of the latter written declaration, or, if Congress is not in session, within

twenty-one days after Congress is required to assemble, determines by two-thirds vote of both Houses that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall continue to discharge the same as Acting President; otherwise, the President shall resume the powers and duties of his office.

XXVI. Section 1.
The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age.

Section 2.

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

XXVII. No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened.

Colonial Laws Validity Act 1865

An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws.

1 Definitions “Colony:” Legislature. Colonial Legislature: Representative Legislature: Colonial Law: Act of Parliament, &c. to extend to colony when made applicable to such colony: Governor: Letters patent

The term “colony” shall in this Act include all of Her Majesty’s possessions abroad in which there shall exist a legislature, as herein-after defined, except the Channel Islands, the Isle of Man . . . F1

The terms “legislature” and “colonial legislature” shall severally signify the authority, other than the Imperial Parliament or Her Majesty in Council, competent to make laws for any colony:

The term “representative legislature” shall signify any colonial legislature which shall comprise a legislative body of which one half are elected by inhabitants of the colony:

The term “colonial law” shall include laws made for any colony either by such legislature as aforesaid or by Her Majesty in Council:

An Act of Parliament, or any provision thereof, shall, in construing this Act, be said to extend to any colony when it is made applicable to such colony by the express words or necessary intendment of any Act of Parliament:

The term “governor” shall mean the officer lawfully administering the government of any colony:

The term “letters patent” shall mean letters patent under the Great Seal of the

United Kingdom of Great Britain and Ireland.

2 Colonial law when void for repugnancy.

Any colonial law which is or shall be in any respect repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate, or repugnant to any order or regulation made under authority of such Act of Parliament, or having in the colony the force and effect of such Act, shall be read subject to such Act, order, or regulation, and shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.

3 Colonial law when not void for repugnancy.

No colonial law shall be or be deemed to have been void or inoperative on the ground of repugnancy to the law of England, unless the same shall be repugnant to the provisions of some such Act of Parliament, order, or regulation as aforesaid.

4 Colonial law not void for inconsistency with instructions.

No colonial law passed with the occurrence of or assented to by the governor of any colony, or to be hereafter so passed or assented to, shall be or be deemed to have been void or inoperative by reason only of any instructions with reference to such law or the subject thereof which may have been given to such governor by or on behalf of Her Majesty, by any instrument other than the letters patent or instrument authorizing such governor to concur in passing or to assent to laws for the peace, order, and good government of such colony, even though such instructions may be

referred to in such letters patent or last-mentioned instrument.

5 Colonial legislatures may establish, &c. courts of law. Representative legislature may alter constitution.

Every colonial legislature shall have, and be deemed at all times to have had, full power within its jurisdiction to establish courts of judicature, and to abolish and reconstitute the same, and to alter the constitution thereof, and to make provision for the administration of justice therein; and every representative legislature shall, in respect to the colony under its jurisdiction, have, and be deemed at all times to have had, full power to make laws respecting the constitution, powers, and procedure of such legislature; provided that such laws shall have been passed in such manner and form as may from time to time be required by any Act of Parliament, letters patent, Order in Council, or colonial law for the time being in force in the said colony.

British North America Act 1867

An Act for the Union of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the Government thereof; and for Purposes connected therewith.

Whereas the provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union would conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America:

Be it therefore enacted and declared by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the Advice and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the Authority of the same, as follows.

[...]

91 Legislative authority of Parliament of Canada.

It shall be lawful for the Queen, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons, to make laws for the peace, order, and good government of Canada, in relation to all matters not coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces; and for greater certainty, but not so as to restrict the generality of the foregoing terms of this section, it is

hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada extends to all matters coming within the classes of subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

[...]

1A. The public debt and property.

2. The regulation of trade and commerce.

[...]

3. The raising of money by any mode or system of taxation.

4. The borrowing of money on the public credit.

5. Postal service.

6. The census and statistics.

7. Militia, military and naval service, and defence.

8. The fixing of and providing for the salaries and allowances of civil and other officers of the Government of Canada.

9. Beacons, buoys, lighthouses, and Sable Island.

10. Navigation and shipping.

11. Quarantine, and the establishment and maintenance of marine hospitals.

12. Sea coast and inland fisheries.

13. Ferries between a province and any British or foreign country, or between two provinces.

14. Currency and coinage.

15. Banking, incorporation of banks, and the issue of paper money.

-
- 16.Savings banks.
 - 17.Weights and measures.
 - 18.Bills of exchange and promissory notes.
 - 19.Interest.
 - 20.Legal tender.
 - 21.Bankruptcy and insolvency.
 - 22.Patents of invention and discovery.
 - 23.Copyrights.
 - 24.Indians, and lands reserved for the Indians.
 - 25.Naturalization and aliens.
 - 26.Marriage and divorce.
 - 27.The criminal law, except the constitution of courts of criminal jurisdiction, but including the procedure in criminal matters.
 - 28.The establishment, maintenance, and management of penitentiaries.
 - 29.Such classes of subjects as are expressly excepted in the enumeration of the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces.

And any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section shall not be deemed to come within the class of matters of a local or private nature comprised in the enumeration of the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces.

92 Subjects of exclusive provincial legislation.

In each province the Legislature may exclusively make laws in relation to matters

coming within the classes of subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1.The amendment from time to time, notwithstanding anything in this Act, of the constitution of the province, except as regards the office of Lieutenant Governor.

2.Direct taxation within the province, in order to the raising of a revenue for provincial purposes.

3.The borrowing of money on the sole credit of the province.

4.The establishment and tenure of provincial offices, and the appointment and payment of provincial officers.

5.The management and sale of the public lands belonging to the province, and of the timber and wood thereon.

6.The establishment, maintenance, and management of public and reformatory prisons in and for the province.

7.The establishment, maintenance, and management of hospitals, asylums, charities, and eleemosynary institutions in and for the province, other than marine hospitals.

8.Municipal institutions in the province.

9.Shop, saloon, tavern, auctioneer, and other licences, in order to the raising of a revenue for provincial, local, or municipal purposes.

10.Local works and undertakings, other than such as are of the following classes:—

- a) Lines of steam or other ships, railways, canals, telegraphs, and other works and undertakings connecting the province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of the province:

b) Lines of steam ships between the province and any British or foreign country:

c) Such works as, although wholly situate within the province, are before or after their execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada, or for the advantage of two or more of the provinces.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those languages.

11. The incorporation of companies with provincial objects.

12. The solemnization of marriage in the province.

13. Property and civil rights in the province.

14. The administration of justice in the province, including the constitution, maintenance, and organization of provincial courts, both of civil and of criminal jurisdiction, and including procedure in civil matters in those courts.

15. The imposition of punishment, by fine, penalty, or imprisonment, for enforcing any law of the province made in relation to any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section.

16. Generally, all matters of a merely local or private nature in the province.

[...]

133 Use of English and French languages.

Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those languages shall be used in the respective records and journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person or in any pleading or process in or issuing from any court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the courts of Quebec.

Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Imp)

An Act to constitute the Commonwealth of Australia

WHEREAS the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania, humbly relying on the blessing of Almighty God, have agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and under the Constitution hereby established:

And whereas it is expedient to provide for the admission into the Commonwealth of other Australasian Colonies and possessions of the Queen:

Be it therefore enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

1 Short title

This Act may be cited as the Commonwealth of Australia Constitution Act.

2 Act to extend to the Queen's successors

The provisions of this Act referring to the Queen shall extend to Her Majesty's heirs and successors in the sovereignty of the United Kingdom.

3 Proclamation of Commonwealth

It shall be lawful for the Queen, with the advice of the Privy Council, to declare by proclamation that, on and after a day therein appointed, not being later than one year after the passing of this Act, the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania, and also, if Her Majesty is satisfied that the people of Western Australia have agreed thereto, of Western Australia, shall be united in a Federal Commonwealth under the name of the Commonwealth of Australia. But the Queen may, at any time after the

proclamation, appoint a Governor-General for the Commonwealth.

4 Commencement of Act

The Commonwealth shall be established, and the Constitution of the Commonwealth shall take effect, on and after the day so appointed. But the Parliaments of the several colonies may at any time after the passing of this Act make any such laws, to come into operation on the day so appointed, as they might have made if the Constitution had taken effect at the passing of this Act.

5 Operation of the Constitution and laws

This Act, and all laws made by the Parliament of the Commonwealth under the Constitution, shall be binding on the courts, judges, and people of every State and of every part of the Commonwealth, notwithstanding anything in the laws of any State; and the laws of the Commonwealth shall be in force on all British ships, the Queen's ships of war excepted, whose first port of clearance and whose port of destination are in the Commonwealth.

6 Definitions

The Commonwealth shall mean the Commonwealth of Australia as established under this Act.

The States shall mean such of the colonies of New South Wales, New Zealand, Queensland, Tasmania, Victoria, Western Australia, and South Australia, including the northern territory of South Australia, as for the time being are parts of the Commonwealth, and such colonies or territories as may be admitted into or established by the Commonwealth as States; and each of such parts of the Commonwealth shall be called *a State*.

Original States shall mean such States as are parts of the Commonwealth at its establishment.

7 Repeal of Federal Council Act

The Federal Council of Australasia Act, 1885, is hereby repealed, but so as not to affect any laws passed by the Federal Council of Australasia and in force at the establishment of the Commonwealth.

Any such law may be repealed as to any State by the Parliament of the Commonwealth, or as to any colony not being a State by the Parliament thereof.

8 Application of Colonial Boundaries Act

After the passing of this Act the Colonial Boundaries Act, 1895, shall not apply to any colony which becomes a State of the Commonwealth; but the Commonwealth shall be taken to be a self-governing colony for the purposes of that Act.

[...]

Chapter I—The Parliament

Part I—General

1 Legislative power

The legislative power of the Commonwealth shall be vested in a Federal Parliament, which shall consist of the Queen, a Senate, and a House of Representatives, and which is hereinafter called *The Parliament*, or *The Parliament of the Commonwealth*.

2 Governor-General

A Governor-General appointed by the Queen shall be Her Majesty's representative in the Commonwealth, and shall have and may exercise in the Commonwealth during the Queen's pleasure, but subject to this Constitution, such powers and functions of the Queen as Her Majesty may be pleased to assign to him.

3 Salary of Governor-General

There shall be payable to the Queen out of the Consolidated Revenue fund of the Commonwealth, for the salary of the Governor-General, an annual sum which, until

the Parliament otherwise provides, shall be ten thousand pounds.

The salary of a Governor-General shall not be altered during his continuance in office.

4 Provisions relating to Governor-General

The provisions of this Constitution relating to the Governor-General extend and apply to the Governor-General for the time being, or such person as the Queen may appoint to administer the Government of the Commonwealth; but no such person shall be entitled to receive any salary from the Commonwealth in respect of any other office during his administration of the Government of the Commonwealth.

5 Sessions of Parliament. Prorogation and dissolution

The Governor-General may appoint such times for holding the sessions of the Parliament as he thinks fit, and may also from time to time, by Proclamation or otherwise, prorogue the Parliament, and may in like manner dissolve the House of Representatives.

Summoning Parliament

After any general election the Parliament shall be summoned to meet not later than thirty days after the day appointed for the return of the writs.

First session

The Parliament shall be summoned to meet not later than six months after the establishment of the Commonwealth.

6 Yearly session of Parliament

There shall be a session of the Parliament once at least in every year, so that twelve months shall not intervene between the last sitting of the Parliament in one session and its first sitting in the next session.

Part II—The Senate

7 The Senate

The Senate shall be composed of senators for each State, directly chosen by the

people of the State, voting, until the Parliament otherwise provides, as one electorate.

But until the Parliament of the Commonwealth otherwise provides, the Parliament of the State of Queensland, if that State be an Original State, may make laws dividing the State into divisions and determining the number of senators to be chosen for each division, and in the absence of such provision the State shall be one electorate.

Until the Parliament otherwise provides there shall be six senators for each Original State. The Parliament may make laws increasing or diminishing the number of senators for each State, but so that equal representation of the several Original States shall be maintained and that no Original State shall have less than six senators.

The senators shall be chosen for a term of six years, and the names of the senators chosen for each State shall be certified by the Governor to the Governor-General.

8 Qualification of electors

The qualification of electors of senators shall be in each State that which is prescribed by this Constitution, or by the Parliament, as the qualification for electors of members of the House of Representatives; but in the choosing of senators each elector shall vote only once.

9 Method of election of senators

The Parliament of the Commonwealth may make laws prescribing the method of choosing senators, but so that the method shall be uniform for all the States. Subject to any such law, the Parliament of each State may make laws prescribing the method of choosing the senators for that State.

Times and places

The Parliament of a State may make laws for determining the times and places of elections of senators for the State.

10 Application of State laws

Until the Parliament otherwise provides, but subject to this Constitution, the laws in force in each State, for the time being, relating to elections for the more numerous House of the Parliament of the State shall, as nearly as practicable, apply to elections of senators for the State.

11 Failure to choose senators

The Senate may proceed to the despatch of business, notwithstanding the failure of any State to provide for its representation in the Senate.

12 Issue of writs

The Governor of any State may cause writs to be issued for elections of senators for the State. In case of the dissolution of the Senate the writs shall be issued within ten days from the proclamation of such dissolution.

13 Rotation of senators

As soon as may be after the Senate first meets, and after each first meeting of the Senate following a dissolution thereof, the Senate shall divide the senators chosen for each State into two classes, as nearly equal in number as practicable; and the places of the senators of the first class shall become vacant at the expiration of the third year three years, and the places of those of the second class at the expiration of the sixth year six years, from the beginning of their term of service; and afterwards the places of senators shall become vacant at the expiration of six years from the beginning of their term of service.

The election to fill vacant places shall be made in the year at the expiration of which **within one year before** the places are to become vacant.

For the purposes of this section the term of service of a senator shall be taken to begin on the first day of January **July** following the day of his election, except in the cases of the first election and of the election next after any dissolution of the Senate, when it shall be taken to begin on the first day of January **July** preceding the day of his election.

14 Further provision for rotation

Whenever the number of senators for a State is increased or diminished, the Parliament of the Commonwealth may make such provision for the vacating of the places of senators for the State as it deems necessary to maintain regularity in the rotation.

15 Casual vacancies

If the place of a senator becomes vacant before the expiration of his term of service, the House of Parliament of the State for which he was chosen shall, sitting and voting together, choose a person to hold the place until the expiration of the term, or until the election of a successor as hereinafter provided, whichever first happens. But if the Houses of Parliament of the State are not in session at the time when the vacancy is notified, the Governor of the State, with the advice of the Executive Council thereof, may appoint a person to hold the place until the expiration of fourteen days after the beginning of the next session of the Parliament of the State, or until the election of a successor, whichever first happens.

At the next general election of members of the House of Representatives, or at the next election of senators for the State, whichever first happens, a successor shall, if the term has not then expired, be chosen to hold the place from the date of his election until the expiration of the term.

The name of any senator so chosen or appointed shall be certified by the Governor of the State to the Governor-General.

16 Qualifications of senator

The qualifications of a senator shall be the same as those of a member of the House of Representatives.

17 Election of President

The Senate shall, before proceeding to the despatch of any other business, choose a senator to be the President of the Senate; and as often as the office of President becomes vacant

the Senate shall again choose a senator to be the President.

The President shall cease to hold his office if he ceases to be a senator. He may be removed from office by a vote of the Senate, or he may resign his office or his seat by writing addressed to the Governor-General.

18 Absence of President

Before or during any absence of the President, the Senate may choose a senator to perform his duties in his absence.

19 Resignation of senator

A senator may, by writing addressed to the President, or to the Governor-General if there is no President or if the President is absent from the Commonwealth, resign his place, which thereupon shall become vacant.

20 Vacancy by absence

The place of a senator shall become vacant if for two consecutive months of any session of the Parliament he, without the permission of the Senate, fails to attend the Senate.

21 Vacancy to be notified

Whenever a vacancy happens in the Senate, the President, or if there is no President or if the President is absent from the Commonwealth the Governor-General, shall notify the same to the Governor of the State in the representation of which the vacancy has happened.

22 Quorum

Until the Parliament otherwise provides, the presence of at least one-third of the whole number of the senators shall be necessary to constitute a meeting of the Senate for the exercise of its powers.

23 Voting in the Senate

Questions arising in the Senate shall be determined by a majority of votes, and each senator shall have one vote. The President shall in all cases be entitled to a vote; and when the

votes are equal the question shall pass in the negative.

Part III—The House of Representatives

24 Constitution of House of Representatives

The House of Representatives shall be composed of members directly chosen by the people of the Commonwealth, and the number of such members shall be, as nearly as practicable, twice the number of the senators.

The number of members chosen in the several States shall be in proportion to the respective numbers of their people, and shall, until the Parliament otherwise provides, be determined, whenever necessary, in the following manner:

(i) a quota shall be ascertained by dividing the number of the people of the Commonwealth, as shown by the latest statistics of the Commonwealth, by twice the number of the senators;

(ii) the number of members to be chosen in each State shall be determined by dividing the number of the people of the State, as shown by the latest statistics of the Commonwealth, by the quota; and if on such division there is a remainder greater than one-half of the quota, one more member shall be chosen in the State.

But notwithstanding anything in this section, five members at least shall be chosen in each Original State.

25 Provision as to races disqualified from voting

For the purposes of the last section, if by the law of any State all persons of any race are disqualified from voting at elections for the more numerous House of the Parliament of the State, then, in reckoning the number of the people of the State or of the Commonwealth, persons of that race resident in that State shall not be counted.

26 Representatives in first Parliament

Notwithstanding anything in section twenty-four, the number of members to be

chosen in each State at the first election shall be as follows:

New South Wales
Victoria
Queensland
South Australia
Tasmania

Provided that if Western Australia is an Original State, the numbers shall be as follows:

New South Wales
Victoria
Queensland
South Australia
Western Australia
Tasmania

27 Alteration of number of members

Subject to this Constitution, the Parliament may make laws for increasing or diminishing the number of the members of the House of Representatives.

28 Duration of House of Representatives

Every House of Representatives shall continue for three years from the first meeting of the House, and no longer, but may be sooner dissolved by the Governor-General.

29 Electoral divisions

Until the Parliament of the Commonwealth otherwise provides, the Parliament of any State may make laws for determining the divisions in each State for which members of the House of Representatives may be chosen, and the number of members to be chosen for each division. A division shall not be formed out of parts of different States.

In the absence of other provision, each State shall be one electorate.

30 Qualification of electors

Until the Parliament otherwise provides, the qualification of electors of members of the House of Representatives shall

be in each State that which is prescribed by the law of the State as the qualification of electors of the more numerous House of Parliament of the State; but in the choosing of members each elector shall vote only once.

31 Application of State laws

Until the Parliament otherwise provides, but subject to this Constitution, the laws in force in each State for the time being relating to elections for the more numerous House of the Parliament of the State shall, as nearly as practicable, apply to elections in the State of members of the House of Representatives.

32 Writs for general election

The Governor-General in Council may cause writs to be issued for general elections of members of the House of Representatives.

After the first general election, the writs shall be issued within ten days from the expiry of a House of Representatives or from the proclamation of a dissolution thereof.

33 Writs for vacancies

Whenever a vacancy happens in the House of Representatives, the Speaker shall issue his writ for the election of a new member, or if there is no Speaker or if he is absent from the Commonwealth the Governor-General in Council may issue the writ.

34 Qualifications of members

Until the Parliament otherwise provides, the qualifications of a member of the House of Representatives shall be as follows:

(i) he must be of the full age of twenty-one years, and must be an elector entitled to vote at the election of members of the House of Representatives, or a person qualified to become such elector, and must have been for three years at the least a resident within the limits of the Commonwealth as existing at the time when he is chosen;

(ii) he must be a subject of the Queen, either natural-born or for at least five years naturalized under a law of the United Kingdom,

or of a Colony which has become or becomes a State, or of the Commonwealth, or of a State.

35 Election of Speaker

The House of Representatives shall, before proceeding to the despatch of any other business, choose a member to be the Speaker of the House, and as often as the office of Speaker becomes vacant the House shall again choose a member to be the Speaker.

The Speaker shall cease to hold his office if he ceases to be a member. He may be removed from office by a vote of the House, or he may resign his office or his seat by writing addressed to the Governor-General.

36 Absence of Speaker

Before or during any absence of the Speaker, the House of Representatives may choose a member to perform his duties in his absence.

37 Resignation of member

A member may by writing addressed to the Speaker, or to the Governor-General if there is no Speaker or if the Speaker is absent from the Commonwealth, resign his place, which thereupon shall become vacant.

38 Vacancy by absence

The place of a member shall become vacant if for two consecutive months of any session of the Parliament he, without the permission of the House, fails to attend the House.

39 Quorum

Until the Parliament otherwise provides, the presence of at least one-third of the whole number of the members of the House of Representatives shall be necessary to constitute a meeting of the House for the exercise of its powers.

40 Voting in House of Representatives

Questions arising in the House of Representatives shall be determined by a majority of votes other than that of the Speaker.

The Speaker shall not vote unless the numbers are equal, and then he shall have a casting vote.

Part IV—Both Houses of the Parliament

41 Right of electors of States

No adult person who has or acquires a right to vote at elections for the more numerous House of the Parliament of a State shall, while the right continues, be prevented by any law of the Commonwealth from voting at elections for either House of the Parliament of the Commonwealth.

42 Oath or affirmation of allegiance

Every senator and every member of the House of Representatives shall before taking his seat make and subscribe before the Governor-General, or some person authorised by him, an oath or affirmation of allegiance in the form set forth in the schedule to this Constitution.

43 Member of one House ineligible for other

A member of either House of the Parliament shall be incapable of being chosen or of sitting as a member of the other House.

44 Disqualification

Any person who:

(i) is under any acknowledgment of allegiance, obedience, or adherence to a foreign power, or is a subject or a citizen or entitled to the rights or privileges of a subject or a citizen of a foreign power; or

(ii) is attainted of treason, or has been convicted and is under sentence, or subject to be sentenced, for any offence punishable under the law of the Commonwealth or of a State by imprisonment for one year or longer; or

(iii) is an undischarged bankrupt or insolvent; or

(iv) holds any office of profit under the Crown, or any pension payable during the pleasure of the Crown out of any of the revenues of the Commonwealth; or

(v) has any direct or indirect pecuniary interest in any agreement with the Public Service of the Commonwealth otherwise than as a member and in common with the other members of an incorporated company consisting of more than twenty-five persons; shall be incapable of being chosen or of sitting as a senator or a member of the House of Representatives.

But subsection (iv) does not apply to the office of any of the Queen's Ministers of State for the Commonwealth, or of any of the Queen's Ministers for a State, or to the receipt of pay, half pay, or a pension, by any person as an officer or member of the Queen's navy or army, or to the receipt of pay as an officer or member of the naval or military forces of the Commonwealth by any person whose services are not wholly employed by the Commonwealth.

45 Vacancy on happening of disqualification

If a senator or member of the House of Representatives:

(i) becomes subject to any of the disabilities mentioned in the last preceding section; or

(ii) takes the benefit, whether by assignment, composition, or otherwise, of any law relating to bankrupt or insolvent debtors; or

(iii) directly or indirectly takes or agrees to take any fee or honorarium for services rendered to the Commonwealth, or for services rendered in the Parliament to any person or State;

his place shall thereupon become vacant.

46 Penalty for sitting when disqualified

Until the Parliament otherwise provides, any person declared by this Constitution to be incapable of sitting as a senator or as a member of the House of Representatives shall, for every day on which he so sits, be liable to pay the sum of one hundred pounds to any person who sues for it in any court of competent jurisdiction.

47 Disputed elections

Until the Parliament otherwise provides, any question respecting the qualification of a senator or of a member of the House of Representatives, or respecting a vacancy in either House of the Parliament, and any question of a disputed election to either House, shall be determined by the House in which the question arises.

48 Allowance to members

Until the Parliament otherwise provides, each senator and each member of the House of Representatives shall receive an allowance of four hundred pounds a year, to be reckoned from the day on which he takes his seat.

49 Privileges etc. of Houses

The powers, privileges, and immunities of the Senate and of the House of Representatives, and of the members and the committees of each House, shall be such as are declared by the Parliament, and until declared shall be those of the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and of its members and committees, at the establishment of the Commonwealth.

50 Rules and orders

Each House of the Parliament may make rules and orders with respect to:

(i) the mode in which its powers, privileges, and immunities may be exercised and upheld;

(ii) the order and conduct of its business and proceedings either separately or jointly with the other House.

Part V—Powers of the Parliament

51 Legislative powers of the Parliament

The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

(i) trade and commerce with other countries, and among the States;

(ii) taxation; but so as not to discriminate between States or parts of States;

(iii) bounties on the production or export of goods, but so that such bounties shall be uniform throughout the Commonwealth;

(iv) borrowing money on the public credit of the Commonwealth;

(v) postal, telegraphic, telephonic, and other like services;

(vi) the naval and military defence of the Commonwealth and of the several States, and the control of the forces to execute and maintain the laws of the Commonwealth;

(vii) lighthouses, lightships, beacons and buoys;

(viii) astronomical and meteorological observations;

(ix) quarantine;

(x) fisheries in Australian waters beyond territorial limits;

(xi) census and statistics;

(xii) currency, coinage, and legal tender;

(xiii) banking, other than State banking; also State banking extending beyond the limits of the State concerned, the incorporation of banks, and the issue of paper money;

(xiv) insurance, other than State insurance; also State insurance extending beyond the limits of the State concerned;

(xv) weights and measures;

(xvi) bills of exchange and promissory notes;

(xvii) bankruptcy and insolvency;

(xviii) copyrights, patents of inventions and designs, and trade marks;

(xix) naturalization and aliens;

(xx) foreign corporations, and trading or financial corporations formed within the limits of the Commonwealth;

(xxi) marriage;

(xxii) divorce and matrimonial causes; and in relation thereto, parental rights, and the custody and guardianship of infants;

(xxiii) invalid and old-age pensions;

(xxiiiA) the provision of maternity allowances, widows' pensions, child endowment, unemployment, pharmaceutical, sickness and hospital benefits, medical and

dental services (but not so as to authorize any form of civil conscription), benefits to students and family allowances;

(xxiv) the service and execution throughout the Commonwealth of the civil and criminal process and the judgments of the courts of the States;

(xxv) the recognition throughout the Commonwealth of the laws, the public Acts and records, and the judicial proceedings of the States;

(xxvi) the people of any race, other than the aboriginal race in any State, for whom it is deemed necessary to make special laws;

(xxvii) immigration and emigration;

(xxviii) the influx of criminals;

(xxix) external affairs;

(xxx) the relations of the Commonwealth with the islands of the Pacific;

(xxxi) the acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws;

(xxxii) the control of railways with respect to transport for the naval and military purposes of the Commonwealth;

(xxxiii) the acquisition, with the consent of a State, of any railways of the State on terms arranged between the Commonwealth and the State;

(xxxiv) railway construction and extension in any State with the consent of that State;

(xxxv) conciliation and arbitration for the prevention and settlement of industrial disputes extending beyond the limits of any one State;

(xxxvi) matters in respect of which this Constitution makes provision until the Parliament otherwise provides;

(xxxvii) matters referred to the Parliament of the Commonwealth by the Parliament or Parliaments of any State or States, but so that the law shall extend only to States by whose Parliaments the matter is referred, or which afterwards adopt the law;

(xxxviii) the exercise within the Commonwealth, at the request or with the

concurrence of the Parliaments of all the States directly concerned, of any power which can at the establishment of this Constitution be exercised only by the Parliament of the United Kingdom or by the Federal Council of Australasia;

(xxxix) matters incidental to the execution of any power vested by this Constitution in the Parliament or in either House thereof, or in the Government of the Commonwealth, or in the Federal Judicature, or in any department or officer of the Commonwealth.

52 Exclusive powers of the Parliament

The Parliament shall, subject to this Constitution, have exclusive power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

(i) the seat of government of the Commonwealth, and all places acquired by the Commonwealth for public purposes;

(ii) matters relating to any department of the public service the control of which is by this Constitution transferred to the Executive Government of the Commonwealth;

(iii) other matters declared by this Constitution to be within the exclusive power of the Parliament.

53 Powers of the Houses in respect of legislation

Proposed laws appropriating revenue or moneys, or imposing taxation, shall not originate in the Senate. But a proposed law shall not be taken to appropriate revenue or moneys, or to impose taxation, by reason only of its containing provisions for the imposition or appropriation of fines or other pecuniary penalties, or for the demand or payment or appropriation of fees for licences, or fees for services under the proposed law.

The Senate may not amend proposed laws imposing taxation, or proposed laws appropriating revenue or moneys for the ordinary annual services of the Government.

The Senate may not amend any proposed law so as to increase any proposed charge or burden on the people.

The Senate may at any stage return to the House of Representatives any proposed law which the Senate may not amend, requesting, by message, the omission or amendment of any items or provisions therein. And the House of Representatives may, if it thinks fit, make any of such omissions or amendments, with or without modifications.

Except as provided in this section, the Senate shall have equal power with the House of Representatives in respect of all proposed laws.

54 Appropriation Bills

The proposed law which appropriates revenue or moneys for the ordinary annual services of the Government shall deal only with such appropriation.

55 Tax Bill

Laws imposing taxation shall deal only with the imposition of taxation, and any provision therein dealing with any other matter shall be of no effect.

Laws imposing taxation, except laws imposing duties of customs or of excise, shall deal with one subject of taxation only; but laws imposing duties of customs shall deal with duties of customs only, and laws imposing duties of excise shall deal with duties of excise only.

56 Recommendation of money votes

A vote, resolution, or proposed law for the appropriation of revenue or moneys shall not be passed unless the purpose of the appropriation has in the same session been recommended by message of the Governor-General to the House in which the proposal originated.

57 Disagreement between the Houses

If the House of Representatives passes any proposed law, and the Senate rejects or fails to pass it, or passes it with amendments to which

the House of Representatives will not agree, and if after an interval of three months the House of Representatives, in the same or the next session, again passes the proposed law with or without any amendments which have been made, suggested, or agreed to by the Senate, and the Senate rejects or fails to pass it, or passes it with amendments to which the House of Representatives will not agree, the Governor-General may dissolve the Senate and the House of Representatives simultaneously. But such dissolution shall not take place within six months before the date of the expiry of the House of Representatives by effluxion of time.

If after such dissolution the House of Representatives again passes the proposed law, with or without any amendments which have been made, suggested, or agreed to by the Senate, and the Senate rejects or fails to pass it, or passes it with amendments to which the House of Representatives will not agree, the Governor-General may convene a joint sitting of the members of the Senate and of the House of Representatives.

The members present at the joint sitting may deliberate and shall vote together upon the proposed law as last proposed by the House of Representatives, and upon amendments, if any, which have been made therein by one House and not agreed to by the other, and any such amendments which are affirmed by an absolute majority of the total number of the members of the Senate and House of Representatives shall be taken to have been carried, and if the proposed law, with the amendments, if any, so carried is affirmed by an absolute majority of the total number of the members of the Senate and House of Representatives, it shall be taken to have been duly passed by both Houses of the Parliament, and shall be presented to the Governor-General for the Queen's assent.

58 Royal assent to Bills

When a proposed law passed by both Houses of the Parliament is presented to the Governor-General for the Queen's assent, he shall declare, according to his discretion, but subject to this Constitution, that he assents in

the Queen's name, or that he withholds assent, or that he reserves the law for the Queen's pleasure.

Recommendations by Governor-General

The Governor-General may return to the house in which it originated any proposed law so presented to him, and may transmit therewith any amendments which he may recommend, and the Houses may deal with the recommendation.

59 Disallowance by the Queen

The Queen may disallow any law within one year from the Governor-General's assent, and such disallowance on being made known by the Governor-General by speech or message to each of the Houses of the Parliament, or by Proclamation, shall annul the law from the day when the disallowance is so made known.

60 Signification of Queen's pleasure on Bills reserved

A proposed law reserved for the Queen's pleasure shall not have any force unless and until within two years from the day on which it was presented to the Governor-General for the Queen's assent the Governor-General makes known, by speech or message to each of the Houses of the Parliament, or by Proclamation, that it has received the Queen's assent.

Chapter II—The Executive Government

61 Executive power

The executive power of the Commonwealth is vested in the Queen and is exercisable by the Governor-General as the Queen's representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth.

62 Federal Executive Council

There shall be a Federal Executive Council to advise the Governor-General in the government of the Commonwealth, and the members of the Council shall be chosen and

summoned by the Governor-General and sworn as Executive Councillors, and shall hold office during his pleasure.

63 Provisions referring to Governor-General

The provisions of this Constitution referring to the Governor-General in Council shall be construed as referring to the Governor-General acting with the advice of the Federal Executive Council.

64 Ministers of State

The Governor-General may appoint officers to administer such departments of State of the Commonwealth as the Governor-General in Council may establish.

Such officers shall hold office during the pleasure of the Governor-General. They shall be members of the Federal Executive Council, and shall be the Queen's Ministers of State for the Commonwealth.

Ministers to sit in Parliament

After the first general election no Minister of State shall hold office for a longer period than three months unless he is or becomes a senator or a member of the House of Representatives.

65 Number of Ministers

Until the Parliament otherwise provides, the Ministers of State shall not exceed seven in number, and shall hold such offices as the Parliament prescribes, or, in the absence of provision, as the Governor-General directs.

66 Salaries of Ministers

There shall be payable to the Queen, out of the Consolidated Revenue Fund of the Commonwealth, for the salaries of the Ministers of State, an annual sum which, until the Parliament otherwise provides, shall not exceed twelve thousand pounds a year.

67 Appointment of civil servants

Until the Parliament otherwise provides, the appointment and removal of all

other officers of the Executive Government of the Commonwealth shall be vested in the Governor-General in Council, unless the appointment is delegated by the Governor-General in Council or by a law of the Commonwealth to some other authority.

68 Command of naval and military forces

The command in chief of the naval and military forces of the Commonwealth is vested in the Governor-General as the Queen's representative.

69 Transfer of certain departments

On a date or dates to be proclaimed by the Governor-General after the establishment of the Commonwealth the following departments of the public service in each State shall become transferred to the Commonwealth:

posts, telegraphs, and telephones;
naval and military defence;
lighthouses, lightships, beacons, and buoys;
quarantine.

But the departments of customs and of excise in each State shall become transferred to the Commonwealth on its establishment.

70 Certain powers of Governors to vest in Governor-General

In respect of matters which, under this Constitution, pass to the Executive Government of the Commonwealth, all powers and functions which at the establishment of the Commonwealth are vested in the Governor of a Colony, or in the Governor of a Colony with the advice of his Executive Council, or in any authority of a Colony, shall vest in the Governor-General, or in the Governor-General in Council, or in the authority exercising similar powers under the Commonwealth, as the case requires.

Chapter III—The Judicature

71 Judicial power and Courts

The judicial power of the Commonwealth shall be vested in a Federal Supreme Court, to be called the High Court of Australia, and in such other federal courts as the Parliament creates, and in such other courts as it invests with federal jurisdiction. The High Court shall consist of a Chief Justice, and so many other Justices, not less than two, as the Parliament prescribes.

72 Judges' appointment, tenure, and remuneration

The Justices of the High Court and of the other courts created by the Parliament:

(i) shall be appointed by the Governor-General in Council;

(ii) shall not be removed except by the Governor-General in Council, on an address from both Houses of the Parliament in the same session, praying for such removal on the ground of proved misbehaviour or incapacity;

(iii) shall receive such remuneration as the Parliament may fix; but the remuneration shall not be diminished during their continuance in office.

The appointment of a Justice of the High Court shall be for a term expiring upon his attaining the age of seventy years, and a person shall not be appointed as a Justice of the High Court if he has attained that age.

The appointment of a Justice of a court created by the Parliament shall be for a term expiring upon his attaining the age that is, at the time of his appointment, the maximum age for Justices of that court and a person shall not be appointed as a Justice of such a court if he has attained the age that is for the time being the maximum age for Justices of that court.

Subject to this section, the maximum age for Justices of any court created by the Parliament is seventy years.

The Parliament may make a law fixing an age that is less than seventy years as the maximum age for Justices of a court created by the Parliament and may at any time repeal or amend such a law, but any such repeal or amendment does not affect the term of office of

a Justice under an appointment made before the repeal or amendment.

A Justice of the High Court or of a court created by the Parliament may resign his office by writing under his hand delivered to the Governor-General.

Nothing in the provisions added to this section by the *Constitution Alteration (Retirement of Judges) 1977* affects the continuance of a person in office as a Justice of a court under an appointment made before the commencement of those provisions.

A reference in this section to the appointment of a Justice of the High Court or of a court created by the Parliament shall be read as including a reference to the appointment of a person who holds office as a Justice of the High Court or of a court created by the Parliament to another office of Justice of the same court having a different status or designation.

73 Appellate jurisdiction of High Court

The High Court shall have jurisdiction, with such exceptions and subject to such regulations as the Parliament prescribes, to hear and determine appeals from all judgments, decrees, orders, and sentences:

(i) of any Justice or Justices exercising the original jurisdiction of the High Court;

(ii) of any other federal court, or court exercising federal jurisdiction; or of the Supreme Court of any State, or of any other court of any State from which at the establishment of the Commonwealth an appeal lies to the Queen in Council;

(iii) of the Inter-State Commission, but as to questions of law only; and the judgment of the High Court in all such cases shall be final and conclusive.

But no exception or regulation prescribed by the Parliament shall prevent the High Court from hearing and determining any appeal from the Supreme Court of a State in any matter in which at the establishment of the Commonwealth an appeal lies from such Supreme Court to the Queen in Council.

Until the Parliament otherwise provides, the conditions of and restrictions on

appeals to the Queen in Council from the Supreme Courts of the several States shall be applicable to appeals from them to the High Court.

74 Appeal to Queen in Council

No appeal shall be permitted to the Queen in Council from a decision of the High Court upon any question, howsoever arising, as to the limits inter se of the Constitutional powers of the Commonwealth and those of any State or States, or as to the limits inter se of the Constitutional powers of any two or more States, unless the High Court shall certify that the question is one which ought to be determined by Her Majesty in Council.

The High Court may so certify if satisfied that for any special reason the certificate should be granted, and thereupon an appeal shall lie to Her Majesty in Council on the question without further leave.

Except as provided in this section, this Constitution shall not impair any right which the Queen may be pleased to exercise by virtue of Her Royal prerogative to grant special leave of appeal from the High Court to Her Majesty in Council. The Parliament may make laws limiting the matters in which such leave may be asked, but proposed laws containing any such limitation shall be reserved by the Governor-General for Her Majesty's pleasure.

75 Original jurisdiction of High Court

In all matters:

(i) arising under any treaty;

(ii) affecting consuls or other representatives of other countries;

(iii) in which the Commonwealth, or a person suing or being sued on behalf of the Commonwealth, is a party;

(iv) between States, or between residents of different States, or between a State and a resident of another State;

(v) in which a writ of Mandamus or prohibition or an injunction is sought against an officer of the Commonwealth; the High Court shall have original jurisdiction.

76 Additional original jurisdiction

The Parliament may make laws conferring original jurisdiction on the High Court in any matter:

- (i) arising under this Constitution, or involving its interpretation;
- (ii) arising under any laws made by the Parliament;
- (iii) of Admiralty and maritime jurisdiction;
- (iv) relating to the same subject-matter claimed under the laws of different States.

77 Power to define jurisdiction

With respect to any of the matters mentioned in the last two sections the Parliament may make laws:

- (i) defining the jurisdiction of any federal court other than the High Court;
- (ii) defining the extent to which the jurisdiction of any federal court shall be exclusive of that which belongs to or is invested in the courts of the States;
- (iii) investing any court of a State with federal jurisdiction.

78 Proceedings against Commonwealth or State

The Parliament may make laws conferring rights to proceed against the Commonwealth or a State in respect of matters within the limits of the judicial power.

79 Number of judges

The federal jurisdiction of any court may be exercised by such number of judges as the Parliament prescribes.

80 Trial by jury

The trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury, and every such trial shall be held in the State where the offence was committed, and if the offence was not committed within any State the trial shall be held at such place or places as the Parliament prescribes.

Chapter IV—Finance and Trade

81 Consolidated Revenue Fund

All revenues or moneys raised or received by the Executive Government of the Commonwealth shall form one Consolidated Revenue Fund, to be appropriated for the purposes of the Commonwealth in the manner and subject to the charges and liabilities imposed by this Constitution.

82 Expenditure charged thereon

The costs, charges, and expenses incident to the collection, management, and receipt of the Consolidated Revenue Fund shall form the first charge thereon; and the revenue of the Commonwealth shall in the first instance be applied to the payment of the expenditure of the Commonwealth.

83 Money to be appropriated by law

No money shall be drawn from the Treasury of the Commonwealth except under appropriation made by law.

But until the expiration of one month after the first meeting of the Parliament the Governor-General in Council may draw from the Treasury and expend such moneys as may be necessary for the maintenance of any department transferred to the Commonwealth and for the holding of the first elections for the Parliament.

84 Transfer of officers

When any department of the public service of a State becomes transferred to the Commonwealth, all officers of the department shall become subject to the control of the Executive Government of the Commonwealth.

Any such officer who is not retained in the service of the Commonwealth shall, unless he is appointed to some other office of equal emolument in the public service of the State, be entitled to receive from the State any pension, gratuity, or other compensation, payable under the law of the State on the abolition of his office.

Any such officer who is retained in the service of the Commonwealth shall preserve all his existing and accruing rights, and shall be entitled to retire from office at the time, and on the pension or retiring allowance, which would be permitted by the law of the State if his service with the Commonwealth were a continuation of his service with the State. Such pension or retiring allowance shall be paid to him by the Commonwealth; but the State shall pay to the Commonwealth a part thereof, to be calculated on the proportion which his term of service with the State bears to his whole term of service, and for the purpose of the calculation his salary shall be taken to be that paid to him by the State at the time of the transfer.

Any officer who is, at the establishment of the Commonwealth, in the public service of a State, and who is, by consent of the Governor of the State with the advice of the Executive Council thereof, transferred to the public service of the Commonwealth, shall have the same rights as if he had been an officer of a department transferred to the Commonwealth and were retained in the service of the Commonwealth.

85 Transfer of property of State

When any department of the public service of a State is transferred to the Commonwealth:

(i) all property of the State of any kind, used exclusively in connexion with the department, shall become vested in the Commonwealth; but, in the case of the departments controlling customs and excise and bounties, for such time only as the Governor-General in Council may declare to be necessary;

(ii) the Commonwealth may acquire any property of the State, of any kind used, but not exclusively used in connexion with the department; the value thereof shall, if no agreement can be made, be ascertained in, as nearly as may be, the manner in which the value of land, or of an interest in land, taken by the State for public purposes is ascertained under

the law of the State in force at the establishment of the Commonwealth;

(iii) the Commonwealth shall compensate the State for the value of any property passing to the Commonwealth under this section; if no agreement can be made as to the mode of compensation, it shall be determined under laws to be made by the Parliament;

(iv) the Commonwealth shall, at the date of the transfer, assume the current obligations of the State in respect of the department transferred.

86 [Customs, excise, and bounties]

On the establishment of the Commonwealth, the collection and control of duties of customs and of excise, and the control of the payment of bounties, shall pass to the Executive Government of the Commonwealth.

87 [Revenue from customs and excise duties]

During a period of ten years after the establishment of the Commonwealth and thereafter until the Parliament otherwise provides, of the net revenue of the Commonwealth from duties of customs and of excise not more than one-fourth shall be applied annually by the Commonwealth towards its expenditure.

The balance shall, in accordance with this Constitution, be paid to the several States, or applied towards the payment of interest on debts of the several States taken over by the Commonwealth.

88 Uniform duties of customs

Uniform duties of customs shall be imposed within two years after the establishment of the Commonwealth.

89 Payment to States before uniform duties

Until the imposition of uniform duties of customs:

(i) the Commonwealth shall credit to each State the revenues collected therein by the Commonwealth;

(ii) the Commonwealth shall debit to each State:

(a) the expenditure therein of the Commonwealth incurred solely for the maintenance or continuance, as at the time of transfer, of any department transferred from the State to the Commonwealth;

(b) the proportion of the State, according to the number of its people, in the other expenditure of the Commonwealth;

(iii) the Commonwealth shall pay to each State month by month the balance (if any) in favour of the State.

90 Exclusive power over customs, excise, and bounties

On the imposition of uniform duties of customs the power of the Parliament to impose duties of customs and of excise, and to grant bounties on the production or export of goods, shall become exclusive.

On the imposition of uniform duties of customs all laws of the several States imposing duties of customs or of excise, or offering bounties on the production or export of goods, shall cease to have effect, but any grant of or agreement for any such bounty lawfully made by or under the authority of the Government of any State shall be taken to be good if made before the thirtieth day of June, one thousand eight hundred and ninety-eight, and not otherwise.

91 Exceptions as to bounties

Nothing in this Constitution prohibits a State from granting any aid to or bounty on mining for gold, silver, or other metals, nor from granting, with the consent of both Houses of the Parliament of the Commonwealth expressed by resolution, any aid to or bounty on the production or export of goods.

92 Trade within the Commonwealth to be free

On the imposition of uniform duties of customs, trade, commerce, and intercourse among the States, whether by means of internal

carriage or ocean navigation, shall be absolutely free.

But notwithstanding anything in this Constitution, goods imported before the imposition of uniform duties of customs into any State, or into any Colony which, whilst the goods remain therein, becomes a State, shall, on thence passing into another State within two years after the imposition of such duties, be liable to any duty chargeable on the importation of such goods into the Commonwealth, less any duty paid in respect of the goods on their importation.

93 Payment to States for five years after uniform tariffs

During the first five years after the imposition of uniform duties of customs, and thereafter until the Parliament otherwise provides:

(i) the duties of customs chargeable on goods imported into a State and afterwards passing into another State for consumption, and the duties of excise paid on goods produced or manufactured in a State and afterwards passing into another State for consumption, shall be taken to have been collected not in the former but in the latter State;

(ii) subject to the last subsection, the Commonwealth shall credit revenue, debit expenditure, and pay balances to the several States as prescribed for the period preceding the imposition of uniform duties of customs.

94 Distribution of surplus

After five years from the imposition of uniform duties of customs, the Parliament may provide, on such basis as it deems fair, for the monthly payment to the several States of all surplus revenue of the Commonwealth.

95 Customs duties of Western Australia

Notwithstanding anything in this Constitution, the Parliament of the State of Western Australia, if that State be an Original State, may, during the first five years after the imposition of uniform duties of customs, impose duties of customs on goods passing into

that State and not originally imported from beyond the limits of the Commonwealth; and such duties shall be collected by the Commonwealth.

But any duty so imposed on any goods shall not exceed during the first of such years the duty chargeable on the goods under the law of Western Australia in force at the imposition of uniform duties, and shall not exceed during the second, third, fourth, and fifth of such years respectively, four-fifths, three-fifths, two-fifths, and one-fifth of such latter duty, and all duties imposed under this section shall cease at the expiration of the fifth year after the imposition of uniform duties.

If at any time during the five years the duty on any goods under this section is higher than the duty imposed by the Commonwealth on the importation of the like goods, then such higher duty shall be collected on the goods when imported into Western Australia from beyond the limits of the Commonwealth.

96 Financial assistance to States

During a period of ten years after the establishment of the Commonwealth and thereafter until the Parliament otherwise provides, the Parliament may grant financial assistance to any State on such terms and conditions as the Parliament thinks fit.

97 Audit

Until the Parliament otherwise provides, the laws in force in any Colony which has become or becomes a State with respect to the receipt of revenue and the expenditure of money on account of the Government of the Colony, and the review and audit of such receipt and expenditure, shall apply to the receipt of revenue and the expenditure of money on account of the Commonwealth in the State in the same manner as if the Commonwealth, or the Government or an officer of the Commonwealth, were mentioned whenever the Colony, or the Government or an officer of the Colony, is mentioned.

98 Trade and commerce includes navigation and State railways

The power of the Parliament to make laws with respect to trade and commerce extends to navigation and shipping, and to railways the property of any State.

99 Commonwealth not to give preference

The Commonwealth shall not, by any law or regulation of trade, commerce, or revenue, give preference to one State or any part thereof over another State or any part thereof.

100 Nor abridge right to use water

The Commonwealth shall not, by any law or regulation of trade or commerce, abridge the right of a State or of the residents therein to the reasonable use of the waters of rivers for conservation or irrigation.

101 Inter-State Commission

There shall be an Inter-State Commission, with such powers of adjudication and administration as the Parliament deems necessary for the execution and maintenance, within the Commonwealth, of the provisions of this Constitution relating to trade and commerce, and of all laws made thereunder.

102 Parliament may forbid preferences by State

The Parliament may by any law with respect to trade or commerce forbid, as to railways, any preference or discrimination by any State, or by any authority constituted under a State, if such preference or discrimination is undue and unreasonable, or unjust to any State; due regard being had to the financial responsibilities incurred by any State in connexion with the construction and maintenance of its railways. But no preference or discrimination shall, within the meaning of this section, be taken to be undue and unreasonable, or unjust to any State, unless so adjudged by the Inter-State Commission.

103 Commissioners' appointment, tenure, and remuneration

The members of the Inter-State Commission:

(i) shall be appointed by the Governor-General in Council;

(ii) shall hold office for seven years, but may be removed within that time by the Governor-General in Council, on an address from both Houses of the Parliament in the same session praying for such removal on the ground of proved misbehaviour or incapacity;

(iii) shall receive such remuneration as the Parliament may fix; but such remuneration shall not be diminished during their continuance in office.

104 Saving of certain rates

Nothing in this Constitution shall render unlawful any rate for the carriage of goods upon a railway, the property of a State, if the rate is deemed by the Inter-State Commission to be necessary for the development of the territory of the State, and if the rate applies equally to goods within the State and to goods passing into the State from other States.

105 Taking over public debts of States

The Parliament may take over from the States their public debts as existing at the establishment of the Commonwealth, or a proportion thereof according to the respective numbers of their people as shown by the latest statistics of the Commonwealth, and may convert, renew, or consolidate such debts, or any part thereof; and the States shall indemnify the Commonwealth in respect of the debts taken over, and thereafter the interest payable in respect of the debts shall be deducted and retained from the portions of the surplus revenue of the Commonwealth payable to the several States, or if such surplus is insufficient, or if there is no surplus, then the deficiency or the whole amount shall be paid by the several States.

105A Agreements with respect to State debts

(1) The Commonwealth may make agreements with the States with respect to the public debts of the States, including:

(a) the taking over of such debts by the Commonwealth;

(b) the management of such debts;

(c) the payment of interest and the provision and management of sinking funds in respect of such debts;

(d) the consolidation, renewal, conversion, and redemption of such debts;

(e) the indemnification of the Commonwealth by the States in respect of debts taken over by the Commonwealth; and

(f) the borrowing of money by the States or by the Commonwealth, or by the Commonwealth for the States.

(2) The Parliament may make laws for validating any such agreement made before the commencement of this section.

(3) The Parliament may make laws for the carrying out by the parties thereto of any such agreement.

(4) Any such agreement may be varied or rescinded by the parties thereto.

(5) Every such agreement and any such variation thereof shall be binding upon the Commonwealth and the States parties thereto notwithstanding anything contained in this Constitution or the Constitution of the several States or in any law of the Parliament of the Commonwealth or of any State.

(6) The powers conferred by this section shall not be construed as being limited in any way by the provisions of section one hundred and five of this Constitution.

Chapter V—The States

106 Saving of Constitutions

The Constitution of each State of the Commonwealth shall, subject to this Constitution, continue as at the establishment of the Commonwealth, or as at the admission or establishment of the State, as the case may be, until altered in accordance with the Constitution of the State.

107 Saving of Power of State Parliaments

Every power of the Parliament of a Colony which has become or becomes a State, shall, unless it is by this Constitution exclusively vested in the Parliament of the Commonwealth or withdrawn from the Parliament of the State, continue as at the establishment of the Commonwealth, or as at the admission or establishment of the State, as the case may be.

108 Saving of State laws

Every law in force in a Colony which has become or becomes a State, and relating to any matter within the powers of the Parliament of the Commonwealth, shall, subject to this Constitution, continue in force in the State; and, until provision is made in that behalf by the Parliament of the Commonwealth, the Parliament of the State shall have such powers of alteration and of repeal in respect of any such law as the Parliament of the Colony had until the Colony became a State.

109 Inconsistency of laws

When a law of a State is inconsistent with a law of the Commonwealth, the latter shall prevail, and the former shall, to the extent of the inconsistency, be invalid.

110 Provisions referring to Governor

The provisions of this Constitution relating to the Governor of a State extend and apply to the Governor for the time being of the State, or other chief executive officer or administrator of the government of the State.

111 States may surrender territory

The Parliament of a State may surrender any part of the State to the Commonwealth; and upon such surrender, and the acceptance thereof by the Commonwealth, such part of the State shall become subject to the exclusive jurisdiction of the Commonwealth.

112 States may levy charges for inspection laws

After uniform duties of customs have been imposed, a State may levy on imports or exports, or on goods passing into or out of the State, such charges as may be necessary for executing the inspection laws of the State; but the net produce of all charges so levied shall be for the use of the Commonwealth; and any such inspection laws may be annulled by the Parliament of the Commonwealth.

113 Intoxicating liquids

All fermented, distilled, or other intoxicating liquids passing into any State or remaining therein for use, consumption, sale, or storage, shall be subject to the laws of the State as if such liquids had been produced in the State.

114 States may not raise forces. Taxation of property of Commonwealth or State

A State shall not, without the consent of the Parliament of the Commonwealth, raise or maintain any naval or military force, or impose any tax on property of any kind belonging to the Commonwealth, nor shall the Commonwealth impose any tax on property of any kind belonging to a State.

115 States not to coin money

A State shall not coin money, nor make anything but gold and silver coin a legal tender in payment of debts.

116 Commonwealth not to legislate in respect of religion

The Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth.

117 Rights of residents in States

A subject of the Queen, resident in any State, shall not be subject in any other State to any disability or discrimination which would not be equally applicable to him if he were a

subject of the Queen resident in such other State.

118 Recognition of laws etc. of States

Full faith and credit shall be given, throughout the Commonwealth to the laws, the public Acts and records, and the judicial proceedings of every State

119 Protection of States from invasion and violence

The Commonwealth shall protect every State against invasion and, on the application of the Executive Government of the State, against domestic violence.

120 Custody of offenders against laws of the Commonwealth

Every State shall make provision for the detention in its prisons of persons accused or convicted of offences against the laws of the Commonwealth, and for the punishment of persons convicted of such offences, and the Parliament of the Commonwealth may make laws to give effect to this provision.

Chapter VI—New States

121 New States may be admitted or established

The Parliament may admit to the Commonwealth or establish new States, and may upon such admission or establishment make or impose such terms and conditions, including the extent of representation in either House of the Parliament, as it thinks fit.

122 Government of territories

The Parliament may make laws for the government of any territory surrendered by any State to and accepted by the Commonwealth, or of any territory placed by the Queen under the authority of and accepted by the Commonwealth, or otherwise acquired by the Commonwealth, and may allow the representation of such territory in either House

of the Parliament to the extent and on the terms which it thinks fit.

123 Alteration of limits of States

The Parliament of the Commonwealth may, with the consent of the Parliament of a State, and the approval of the majority of the electors of the State voting upon the question, increase, diminish, or otherwise alter the limits of the State, upon such terms and conditions as may be agreed on, and may, with the like consent, make provision respecting the effect and operation of any increase or diminution or alteration of territory in relation to any State affected.

124 Formation of new States

A new State may be formed by separation of territory from a State, but only with the consent of the Parliament thereof, and a new State may be formed by the union of two or more States or parts of States, but only with the consent of the Parliaments of the States affected.

Chapter VII—Miscellaneous

125 Seat of Government

The seat of Government of the Commonwealth shall be determined by the Parliament, and shall be within territory which shall have been granted to or acquired by the Commonwealth, and shall be vested in and belong to the Commonwealth, and shall be in the State of New South Wales, and be distant not less than one hundred miles from Sydney.

Such territory shall contain an area of not less than one hundred square miles, and such portion thereof as shall consist of Crown lands shall be granted to the Commonwealth without any payment therefor.

The Parliament shall sit at Melbourne until it meet at the seat of Government.

126 Power to Her Majesty to authorise Governor-General to appoint deputies

The Queen may authorise the Governor-General to appoint any person, or any persons jointly or severally, to be his deputy or deputies within any part of the Commonwealth, and in that capacity to exercise during the pleasure of the Governor-General such powers and functions of the Governor-General as he thinks fit to assign to such deputy or deputies, subject to any limitations expressed or directions given by the Queen; but the appointment of such deputy or deputies shall not affect the exercise by the Governor-General himself of any power or function.

127 Aborigines not to be counted in reckoning population

In reckoning the numbers of people of the Commonwealth, or of a State or other part of the Commonwealth, aboriginal natives shall not be counted.

Chapter VIII—Alteration of the Constitution

128 Mode of altering the Constitution

This Constitution shall not be altered except in the following manner:

The proposed law for the alteration thereof must be passed by an absolute majority of each House of the Parliament, and not less than two nor more than six months after its passage through both Houses the proposed law shall be submitted in each State and Territory to the electors qualified to vote for the election of members of the House of Representatives.

But if either House passes any such proposed law by an absolute majority, and the other House rejects or fails to pass it, or passes it with any amendment to which the first-mentioned House will not agree, and if after an interval of three months the first-mentioned House in the same or the next session again passes the proposed law by an absolute majority with or without any amendment which has been made or agreed to by the other House, and such other House

rejects or fails to pass it or passes it with any amendment to which the first-mentioned House will not agree, the Governor-General may submit the proposed law as last proposed by the first-mentioned House, and either with or without any amendments subsequently agreed to by both Houses, to the electors in each State and Territory qualified to vote for the election of the House of Representatives.

When a proposed law is submitted to the electors the vote shall be taken in such manner as the Parliament prescribes. But until the qualification of electors of members of the House of Representatives becomes uniform throughout the Commonwealth, only one-half the electors voting for and against the proposed law shall be counted in any State in which adult suffrage prevails.

And if in a majority of the States a majority of the electors voting approve the proposed law, and if a majority of all the electors voting also approve the proposed law, it shall be presented to the Governor-General for the Queen's assent.

No alteration diminishing the proportionate representation of any State in either House of the Parliament, or the minimum number of representatives of a State in the House of Representatives, or increasing, diminishing, or otherwise altering the limits of the State, or in any manner affecting the provisions of the Constitution in relation thereto, shall become law unless the majority of the electors voting in that State approve the proposed law.

In this section, *Territory* means any territory referred to in section one hundred and twenty-two of this Constitution in respect of which there is in force a law allowing its representation in the House of Representatives.

Judiciary Act 1903 (Cth)

Part VI—Exclusive and invested jurisdiction

38 Matters in which jurisdiction of High Court exclusive

Subject to sections 39B and 44, the jurisdiction of the High Court shall be exclusive of the jurisdiction of the several Courts of the States in the following matters:

(a) matters arising directly under any treaty;

(b) suits between States, or between persons suing or being sued on behalf of different States, or between a State and a person suing or being sued on behalf of another State;

(c) suits by the Commonwealth, or any person suing on behalf of the Commonwealth, against a State, or any person being sued on behalf of a State;

(d) suits by a State, or any person suing on behalf of a State, against the Commonwealth or any person being sued on behalf of the Commonwealth;

(e) matters in which a writ of mandamus or prohibition is sought against an officer of the Commonwealth or a federal court. Note: Under the Jurisdiction of Courts (Cross-vesting) Act 1987, State Supreme Courts are, with some exceptions and limitations, invested with the same civil jurisdiction as the Federal Court has, including jurisdiction under section 39B of this Act.

39 Federal jurisdiction of State Courts in other matters

(1) The jurisdiction of the High Court, so far as it is not exclusive of the jurisdiction of any Court of a State by virtue of section 38, shall be exclusive of the jurisdiction of the several Courts of the States, except as provided in this section.

(2) The several Courts of the States shall within the limits of their several jurisdictions, whether such limits are as to locality, subject-matter, or otherwise, be

invested with federal jurisdiction, in all matters in which the High Court has original jurisdiction or in which original jurisdiction can be conferred upon it, except as provided in section 38, and subject to the following conditions and restrictions:

(a) A decision of a Court of a State, whether in original or in appellate jurisdiction, shall not be subject to appeal to Her Majesty in Council, whether by special leave or otherwise.

Special leave to appeal from decisions of State Courts though State law prohibits appeal

(c) The High Court may grant special leave to appeal to the High Court from any decision of any Court or Judge of a State notwithstanding that the law of the State may prohibit any appeal from such Court or Judge.

39 A Federal jurisdiction invested in State Courts by other provisions

(1) The federal jurisdiction with which a Court of a State is invested by or under any Act, whether the investing occurred or occurs before or after the commencement of this section, including federal jurisdiction invested by a provision of this Act other than the last preceding section:

(a) shall be taken to be invested subject to the provisions of paragraph (a) of subsection (2) of the last preceding section; and

(b) shall be taken to be invested subject to paragraph 39(2)(c) (whether or not the jurisdiction is expressed to be invested subject to that paragraph), so far as it can apply and is not inconsistent with a provision made by or under the Act by or under which the jurisdiction is invested;

in addition to any other conditions or restrictions subject to which the jurisdiction is expressed to be invested.

(2) Nothing in this section or the last preceding section, or in any Act passed before the commencement of this section, shall be taken to prejudice the application of any of

sections 72 to 77 (inclusive) in relation to jurisdiction in respect of indictable offences.

[...]

Part X—Criminal jurisdiction

Division 1—Application of laws

68 Jurisdiction of State and Territory courts in criminal cases

(1) The laws of a State or Territory respecting the arrest and custody of offenders or persons charged with offences, and the procedure for:

- (a) their summary conviction; and
- (b) their examination and commitment for trial on indictment; and
- (c) their trial and conviction on indictment; and
- (d) the hearing and determination of appeals arising out of any such trial or conviction or out of any proceedings connected therewith;

and for holding accused persons to bail, shall, subject to this section, apply and be applied so far as they are applicable to persons who are charged with offences against the laws of the Commonwealth in respect of whom jurisdiction is conferred on the several courts of that State or Territory by this section.

(2) The several Courts of a State or Territory exercising jurisdiction with respect to:

- (a) the summary conviction; or
- (b) the examination and commitment for trial on indictment; or
- (c) the trial and conviction on indictment;

of offenders or persons charged with offences against the laws of the State or Territory, and with respect to the hearing and determination of appeals arising out of any such trial or conviction or out of any proceedings connected therewith, shall, subject to this section and to section 80 of the Constitution, have the like jurisdiction with respect to persons who are

charged with offences against the laws of the Commonwealth.

(4) The several Courts of a State or Territory exercising the jurisdiction conferred upon them by this section shall, upon application being made in that behalf, have power to order, upon such terms as they think fit, that any information laid before them in respect of an offence against the laws of the Commonwealth shall be amended so as to remove any defect either in form or substance contained in that information.

(5) Subject to subsection (5A):

(a) the jurisdiction conferred on a court of a State or Territory by subsection (2) in relation to the summary conviction of persons charged with offences against the laws of the Commonwealth; and

(b) the jurisdiction conferred on a court of a State or Territory by virtue of subsection (7) in relation to the conviction and sentencing of persons charged with offences against the laws of the Commonwealth in accordance with a provision of the law of that State or Territory of the kind referred to in subsection (7); is conferred notwithstanding any limits as to locality of the jurisdiction of that court under the law of that State or Territory.

(5A) A court of a State on which jurisdiction in relation to the summary conviction of persons charged with offences against the laws of the Commonwealth is conferred by subsection (2) may, where it is satisfied that it is appropriate to do so, having regard to all the circumstances, including the public interest, decline to exercise that jurisdiction in relation to an offence against a law of the Commonwealth committed in another State.

[...]

Division 2—Application of laws

79 State or Territory laws to govern where applicable

(1) The laws of each State or Territory, including the laws relating to procedure, evidence, and the competency of witnesses, shall, except as otherwise provided by the Constitution or the laws of the Commonwealth, be binding on all Courts exercising federal jurisdiction in that State or Territory in all cases to which they are applicable.

(2) A provision of this Act does not prevent a law of a State or Territory covered by subsection (3) from binding a court under this section in connection with a suit relating to the recovery of an amount paid in connection with a tax that a law of a State or Territory invalidly purported to impose.

(3) This subsection covers a law of a State or Territory that would be applicable to the suit if it did not involve federal jurisdiction, including, for example, a law doing any of the following:

(a) limiting the period for bringing the suit to recover the amount;

(b) requiring prior notice to be given to the person against whom the suit is brought;

(c) barring the suit on the grounds that the person bringing the suit has charged someone else for the amount.

(4) For the purposes of subsection (2), some examples of an amount paid in connection with a tax are as follows:

(a) an amount paid as the tax;

(b) an amount of penalty for failure to pay the tax on time;

(c) an amount of penalty for failure to pay enough of the tax;

(d) an amount that is paid to a taxpayer by a customer of the taxpayer and is directly referable to the taxpayer's liability to the tax in connection with the taxpayer's dealings with the customer.

Statute of Westminster 1931 (Imp)

An Act to give effect to certain resolutions passed by Imperial Conferences held in the years 1926 and 1930.

Whereas the delegates of His Majesty's Governments in the United Kingdom, the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland, at Imperial Conferences holden at Westminster in the years of our Lord nineteen hundred and twenty-six and nineteen hundred and thirty did concur in making the declarations and resolutions set forth in the Reports of the said Conferences:

And whereas it is meet and proper to set out by way of preamble to this Act that, inasmuch as the Crown is the symbol of the free association of the members of the British Commonwealth of Nations, and as they are united by a common allegiance to the Crown, it would be in accord with the established constitutional position of all the members of the Commonwealth in relation to one another that any alteration in the law touching the Succession to the Throne or the Royal Style and Titles shall hereafter require the assent as well of the Parliaments of all the Dominions as of the Parliament of the United Kingdom:

And whereas it is in accord with the established constitutional position that no law hereafter made by the Parliament of the United Kingdom shall extend to any of the said Dominions as part of the law of that Dominion otherwise than at the request and with the consent of that Dominion:

And whereas it is necessary for the ratifying, confirming and establishing of certain of the said declarations and resolutions of the said Conferences that a law be made and enacted in due form by authority of the Parliament of the United Kingdom:

And whereas the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland have severally requested and consented to the submission of a measure to the Parliament of the United Kingdom for making such provision with regard to the matters aforesaid as is hereafter in this Act contained:

Now, therefore, be it enacted by the King's most Excellent Majesty by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows :—

1 Meaning of “Dominion” in this Act.

In this Act the expression “Dominion” means any of the following Dominions, that is to say, the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, . . . F1, the Irish Free State and Newfoundland.

2 Validity of laws made by Parliament of a Dominion.

(1)The M1Colonial Laws Validity Act 1865 shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.

(2)No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3 Power of Parliament of Dominion to legislate extra-territorially.

It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

4 Parliament of United Kingdom not to legislate for Dominion except by consent.

No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof.

[...]

6 Powers of Dominion Parliaments in relation to Courts of Admiralty.

Without prejudice to the generality of the foregoing provisions of this Act, section four of the M1Colonial Courts of Admiralty Act 1890 (which requires certain laws to be reserved for the signification of His Majesty's pleasure or to contain a suspending clause) and so much of section seven of that Act as requires the approval of His Majesty in Council to any rules of Court for regulating the practice and procedure of a Colonial Court of Admiralty, shall cease to have effect in any Dominion as from the commencement of this Act.

7 Saving for British North America Acts and application of the Act to Canada.

(1)Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts 1867 to 1930 or any order, rule or regulation made thereunder.

(2)The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3)The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within

the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

8 Saving for Constitution Acts of Australia and New Zealand.

Nothing in this Act shall be deemed to confer any power to repeal or alter the Constitution or the Constitution Act of the Commonwealth of Australia or the Constitution Act of the Dominion of New Zealand otherwise than in accordance with the law existing before the commencement of this Act.

9 Saving with respect to States of Australia.

(1)Nothing in this Act shall be deemed to authorise the Parliament of the Commonwealth of Australia to make laws on any matter within the authority of the States of Australia, not being a matter within the authority of the Parliament or Government of the Commonwealth of Australia.

(2)Nothing in this Act shall be deemed to require the concurrence of the Parliament or Government of the Commonwealth of Australia in any law made by the Parliament of the United Kingdom with respect to any matter within the authority of the States of Australia, not being a matter within the authority of the Parliament or Government of the Commonwealth of Australia, in any case where it would have been in accordance with the constitutional practice existing before the commencement of this Act that the Parliament of the United Kingdom should make that law without such concurrence.

(3)In the application of this Act to the Commonwealth of Australia the request and consent referred to in section four shall mean the request and consent of the Parliament and Government of the Commonwealth.

10 Certain sections of Act not to apply to Australia, New Zealand or Newfoundland unless adopted.

(1)None of the following sections of this Act, that is to say, sections two, three, four, five and six, shall extend to a Dominion to which this section applies as part of the law of that Dominion unless that section is adopted by the Parliament of the Dominion, and any Act of that Parliament adopting any section of this Act may provide that the adoption shall have effect either from the commencement of this Act or from such later date as is specified in the adopting Act.

(2)The Parliament of any such Dominion as aforesaid may at any time revoke the adoption of any section referred to in subsection (1) of this section.

(3)The Dominions to which this section applies are the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand and Newfoundland.

[...]

12 Short title.

This Act may be cited as the Statute of Westminster 1931.

Statute of Westminster (Adoption) Act 1942 (Cth)

An Act to remove Doubts as to the Validity of certain Commonwealth Legislation, to obviate Delays occurring in its Passage, and to effect certain related purposes, by adopting certain Sections of the Statute of Westminster, 1931, as from the Commencement of the War between His Majesty the King and Germany

WHEREAS certain legal difficulties exist which have created doubts and caused delays in relation to certain Commonwealth legislation, and to certain regulations made thereunder, particularly in relation to the legislation enacted, and regulations made, for securing the public safety and defence of the Commonwealth of Australia, and for the more effectual prosecution of the war in which His Majesty the King is engaged:

AND WHEREAS those legal difficulties will be removed by the adoption by the Parliament of the Commonwealth of Australia of sections two, three, four, five and six of the Statute of Westminster, 1931, and by making such adoption have effect as from the commencement of the war between His Majesty the King and Germany:

BE it therefore enacted by the King's Most Excellent Majesty, the Senate, and the House of Representatives of the Commonwealth of Australia, as follows:

1 Short title

This Act may be cited as the *Statute of Westminster Adoption Act 1942*.

2 Commencement

This Act shall come into operation on the day on which it receives the Royal Assent.

3 Adoption of Statute of Westminster, 1931

Sections two, three, four, five and six of the Imperial Act entitled the Statute of Westminster, 1931 (which Act is set out in the Schedule to this Act) are adopted and the adoption shall have effect from the third day of September, One thousand nine hundred and thirty-nine.

The Schedule

Section 3

STATUTE OF WESTMINSTER, 1931

[...]

1 Meaning of “Dominion” in this Act

In this Act the expression “Dominion” means any of the following Dominions, that is to say, the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland.

2 Validity of laws made by Parliament of a Dominion 28 and 29 Vict. c. 63

(1)The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.

(2)No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3 Power of Parliament of Dominion to legislate extra-territorially

It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

5 Powers of Dominion Parliaments in relation to merchant shipping 57 and 58 Vict. c. 60

Without prejudice to the generality of the foregoing provisions of this Act, sections seven hundred and thirty-five and seven hundred and thirty-six of the Merchant Shipping Act, 1894, shall be construed as though reference therein to the Legislature of a British possession did not include reference to the Parliament of a Dominion.

6 Powers of Dominion Parliaments in relation to Courts of Admiralty 53 and 54 Vict. c. 27

Without prejudice to the generality of the foregoing provisions of this Act, section four of the Colonial Courts of Admiralty Act, 1890 (which requires certain laws to be reserved for the signification of His Majesty’s pleasure or to contain a suspending clause), and so much of section seven of that Act as requires the approval of His Majesty in Council to any rules of Court for regulating the practice and procedure of a Colonial Court of Admiralty, shall cease to have effect in any Dominion as from the commencement of this Act.

7 Saving for British North America Acts and application of the Act to Canada

(1)Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2)The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3)The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada, or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

8 Saving for Constitution Acts of Australia and New Zealand

Nothing in this Act shall be deemed to confer any power to repeal or alter the Constitution or the Constitution Act of the Commonwealth of Australia or the Constitution Act of the Dominion of New Zealand otherwise than in accordance with the law existing before the commencement of this Act.

9 Saving with respect to States of Australia

(1)Nothing in this Act shall be deemed to authorize the Parliament of the Commonwealth of Australia to make laws on any matter within the authority of the States of Australia, not being a matter within the authority of the Parliament or Government of the Commonwealth of Australia.

**10 Certain sections of Act not to apply to
Australia, New Zealand or
Newfoundland unless adopted**

(1)None of the following sections of this Act, that is to say, sections two, three, four, five and six, shall extend to a Dominion to which this section applies as part of the law of that Dominion unless that section is adopted by the Parliament of the Dominion, and any Act of that Parliament adopting any section of this Act may provide that the adoption shall have effect either from the commencement of this Act or from such later date as is specified in the adopting Act.

(2) ----

(3)The Dominions to which this section applies are the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand and Newfoundland.

**11 Meaning of “Colony” in future Acts 52
and 53 Vict. c. 63**

Notwithstanding anything in the Interpretation Act, 1889, the expression “Colony” shall not, in any Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act, include a Dominion or any Province or State forming part of a Dominion.

[...]

Canadian Bill of Rights 1960

An Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Preamble

The Parliament of Canada, affirming that the Canadian Nation is founded upon principles that acknowledge the supremacy of God, the dignity and worth of the human person and the position of the family in a society of free men and free institutions;

Affirming also that men and institutions remain free only when freedom is founded upon respect for moral and spiritual values and the rule of law;

And being desirous of enshrining these principles and the human rights and fundamental freedoms derived from them, in a Bill of Rights which shall reflect the respect of Parliament for its constitutional authority and which shall ensure the protection of these rights and freedoms in Canada:

Therefore Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

PART I - Bill of Rights

Recognition and declaration of rights and freedoms

1 It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

(c) freedom of religion;

(d) freedom of speech;

(e) freedom of assembly and association; and

(f) freedom of the press.

Construction of law

2 Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(a) authorize or effect the arbitrary detention, imprisonment or exile of any person;

(b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment;

(c) deprive a person who has been arrested or detained

(i) of the right to be informed promptly of the reason for his arrest or detention,

(ii) of the right to retain and instruct counsel without delay, or

(iii) of the remedy by way of habeas corpus for the determination of the validity of his detention and for his release if the detention is not lawful;

(d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied counsel, protection against self incrimination or other constitutional safeguards;

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; or

(g) deprive a person of the right to the assistance of an interpreter in any proceedings in which he is involved or in which he is a party or a witness, before a court, commission, board or other tribunal, if he does not understand or speak the language in which such proceedings are conducted.

Duties of Minister of Justice

3 (1) Subject to subsection (2), the Minister of Justice shall, in accordance with such regulations as may be prescribed by the Governor in Council, examine every regulation transmitted to the Clerk of the Privy Council for registration pursuant to the Statutory Instruments Act and every Bill introduced in or presented to the House of Commons by a Minister of the Crown, in order to ascertain whether any of the provisions thereof are inconsistent with the purposes and provisions of this Part and he shall report any such inconsistency to the House of Commons at the first convenient opportunity.

(2) A regulation need not be examined in accordance with subsection (1) if prior to being made it was examined as a proposed regulation in accordance with section 3 of the Statutory Instruments Act to ensure that it was not inconsistent with the purposes and provisions of this Part.

Short title

4 The provisions of this Part shall be known as the *Canadian Bill of Rights*.

Part II

5 (1) Nothing in Part I shall be construed to abrogate or abridge any human right or fundamental freedom not enumerated therein that may have existed in Canada at the commencement of this Act.

"Law of Canada" defined

(2) The expression "law of Canada" in Part I means an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act, any order, rule or regulation thereunder, and any law in force in Canada or in any part of Canada at the commencement of this Act that is subject to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada.

Jurisdiction of Parliament

(3) The provisions of Part I shall be construed as extending only to matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada.

European Community Act 1972

An Act to make provision in connection with the enlargement of the European Communities to include the United Kingdom, together with (for certain purposes) the Channel Islands, the Isle of Man and Gibraltar.

[...]

Part I General Provisions

[...]

2 General implementation of Treaties.

(1) All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression [F1 “enforceable EU right”] and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies.

(2) Subject to Schedule 2 to this Act, at any time after its passing Her Majesty may by Order in Council, and any designated Minister or department may [by order, rules, regulations or scheme], make provision—

(a) for the purpose of implementing any [EU obligation] of the United Kingdom, or enabling any such obligation to be implemented, or of enabling any rights enjoyed or to be enjoyed by the United Kingdom under or by virtue of the Treaties to be exercised; or

(b) for the purpose of dealing with matters arising out of or related to any such obligation or rights or the coming into force, or the operation from time to time, of subsection (1) above;

and in the exercise of any statutory power or duty, including any power to give directions or to legislate by means of orders, rules, regulations or other subordinate instrument, the

person entrusted with the power or duty may have regard to the [objects of the EU] and to any such obligation or rights as aforesaid.

In this subsection “designated Minister or department” means such Minister of the Crown or government department as may from time to time be designated by Order in Council in relation to any matter or for any purpose, but subject to such restrictions or conditions (if any) as may be specified by the Order in Council.

(3) There shall be charged on and issued out of the Consolidated Fund or, if so determined by the Treasury, the National Loans Fund the amounts required to meet any [EU obligation] to make payments to [the EU or a member State], or any [EU obligation] in respect of contributions to the capital or reserves of the European Investment Bank or in respect of loans to the Bank, or to redeem any notes or obligations issued or created in respect of any such [EU obligation] and, except as otherwise provided by or under any enactment,—

(a) any other expenses incurred under or by virtue of the Treaties or this Act by any Minister of the Crown or government department may be paid out of moneys provided by Parliament; and

(b) any sums received under or by virtue of the Treaties or this Act by any Minister of the Crown or government department, save for such sums as may be required for disbursements permitted by any other enactment, shall be paid into the Consolidated Fund or, if so determined by the Treasury, the National Loans Fund.

(4) The provision that may be made under subsection (2) above includes, subject to Schedule 2 to this Act, any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament, and any enactment passed or to be passed, other than one contained in this part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section; but, except as may be provided by any Act passed after this Act, Schedule 2 shall have effect in connection with the powers conferred by this and the following sections of this Act to make Orders in Council [or orders, rules, regulations or schemes].

(5) . . . and the references in that subsection to a Minister of the Crown or government department and to a statutory power or duty shall include a Minister or department of the

Government of Northern Ireland and a power or duty arising under or by virtue of an Act of the Parliament of Northern Ireland.

(6) A law passed by the legislature of any of the Channel Islands or of the Isle of Man, or a colonial Law (within the meaning of the Colonial Laws Validity Act 1865) passed or made for Gibraltar, if expressed to be passed or made in the implementation of the Treaties and of the obligations of the United Kingdom thereunder, shall not be void or inoperative by reason of any inconsistency with or repugnancy to an Act of Parliament, passed or to be passed, that extends to the Island or Gibraltar or any provision having the force and effect of an Act there (but not including this section), nor by reason of its having some operation outside the Island or Gibraltar; and any such Act or provision that extends to the Island or Gibraltar shall be construed and have effect subject to the provisions of any such law.

Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982 (Constitution Act 1982)

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

GUARANTEE OF RIGHTS AND FREEDOMS

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

FUNDAMENTAL FREEDOMS

Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

DEMOCRATIC RIGHTS

Democratic rights of citizens

Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

Maximum duration of legislative bodies

4. (1) No House of Commons and no legislative assembly shall continue for longer than five years from the date fixed for the return of the writs at a general election of its members.

(2) In time of real or apprehended war, invasion or insurrection, a House of Commons may be continued by Parliament and a legislative assembly may be continued by the legislature beyond five years if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of the House of Commons or the legislative assembly, as the case may be. There shall be a sitting of Parliament and of each legislature at least once every twelve months.

MOBILITY RIGHTS

Mobility of citizens

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

Rights to move and gain livelihood

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

- (a) to move to and take up residence in any province; and
- (b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

- (a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and
- (b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

LEGAL RIGHTS

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Search or seizure

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

Detention or imprisonment

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

Arrest or detention

- 10.** Everyone has the right on arrest or detention
- (a) to be informed promptly of the reasons therefor;
 - (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and
 - (c) to have the validity of the detention determined by way of habeas corpus and to be released if the detention is not lawful.

Proceedings in criminal and penal matters

- 11.** Any person charged with an offence has the right
- (a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;
 - (b) to be tried within a reasonable time;
 - (c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;
 - (d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;
 - (e) not to be denied reasonable bail without just cause;
 - (f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;
 - (g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;
 - (h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and
 - (i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

Treatment or punishment

- 12.** Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

Self-crimination

- 13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Interpreter

- 14.** A party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter.

EQUALITY RIGHTS

- 15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

OFFICIAL LANGUAGES OF CANADA

- 16.** (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

16.1 (1) The English linguistic community and the French linguistic community in New Brunswick have equality of status and equal rights and privileges, including the right to distinct educational institutions and such distinct cultural institutions as are necessary for the preservation and promotion of those communities.

(2) The role of the legislature and government of New Brunswick to preserve and promote the status, rights and privileges referred to in subsection (1) is affirmed.

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. (1) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court established by Parliament.

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any

office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

21. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages, or either of them, that exists or is continued by virtue of any other provision of the Constitution of Canada.

22. Nothing in sections 16 to 20 abrogates or derogates from any legal or customary right or privilege acquired or enjoyed either before or after the coming into force of this Charter with respect to any language that is not English or French.

MINORITY LANGUAGE EDUCATIONAL RIGHTS

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or
(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have

such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and
(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

ENFORCEMENT

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

GENERAL

25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

(a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

(b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

26. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

29. Nothing in this Charter abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools.

30. A reference in this Charter to a province or to the legislative assembly or legislature of a province shall be deemed to include a reference to the Yukon Territory and the Northwest Territories, or to the appropriate legislative authority thereof, as the case may be.

31. Nothing in this Charter extends the legislative powers of any body or authority.

APPLICATION OF CHARTER

32. (1) This Charter applies
(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

CITATION

34. This Part may be cited as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Constitution Act 1986 (Imp) (NZ)

An Act to reform the constitutional law of New Zealand, to bring together into one enactment certain provisions of constitutional significance, and to provide that the New Zealand Constitution Act 1852 of the Parliament of the United Kingdom shall cease to have effect as part of the law of New Zealand

Part 1 The Sovereign

2 Head of State

(1)The Sovereign in right of New Zealand is the head of State of New Zealand, and shall be known by the royal style and titles proclaimed from time to time.

(2)The Governor-General appointed by the Sovereign is the Sovereign's representative in New Zealand.

3 Exercise of royal powers by the Sovereign or the Governor-General

(1) Every power conferred on the Governor-General by or under any Act is a royal power which is exercisable by the Governor-General on behalf of the Sovereign, and may accordingly be exercised either by the Sovereign in person or by the Governor-General.

(2) Every reference in any Act to the Governor-General in Council or any other like expression includes a reference to the Sovereign acting by and with the advice and consent of the Executive Council.

[...]

Part 2 The Executive

6 Ministers of Crown to be members of Parliament

(1) A person may be appointed and may hold office as a member of the Executive Council or as a Minister of the Crown only if that person is a member of Parliament.

(2) Notwithstanding subsection (1),—

(a) a person who is not a member of Parliament may be appointed and may hold office as a member of the

Executive Council or as a Minister of the Crown if that person was a candidate for election at the general election of members of the House of Representatives held immediately preceding that person's appointment as a member of the Executive Council or as a Minister of the Crown but shall vacate office at the expiration of the period of 40 days beginning with the date of the appointment unless, within that period, that person becomes a member of Parliament; and

(b) where a person who holds office both as a member of Parliament and as a member of the Executive Council or as a Minister of the Crown ceases to be a member of Parliament, that person may continue to hold office as a member of the Executive Council or as a Minister of the Crown until the expiration of the 28th day after the day on which that person ceases to be a member of Parliament.

7 Power of member of Executive Council to exercise Minister's powers

Any function, duty, or power exercisable by or conferred on any Minister of the Crown (by whatever designation that Minister is known) may, unless the context otherwise requires, be exercised or performed by any member of the Executive Council.

8 Appointment of Parliamentary Under-Secretaries

(1)The Governor-General may from time to time, by warrant under the Governor-General's hand, appoint any member of Parliament to be a Parliamentary Under-Secretary in relation to such Ministerial office or offices as are specified in that behalf in the warrant of appointment.

(2)A Parliamentary Under-Secretary shall hold office as such during the pleasure of the Governor-General, but shall in every case vacate that office within 28 days of ceasing to be a member of Parliament.

9 Functions of Parliamentary Under-Secretaries

(1) A Parliamentary Under-Secretary holding office as such in respect of any Ministerial office shall have and may exercise or perform under the direction of the Minister concerned such of the functions, duties, and powers of the Minister of the Crown for the time being holding that office as may from time to time be assigned to the Parliamentary Under-Secretary by that Minister.

(2) Nothing in subsection (1) limits the authority of any Minister of the Crown to exercise or perform personally any function, duty, or power.

(3) The fact that any person holding office as a Parliamentary Under-Secretary in respect of any Ministerial office purports to exercise or perform any function, duty, or power of the Minister concerned shall be conclusive evidence of that person's authority to do so.

Part 3 The Legislature

The House of Representatives

10 House of Representatives

(1) There shall continue to be a House of Representatives for New Zealand.

(2) The House of Representatives is the same body as the House of Representatives referred to in section 32 of the New Zealand Constitution Act 1852 of the Parliament of the United Kingdom.

(3) The House of Representatives shall be regarded as always in existence, notwithstanding that Parliament has been dissolved or has expired.

(4) The House of Representatives shall have as its members those persons who are elected from time to time in accordance with the provisions of the Electoral Act 1993, and who shall be known as members of Parliament.

[...]

12 Election of Speaker

The House of Representatives shall, at its first meeting after any general election of its members, and immediately on its first meeting after any vacancy occurs in the

office of Speaker, choose one of its members as its Speaker, and every such choice shall be effective on being confirmed by the Governor-General.

[...]

Parliament

14 Parliament

(1) There shall be a Parliament of New Zealand, which shall consist of the Sovereign in right of New Zealand and the House of Representatives.

(2) The Parliament of New Zealand is the same body as that which before the commencement of this Act was called the General Assembly (as established by section 32 of the New Zealand Constitution Act 1852 of the Parliament of the United Kingdom) and which consisted of the Governor-General and the House of Representatives.

15 Power of Parliament to make laws

(1) The Parliament of New Zealand continues to have full power to make laws.

(2) No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend to New Zealand as part of its law.

16 Royal assent to Bills

A Bill passed by the House of Representatives shall become law when the Sovereign or the Governor-General assents to it and signs it in token of such assent.

17 Term of Parliament

(1) The term of Parliament shall, unless Parliament is sooner dissolved, be 3 years from the day fixed for the return of the writs issued for the last preceding general election of members of the House of Representatives, and no longer.

[...]

18 Summoning, proroguing, and dissolution of Parliament

(1) The Governor-General may by Proclamation summon Parliament to meet at such place and time as may be appointed

therein, notwithstanding that when the Proclamation is signed or when it takes effect Parliament stands prorogued to a particular date.

[...]

19 First meeting of Parliament after general election

After any general election of members of the House of Representatives, Parliament shall meet not later than 6 weeks after the day fixed for the return of the writs for that election.

[...]

Part 4

The Judiciary

23 Protection of Judges against removal from office

A Judge of the High Court shall not be removed from office except by the Sovereign or the Governor-General, acting upon an address of the House of Representatives, which address may be moved only on the grounds of that Judge's misbehaviour or of that Judge's incapacity to discharge the functions of that Judge's office.

24 Salaries of Judges not to be reduced

The salary of a Judge of the High Court shall not be reduced during the continuance of the Judge's commission.

[...]

Australia Act 1986 (Cth)

An Act to bring constitutional arrangements affecting the Commonwealth and the States into conformity with the status of the Commonwealth of Australia as a sovereign, independent and federal nation

WHEREAS the Prime Minister of the Commonwealth and the Premiers of the States at conferences held in Canberra on 24 and 25 June 1982 and 21 June 1984 agreed on the taking of certain measures to bring constitutional arrangements affecting the Commonwealth and the States into conformity with the status of the Commonwealth of Australia as a sovereign, independent and federal nation:

AND WHEREAS in pursuance of paragraph 51 (xxxviii) of the Constitution the Parliaments of all the States have requested the Parliament of the Commonwealth to enact an Act in the terms of this Act:

BE IT THEREFORE ENACTED by the Queen, and the Senate and the House of Representatives of the Commonwealth of Australia, as follows:

1 Termination of power of Parliament of United Kingdom to legislate for Australia

No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to the Commonwealth, to a State or to a Territory as part of the law of the Commonwealth, of the State or of the Territory.

2 Legislative powers of Parliaments of States

(1) It is hereby declared and enacted that the legislative powers of the Parliament of each State include full power to make laws for the peace, order and good government of that State that have extra-territorial operation.

(2) It is hereby further declared and enacted that the legislative powers of the Parliament of each State include all legislative powers that the Parliament of the United Kingdom might have exercised before the commencement of this Act for the peace, order and good government of that State but nothing in this subsection confers on a State any

capacity that the State did not have immediately before the commencement of this Act to engage in relations with countries outside Australia.

3 Termination of restrictions on legislative powers of Parliaments of States

(1) The Act of the Parliament of the United Kingdom known as the Colonial Laws Validity Act 1865 shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a State.

(2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a State shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of the Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a State shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as it is part of the law of the State.

[...]

5 Commonwealth Constitution, Constitution Act and Statute of Westminster not affected

Sections 2 and 3(2) above:

(a) are subject to the Commonwealth of Australia Constitution Act and to the Constitution of the Commonwealth; and

(b) do not operate so as to give any force or effect to a provision of an Act of the Parliament of a State that would repeal, amend or be repugnant to this Act, the Commonwealth of Australia Constitution Act, the Constitution of the Commonwealth or the Statute of Westminster 1931 as amended and in force from time to time.

[...]

12 Amendment of Statute of Westminster

Sections 4, 9(2) and (3) and 10(2) of the Statute of Westminster 1931, in so far as they are part of the law of the Commonwealth, of a State or of a Territory, are hereby repealed.

[...]

15 Method of repeal or amendment of this Act or Statute of Westminster

(1) This Act or the Statute of Westminster 1931, as amended and in force from time to time, in so far as it is part of the law of the Commonwealth, of a State or of a Territory, may be repealed or amended by an Act of the Parliament of the Commonwealth passed at the request or with the concurrence of the Parliaments of all the States and, subject to subsection (3) below, only in that manner.

(2) For the purposes of subsection (1) above, an Act of the Parliament of the Commonwealth that is repugnant to this Act or the Statute of Westminster 1931, as amended and in force from time to time, or to any provision of this Act or of that Statute as so amended and in force, shall, to the extent of the repugnancy, be deemed an Act to repeal or amend the Act, Statute or provision to which it is repugnant.

(3) Nothing in subsection (1) above limits or prevents the exercise by the Parliament of the Commonwealth of any powers that may be conferred upon that Parliament by any alteration to the Constitution of the Commonwealth made in accordance with section 128 of the Constitution of the Commonwealth after the commencement of this Act.

New Zealand Bill of Rights Act 1990

An Act—

(a) to affirm, protect, and promote human rights and fundamental freedoms in New Zealand; and

(b) to affirm New Zealand's commitment to the International Covenant on Civil and Political Rights

[...]

Part 1 - General provisions

2 Rights affirmed

The rights and freedoms contained in this Bill of Rights are affirmed.

3 Application

This Bill of Rights applies only to acts done—

(a) by the legislative, executive, or judicial branches of the Government of New Zealand; or

(b) by any person or body in the performance of any public function, power, or duty conferred or imposed on that person or body by or pursuant to law.

4 Other enactments not affected

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 the enactment—

by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.

5 Justified limitations

Subject to section 4, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

6 Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred

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.

7 Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights

Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,—

(a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or

(b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,—

bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.

Part 2 - Civil and political rights

Life and security of the person

8 Right not to be deprived of life

No one shall be deprived of life except on such grounds as are established by law and are consistent with the principles of fundamental justice.

9 Right not to be subjected to torture or cruel treatment

Everyone has the right not to be subjected to torture or to cruel, degrading, or disproportionately severe treatment or punishment.

10 Right not to be subjected to medical or scientific experimentation

Every person has the right not to be subjected to medical or scientific experimentation without that person's consent.

11 Right to refuse to undergo medical treatment

Everyone has the right to refuse to undergo any medical treatment.

Democratic and civil rights

12 Electoral rights

Every New Zealand citizen who is of or over the age of 18 years—

(a) has the right to vote in genuine periodic elections of members of the House of Representatives, which elections shall be by equal suffrage and by secret ballot; and

(b) is qualified for membership of the House of Representatives.

13 Freedom of thought, conscience, and religion

Everyone has the right to freedom of thought, conscience, religion, and belief, including the right to adopt and to hold opinions without interference.

14 Freedom of expression

Everyone has the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and opinions of any kind in any form.

15 Manifestation of religion and belief

Every person has the right to manifest that person's religion or belief in worship, observance, practice, or teaching, either individually or in community with others, and either in public or in private.

16 Freedom of peaceful assembly

Everyone has the right to freedom of peaceful assembly.

17 Freedom of association

Everyone has the right to freedom of association.

18 Freedom of movement

(1) Everyone lawfully in New Zealand has the right to freedom of movement and residence in New Zealand.

(2) Every New Zealand citizen has the right to enter New Zealand.

(3) Everyone has the right to leave New Zealand.

(4) No one who is not a New Zealand citizen and who is lawfully in New Zealand shall be required to leave New Zealand except under a decision taken on grounds prescribed by law.

Non-discrimination and minority rights

19 Freedom from discrimination

(1) Everyone has the right to freedom from discrimination on the grounds of discrimination in the Human Rights Act 1993.

(2) Measures taken in good faith for the purpose of assisting or advancing persons or groups of persons disadvantaged because of discrimination that is unlawful by virtue of Part 2 of the Human Rights Act 1993 do not constitute discrimination.

[...]

20 Rights of minorities

A person who belongs to an ethnic, religious, or linguistic minority in New Zealand shall not be denied the right, in community with other members of that minority, to enjoy the culture, to profess and practise the religion, or to use the language, of that minority.

Search, arrest, and detention

21 Unreasonable search and seizure

Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure, whether of the person, property, or correspondence or otherwise.

22 Liberty of the person

Everyone has the right not to be arbitrarily arrested or detained.

23 Rights of persons arrested or detained

(1) Everyone who is arrested or who is detained under any enactment—

(a) shall be informed at the time of the arrest or detention of the reason for it; and

(b) shall have the right to consult and instruct a lawyer without delay and to be informed of that right; and

(c) shall have the right to have the validity of the arrest or detention determined without delay by way of *habeas corpus* and to be released if the arrest or detention is not lawful.

(2) Everyone who is arrested for an offence has the right to be charged promptly or to be released.

(3) Everyone who is arrested for an offence and is not released shall be brought as soon as possible before a court or competent tribunal.

(4) Everyone who is—

(a) arrested; or

(b) detained under any enactment—

for any offence or suspected offence shall have the right to refrain from making any statement and to be informed of that right.

(5) Everyone deprived of liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the person.

24 Rights of persons charged

Everyone who is charged with an offence—

(a) shall be informed promptly and in detail of the nature and cause of the charge; and

(b) shall be released on reasonable terms and conditions unless there is just cause for continued detention; and

(c) shall have the right to consult and instruct a lawyer; and

(d) shall have the right to adequate time and facilities to prepare a defence; and

(e) shall have the right, except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of a trial by jury when the penalty for the offence is or includes imprisonment for 2 years or more; and

(f) shall have the right to receive legal assistance without cost if the interests of justice so require and

the person does not have sufficient means to provide for that assistance; and

(g) shall have the right to have the free assistance of an interpreter if the person cannot understand or speak the language used in court.

[...]

25 Minimum standards of criminal procedure

Everyone who is charged with an offence has, in relation to the determination of the charge, the following minimum rights:

(a) the right to a fair and public hearing by an independent and impartial court:

(b) the right to be tried without undue delay:

(c) the right to be presumed innocent until proved guilty according to law:

(d) the right not to be compelled to be a witness or to confess guilt:

(e) the right to be present at the trial and to present a defence:

(f) the right to examine the witnesses for the prosecution and to obtain the attendance and examination of witnesses for the defence under the same conditions as the prosecution:

(g) the right, if convicted of an offence in respect of which the penalty has been varied between the commission of the offence and sentencing, to the benefit of the lesser penalty:

(h) the right, if convicted of the offence, to appeal according to law to a higher court against the conviction or against the sentence or against both:

(i) the right, in the case of a child, to be dealt with in a manner that takes account of the child's age.

26 Retroactive penalties and double jeopardy

(1) No one shall be liable to conviction of any offence on account of any act or omission which did not constitute an offence by such person under the law of New Zealand at the time it occurred.

(2) No one who has been finally acquitted or convicted of, or pardoned for, an offence shall be tried or punished for it again.

27 Right to justice

(1) Every person has the right to the observance of the principles of natural justice by any tribunal or other public authority which has the power to make a determination in respect of that person's rights, obligations, or interests protected or recognised by law.

(2) Every person whose rights, obligations, or interests protected or recognised by law have been affected by a determination of any tribunal or other public authority has the right to apply, in accordance with law, for judicial review of that determination.

(3) Every person has the right to bring civil proceedings against, and to defend civil proceedings brought by, the Crown, and to have those proceedings heard, according to law, in the same way as civil proceedings between individuals.

Part 3 - Miscellaneous provisions

28 Other rights and freedoms not affected

An existing right or freedom shall not be held to be abrogated or restricted by reason only that the right or freedom is not included in this Bill of Rights or is included only in part.

[...]

**Human Rights Act 1993 (NZ)
(as amended by the Human Rights
(Amendments) Act 2001)**

An Act to consolidate and amend the Race Relations Act 1971 and the Human Rights Commission Act 1977 and to provide better protection of human rights in New Zealand in general accordance with United Nations Covenants or Conventions on Human Rights [...]

Part 1 Human Rights Commission

4 Continuation of Human Rights Commission

(1) There shall continue to be a Human Rights Commission, which shall be the same body as the Human Rights Commission established under section 4 of the Human Rights Commission Act 1977.

(2) The Commission is a Crown entity for the purposes of section 7 of the Crown Entities Act 2004.

(3) The Crown Entities Act 2004 applies to the Commission except to the extent that this Act expressly provides otherwise.

(4) Despite anything in any other Act, the powers of the Commission under sections 16 and 17 of the Crown Entities Act 2004 may be exercised only—

(a) by persons authorised by or under this Act or the Crown Entities Act 2004 to perform functions of the Commission, for the purposes of performing those functions; or

(b) by the Director of Human Rights Proceedings, his or her alternate, or the staff of the Office of Human Rights Proceedings (acting in accordance with directions issued by the Director or his or her alternate), for the purposes of exercising or performing a function, power, or duty of the Director under this Act.

Functions and powers of Commission

5 Functions of Commission

(1) The primary functions of the Commission are—

(a) to advocate and promote respect for, and an understanding and appreciation of, human rights in New Zealand society; and

(b) to encourage the maintenance and development of harmonious relations between individuals and among the diverse groups in New Zealand society; and

(c) to promote racial equality and cultural diversity; and

(d) to promote equal employment opportunities (including pay equity); and

(e) to promote and protect the full and equal enjoyment of human rights by persons with disabilities.

(2) The Commission has, in order to carry out its primary functions under subsection (1), the following functions:

(a) to be an advocate for human rights and to promote and protect, by education and publicity, respect for, and observance of, human rights:

(b) to encourage and co-ordinate programmes and activities in the field of human rights:

(c) to make public statements in relation to any matter that may affect or infringe human rights (whether or not those human rights are affirmed in New Zealand domestic human rights law or international human rights law), including statements commenting on the position of the Government in relation to that matter:

(ca) to make public statements promoting an understanding of, and compliance with, this Act or the New Zealand Bill of Rights Act 1990 (for example, statements promoting understanding of measures to ensure equality, of indirect discrimination, or of institutions and procedures under this Act for dealing with complaints of unlawful discrimination):

(d) to promote by research, education, and discussion a better understanding of the human rights dimensions of the Treaty of Waitangi and their relationship with domestic and international human rights law:

(e) to prepare and publish, as the Commission considers appropriate, guidelines and voluntary codes of practice for the avoidance of acts or practices that may be inconsistent with, or contrary to, this Act:

(f) to receive and invite representations from members of the public on any matter affecting human rights:

(g) to consult and co-operate with other persons and bodies concerned with the protection of human rights:

(h) to inquire generally into any matter, including any enactment or law, or any practice, or any procedure, whether governmental or non-governmental, if it appears to the Commission that the matter involves, or may involve, the infringement of human rights:

(i) to appear in or bring proceedings, in accordance with section 6 or section 92B or section 92E or section 92H or section 97:

(j) to apply to a court or tribunal, under rules of court or regulations specifying the tribunal's procedure, to be appointed as intervener or as counsel assisting the court or tribunal, or to take part in proceedings before the court or tribunal in another way permitted by those rules or regulations, if, in the Commission's opinion, taking part in the proceedings in that way will facilitate the performance of its functions stated in paragraph (a):

(k) to report to the Prime Minister on—

(i) any matter affecting human rights, including the desirability of legislative, administrative, or other action to give better protection to human rights and to ensure better compliance with standards laid down in international instruments on human rights:

(ii) the desirability of New Zealand becoming bound by any international instrument on human rights:

(iii) [Repealed]

(ka) to report to either or both of the Prime Minister and the Minister responsible on any existing or proposed legislation (including subordinate legislation), administrative provision, or policy of the Government that the Commission considers may affect human rights:

(kb) to promote the development of new

international instruments on human rights:

(kc) to promote and monitor compliance by New Zealand with, and the reporting by New Zealand on, the implementation of international instruments on human rights ratified by New Zealand:

(l) to make public statements in relation to any group of persons in, or who may be coming to, New Zealand who are or may be subject to hostility, or who have been or may be brought into contempt, on the basis that that group consists of persons against whom discrimination is unlawful under this Act:

(m) to develop a national plan of action, in consultation with interested parties, for the promotion and protection of human rights in New Zealand:

(n) to exercise the following functions in relation to equal employment opportunities:

(i) to evaluate, through the use of benchmarks developed by the Commission, the roles that legislation, guidelines, and voluntary codes of practice play in facilitating and promoting best practice in equal employment opportunities:

(ii) to lead the development of guidelines and voluntary codes of practice to facilitate and promote best practice in equal employment opportunities (including codes that identify related rights and obligations in legislation) in accordance with paragraph (e):

(iii) to monitor and analyse progress in improving equal employment opportunities in New Zealand and to report to the Minister on the results of that monitoring and analysis:

(iv) to liaise with, and complement the work of, any trust or body that has as one of its purposes the promotion of equal employment opportunities:

(o) to exercise or perform any other functions, powers, and duties conferred or imposed on it by or under this Act or any other enactment.

(3) The Commission may, in the public interest or in the interests of a person, department, or organisation, publish reports relating generally to the exercise of its functions under this Act or to a particular inquiry by it under this Act, whether or not the matters to be dealt with in a report of that kind have been the subject of a report to the Minister or the Prime Minister.

6 Powers relating to declaratory judgments

(1) If at any time the Commission considers that it may be desirable to obtain a declaratory judgment or order of the High Court in accordance with the Declaratory Judgments Act 1908, the Commission may, despite anything to the contrary in that Act or any other enactment or rule of law, institute proceedings under that Act.

(2) The Commission may exercise the right in subsection (1) only if it considers that the exercise of the right will facilitate the performance of its functions stated in section 5(2)(a).

(3) Subsection (1) does not limit the ability of the Commission to appear in or bring proceedings under section 92B or section 92E or section 92H or section 97.

Activities in performance of Commission's functions

7 Commission determines general nature of activities

(1) Subject to the role of the Minister in the process of setting and monitoring the strategic direction and targets of the Commission under Part 4 of the Crown Entities Act 2004, the members of the Commission acting together determine the strategic direction and the general nature of activities undertaken in the performance of the Commission's functions.

(2) The Chief Commissioner is responsible to the Commission for ensuring that activities undertaken in the performance of the Commission's functions are not inconsistent with determinations of the Commission.

Membership of Commission

8 Membership of Commission

(1) The Commission consists of the following Human Rights Commissioners:

- (a) the Chief Commissioner; and
- (b) not less than 3 and not more than 4 other Commissioners.

(1A) There must be a Commissioner, other than the Chief Commissioner, appointed to lead the work of the Commission in each of the following priority areas:

(a) disability rights (the Disability Rights Commissioner);

(b) equal employment opportunities (including pay equity) (the Equal Employment Opportunities Commissioner);

(c) race relations (the Race Relations Commissioner).

(1B) A Commissioner must lead the work of the Commission in any other priority area that is designated by the Chief Commissioner, and the Chief Commissioner may designate an area of work as a priority area only in accordance with the strategic direction and the general nature of activities determined by the Commission under section 7(1) and after consultation with the Minister and the other Commissioners.

(2) The Commissioners are the board for the purposes of the Crown Entities Act 2004.

(3) The Chief Commissioner holds office as chairperson of the board for the purposes of the Crown Entities Act 2004 for the same term as he or she is Chief Commissioner.

(4) Clauses 1 to 5 of Schedule 5 of the Crown Entities Act 2004 do not apply to the Commission.

[...]

Functions of Commissioners

15 Functions of Chief Commissioner

The Chief Commissioner has the following functions:

(a) to chair the Commission, and lead discussions of the Commission except when it is the function of a Commissioner to do so under section 16(1)(a);

(b) to ensure that activities undertaken in the performance of the Commission's functions are consistent with the strategic direction and other determinations of the Commission under section 7;

(c) to ensure that the Commission is effective and efficient in carrying out its functions;

(d) to ensure that the Commission meets its obligations under the Crown Entities Act 2004, the Public Finance Act 1989, and the State Sector Act 1988:

(e) to allocate spheres of responsibility (including responsibility for priority areas designated under section 8(1B)) among the Commissioners, and to determine the extent to which Commissioners engage in activities undertaken in the performance of the Commission's functions (except for those stated in section 76), but in each case only after consultation with the Minister:

(f) to supervise and liaise with the general manager on matters of administration in relation to the Commission and on the activities undertaken in the performance of the Commission's functions:

(g) any other functions, powers, or duties conferred or imposed on him or her by or under this Act or any other enactment.

[...]

Part 1A Discrimination by Government, related persons and bodies, or persons or bodies acting with legal authority

20I Purpose of this Part

The purpose of this Part is to provide that, in general, an act or omission that is inconsistent with the right to freedom from discrimination affirmed by section 19 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is in breach of this Part if the act or omission is that of a person or body referred to in section 3 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

20J Acts or omissions in relation to which this Part applies

(1) This Part applies only in relation to an act or omission of a person or body referred to in section 3 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990, namely—

(a) the legislative, executive, or judicial branch of the Government of New Zealand; or

(b) a person or body in the performance of any public function, power, or duty conferred or imposed on that person or body by or pursuant to law.

(2) Despite subsection (1), this Part does not apply in relation to an act or omission that is unlawful under any of sections 22, 23, 61 to 63, and 66.

(3) If this Part applies in relation to an act or omission, Part 2 does not apply to that act or omission.

(4) Nothing in this Part affects the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

20K Purposes for which section 20L applies

Section 20L applies only for the purposes of—

(a) any inquiry undertaken by the Commission under section 5(2)(h):

(b) the assessment, consideration, mediation, or determination of a complaint under Part 3:

(c) any determination made by the Director under Part 3 concerning the provision of representation in proceedings before the Human Rights Review Tribunal:

(d) any determination made in proceedings before the Human Rights Review Tribunal or in any proceedings in any court on an appeal from a decision of that Tribunal:

(e) any determination made by any court or tribunal in proceedings brought under this Act by the Commission:

(f) any other process or proceedings commenced or conducted under Part 3:

(g) any related matter.

20L Acts or omissions in breach of this Part

(1) An act or omission in relation to which this Part applies (including an enactment) is in breach of this Part if it is inconsistent with section 19 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

(2) For the purposes of subsection (1), an act or omission is inconsistent with section 19 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990 if the act or omission—

(a) limits the right to freedom from discrimination affirmed by that section; and

(b) is not, under section 5 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990, a justified limitation on that right.

(3) To avoid doubt, subsections (1) and (2) apply in relation to an act or omission even if it is authorised or required by an enactment.

Part 2 Unlawful discrimination

Application of Part to persons and bodies referred to in section 3 of New Zealand Bill of Rights Act 1990

21A Application of this Part limited if section 3 of New Zealand Bill of Rights Act 1990 applies

(1) The only provisions of this Part that apply to an act or omission of a person or body described in subsection (2) are—

(a) sections 21 to 35 (which relate to discrimination in employment matters), 61 to 64 (which relate to racial disharmony, and social and racial harassment) and 66 (which relates to victimisation); and

(b) sections 65 and 67 to 74, but only to the extent that those sections relate to conduct that is unlawful under any of the provisions referred to in paragraph (a).

(2) The persons and bodies referred to in subsection (1) are the ones referred to in section 3 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990, namely—

(a) the legislative, executive, and judicial branches of the Government of New Zealand; and

(b) every person or body in the performance of any public function, power, or duty conferred or imposed on that person or body by or pursuant to law.

Acts or omissions authorised or required by law

21B Relationship between this Part and other law

(1) To avoid doubt, an act or omission of any person or body is not unlawful under this Part if that act or omission is authorised or required by an enactment or otherwise by law.

(2) Nothing in this Part affects the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

Prohibited grounds of discrimination

21 Prohibited grounds of discrimination

(1) For the purposes of this Act, the *prohibited grounds of discrimination* are—

(a) sex, which includes pregnancy and childbirth:

(b) marital status, which means being—

(i) single; or

(ii) married, in a civil union, or in a de facto relationship; or

(iii) the surviving spouse of a marriage or the surviving partner of a civil union or de facto relationship; or

(iv) separated from a spouse or civil union partner; or

(v) a party to a marriage or civil union that is now dissolved, or to a de facto relationship that is now ended:

(c) religious belief:

(d) ethical belief, which means the lack of a religious belief, whether in respect of a particular religion or religions or all religions:

(e) colour:

(f) race:

(g) ethnic or national origins, which includes nationality or citizenship:

(h) disability, which means—

(i) physical disability or impairment:

(ii) physical illness:

(iii) psychiatric illness:

(iv) intellectual or psychological disability or impairment:

(v) any other loss or abnormality of psychological, physiological, or anatomical structure or function:

(vi) reliance on a guide dog, wheelchair, or other remedial means:

(vii) the presence in the body of organisms capable of causing illness:

(i) age, which means,—

(i) for the purposes of sections 22 to 41 and section 70 and in relation to any different treatment based on age that occurs in the period beginning with 1 February 1994 and ending with the close of 31 January 1999, any age commencing with the age of 16 years and ending with the date on which persons of the age of the person whose age is in issue qualify for national superannuation under section 7 of the New Zealand Superannuation and Retirement Income Act 2001 (irrespective of whether or not the particular person qualifies for national superannuation at that age or any other age):

(ii) for the purposes of sections 22 to 41 and section 70 and in relation to any different treatment based on age that occurs on or after 1 February

1999, any age commencing with the age of 16 years:

(iii) for the purposes of any other provision of Part 2, any age commencing with the age of 16 years:

(j) political opinion, which includes the lack of a particular political opinion or any political opinion:

(k) employment status, which means—

(i) being unemployed; or

(ii) being a recipient of a benefit as defined in Schedule 2 of the Social Security Act 2018 or an entitlement under the Accident Compensation Act 2001:

(l) family status, which means—

(i) having the responsibility for part-time care or full-time care of children or other dependants; or

(ii) having no responsibility for the care of children or other dependants; or

(iii) being married to, or being in a civil union or de facto relationship with, a particular person; or

(iv) being a relative of a particular person:

(m) sexual orientation, which means a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation.

(2) Each of the grounds specified in subsection (1) is a prohibited ground of discrimination, for the purposes of this Act, if—

(a) it pertains to a person or to a relative or associate of a person; and

(b) it either—

(i) currently exists or has in the past existed; or

(ii) is suspected or assumed or believed to exist or to have existed by the person alleged to have discriminated.

Discrimination in employment matters

22 Employment

(1) Where an applicant for employment or an employee is qualified for work of any description, it shall be unlawful for an employer, or any person acting or purporting to act on behalf of an employer,—

(a) to refuse or omit to employ the applicant on work of that description which is available; or

(b) to offer or afford the applicant or the employee less favourable terms of employment, conditions of work, superannuation or other fringe benefits, and opportunities for training, promotion, and transfer than are made available to applicants or employees of the same or substantially similar capabilities employed in the same or substantially similar circumstances on work of that description; or

(c) to terminate the employment of the employee, or subject the employee to any detriment, in circumstances in which the employment of other employees employed on work of that description would not be terminated, or in which other employees employed on work of that description would not be subjected to such detriment; or

(d) to retire the employee, or to require or cause the employee to retire or resign,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2) It shall be unlawful for any person concerned with procuring employment for other persons or procuring employees for any employer to treat any person seeking employment differently from other persons in the same or substantially similar circumstances by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

23 Particulars of applicants for employment

It shall be unlawful for any person to use or circulate any form of application for employment or to make any inquiry of or about any applicant for employment which indicates, or could reasonably be understood as indicating, an intention to commit a breach of section 22.

Exceptions in relation to employment matters

24 Exception in relation to crews of ships and aircraft

Nothing in section 22 shall apply to the employment or an application for employment of a person on a ship or aircraft, not being a New Zealand ship or aircraft, if the person employed or seeking employment was engaged or applied for it outside New Zealand.

25 Exception in relation to work involving national security

(1) Nothing in section 22 shall apply to any restrictions on the employment of any person on work involving the national security of New Zealand—

- (a) by reference to his or her—
- (i) religious or ethical belief; or
 - (ii) political opinion; or
 - (iii) disability, within the meaning of section 21(1)(h)(iii) or section 21(1)(h)(iv); or
 - (iv) family status, within the meaning of section 21(1)(l)(iii) or section 21(1)(l)(iv); or
 - (v) national origin; or
- (b) by reference to the national origin of any relative of that person.

(2) It shall not be a breach of section 22 to decline to employ a person under the age of 20 years on work involving the national security of New Zealand where that work requires a secret or top secret security clearance.

26 Exception in relation to work performed outside New Zealand

Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex, religious or ethical belief, or age if the duties of the position in respect of which that treatment is accorded—

- (a) are to be performed wholly or mainly outside New Zealand; and
- (b) are such that, because of the laws, customs, or practices of the country in which those duties are to be performed, they are ordinarily carried out only by a person who is of a particular sex or religious or ethical belief, or who is in a particular age group.

27 Exceptions in relation to authenticity and privacy

(1) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex or age where, for reasons of authenticity, being of a particular sex or age is a genuine occupational qualification for the position or employment.

(2) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex, religious or ethical belief, disability, age, political opinion, or sexual orientation where the position is one of domestic employment in a private household.

(3) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex where—

- (a) the position needs to be held by one sex to preserve reasonable standards of privacy; or

(b) the nature or location of the employment makes it impracticable for the employee to live elsewhere than in premises provided by the employer, and—

- (i) the only premises available (being premises in which more than 1 employee is required to sleep) are not equipped with separate sleeping accommodation for each sex; and
- (ii) it is not reasonable to expect the employer to equip those premises with separate accommodation, or to provide separate premises, for each sex.

(4) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex, race, ethnic or national origins, or sexual orientation where the position is that of a counsellor on highly personal matters such as sexual matters or the prevention of violence.

(5) Where, as a term or condition of employment, a position ordinarily obliges or qualifies the holder of that position to live in premises provided by the employer, the employer does not commit a breach of section 22 by omitting to apply that term or condition in respect of employees of a particular sex or marital status if in all the circumstances it is not reasonably practicable for the employer to do so.

28 Exceptions for purposes of religion

(1) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on sex where the position is for the purposes of an organised religion and is limited to one sex so as to comply with the doctrines or rules or established customs of the religion.

(2) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on religious or ethical belief where—

- (a) that treatment is accorded under section 464 of the Education Act 1989; or
- (b) the sole or principal duties of the position (not being a position to which section 464 of the Education Act 1989 applies)—
- (i) are, or are substantially the same as, those of a clergyman, priest, pastor, official, or teacher among adherents of that

belief or otherwise involve the propagation of that belief; or
(ii) are those of a teacher in a private school; or
(iii) consist of acting as a social worker on behalf of an organisation whose members comprise solely or principally adherents of that belief.

(3) Where a religious or ethical belief requires its adherents to follow a particular practice, an employer must accommodate the practice so long as any adjustment of the employer's activities required to accommodate the practice does not unreasonably disrupt the employer's activities.

29 Further exceptions in relation to disability

(1) Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on disability where—

- (a) the position is such that the person could perform the duties of the position satisfactorily only with the aid of special services or facilities and it is not reasonable to expect the employer to provide those services or facilities; or
- (b) the environment in which the duties of the position are to be performed or the nature of those duties, or of some of them, is such that the person could perform those duties only with a risk of harm to that person or to others, including the risk of infecting others with an illness, and it is not reasonable to take that risk.

(2) Nothing in subsection (1)(b) shall apply if the employer could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

(3) Nothing in section 22 shall apply to terms of employment or conditions of work that are set or varied after taking into account—

- (a) any special limitations that the disability of a person imposes on his or her capacity to carry out the work; and
- (b) any special services or facilities that are provided to enable or facilitate the carrying out of the work.

30 Further exceptions in relation to age

(1) Nothing in section 22(1)(a) or section 22(1)(d) shall apply in relation to any position or employment where being of a particular age or in a particular age group is a genuine occupational qualification for that position or

employment, whether for reasons of safety or for any other reason.

(2)

Nothing in section 22(1)(b) shall prevent payment of a person at a lower rate than another person employed in the same or substantially similar circumstances where the lower rate is paid on the basis that the first-mentioned person has not attained a particular age, not exceeding 20 years of age.

(3) Nothing in section 22(1)(a) shall prevent preferential treatment based on age accorded to persons who are to be paid in accordance with subsection (2).

30A Exception in relation to employment-related retirement benefits

(1) Nothing in section 22(1)(b) prevents different treatment based on age with respect to, or in any way related to, the payment of a benefit to an employee on retirement if—

- (a) the employee's entitlement to that benefit (the retirement benefit), or the calculation of that retirement benefit, is determined in whole or in part (and whether directly or indirectly) by the employee's age; and
- (b) the retirement benefit is a term of a written employment contract that was in force on or before 1 February 1999; and
- (c) the employee was, on or before 1 February 1999, a party to that employment contract.

(2) If a retirement benefit was a term of an employee's written employment contract on 1 February 1999, subsection (1) continues to apply in relation to the payment of that retirement benefit even if either or both of the following things occur after that date:

- (a) the employee and the employer enter into a new written employment contract or employment agreement under which the employee remains entitled to that retirement benefit;
- (b) a different person becomes the employee's employer as a result of a merger, takeover, restructuring, or reorganisation, but the employee remains entitled to that retirement benefit by virtue of any enactment or agreement.

(3) This section does not limit section 149.

31 Exception in relation to employment of a political nature

Nothing in section 22 shall prevent different treatment based on political opinion where the position is one as—

- (a) a political adviser or secretary to a member of Parliament; or
- (b) a political adviser to a member of a local authority; or
- (c) a political adviser to a candidate seeking election to the House of Representatives or to a local authority within the meaning of the Local Electoral Act 2001; or
- (d) a member of the staff of a political party.

32 Exception in relation to family status

Nothing in section 22 shall prevent restrictions imposed by an employer—

- (a) on the employment of any person who is married to, or in a civil union or in a de facto relationship with, or who is a relative of, another employee if—
 - (i) there would be a reporting relationship between them; or
 - (ii) there is a risk of collusion between them to the detriment of the employer; or
- (b) on the employment of any person who is married to, or in a civil union or in a de facto relationship with, or who is a relative of, an employee of another employer if there is a risk of collusion between them to the detriment of that person's employer.

[33 repealed]

34 Regular forces

(1) Nothing in section 22(1)(c) or section 22(1)(d) shall prevent the Chief of Defence Force from instituting, under section 57A of the Defence Act 1990, the discharge or release of a member of the regular forces.

(2) [Repealed]

35 General qualification on exceptions

No employer shall be entitled, by virtue of any of the exceptions in this Part, to accord to any person in respect of any position different treatment based on a prohibited ground of discrimination even though some of the duties of that position would fall within any of those exceptions if, with some adjustment of the activities of the employer (not being an

adjustment involving unreasonable disruption of the activities of the employer), some other employee could carry out those particular duties.

Discrimination in partnerships

36 Partnerships

(1) It shall be unlawful for a firm, or for persons jointly promoting the formation of a firm,—

- (a) to refuse or to omit to offer a person admission to the firm as a partner; or
- (b) to offer or afford a person less favourable terms and conditions as a partner than are made available to other members or prospective members of the firm,—by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2) It shall be unlawful for a firm—

- (a) to deny any partner increased status in the firm or an increased share in the capital or profits of the firm; or
- (b) to expel any partner from the firm or to subject any partner to any other detriment,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2A) It is unlawful for a firm, or for persons jointly promoting the formation of a firm, to fail to provide special services or facilities that could reasonably be provided by the firm, or those persons, in the circumstances and that, if provided, would enable a person with a disability—

- (a) to be accepted as a partner and remain in partnership; or
- (b) to be offered the same terms and conditions as a partner (including terms and conditions as to status in the firm or entitlements to shares in capital or profits) that are made available to other members or prospective members of the firm.

(3) Nothing in this section prevents the fixing of reasonable terms and conditions in relation to a partner or prospective partner, who by reason of disability or age—

- (a) has a restricted capacity to participate or continue to participate in the partnership, that cannot be restored to normal by the provision of any special services or facilities required to be provided under subsection (2A); or
- (b) requires special conditions if he or she is to participate or continue to participate in the partnership, even if any special services or facilities

required to be provided under subsection (2A) are provided.

(4) Nothing in this section applies in respect of a person with a disability, if the disability of the person is such that—

(a) there would be a risk of harm to that person or others, including the risk of infecting others with an illness if that person were to accept or remain in partnership or be given the same terms and conditions as a partner (including terms and conditions as to status in the firm or entitlement to shares in capital or profits) that were made available to other members or prospective members of the firm; and

(b) it is not reasonable to take that risk.

(5) Subsection (4) does not apply if the firm, or persons jointly promoting the formation of a firm, could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

Discrimination by industrial and professional associations, qualifying bodies, and vocational training bodies

37 Organisations of employees or employers and professional and trade associations

(1) It shall be unlawful for an organisation to which this section applies, or for any person acting or purporting to act on behalf of any such organisation,—

(a) to refuse or omit to accept any person for membership; or

(b) to offer any person less favourable terms of membership and less favourable access to any benefits, facilities, or services, including the right to stand for election and hold office in the organisation, than would otherwise be made available; or

(c) to deprive a person of membership, or suspend him or her, in circumstances in which other persons would not be deprived of membership or suspended,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(1A) It is unlawful for an organisation to which this section applies, or for any person acting or purporting to act on behalf of any such organisation, to fail to provide special services or facilities that could reasonably be provided by the organisation in the circumstances and

that, if provided, would enable a person with a disability to—

(a) be accepted and remain in membership; or

(b) be given equal access to benefits, facilities, or services provided by the organisation (including the right to stand for election and hold office).

(2) Nothing in this section shall prevent an organisation to which this section applies from charging different fees to persons in different age groups.

(2A) Nothing in this section applies in respect of a person with a disability, if the disability of the person is such that—

(a) there would be a risk of harm to that person or others, including the risk of infecting others with an illness if that person were to accept or remain in membership or be given equal access to benefits, facilities, or services provided by the organisation (including the right to stand for election and hold office); and

(b) it is not reasonable to take that risk.

(2B) Subsection (2A) does not apply if the organisation could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

(3) This section applies to an organisation of employees, an organisation of employers, or any other organisation that exists for the purposes of members who carry on a particular profession, trade, or calling.

38 Qualifying bodies

(1) It shall be unlawful for an authority or body empowered to confer an approval, authorisation, or qualification that is needed for, or facilitates, engagement in a profession, trade, or calling, or any person acting or purporting to act on behalf of any such authority or body,—

(a) to refuse or omit to confer that approval, authorisation, or qualification on a person; or

(b) to confer that approval, authorisation, or qualification on less favourable terms and conditions than would otherwise be made available; or

(c) to withdraw that approval, authorisation, or qualification or vary the terms on which it is held, in circumstances in which it would not otherwise be withdrawn or varied,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.(2)

For the purposes of this section, *confer* includes renew or extend.

39 Exceptions in relation to qualifying bodies

(1) Nothing in section 38 shall apply where the authorisation or qualification is needed for, or facilitates engagement in, a profession or calling for the purposes of an organised religion and is limited to one sex or to persons of that religious belief so as to comply with the doctrines or rules or established customs of that religion.

(2) Nothing in section 38 shall prevent different treatment based on disability where—

(a) the person seeking or holding the approval, authorisation, or qualification is not, by reason of that person's disability, able to perform the duties required of a person who holds the approval, authorisation, or qualification; or

(b) the environment in which the duties required of a person who holds the approval, authorisation, or qualification are to be performed or the nature of those duties, or of some of them, are such that, if that approval, authorisation, or qualification were granted to or retained by the person with a disability, there would be a risk of harm to that person or others, including the risk of infecting others with an illness, and it is not reasonable to take that risk; or

(c) conditions placed on the granting of the approval, authorisation, or qualification to any person or on the retention of the approval, authorisation, or qualification by any person are reasonably related to the disability of that person.

(2A) For the purposes of applying subsection (2)(a) and (b), an authority or body referred to in section 38 must,—

(a) in the case of subsection (2)(a), take account of whether a disabled person could perform the required duties if he or she was provided with special services or facilities that could reasonably be provided by an employer or by any other relevant person;

(b) in the case of subsection (2)(b), take account of whether the risk of harm referred to in that paragraph could be reduced to a normal level, without

unreasonable disruption to an employer or to any other relevant person.

(3) Nothing in section 38 shall apply where—

(a) the authority or body imposes a reasonable and appropriate minimum age under which the approval, authorisation, or qualification will not be conferred; or

(b) the authority or body imposes reasonable and appropriate terms and conditions on the grant or retention of the approval, authorisation, or qualification by reason of the age of the person seeking or holding it.

40 Vocational training bodies

It shall be unlawful for any organisation or association which has as its function or one of its principal functions the provision of training, or facilities or opportunities for training (including facilities or opportunities by way of financial grants), that would help to fit a person for any employment, or for any person acting or purporting to act on behalf of any such organisation or association,—

(a) to refuse or omit to provide training, or facilities or opportunities for training; or

(b) to provide training, or facilities or opportunities for training, on less favourable terms and conditions than would otherwise be made available; or

(c) to terminate training, or facilities or opportunities for training,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

41 Exceptions in relation to vocational training bodies

(1) Nothing in [section 40](#) shall prevent an organisation or association from affording persons preferential access to facilities for training that would help to fit them for employment where it appears to that organisation or association that those persons are in special need of training by reason of the period for which they have not been engaged in regular full-time employment.

(2) Subject to subsection (3), nothing in [section 40](#) shall apply where a person's disability is such that there would be a risk of harm to that person or to others, including the risk of infecting others with an illness, if that person were to be provided with training, or facilities

or opportunities for training, and it is not reasonable to take that risk.

(3) Nothing in subsection (2) shall apply if the organisation or association providing training, or facilities or opportunities for training, could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

(4) Nothing in section 40 shall prevent an organisation or association from providing training, or facilities or opportunities for training (including facilities or opportunities by way of financial grants), only for persons above a particular age or in a particular age group.

(5) Nothing in section 40 shall prevent the making of financial grants by an organisation or association only to persons above a particular age or in a particular age group.

(6) Nothing in section 40 shall prevent an organisation or association from charging different fees to persons in different age groups.

(7) Nothing in section 40 makes it unlawful to fail to provide special services or facilities designed for a specified purpose if those special services or facilities cannot reasonably be provided in the circumstances.

(8) In subsection (7), a *specified purpose* means 1 or more of the following purposes:

- (a) to enable a person with a disability to undergo and remain in training; or
- (b) to provide a person with a disability with facilities or opportunities for training; or
- (c) to provide a person with a disability with facilities or opportunities for training on no less favourable terms and conditions than would otherwise be made available.

Discrimination in access to places, vehicles, and facilities

42 Access by the public to places, vehicles, and facilities

- (1) It shall be unlawful for any person—
- (a) to refuse to allow any other person access to or use of any place or vehicle which members of the public are entitled or allowed to enter or use; or
 - (b) to refuse any other person the use of any facilities in that place or vehicle which are available to members of the public; or
 - (c) to require any other person to leave or cease to use that place or vehicle or those facilities,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2) In this section, the term *vehicle* includes a vessel, an aircraft, or a hovercraft.

43 Exceptions in relation to access by the public to places, vehicles, and facilities

(1) Section 42 shall not prevent the maintenance of separate facilities for each sex on the ground of public decency or public safety.

(2) Nothing in section 42 requires any person to provide for any person, by reason of the disability of that person, special services or special facilities to enable any such person to gain access to or use any place or vehicle when it would not be reasonable to require the provision of such special services or facilities.

(3) Nothing in subsection (2) limits section 118 of the Building Act 2004.

(4) Subject to subsection (5), nothing in section 42 shall apply where the disability of a person is such that there would be a risk of harm to that person or to others, including the risk of infecting others with an illness, if that person were to have access to or use of any place or vehicle and it is not reasonable to take that risk.

(5) Subsection (4) shall not apply if the person in charge of the place, vehicle, or facility could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

Discrimination in provision of goods and services

44 Provision of goods and services

(1) It shall be unlawful for any person who supplies goods, facilities, or services to the public or to any section of the public—

- (a) to refuse or fail on demand to provide any other person with those goods, facilities, or services; or
- (b) to treat any other person less favourably in connection with the provision of those goods, facilities, or services than would otherwise be the case,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2) For the purposes of subsection (1), but without limiting the meaning of the terms goods, facilities, and services in that subsection, the term *facilities* includes facilities by way of banking or insurance or for grants, loans, credit, or finance.

(3) Where any club, or any branch or affiliate of any club, that grants privileges to members of any other club, branch, or affiliate refuses or fails on demand to provide those privileges to any of those members, or treats any of those members less favourably in connection with the provision of those privileges than would otherwise be the case, by reason of any of the prohibited grounds of discrimination, that club, branch, or affiliate shall be deemed to have committed a breach of this section.

(4) Subject to subsection (3), nothing in this section shall apply to access to membership of a club or to the provision of services or facilities to members of a club.

45 Exception in relation to courses and counselling

Nothing in section 44 shall prevent the holding of courses, or the provision of counselling, restricted to persons of a particular sex, race, ethnic or national origin, or sexual orientation where highly personal matters, such as sexual matters or the prevention of violence, are involved.

46 Exception in relation to public decency or safety

Section 44 shall not apply to the maintenance or provision of separate facilities or services for each sex on the ground of public decency or public safety.

47 Exception in relation to skill

Where the nature of a skill varies according to whether it is exercised in relation to men or women, a person does not commit a breach of section 44 by exercising the skill in relation to one sex only, in accordance with that person's normal practice.

48 Exception in relation to insurance

(1) It shall not be a breach of section 44 to offer or provide annuities, life insurance policies, accident insurance policies, or other policies of insurance, whether for individual persons or groups of persons, on different terms or conditions for each sex or for persons with a disability or for persons of different ages if the different treatment—

(a) is based on—

(i) actuarial or statistical data, upon which it is reasonable to rely, relating to life-

expectancy, accidents, or sickness; or

(ii) where no such data is available in respect of persons with a disability, reputable medical or actuarial advice or opinion, upon which it is reasonable to rely, whether or not contained in an underwriting manual; and

(b) is reasonable having regard to the applicability of the data or advice or opinion, and of any other relevant factors, to the particular circumstances.

(2) In assessing, for the purposes of this section, whether it is reasonable to rely on any data or advice or opinion, and whether different treatment is reasonable, the Commission or the Complaints Division may—

(a) require justification to be provided for reliance on the data or advice or opinion and for the different treatment; and

(b) request the views of an actuary on the justification for the reliance and for the different treatment.

49 Exception in relation to sport

(1) Subject to subsection (2), nothing in section 44 shall prevent the exclusion of persons of one sex from participation in any competitive sporting activity in which the strength, stamina, or physique of competitors is relevant.

(2) Subsection (1) does not apply in relation to the exclusion of persons from participation in—

(a) the coaching of persons engaged in any sporting activity; or

(b) the umpiring or refereeing of any sporting activity; or

(c) the administration of any sporting activity; or

(d) sporting activities by persons who have not attained the age of 12 years.

(3) It shall not be a breach of section 44 to exclude any person from any competitive sporting event or activity if that person's disability is such that there would be a risk of harm to that person or to others, including the risk of infecting others with an illness, if that person were to take part in that competitive sporting event or activity and it is not reasonable to take that risk.

(4) It shall not be a breach of section 44 to conduct competitive sporting events or activities in which only persons with a

particular disability or age qualification may take part.

50 Exception in relation to travel services

It shall not be a breach of section 44 to provide group travel services which are expressed to be solely for the benefit of persons in a particular age group.

51 Exception in relation to reduced charges

It shall not be a breach of section 44 to provide goods, services, or facilities at a reduced fee, charge, or rate on the ground of age, disability, or employment status, whether or not there are conditions applicable to the reduced fee, charge, or rate.

52 Exception in relation to disability

It shall not be a breach of section 44 for a person who supplies facilities or services—

(a) to refuse to provide those facilities or services to any person if—

(i) that person's disability requires those facilities or services to be provided in a special manner; and

(ii) the person who supplies the facilities or services cannot reasonably be expected to provide them in that special manner; or

(b) to provide those facilities or services to any person on terms that are more onerous than those on which they are made available to other persons, if—

(i) that person's disability requires those facilities or services to be provided in a special manner; and

(ii) the person who supplies the facilities or services cannot reasonably be expected to provide them without requiring more onerous terms.

Discrimination in provision of land, housing, and other accommodation

53 Land, housing, and other accommodation

(1) It shall be unlawful for any person, on his or her own behalf or on behalf or purported behalf of any principal,—

(a) to refuse or fail to dispose of any estate or interest in land or any residential or business accommodation to any other person; or

(b) to dispose of such an estate or interest or such accommodation to any

person on less favourable terms and conditions than are or would be offered to other persons; or

(c) to treat any person who is seeking to acquire or has acquired such an estate or interest or such accommodation differently from other persons in the same circumstances; or

(d) to deny any person, directly or indirectly, the right to occupy any land or any residential or business accommodation; or

(e) to terminate any estate or interest in land or the right of any person to occupy any land or any residential or business accommodation,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2) It shall be unlawful for any person, on his or her own behalf or on behalf or purported behalf of any principal, to impose or seek to impose on any other person any term or condition which limits, by reference to any of the prohibited grounds of discrimination, the persons or class of persons who may be the licensees or invitees of the occupier of any land or any residential or business accommodation.

54 Exception in relation to shared residential accommodation

Nothing in section 53 shall apply to residential accommodation which is to be shared with the person disposing of the accommodation, or on whose behalf it is disposed of.

55 Exception in relation to hostels, institutions, etc

Nothing in section 53 shall apply to accommodation in any hostel or in any establishment (such as a hospital, club, school, university, religious institution, or retirement village), or in any part of a hostel or any such establishment, where accommodation is provided only for persons of the same sex, marital status, or religious or ethical belief, or for persons with a particular disability, or for persons in a particular age group.

56 Further exception in relation to disability

(1) Subject to subsection (2), nothing in [section 53](#) shall apply, in relation to any accommodation, if the disability of the person is such that there would be a risk of harm to that person or others, including the risk of infecting others with an illness, if that person were to live

in that accommodation and it is not reasonable to take that risk.

(2) Subsection (1) shall not apply if the person in charge of the accommodation could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

(3) Nothing in section 53 makes it unlawful to fail to provide special services or facilities designed to make accommodation suitable for occupation by a person with a disability, if those special services or facilities cannot reasonably be provided in the circumstances.

Discrimination in access to educational establishments

57 Educational establishments

(1) It shall be unlawful for an educational establishment, or the authority responsible for the control of an educational establishment, or any person concerned in the management of an educational establishment or in teaching at an educational establishment,—

(a) to refuse or fail to admit a person as a pupil or student; or

(b) to admit a person as a pupil or a student on less favourable terms and conditions than would otherwise be made available; or

(c) to deny or restrict access to any benefits or services provided by the establishment; or

(d) to exclude a person as a pupil or a student or subject him or her to any other detriment,—

by reason of any of the prohibited grounds of discrimination.

(2) In this section, *educational establishment* includes an establishment offering any form of training or instruction and an educational establishment under the control of an organisation or association referred to in section 40.

58 Exceptions in relation to establishments for particular groups

(1) An educational establishment maintained wholly or principally for students of one sex, race, or religious belief, or for students with a particular disability, or for students in a particular age group, or the authority responsible for the control of any such establishment, does not commit a breach of [section 57](#) by refusing to admit students of a different sex, race, or religious belief, or

students not having that disability or not being in that age group.

(2) Nothing in section 57 shall prevent an organisation or association from affording persons preferential access to facilities for training that would help to fit them for employment where it appears to that organisation or association that those persons are in special need of training by reason of the period for which they have not been engaged in regular full-time employment.

(3) Nothing in section 57 shall prevent an organisation or association from providing training, or facilities or opportunities for training (including facilities or opportunities by way of financial grants), only for persons above a particular age or in a particular age group.

(4) Nothing in section 57 shall prevent the making of financial grants by an organisation or association only to persons above a particular age or in a particular age group.

(5) Nothing in section 57 shall prevent an organisation or association from charging different fees to persons in different age groups.

59 Exception in relation to courses and counselling

Nothing in section 57 shall prevent the holding or provision, at any educational establishment, of courses or counselling restricted to persons of a particular sex, race, ethnic or national origin, or sexual orientation, where highly personal matters, such as sexual matters or the prevention of violence, are involved.

60 Further exceptions in relation to disability

(1) Nothing in section 57 applies to a person whose disability is such that that person requires special services or facilities that in the circumstances cannot reasonably be made available (being services or facilities that are required to enable the person to participate in the educational programme of an establishment referred to in that section or to enable the person to derive substantial benefits from that programme).

(2) Subject to subsection (3), nothing in section 57 shall apply where the person's disability is such that there would be a risk of harm to that person or to others, including the risk of infecting others with an illness, if that person were to be admitted to an educational establishment and it is not reasonable to take that risk.

(3) Nothing in subsection (2) shall apply if the person in charge of the educational establishment could, without unreasonable disruption, take reasonable measures to reduce the risk to a normal level.

Other forms of discrimination

61 Racial disharmony

(1) It shall be unlawful for any person—

(a) to publish or distribute written matter which is threatening, abusive, or insulting, or to broadcast by means of radio or television or other electronic communication words which are threatening, abusive, or insulting; or

(b) to use in any public place as defined in section 2(1) of the Summary Offences Act 1981, or within the hearing of persons in any such public place, or at any meeting to which the public are invited or have access, words which are threatening, abusive, or insulting; or

(c) to use in any place words which are threatening, abusive, or insulting if the person using the words knew or ought to have known that the words were reasonably likely to be published in a newspaper, magazine, or periodical or broadcast by means of radio or television,—

being matter or words likely to excite hostility against or bring into contempt any group of persons in or who may be coming to New Zealand on the ground of the colour, race, or ethnic or national origins of that group of persons.

(2) It shall not be a breach of subsection (1) to publish in a newspaper, magazine, or periodical or broadcast by means of radio or television or other electronic communication a report relating to the publication or distribution of matter by any person or the broadcast or use of words by any person, if the report of the matter or words accurately conveys the intention of the person who published or distributed the matter or broadcast or used the words.

(3) For the purposes of this section,—

newspaper means a paper containing public news or observations on public news, or consisting wholly or mainly of advertisements, being a newspaper that is published periodically at intervals not exceeding 3 months

publishes or *distributes* means publishes or distributes to the public at large or to any member or members of the public

written matter includes any writing, sign, visible representation, or sound recording.

62 Sexual harassment

(1) It shall be unlawful for any person (in the course of that person's involvement in any of the areas to which this subsection is applied by subsection (3)) to make a request of any other person for sexual intercourse, sexual contact, or other form of sexual activity which contains an implied or overt promise of preferential treatment or an implied or overt threat of detrimental treatment.

(2) It shall be unlawful for any person (in the course of that person's involvement in any of the areas to which this subsection is applied by subsection (3)) by the use of language (whether written or spoken) of a sexual nature, or of visual material of a sexual nature, or by physical behaviour of a sexual nature, to subject any other person to behaviour that—

(a) is unwelcome or offensive to that person (whether or not that is conveyed to the first-mentioned person); and

(b) is either repeated, or of such a significant nature, that it has a detrimental effect on that person in respect of any of the areas to which this subsection is applied by subsection (3).

(3) The areas to which subsections (1) and (2) apply are—

(a) the making of an application for employment:

(b) employment, which term includes unpaid work:

(c) participation in, or the making of an application for participation in, a partnership:

(d) membership, or the making of an application for membership, of an industrial union or professional or trade association:

(e) access to any approval, authorisation, or qualification:

(f) vocational training, or the making of an application for vocational training:

(g) access to places, vehicles, and facilities:

(h) access to goods and services:

(i) access to land, housing, or other accommodation:

(j) education:

(k) participation in fora for the exchange of ideas and information.

(4) Where a person complains of sexual harassment, no account shall be taken of any evidence of the person's sexual experience or reputation.

63 Racial harassment(1)

It shall be unlawful for any person to use language (whether written or spoken), or visual material, or physical behaviour that—

(a) expresses hostility against, or brings into contempt or ridicule, any other person on the ground of the colour, race, or ethnic or national origins of that person; and

(b) is hurtful or offensive to that other person (whether or not that is conveyed to the first-mentioned person); and

(c) is either repeated, or of such a significant nature, that it has a detrimental effect on that other person in respect of any of the areas to which this subsection is applied by subsection (2).

(2) The areas to which subsection (1) applies are—

(a) the making of an application for employment:

(b) employment, which term includes unpaid work:

(c) participation in, or the making of an application for participation in, a partnership:

(d) membership, or the making of an application for membership, of an industrial union or professional or trade association:

(e) access to any approval, authorisation, or qualification:

(f) vocational training, or the making of an application for vocational training:

(g) access to places, vehicles, and facilities:

(h) access to goods and services:

(i) access to land, housing, or other accommodation:

(j) education:

(k) participation in fora for the exchange of ideas and information.

64 Choice of procedures

[Repealed]

65 Indirect discrimination

Where any conduct, practice, requirement, or condition that is not apparently in contravention of any provision of this Part has the effect of treating a person or group of persons differently on 1 of the prohibited grounds of discrimination in a situation where such treatment would be unlawful under any provision of this Part other than this section, that conduct, practice, condition, or requirement shall be unlawful under that provision unless the person whose conduct or practice is in issue, or who imposes the condition or requirement, establishes good reason for it.

[...]

90 Functions of Director of Human Rights Proceedings under this Part

(1) The Director's functions under this Part include, in relation to a complaint,—

(a) deciding, in accordance with sections 91(1) and 92, whether, and to what extent, to provide representation for a party who requests the Director to provide representation in proceedings before the Tribunal or in related proceedings seeking to enforce a settlement reached on a previous occasion (including a settlement secured at a dispute resolution meeting), and providing representation for the party accordingly:

(b) deciding, in accordance with section 91(2), whether to refer the complaint back to the Commission:

(c) deciding, in accordance with sections 91(3) and 92, whether, and to what extent, to provide representation for a complainant, aggrieved person (if not the complainant), or group of persons who requests, or who request, the Director to provide representation in proceedings before the Tribunal or in related proceedings against the person against whom the complaint was made or the Attorney-General, and providing representation for the complainant, aggrieved person, or group of persons, accordingly.

(2) The Director's functions under this Part include, in relation to a request from the Commission to provide representation in proceedings brought under section 92B, section 92E, or section 97 or in proceedings in which the Commission is entitled to appear and be

heard under section 92H, deciding, in accordance with sections 91(3) and 92, whether, and to what extent, to provide representation for the Commission in proceedings before the Tribunal or in related proceedings.

(3) In this section and sections 92 and 92C, *related proceedings*, in relation to proceedings before the Tribunal, means proceedings of any of the following descriptions:

- (a) an appeal to the High Court against a decision of the Tribunal:
- (b) proceedings in the High Court arising out of—
 - (i) the statement of a case under section 122; or
 - (ii) the removal of proceedings or a matter at issue in them under section 122A:
- (c) an appeal to the Court of Appeal against a decision of the High Court made in proceedings described in paragraph (a) or paragraph (b):
- (d) an appeal to the Supreme Court against—
 - (i) a decision of the High Court made in proceedings described in paragraph (a) or paragraph (b); or
 - (ii) a decision of the Court of Appeal made in proceedings described in paragraph (c).

91 Requirements for Director's decisions under section 90

(1) The Director may make a decision under section 90(1)(a) if it appears to him or her that a party has failed to observe the terms of a settlement reached on a previous occasion.

(2) The Director may make a decision under section 90(1)(b) if—

- (a) it appears to the Director that the complaint may yet be able to be resolved by the parties and the Commission (for example, by mediation); or
- (b) it is unclear to the Director, from information available to him or her, in relation to the complaint, whether a party has failed to observe the terms of a settlement reached on a previous occasion.

(3) The Director may make a decision under section 90(1)(c) or (2) if it appears to him or her that a settlement has not been reached and that no action or further action by the Commission is likely to facilitate a settlement.

[...]

Remedies

92I Remedies

(1) This section is subject to sections 92J and 92K (which relate to the only remedy that may be granted by the Tribunal if it finds that an enactment is in breach of Part 1A).

(2) In proceedings before the Human Rights Review Tribunal brought under section 92B(1) or (4) or section 92E, the plaintiff may seek any of the remedies described in subsection (3) that the plaintiff thinks fit.

(3) If, in proceedings referred to in subsection (2), the Tribunal is satisfied on the balance of probabilities that the defendant has committed a breach of Part 1A or Part 2 or the terms of a settlement of a complaint, the Tribunal may grant 1 or more of the following remedies:

(a) a declaration that the defendant has committed a breach of Part 1A or Part 2 or the terms of a settlement of a complaint:

(b) an order restraining the defendant from continuing or repeating the breach, or from engaging in, or causing or permitting others to engage in, conduct of the same kind as that constituting the breach, or conduct of any similar kind specified in the order:

(c) damages in accordance with sections 92M to 92O:

(d) an order that the defendant perform any acts specified in the order with a view to redressing any loss or damage suffered by the complainant or, as the case may be, the aggrieved person as a result of the breach:

(e) a declaration that any contract entered into or performed in contravention of any provision of Part 1A or Part 2 is an illegal contract:

(f) an order that the defendant undertake any specified training or any other programme, or implement any specified policy or programme, in order to assist or enable the defendant to comply with the provisions of this Act:

(g) relief in accordance with subpart 5 of Part 2 of the Contract and Commercial Law Act 2017 in respect of any such contract to which the defendant and the complainant or, as the case may be, the aggrieved person are parties:

(h) any other relief the Tribunal thinks fit.

(4) It is no defence to proceedings referred to in subsection (2) or subsection (5) that the breach was unintentional or without negligence on the part of the party against whom the complaint was made, but, subject to section 92P, the Tribunal must take the conduct of the parties into account in deciding what, if any, remedy to grant.

(5) In proceedings before the Human Rights Review Tribunal brought, under section 92B(3), by the person against whom a complaint was made, that person may seek a declaration that he or she has not committed a breach of Part 1A or Part 2.

92J Remedy for enactments in breach of Part 1A

(1) If, in proceedings before the Human Rights Review Tribunal, the Tribunal finds that an enactment is in breach of Part 1A, the only remedy that the Tribunal may grant is the declaration referred to in subsection (2).

(2) The declaration that may be granted by the Tribunal, if subsection (1) applies, is a declaration that the enactment that is the subject of the finding is inconsistent with the right to freedom from discrimination affirmed by section 19 of the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

(3) The Tribunal may not grant a declaration under subsection (2) unless that decision has the support of all or a majority of the members of the Tribunal.

(4) Nothing in this section affects the New Zealand Bill of Rights Act 1990.

Section 92J: inserted, on 1 January 2002, by section 9 of the Human Rights Amendment Act 2001 (2001 No 96).

92K Effect of declaration

(1) A declaration under section 92J does not—
(a) affect the validity, application, or enforcement of the enactment in respect of which it is given; or
(b) prevent the continuation of the act, omission, policy, or activity that was the subject of the complaint.

(2) If a declaration is made under section 92J and that declaration is not overturned on appeal or the time for lodging an appeal expires, the Minister for the time being responsible for the administration of the enactment must present to the House of Representatives—

(a) a report bringing the declaration to the attention of the House of Representatives; and

(b) a report containing advice on the Government's response to the declaration.

(3) The Minister referred to in subsection (2) must carry out the duties imposed on the Minister by that subsection within 120 days of the date of disposal of all appeals against the granting of the declaration or, if no appeal is lodged, the date when the time for lodging an appeal expires.

92L Costs

[omissis]

92M Damages

(1) In any proceedings under section 92B(1) or (4) or section 92E, the Tribunal may award damages against the defendant for a breach of Part 1A or Part 2 or the terms of a settlement of a complaint in respect of any 1 or more of the following:

(a) pecuniary loss suffered as a result of, and expenses reasonably incurred by the complainant or, as the case may be, the aggrieved person for the purpose of, the transaction or activity out of which the breach arose;

(b) loss of any benefit, whether or not of a monetary kind, that the complainant or, as the case may be, the aggrieved person might reasonably have been expected to obtain but for the breach;

(c) humiliation, loss of dignity, and injury to the feelings of the complainant or, as the case may be, the aggrieved person.

(2) This section applies subject to sections 92J, 92N, and 92O and to subpart 1 of Part 2 of the Prisoners' and Victims' Claims Act 2005.
[...]

Part 4 Human Rights Review Tribunal

93 Human Rights Review Tribunal

The Tribunal constituted by section 45 of the Human Rights Commission Act 1977 and, immediately before 1 January 2002 (being the date of the commencement of the Human Rights Amendment Act 2001), known as the Complaints Review Tribunal shall continue in

being, and, on and after 1 January 2002, is called the Human Rights Review Tribunal.

Functions and powers of Tribunal

94 Functions of Tribunal

The functions of the Tribunal shall be—

- (a) to consider and adjudicate upon proceedings brought pursuant to sections 92B, 92E, 95, and 97;
- (b) to exercise and perform such other functions, powers, and duties as are conferred or imposed on it by or under this Act or any other enactment.

95 Power to make interim order

(1) In respect of any matter in which the Tribunal has jurisdiction under this Act to make any final determination, the Chairperson or a Deputy Chairperson of the Tribunal shall have power to make an interim order if he or she is satisfied that it is necessary in the interests of justice to make the order to preserve the position of the parties pending a final determination of the proceedings.

(2) an application for an interim order may be made,—

- (a) in the case of proceedings under section 92B(1), (2), (3), or (4), by the person or body bringing the proceedings; and
- (b) in the case of proceedings under section 92E, by the Commission.

(3) A copy of the application shall be served on the defendant who shall be entitled to be heard before a decision on the application is made.

96 Review of interim orders

Where an interim order has been made, the defendant may, with the leave of the Tribunal and instead of appealing against the order, apply to the High Court to vary or rescind the order unless that order was made with the defendant's consent.

97 Power in respect of exception for genuine occupational qualification or genuine justification

(1) The Tribunal may exercise the power referred to in subsection (2), but only—

- (a) in respect of a matter in which it has jurisdiction under this Act to make a final determination; and

(b) on an application by the Commission, a person or persons against whom a complaint under section 76(2)(a) has been made, or a person who is the subject of an inquiry under section 5(2)(h).

(2) The power is to declare that an act, omission, practice, requirement, or condition that would otherwise be unlawful under Part 2 is not unlawful because it constitutes either or both—

- (a) a genuine occupational qualification, in respect of sections 22 to 41;
- (b) a genuine justification, in respect of sections 42 to 60.

Constitution of Tribunal

98 Membership of Tribunal

The Tribunal shall consist of—

- (a) the Chairperson or a Deputy Chairperson or, if section 103B applies, the Chairperson and a Deputy Chairperson; and
- (b) 2 other persons appointed by the Chairperson for the purposes of each hearing from a panel maintained by the Minister under section 101.

99 Chairperson of Tribunal

The Chairperson of the Tribunal must be appointed by the Governor-General, on the recommendation of the Minister.

[...]

100 Appointment and term of office

(1)
[Repealed]

(2) Except as otherwise provided in section 103, every person appointed as the Chairperson or a Deputy Chairperson of the Tribunal shall hold office for such term, not exceeding 5 years, as the Governor-General on the recommendation of the Minister shall specify in the instrument appointing the Chairperson or Deputy Chairperson.

(3) Any person appointed as the Chairperson or a Deputy Chairperson may hold that office concurrently with any other office held by him or her and may from time to time be reappointed.

(4) Where the term for which the Chairperson or a Deputy Chairperson expires, the Chairperson or that Deputy Chairperson, unless sooner vacating or removed from office under section 103, continues to hold office, by virtue of the appointment for the term that has expired until—

- (a) the Chairperson or that Deputy Chairperson is reappointed; or
- (b) a successor to the Chairperson or that Deputy Chairperson is appointed; or
- (c) in the case of a Deputy Chairperson, that Deputy Chairperson is informed in writing by the Minister that the Deputy Chairperson is not to be reappointed and that a successor to that Deputy Chairperson is not to be appointed.

(5) The Chairperson or a Deputy Chairperson who continues in office for any period under subsection (4) may act as the Chairperson or a Deputy Chairperson during and after that period for the purpose of—

- (a) completing any proceedings partly or wholly heard by the Tribunal before the Chairperson or the Deputy Chairperson ceased to hold office under subsection (4);
- (b) hearing any other proceedings commenced before the Chairperson or the Deputy Chairperson ceased to hold office under subsection (4).

(6) The Chairperson or a Deputy Chairperson who has resigned, or whose successor is appointed or who will not be replaced (unless he or she was removed from office), may continue in office for the purpose of completing any proceedings that are partly or wholly heard.

101 Panel

(1) The Minister must maintain a panel of any number of persons that may be required to ensure—

- (a) the efficient and expeditious exercise of the jurisdiction of the Tribunal throughout New Zealand; and
- (b) the performance of other functions under this Act or any other enactment requiring the participation of members of the panel.

(1A) The Minister must specify a period of up to 5 years for which a person is approved as a member of the panel.

(1B) The Minister may approve the inclusion of a person on the panel for further periods of up to 5 years.

(2) In considering the suitability of persons for inclusion on the panel, the Minister must have regard to the need for persons included on the panel to have between them knowledge of, or experience in,—

- (a) different aspects of matters likely to come before the Tribunal;
- (b) New Zealand law, or the law of another country, or international law, on human rights;
- (c) public administration, or the law relating to public administration;
- (d) current economic, employment, or social issues;
- (e) cultural issues and the needs and aspirations (including life experiences) of different communities of interest and population groups in New Zealand society.

(2A) At least 3 members of the panel must be barristers or solicitors of the High Court of not less than 5 years' practice.

(3) The name of a person shall be removed from the panel if—

- (a) the person dies or is, under the Insolvency Act 2006, adjudged bankrupt; or
- (b) the Minister directs that the name of the person be removed from the panel for disability affecting performance of duty, neglect of duty, or misconduct, proved to the satisfaction of the Minister; or

(c) a period of up to 5 years has elapsed since the date on which the Minister last approved the entry of the person's name; or

(d) the person requests by writing addressed to the Minister that his or her name be removed.

(4) If subsection (3)(c) or (d) applies, or the period for which a person is approved as a member of the panel expires, the person may continue in office for the purpose of completing any proceedings that are partly or wholly heard. [...]

123 Appeals to High Court

(1) Where any party is dissatisfied with any interim order made by the Chairperson or a Deputy Chairperson under section 95, that party may appeal to the High Court against the whole or part of that order.

(2) A party to a proceeding under section 92B or section 92E may appeal to the High Court

against all or any part of a decision of the Tribunal—

- (a) dismissing the proceeding; or
- (b) granting 1 or more of the remedies described in section 92I; or
- (c) granting the remedy described in section 92J; or
- (d) refusing to grant the remedy described in section 92J; or
- (e) constituting a final determination of the Tribunal in the proceeding.

(2A) For the purposes of subsection (2)(d), the Tribunal does not in a proceeding refuse to grant the remedy described in section 92J unless—

- (a) a party to the proceeding expressly applies to the Tribunal for the remedy in relation to a particular enactment; and
- (b) the Tribunal does not grant the remedy in relation to that enactment.

(3) Where any party is dissatisfied with any decision of the Tribunal making a declaration under section 97, that party may appeal to the High Court against the whole or any part of that decision.

(4) Every appeal under this section shall be made by giving notice of appeal within 22 working days after the date of the giving by the Tribunal in writing of the decision to which the appeal relates.

(5) In determining any appeal under this section the High Court shall have the powers conferred on the Tribunal by sections 105 and 106, and those sections shall apply accordingly with such modifications as are necessary.

(6) In its determination of any appeal, the court may—

- (a) confirm, modify, or reverse the order or decision appealed against, or any part of that order or decision;
- (b) exercise any of the powers that could have been exercised by the Tribunal in the proceedings to which the appeal relates.

(7) Notwithstanding anything in subsection (6), the court may in any case, instead of determining any appeal, refer to the Tribunal, in accordance with the rules of court, for further consideration by the Tribunal, the whole or any part of the matter to which the appeal relates.

(8) Subject to the provisions of this Act, the procedure in respect of any such appeal shall be in accordance with the rules of court.

(9) Notice of appeal shall not operate as a stay of proceedings in respect of the decision to which the appeal relates unless the Tribunal or the High Court so orders.

124 Appeal to Court of Appeal on a question of law

(1) Any party to any proceedings before the High Court under this Act may, with the leave of the High Court, appeal to the Court of Appeal against any determination of the High Court on a question of law arising in those proceedings: provided that, if the High Court refuses to grant leave to appeal to the Court of Appeal, the Court of Appeal may grant special leave to appeal.

(2) A party desiring to appeal to the Court of Appeal under this section shall, within 15 working days after the determination of the High Court, or within such further time as that court may allow, give notice of his or her application for leave to appeal in such manner as may be directed by the rules of that court, and the High Court may grant leave accordingly if in the opinion of that court the question of law involved in the appeal is one which, by reason of its general or public importance or for any other reason, ought to be submitted to the Court of Appeal for decision.

(3) Where the High Court refuses leave to any party to appeal to the Court of Appeal under this section, that party may, within 15 working days after the refusal of the High Court or within such further time as the Court of Appeal may allow, apply to the Court of Appeal, in such manner as may be directed by the rules of that court, for special leave to appeal to that court, and the Court of Appeal may grant leave accordingly if, in the opinion of that court, the question of law involved in the appeal is one which, by reason of its general or public importance or for any other reason, ought to be submitted to the Court of Appeal for decision.

(4) On any appeal to the Court of Appeal under this section, the Court of Appeal shall have the same power to adjudicate on the proceedings as the High Court had.

(5) The same judgment must be entered in the High Court, and the same execution and other consequences and proceedings must follow on it, as if the decision of the Court of Appeal on an appeal under this section had been given in the High Court.

(6) The decision of the Court of Appeal on any application to that court for leave to appeal shall be final.

[...]

Scotland Act 1998

An Act to provide for the establishment of a Scottish Parliament and Administration and other changes in the government of Scotland; to provide for changes in the constitution and functions of certain public authorities; to provide for the variation of the basic rate of income tax in relation to income of Scottish taxpayers in accordance with a resolution of the Scottish Parliament; to amend the law about parliamentary constituencies in Scotland; and for connected purposes.

[...]

28 Acts of the Scottish Parliament.

(1) Subject to section 29, the Parliament may make laws, to be known as Acts of the Scottish Parliament.

(2) Proposed Acts of the Scottish Parliament shall be known as Bills; and a Bill shall become an Act of the Scottish Parliament when it has been passed by the Parliament and has received Royal Assent.

(3) A Bill receives Royal Assent at the beginning of the day on which Letters Patent under the Scottish Seal signed with Her Majesty's own hand signifying Her Assent are recorded in the Register of the Great Seal.

(4) The date of Royal Assent shall be written on the Act of the Scottish Parliament by the Clerk, and shall form part of the Act.

(5) The validity of an Act of the Scottish Parliament is not affected by any invalidity in the proceedings of the Parliament leading to its enactment.

(6) Every Act of the Scottish Parliament shall be judicially noticed.

(7) This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland.

[(8) But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament.]

29 Legislative competence.

(1) An Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament.

(2) A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply—

(a) it would form part of the law of a country or territory other than Scotland, or confer or remove functions exercisable otherwise than in or as regards Scotland,

(b) it relates to reserved matters,

(c) it is in breach of the restrictions in Schedule 4,

(d) it is incompatible with any of the Convention rights or with [F1EU] law,

(e) it would remove the Lord Advocate from his position as head of the systems of criminal prosecution and investigation of deaths in Scotland.

(3) For the purposes of this section, the question whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is to be determined, subject to subsection (4), by reference to the purpose of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances.

(4) A provision which—

(a) would otherwise not relate to reserved matters, but

(b) makes modifications of Scots private law, or Scots criminal law, as it applies to reserved matters,

is to be treated as relating to reserved matters unless the purpose of the provision is to make the law in question apply consistently to reserved matters and otherwise.

[...]

SCHEDULE 5 Reserved matters

Part I General reservations The Constitution

1 The following aspects of the constitution are reserved matters, that is—

- (a) the Crown, including succession to the Crown and a regency,
- (b) the Union of the Kingdoms of Scotland and England,
- (c) the Parliament of the United Kingdom,
- (d) the continued existence of the High Court of Justiciary as a criminal court of first instance and of appeal,
- (e) the continued existence of the Court of Session as a civil court of first instance and of appeal.

2 (1) Paragraph 1 does not reserve—

- (a) Her Majesty's prerogative and other executive functions,
- (b) functions exercisable by any person acting on behalf of the Crown, or
- (c) any office in the Scottish Administration.

(2) Sub-paragraph (1) does not affect the reservation by paragraph 1 of honours and dignities or the functions of the Lord Lyon King of Arms so far as relating to the granting of arms; but this sub-paragraph does not apply to the Lord Lyon King of Arms in his judicial capacity.

(3) Sub-paragraph (1) does not affect the reservation by paragraph 1 of the management (in accordance with any enactment regulating the use of land) of the Crown Estate [(that is, the property, rights and interests under the management of the Crown Estate Commissioners)].

[...]

3 (1) Paragraph 1 does not reserve property belonging to Her Majesty in right of the Crown or belonging to any person acting on behalf of the Crown or held in trust for Her Majesty for the purposes of any person acting on behalf of the Crown.

(2) Paragraph 1 does not reserve the ultimate superiority of the Crown or the superiority of the Prince and Steward of Scotland.

(3) Sub-paragraph (1) does not affect the reservation by paragraph 1 of—

- (a) the hereditary revenues of the Crown, other than revenues from bona vacantia, ultimus haeres and treasure trove,
- (b) the royal arms and standard,
- (c) the compulsory acquisition of property held or used by a Minister of the Crown or government department.

4 (1) Paragraph 1 does not reserve property held by Her Majesty in Her private capacity.

(2) Sub-paragraph (1) does not affect the reservation by paragraph 1 of the subject-matter of the Crown Private Estates Acts 1800 to 1873.

5 Paragraph 1 does not reserve the use of the Scottish Seal.

Political Parties

6 The registration and funding of political parties is a reserved matter [F5but this paragraph does not reserve making payments to any political party for the purpose of assisting members of the Parliament who are connected with the party to perform their Parliamentary duties].

Foreign affairs etc.

7 (1) International relations, including relations with territories outside the United Kingdom, the [European Union] (and their institutions) and other international organisations, regulation of international trade, and international development assistance and co-operation are reserved matters.

(2) Sub-paragraph (1) does not reserve—

- (a) observing and implementing international obligations, obligations under the Human Rights Convention and obligations under [F7EU] law,

(b) assisting Ministers of the Crown in relation to any matter to which that sub-paragraph applies.

Public service

8 (1) The Civil Service of the State is a reserved matter.

(2) Sub-paragraph (1) does not reserve the subject-matter of—

(a) Part I of the Sheriff Courts and Legal Officers (Scotland) Act 1927 (appointment of sheriff clerks and procurators fiscal etc.),

(b) Part III of the Administration of Justice (Scotland) Act 1933 (officers of the High Court of Justiciary and of the Court of Session).

Defence

9 (1) The following are reserved matters—

(a) the defence of the realm,

(b) the naval, military or air forces of the Crown, including reserve forces,

(c) visiting forces,

(d) international headquarters and defence organisations,

(e) trading with the enemy and enemy property.

(2) Sub-paragraph (1) does not reserve—

(a) the exercise of civil defence functions by any person otherwise than as a member of any force or organisation referred to in sub-paragraph (1)(b) to (d) or any other force or organisation reserved by virtue of sub-paragraph (1)(a),

(b) the conferral of enforcement powers in relation to sea fishing.

Treason

10 Treason (including constructive treason), treason felony and misprision of treason are reserved matters.

Human Rights Act 1998 (UK)

An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes.

[...]

1 The Convention Rights.

(1) In this Act “the Convention rights” means the rights and fundamental freedoms set out in—

(a) Articles 2 to 12 and 14 of the Convention,

(b) Articles 1 to 3 of the First Protocol, and

(c) [Article 1 of the Thirteenth Protocol],

as read with Articles 16 to 18 of the Convention.

(2) Those Articles are to have effect for the purposes of this Act subject to any designated derogation or reservation (as to which see sections 14 and 15).

(3) The Articles are set out in Schedule 1.

(4) The [Secretary of State] may by order make such amendments to this Act as he considers appropriate to reflect the effect, in relation to the United Kingdom, of a protocol.

(5) In subsection (4) “protocol” means a protocol to the Convention—

(a) which the United Kingdom has ratified; or

(b) which the United Kingdom has signed with a view to ratification.

(6) No amendment may be made by an order under subsection (4) so as to come into force before the protocol concerned is in force in relation to the United Kingdom.

2 Interpretation of Convention rights.

(1) 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,

(b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention,

(c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or

(d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention,

whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen.

(2) Evidence of any judgment, decision, declaration or opinion of which account may have to be taken under this section is to be given in proceedings before any court or tribunal in such manner as may be provided by rules.

(3) In this section “rules” means rules of court or, in the case of proceedings before a tribunal, rules made for the purposes of this section—

(a) by [the Lord Chancellor or] the Secretary of State, in relation to any proceedings outside Scotland;

(b) by the Secretary of State, in relation to proceedings in Scotland; or

© by a Northern Ireland department, in relation to proceedings before a tribunal in Northern Ireland—

(i) which deals with transferred matters; and

(ii) for which no rules made under paragraph (a) are in force.

3 Interpretation of legislation.

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section—

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and

(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.

4 Declaration of incompatibility.

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(4) If the court is satisfied—

(a) that the provision is incompatible with a Convention right, and

(b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility,

it may make a declaration of that incompatibility.

(5) In this section “court” means—

[(a)the Supreme Court;]

(b) the Judicial Committee of the Privy Council;

(c) the [Court Martial Appeal Court] ;

(d) in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as a trial court or the Court of Session;

(e) in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal.

[(f)the Court of Protection, in any matter being dealt with by the President of the Family Division, the [F4Chancellor of the High Court] or a puisne judge of the High Court.]

(6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”)—

(a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and

(b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.

[...]

Public authorities

6 Acts of public authorities.

(1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.

(2) Subsection (1) does not apply to an act if—

(a) as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or

(b) in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions.

(3) In this section “public authority” includes—

(a) a court or tribunal, and

(b) any person certain of whose functions are functions of a public nature,

but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.

[repealed]

(5) In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private.

(6) “An act” includes a failure to act but does not include a failure to—

(a) introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation; or

(b) make any primary legislation or remedial order.

7 Proceedings.

(1) A person who claims that a public authority has acted (or proposes to act) in a way which is made unlawful by section 6(1) may—

(a) bring proceedings against the authority under this Act in the appropriate court or tribunal, or

(b) rely on the Convention right or rights concerned in any legal proceedings,

but only if he is (or would be) a victim of the unlawful act.

(2) In subsection (1)(a) “appropriate court or tribunal” means such court or tribunal as may be determined in accordance with rules; and proceedings against an authority include a counterclaim or similar proceeding.

(3) If the proceedings are brought on an application for judicial review, the applicant is to be taken to have a sufficient interest in relation to the unlawful act only if he is, or would be, a victim of that act.

(4) If the proceedings are made by way of a petition for judicial review in Scotland, the applicant shall be taken to have title and interest

to sue in relation to the unlawful act only if he is, or would be, a victim of that act.

(5) Proceedings under subsection (1)(a) must be brought before the end of—

(a) the period of one year beginning with the date on which the act complained of took place; or

(b) such longer period as the court or tribunal considers equitable having regard to all the circumstances,

but that is subject to any rule imposing a stricter time limit in relation to the procedure in question.

(6) In subsection (1)(b) “legal proceedings” includes—

(a) proceedings brought by or at the instigation of a public authority; and

(b) an appeal against the decision of a court or tribunal.

(7) For the purposes of this section, a person is a victim of an unlawful act only if he would be a victim for the purposes of Article 34 of the Convention if proceedings were brought in the European Court of Human Rights in respect of that act.

(8) Nothing in this Act creates a criminal offence.

(9) In this section “rules” means—

(a) in relation to proceedings before a court or tribunal outside Scotland, rules made by [the Lord Chancellor or] the Secretary of State for the purposes of this section or rules of court,

(b) in relation to proceedings before a court or tribunal in Scotland, rules made by the Secretary of State for those purposes,

(c) in relation to proceedings before a tribunal in Northern Ireland—

(i) which deals with transferred matters; and

(ii)for which no rules made under paragraph (a) are in force,

rules made by a Northern Ireland department for those purposes,

and includes provision made by order under section 1 of the M1Courts and Legal Services Act 1990.

(10) In making rules, regard must be had to section 9.

(11) The Minister who has power to make rules in relation to a particular tribunal may, to the extent he considers it necessary to ensure that the tribunal can provide an appropriate remedy in relation to an act (or proposed act) of a public authority which is (or would be) unlawful as a result of section 6(1), by order add to—

(a)the relief or remedies which the tribunal may grant; or

(b)the grounds on which it may grant any of them.

(12) An order made under subsection (11) may contain such incidental, supplemental, consequential or transitional provision as the Minister making it considers appropriate.

(13) “The Minister” includes the Northern Ireland department concerned.

8 Judicial remedies.

(1) In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate.

(2) But damages may be awarded only by a court which has power to award damages, or to order the payment of compensation, in civil proceedings.

(3) No award of damages is to be made unless, taking account of all the circumstances of the case, including—

(a)any other relief or remedy granted, or order made, in relation to the act in question (by that or any other court), and

(b)the consequences of any decision (of that or any other court) in respect of that act,

the court is satisfied that the award is necessary to afford just satisfaction to the person in whose favour it is made.

(4)In determining—

(a)whether to award damages, or

(b) the amount of an award,

the court must take into account the principles applied by the European Court of Human Rights in relation to the award of compensation under Article 41 of the Convention.

(5) A public authority against which damages are awarded is to be treated—

[...]

(6) In this section—

“court” includes a tribunal;

“damages” means damages for an unlawful act of a public authority; and

“unlawful” means unlawful under section 6(1).

[...]

Remedial action

10 Power to take remedial action.

(1)This section applies if—

(a)a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a Convention right and, if an appeal lies—

(i)all persons who may appeal have stated in writing that they do not intend to do so;

(ii)the time for bringing an appeal has expired and no appeal has been brought within that time; or

(iii) an appeal brought within that time has been determined or abandoned; or

(b) it appears to a Minister of the Crown or Her Majesty in Council that, having regard to a finding of the European Court of Human Rights made after the coming into force of this section in proceedings against the United Kingdom, a provision of legislation is incompatible with an obligation of the United Kingdom arising from the Convention.

(2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.

(3) If, in the case of subordinate legislation, a Minister of the Crown considers—

(a) that it is necessary to amend the primary legislation under which the subordinate legislation in question was made, in order to enable the incompatibility to be removed, and

(b) that there are compelling reasons for proceeding under this section,

he may by order make such amendments to the primary legislation as he considers necessary.

(4) This section also applies where the provision in question is in subordinate legislation and has been quashed, or declared invalid, by reason of incompatibility with a Convention right and the Minister proposes to proceed under paragraph 2(b) of Schedule 2.

(5) If the legislation is an Order in Council, the power conferred by subsection (2) or (3) is exercisable by Her Majesty in Council.

(6) In this section “legislation” does not include a Measure of the Church Assembly or of the General Synod of the Church of England.

(7) Schedule 2 makes further provision about remedial orders.

[...]

Derogations and reservations

14 Derogations.

(1) In this Act “designated derogation” means—

[repealed]

any derogation by the United Kingdom from an Article of the Convention, or of any protocol to the Convention, which is designated for the purposes of this Act in an order made by the [F2Secretary of State]

[repealed]

(3) If a designated derogation is amended or replaced it ceases to be a designated derogation.

(4) But subsection (3) does not prevent the [F4Secretary of State] from exercising his power under subsection (1) F5. . . to make a fresh designation order in respect of the Article concerned.

(5) The [F6Secretary of State] must by order make such amendments to Schedule 3 as he considers appropriate to reflect—

(a) any designation order; or

(b) the effect of subsection (3).

(6) A designation order may be made in anticipation of the making by the United Kingdom of a proposed derogation.

15 Reservations.

(1) In this Act “designated reservation” means—

(a) the United Kingdom’s reservation to Article 2 of the First Protocol to the Convention; and

(b) any other reservation by the United Kingdom to an Article of the Convention, or of any protocol to the Convention, which is designated for the purposes of this Act in an order made by the [Secretary of State].

(2) The text of the reservation referred to in subsection (1)(a) is set out in Part II of Schedule 3.

(3) If a designated reservation is withdrawn wholly or in part it ceases to be a designated reservation.

(4) But subsection (3) does not prevent the [Secretary of State] from exercising his power under subsection (1)(b) to make a fresh designation order in respect of the Article concerned.

(5) [Secretary of State] must by order make such amendments to this Act as he considers appropriate to reflect—

(a) any designation order; or

(b) the effect of subsection (3).

16 Period for which designated derogations have effect.

(1) If it has not already been withdrawn by the United Kingdom, a designated derogation ceases to have effect for the purposes of this Act—

[repealed]

. . . , at the end of the period of five years beginning with the date on which the order designating it was made.

(2) At any time before the period—

(a) fixed by subsection (1) F11. . . , or

(b) extended by an order under this subsection,

comes to an end, the [Secretary of State] may by order extend it by a further period of five years.

(3) An order under section 14(1) ceases to have effect at the end of the period for consideration, unless a resolution has been passed by each House approving the order.

(4) Subsection (3) does not affect—

(a) anything done in reliance on the order; or

(b) the power to make a fresh order under section 14(1) [repealed]

(5) In subsection (3) “period for consideration” means the period of forty days beginning with the day on which the order was made.

(6) In calculating the period for consideration, no account is to be taken of any time during which—

(a) Parliament is dissolved or prorogued; or

(b) both Houses are adjourned for more than four days.

(7) If a designated derogation is withdrawn by the United Kingdom, the [F14Secretary of State] must by order make such amendments to this Act as he considers are required to reflect that withdrawal.

17 Periodic review of designated reservations.

(1) The appropriate Minister must review the designated reservation referred to in section 15(1)(a)—

(a) before the end of the period of five years beginning with the date on which section 1(2) came into force; and

(b) if that designation is still in force, before the end of the period of five years beginning with the date on which the last report relating to it was laid under subsection (3).

(2) The appropriate Minister must review each of the other designated reservations (if any)—

(a) before the end of the period of five years beginning with the date on which the order designating the reservation first came into force; and

(b) if the designation is still in force, before the end of the period of five years beginning with the date on which the last report relating to it was laid under subsection (3).

(3) The Minister conducting a review under this section must prepare a report on the result of the review and lay a copy of it before each House of Parliament.

[...]

Parliamentary procedure

19 Statements of compatibility.

(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill—

(a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or

(b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.

(2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate.

SCHEDULE 1 The Articles

PART I The Convention Rights and Freedoms

Article 2 Right to life

1. Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

Article 3 Prohibition of torture

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

Article 4. Prohibition of slavery and forced labour

1. No one shall be held in slavery or servitude.

2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.

3. For the purpose of this Article the term “forced or compulsory labour” shall not include:

(a) any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of this Convention or during conditional release from such detention;

(b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service;

(c) any service exacted in case of an emergency or calamity threatening the life or well-being of the community;

(d) any work or service which forms part of normal civic obligations.

Article 5. Right to liberty and security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

(d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his

lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

(e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;

(f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.

3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.

Article 6. Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

(a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

(b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Article 7. No punishment without law

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.

2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.

Article 8. Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is

necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 9. Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 10. Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Article 11 Freedom of assembly and association

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with

others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

Article 12. Right to marry

Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

Article 14. Prohibition of discrimination

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Article 16. Restrictions on political activity of aliens

Nothing in Articles 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens.

Article 17. Prohibition of abuse of rights

Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.

Article 18. Limitation on use of restrictions on rights

The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.

Part II The First Protocol

Article 1. Protection of property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Article 2 Right to education

No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

Article 3. Right to free elections

The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.

SCHEDULE 2 Remedial Orders

1 Orders

(1) A remedial order may—

(a) contain such incidental, supplemental, consequential or transitional provision as the person making it considers appropriate;

(b) be made so as to have effect from a date earlier than that on which it is made;

(c) make provision for the delegation of specific functions;

(d) make different provision for different cases.

(2) The power conferred by sub-paragraph (1)(a) includes—

(a) power to amend primary legislation (including primary legislation other than that which contains the incompatible provision); and

(b) power to amend or revoke subordinate legislation (including subordinate legislation other than that which contains the incompatible provision).

(3) A remedial order may be made so as to have the same extent as the legislation which it affects.

(4) No person is to be guilty of an offence solely as a result of the retrospective effect of a remedial order.

2 Procedure

No remedial order may be made unless—

(a) a draft of the order has been approved by a resolution of each House of Parliament made after the end of the period of 60 days beginning with the day on which the draft was laid; or

(b) it is declared in the order that it appears to the person making it that, because of the urgency of the matter, it is necessary to make the order without a draft being so approved.

3 Orders laid in draft

(1) No draft may be laid under paragraph 2(a) unless—

(a) the person proposing to make the order has laid before Parliament a document which contains a draft of the proposed order and the required information; and

(b) the period of 60 days, beginning with the day on which the document required by this sub-paragraph was laid, has ended.

(2) If representations have been made during that period, the draft laid under paragraph 2(a)

must be accompanied by a statement containing—

(a) a summary of the representations;
and

(b) if, as a result of the representations, the proposed order has been changed, details of the changes.

4 Urgent cases

(1) If a remedial order (“the original order”) is made without being approved in draft, the person making it must lay it before Parliament, accompanied by the required information, after it is made.

(2) If representations have been made during the period of 60 days beginning with the day on which the original order was made, the person making it must (after the end of that period) lay before Parliament a statement containing—

(a) a summary of the representations;
and

(b) if, as a result of the representations, he considers it appropriate to make changes to the original order, details of the changes.

(3) If sub-paragraph (2)(b) applies, the person making the statement must—

(a) make a further remedial order replacing the original order; and

(b) lay the replacement order before Parliament.

(4) If, at the end of the period of 120 days beginning with the day on which the original order was made, a resolution has not been passed by each House approving the original or replacement order, the order ceases to have effect (but without that affecting anything previously done under either order or the power to make a fresh remedial order).

[...]

Human Rights Act 2004 (ACT)

Preamble

1. Human rights are necessary for individuals to live lives of dignity and value.
2. Respecting, protecting and promoting the rights of individuals improves the welfare of the whole community.
3. Human rights are set out in this Act so that individuals know what their rights are.
4. Setting out these human rights also makes it easier for them to be taken into consideration in the development and interpretation of legislation.
5. This Act encourages individuals to see themselves, and each other, as the holders of rights, and as responsible for upholding the human rights of others.
6. Few rights are absolute. Human rights may be subject only to the reasonable limits in law that can be demonstrably justified in a free and democratic society. One individual's rights may also need to be weighed against another individual's rights.
7. Although human rights belong to all individuals, they have special significance for Aboriginal and Torres Strait Islander peoples—the first owners of this land, members of its most enduring cultures, and individuals for whom the issue of rights protection has great and continuing importance.

The Legislative Assembly for the Australian Capital Territory therefore enacts as follows:

[...]

Part 2 Human rights

5 What are human rights?

In this Act: **human rights** means—

- (a) the civil and political rights in part 3; and
- (b) the economic, social and cultural rights in part 3A.

6 Who has human rights?

Only individuals have human rights.

7 Rights apart from Act

This Act is not exhaustive of the rights an individual may have under domestic or international law.

[...]

Part 3B Limits on human rights

28 Human rights may be limited

(1) Human rights may be subject only to reasonable limits set by laws that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

(2) In deciding whether a limit is reasonable, all relevant factors must be considered, including the following:

- (a) the nature of the right affected;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relationship between the limitation and its purpose;
- (e) any less restrictive means reasonably available to achieve the purpose the limitation seeks to achieve.

Part 4 Application of human rights to Territory laws

29 Application of pt. 4

This part applies to all Territory laws.

30 Interpretation of laws and human rights

So far as it is possible to do so consistently with its purpose, a Territory law must be interpreted in a way that is compatible with human rights.

31 Interpretation of human rights

(1) International law, and the judgments of foreign and international courts and tribunals, relevant to a human right may be considered in interpreting the human right.

(2) In deciding whether material mentioned in subsection (1) or any other material should be considered, and the weight to be given to the material, the following matters must be taken into account:

- (a) the desirability of being able to rely on the ordinary meaning of this Act, having regard to its purpose and its

-
- provisions read in the context of the Act as a whole;
 - (b) the undesirability of prolonging proceedings without compensating advantage;
 - (c) the accessibility of the material to the public.

[...]

32 Declaration of incompatibility

- (1) This section applies if—
- (a) a proceeding is being heard by the Supreme Court; and
 - (b) an issue arises in the proceeding about whether a Territory law is consistent with a human right.

(2) If the Supreme Court is satisfied that the Territory law is not consistent with the human right, the court may declare that the law is not consistent with the human right (the **declaration of incompatibility**).

- (3) The declaration of incompatibility does not affect—
- (a) the validity, operation or enforcement of the law; or
 - (b) the rights or obligations of anyone.

(4) The registrar of the Supreme Court must promptly give a copy of the declaration of incompatibility to the Attorney-General.

33 Attorney-General's action on receiving declaration of incompatibility

(1) This section applies if the Attorney-General receives a copy of a declaration of incompatibility.

(2) The Attorney-General must present a copy of the declaration of incompatibility to the Legislative Assembly within 6 sitting days after the day the Attorney-General receives the copy.

(3) The Attorney-General must prepare a written response to the declaration of incompatibility and present it to the Legislative Assembly not later than 6 months after the day the copy of the declaration is presented to the Legislative Assembly.

[...]

Part 5 Scrutiny of proposed Territory laws

37 Attorney-General's statement on government bills

(1) This section applies to each bill presented to the Legislative Assembly by a Minister.

(2) The Attorney-General must prepare a written statement (the **compatibility statement**) about the bill for presentation to the Legislative Assembly.

- (3) The compatibility statement must state—
- (a) whether, in the Attorney-General's opinion, the bill is consistent with human rights; and
 - (b) if it is not consistent, how it is not consistent with human rights.

38 Consideration of bills by standing committee of Assembly

(1) The relevant standing committee must report to the Legislative Assembly about human rights issues raised by bills presented to the Assembly.

- (2) In this section: **relevant standing committee** means—
- (a) the standing committee of the Legislative Assembly nominated by the Speaker for this section; or
 - (b) if no nomination under paragraph (a) is in effect—the standing committee of the Legislative Assembly responsible for the consideration of legal issues.

39 Noncompliance with s 37 and s 38

A failure to comply with section 37 or section 38 in relation to a bill does not affect the validity, operation or enforcement of any Territory law.

Constitutional Reform Act 2005

Part I The rule of law

1 The rule of law

This Act does not adversely affect—

- (a) the existing constitutional principle of the rule of law, or
- (bv) the Lord Chancellor's existing constitutional role in relation to that principle.

[...]

Part 3 The Supreme Court

23 The Supreme Court

(1) There is to be a Supreme Court of the United Kingdom.

(2) The Court consists of [F1the persons appointed as its judges] by Her Majesty by letters patent [but no appointment may cause the full-time equivalent number of judges of the Court at any time to be more than 12].

(3) Her Majesty may from time to time by Order in Council amend subsection (2) so as to increase or further increase the [maximum full-time equivalent] number of judges of the Court.

(4) No recommendation may be made to Her Majesty in Council to make an Order under subsection (3) unless a draft of the Order has been laid before and approved by resolution of each House of Parliament.

(5) Her Majesty may by letters patent appoint one of the judges to be President and one to be Deputy President of the Court.

(6) The judges other than the President and Deputy President are to be styled “Justices of the Supreme Court”.

(7) The Court is to be taken to be duly constituted despite any vacancy... in the office of President or Deputy President.

[(8) For the purposes of this section, the full-time equivalent number of judges of the Court is to be calculated by taking the number of full-time judges and adding, for each judge who is

not a full-time judge, such fraction as is reasonable.]

[...]

Appointment of judges

25 Qualification for appointment

(1) A person is not qualified to be appointed a judge of the Supreme Court unless he has (at any time)—

- (a) held high judicial office for a period of at least 2 years,
- (b) been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years.

[...]

(2) A person is a qualifying practitioner for the purposes of this section at any time when—

- (a) [...]
- (b) he is an advocate in Scotland or a solicitor entitled to appear in the Court of Session and the High Court of Justiciary, or
- (c) he is a member of the Bar of Northern Ireland or a solicitor of the Court of Judicature of Northern Ireland. lies] where a selection commission is convened under this section.

26 Selection of members of the Court

(1) This section applies to a recommendation for an appointment to one of the following offices—

- (a) judge of the Supreme Court;
- (b) President of the Court;
- (c) Deputy President of the Court.

(2) A recommendation may be made only by the Prime Minister.

(3) The Prime Minister—

- (a) must recommend any person [F3who is selected as a result of the convening of a selection commission under this section];

(b) may not recommend any other person.

[...]

(5) If there is a vacancy in [F5the office of President of the Court or in the office of Deputy President of the Court,] or it appears to him that there will soon be such a vacancy, the Lord Chancellor must convene a selection commission for the selection of a person to be recommended.

[...]

(6) Schedule 8 is about selection commissions.

[...]

27 Selection process

(1) The commission must—
(a) determine the selection process to be applied [...],
(b) apply the selection process, and
(c) make a selection accordingly.

[...]

(4) Subsections (5) to (10) apply to any selection under this section or [F12regulations under section 27A].

(5) Selection must be on merit.

[...]

(6) A person may be selected only if he meets the requirements of section 25.

(7) A person may not be selected if he is a member of the commission.

(8) In making selections for the appointment of judges of the Court the commission must ensure that between them the judges will have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom.

(9) The commission must have regard to any guidance given by the Lord Chancellor as to matters to be taken into account (subject to any other provision of this Act) in making a selection.

(10) Any selection must be of one person only.

[...]

Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities 2006 (Vic)

Preamble

On behalf of the people of Victoria the Parliament enacts this Charter, recognising that all people are born free and equal in dignity and rights.

This Charter is founded on the following principles—

- human rights are essential in a democratic and inclusive society that respects the rule of law, human dignity, equality and freedom;
- human rights belong to all people without discrimination, and the diversity of the people of Victoria enhances our community;
- human rights come with responsibilities and must be exercised in a way that respects the human rights of others;
- human rights have a special importance for the Aboriginal people of Victoria, as descendants of Australia's first people, with their diverse spiritual, social, cultural and economic relationship with their traditional lands and waters.

The Parliament of Victoria therefore enacts:

Part 1—Preliminary

1 Purpose and citation

(1) This Act may be referred to as the Charter of Human Rights and Responsibilities and is so referred to in this Act.

(2) The main purpose of this Charter is to protect and promote human rights by—

- (a) setting out the human rights that Parliament specifically seeks to protect and promote; and
- (b) ensuring that all statutory provisions, whenever enacted, are interpreted so far as is possible in a way that is compatible with human rights; and

(c) imposing an obligation on all public authorities to act in a way that is compatible with human rights; and

(d) requiring statements of compatibility with human rights to be prepared in respect of all Bills introduced into Parliament and enabling the Scrutiny of Acts and Regulations Committee to report on such compatibility; and

(e) conferring jurisdiction on the Supreme Court to declare that a statutory provision cannot be interpreted consistently with a human right and requiring the relevant Minister to respond to that declaration.

(3) In addition, this Charter—

(a) enables Parliament, in exceptional circumstances, to override the application of the Charter to a statutory provision; and

(b) renames the Equal Opportunity Commission as the Victorian Equal Opportunity and Human Rights Commission and confers additional functions on it; and

(c) makes consequential amendments to certain Acts.

[...]

5 Human rights in this Charter in addition to other rights and freedoms

A right or freedom not included in this Charter that arises or is recognised under any other law (including international law, the common law, the Constitution of the Commonwealth and a law of the Commonwealth) must not be taken to be abrogated or limited only because the right or freedom is not included in this Charter or is only partly included.

6 Application

(1) Only persons have human rights. All persons have the human rights set out in Part 2. [Note. Corporations do not have human rights.]

(2) This Charter applies to—

(a) the Parliament, to the extent that the Parliament has functions under Divisions 1 and 2 of Part 3; and

(b) courts and tribunals, to the extent that they have functions under Part 2 and Division 3 of Part 3; and

(c) public authorities, to the extent that they have functions under Division 4 of Part 3.

(3) Subsection (2) does not take away from or limit—

(a) any other function conferred by this Charter on an entity specified in subsection (2); or

(b) any function conferred on any other entity by this Charter.

(4) This Charter binds the Crown in right of Victoria and, so far as the legislative power of the Parliament permits, the Crown in all its other capacities.

Part 2—Human Rights

7 Human rights—what they are and when they may be limited

(1) This Part sets out the human rights that Parliament specifically seeks to protect and promote.

(2) A human right may be subject under law only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society based on human dignity, equality and freedom, and taking into account all relevant factors including—

(a) the nature of the right; and

(b) the importance of the purpose of the limitation; and

(c) the nature and extent of the limitation; and

(d) the relationship between the limitation and its purpose; and

(e) any less restrictive means reasonably available to achieve the purpose that the limitation seeks to achieve.

(3) Nothing in this Charter gives a person, entity or public authority a right to limit (to a greater extent than is provided for in this Charter) or destroy the human rights of any person.

8 Recognition and equality before the law

(1) Every person has the right to recognition as a person before the law.

(2) Every person has the right to enjoy his or her human rights without discrimination.

(3) Every person is equal before the law and is entitled to the equal protection of the law without discrimination and has the right to equal and effective protection against discrimination.

(4) Measures taken for the purpose of assisting or advancing persons or groups of persons disadvantaged because of discrimination do not constitute discrimination.

9 Right to life

Every person has the right to life and has the right not to be arbitrarily deprived of life.

10 Protection from torture and cruel, inhuman or degrading treatment

A person must not be—

(a) subjected to torture; or

(b) treated or punished in a cruel, inhuman or degrading way; or

(c) subjected to medical or scientific experimentation or treatment without his or her full, free and informed consent.

11 Freedom from forced work

(1) A person must not be held in slavery or servitude

(2) A person must not be made to perform forced or compulsory labour.

(3) For the purposes of subsection (2) *forced or compulsory labour* does not include—

(a) work or service normally required of a person who is under detention because of a lawful court order or who, under a lawful court order, has been conditionally released from detention or ordered to perform work in the community; or

(b) work or service required because of an emergency threatening the Victorian community or a part of the Victorian community; or

(c) work or service that forms part of normal civil obligations.

(4) In this section *court order* includes an order made by a court of another jurisdiction.

12 Freedom of movement

Every person lawfully within Victoria has the right to move freely within Victoria and to enter and leave it and has the freedom to choose where to live.

13 Privacy and reputation

A person has the right—

(a) not to have his or her privacy, family, home or correspondence unlawfully or arbitrarily interfered with; and

(b) not to have his or her reputation unlawfully attacked.

14 Freedom of thought, conscience, religion and belief

(1) Every person has the right to freedom of thought, conscience, religion and belief, including—

(a) the freedom to have or to adopt a religion or belief of his or her choice; and

(b) the freedom to demonstrate his or her religion or belief in worship, observance, practice and teaching, either individually or as part of a community, in public or in private.

(2) A person must not be coerced or restrained in a way that limits his or her freedom to have or adopt a religion or belief in worship, observance, practice or teaching.

15 Freedom of expression

(1) Every person has the right to hold an opinion without interference.

(2) Every person has the right to freedom of expression which includes the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, whether within or outside Victoria and whether—

(a) orally; or

(b) in writing; or

(c) in print; or

(d) by way of art; or

(e) in another medium chosen by him or her.

(3) Special duties and responsibilities are attached to the right of freedom of expression

and the right may be subject to lawful restrictions reasonably necessary—

(a) to respect the rights and reputation of other persons; or

(b) for the protection of national security, public order, public health or public morality.

16 Peaceful assembly and freedom of association

(1) Every person has the right of peaceful assembly.

(2) Every person has the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions.

17 Protection of families and children

(1) Families are the fundamental group unit of society and are entitled to be protected by society and the State.

(2) Every child has the right, without discrimination, to such protection as is in his or her best interests and is needed by him or her by reason of being a child.

18 Taking part in public life

(1) Every person in Victoria has the right, and is to have the opportunity, without discrimination, to participate in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives.

(2) Every eligible person has the right, and is to have the opportunity, without discrimination—

(a) to vote and be elected at periodic State and municipal elections that guarantee the free expression of the will of the electors; and

(b) to have access, on general terms of equality, to the Victorian public service and public office.

19 Cultural rights

(1) All persons with a particular cultural, religious, racial or linguistic background must not be denied the right, in community with other persons of that background, to enjoy his or her culture, to declare and practise his or her religion and to use his or her language.

(2) Aboriginal persons hold distinct cultural rights and must not be denied the right, with other members of their community—

- (a) to enjoy their identity and culture;
- and
- (b) to maintain and use their language;
- and
- (c) to maintain their kinship ties; and
- (d) to maintain their distinctive spiritual, material and economic relationship with the land and waters and other resources with which they have a connection under traditional laws and customs.

20 Property rights

A person must not be deprived of his or her property other than in accordance with law.

21 Right to liberty and security of person

- (1) Every person has the right to liberty and security.
- (2) A person must not be subjected to arbitrary arrest or detention.
- (3) A person must not be deprived of his or her liberty except on grounds, and in accordance with procedures, established by law.
- (4) A person who is arrested or detained must be informed at the time of arrest or detention of the reason for the arrest or detention and must be promptly informed about any proceedings to be brought against him or her.
- (5) A person who is arrested or detained on a criminal charge—
 - (a) must be promptly brought before a court; and
 - (b) has the right to be brought to trial without unreasonable delay; and
 - (c) must be released if paragraph (a) or (b) is not complied with.
- (6) A person awaiting trial must not be automatically detained in custody, but his or her release may be subject to guarantees to attend—
 - (a) for trial; and
 - (b) at any other stage of the judicial proceeding; and
 - (c) if appropriate, for execution of judgment.

(7) Any person deprived of liberty by arrest or detention is entitled to apply to a court for a declaration or order regarding the lawfulness of his or her detention, and the court must—

- (a) make a decision without delay; and
 - (b) order the release of the person if it finds that the detention is unlawful.
- (8) A person must not be imprisoned only because of his or her inability to perform a contractual obligation.

22 Humane treatment when deprived of liberty

- (1) All persons deprived of liberty must be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.
- (2) An accused person who is detained or a person detained without charge must be segregated from persons who have been convicted of offences, except where reasonably necessary.
- (3) An accused person who is detained or a person detained without charge must be treated in a way that is appropriate for a person who has not been convicted.

23 Children in the criminal process

- (1) An accused child who is detained or a child detained without charge must be segregated from all detained adults.
- (2) An accused child must be brought to trial as quickly as possible.
- (3) A child who has been convicted of an offence must be treated in a way that is appropriate for his or her age.

24 Fair hearing

- (1) A person charged with a criminal offence or a party to a civil proceeding has the right to have the charge or proceeding decided by a competent, independent and impartial court or tribunal after a fair and public hearing.
- (2) Despite subsection (1), a court or tribunal may exclude members of media organisations

or other persons or the general public from all or part of a hearing if permitted to do so by a law other than this Charter.

(3) All judgments or decisions made by a court or tribunal in a criminal or civil proceeding must be made public unless the best interests of a child otherwise requires or a law other than this Charter otherwise permits.

25 Rights in criminal proceedings

(1) A person charged with a criminal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

(2) A person charged with a criminal offence is entitled without discrimination to the following minimum guarantees—

(a) to be informed promptly and in detail of the nature and reason for the charge in a language or, if necessary, a type of communication that he or she speaks or understands; and

(b) to have adequate time and facilities to prepare his or her defence and to communicate with a lawyer or advisor chosen by him or her; and

(c) to be tried without unreasonable delay; and

(d) to be tried in person, and to defend himself or herself personally or through legal assistance chosen by him or her or, if eligible, through legal aid provided by Victoria Legal Aid under the *Legal Aid Act 1978*; and

(e) to be told, if he or she does not have legal assistance, about the right, if eligible, to legal aid under the *Legal Aid Act 1978*; and

(f) to have legal aid provided if the interests of justice require it, without any costs payable by him or her if he or she meets the eligibility criteria set out in the *Legal Aid Act 1978*; and

s. 25

(g) to examine, or have examined, witnesses against him or her, unless otherwise provided for by law; and

(h) to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses for the prosecution; and

(i) to have the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak English; and

(j) to have the free assistance of assistants and specialised communication tools and technology if he or she has communication or speech difficulties that require such assistance; and

(k) not to be compelled to testify against himself or herself or to confess guilt.

(3) A child charged with a criminal offence has the right to a procedure that takes account of his or her age and the desirability of promoting the child's rehabilitation.

(4) Any person convicted of a criminal offence has the right to have the conviction and any sentence imposed in respect of it reviewed by a higher court in accordance with law.

26 Right not to be tried or punished more than once

A person must not be tried or punished more than once for an offence in respect of which he or she has already been finally convicted or acquitted in accordance with law.

27 Retrospective criminal laws

(1) A person must not be found guilty of a criminal offence because of conduct that was not a criminal offence when it was engaged in.

(2) A penalty must not be imposed on any person for a criminal offence that is greater than the penalty that applied to the offence when it was committed.

(3) If a penalty for an offence is reduced after a person committed the offence but before the person is sentenced for that offence, that person is eligible for the reduced penalty.

(4) Nothing in this section affects the trial or punishment of any person for any act or omission which was a criminal offence under international law at the time it was done or omitted to be done.

Part 3—Application of Human Rights in Victoria

Division 1—Scrutiny of new legislation

28 Statements of compatibility

(1) A member of Parliament who proposes to introduce a Bill into a House of Parliament must cause a statement of compatibility to be prepared in respect of that Bill.

(2) A member of Parliament who introduces a Bill into a House of Parliament, or another member acting on his or her behalf, must cause the statement of compatibility prepared under subsection (1) to be laid before the House of Parliament into which the Bill is introduced before giving his or her second reading speech on the Bill.

[**Note.** The obligation in subsections (1) and (2) applies to Ministers introducing government Bills and members of Parliament introducing non-government Bills.]

(3) A statement of compatibility must state—
(a) whether, in the member's opinion, the Bill is compatible with human rights and, if so, how it is compatible; and
(b) if, in the member's opinion, any part of the Bill is incompatible with human rights, the nature and extent of the incompatibility.

(4) A statement of compatibility made under this section is not binding on any court or tribunal.

29 No effect on Victorian law

A failure to comply with section 28 in relation to any Bill that becomes an Act does not affect the validity, operation or enforcement of that Act or of any other statutory provision.

30 Scrutiny of Acts and Regulations Committee

The Scrutiny of Acts and Regulations Committee must consider any Bill introduced into Parliament and must report to the Parliament as to whether the Bill is incompatible with human rights.

[**Note.** The Scrutiny of Acts and Regulations Committee must also review all statutory rules and report to Parliament if it considers the statutory rule to be incompatible with human rights: see section 21 of the *Subordinate Legislation Act 1994*.]

Division 2—Override declaration

31 Override by Parliament

(1) Parliament may expressly declare in an Act that that Act or a provision of that Act or another Act or a provision of another Act has effect despite being incompatible with one or more of the human rights or despite anything else set out in this Charter.

(2) If an override declaration is made in respect of an Act or a provision of an Act that declaration must be taken to extend to any subordinate instrument made under or for the purpose of that Act or provision.

(3) A member of Parliament who introduces a Bill containing an override declaration, or another member acting on his or her behalf, must make a statement to the Legislative Council or the Legislative Assembly, as the case requires, explaining the exceptional circumstances that justify the inclusion of the override declaration.

(4) It is the intention of Parliament that an override declaration will only be made in exceptional circumstances.

(5) A statement under subsection (3) must be made—

(a) during the second reading speech for the Bill that contains the override declaration; or

(b) after not less than 24 hours' notice is given of the intention to make the statement but before the third reading of the Bill; or

(c) with the leave of the Legislative Council or the Legislative Assembly, as the case requires, at any time before the third reading of the Bill.

(6) If an override declaration is made in respect of a statutory provision, then to the extent of the declaration this Charter has no application to that provision.

[**Note.** As the Charter has no application to a statutory provision for which an override declaration has been made, the Supreme Court cannot make a declaration of inconsistent interpretation in respect of that statutory provision. Also, the requirement under section 32 to interpret that provision in a way that is compatible with human rights does not apply.]

(7) A provision of an Act containing an override declaration expires on the 5th anniversary of the day on which that provision comes into

operation or on such earlier date as may be specified in that Act.

(8) Parliament may, at any time, re-enact an override declaration, and the provisions of this section apply to any re-enacted declaration.

(9) A failure to comply with subsection (3) or (5) in relation to any Bill that becomes an Act does not affect the validity, operation or enforcement of that Act or of any other statutory provision.

Division 3—Interpretation of laws

32 Interpretation

(1) So far as it is possible to do so consistently with their purpose, all statutory provisions must be interpreted in a way that is compatible with human rights.

(2) International law and the judgments of domestic, foreign and international courts and tribunals relevant to a human right may be considered in interpreting a statutory provision.

(3) This section does not affect the validity of—
(a) an Act or provision of an Act that is incompatible with a human right; or
(b) a subordinate instrument or provision of a subordinate instrument that is incompatible with a human right and is empowered to be so by the Act under which it is made.

33 Referral to Supreme Court

(1) If, in a proceeding before a court or tribunal, a question of law arises that relates to the application of this Charter or a question arises with respect to the interpretation of a statutory provision in accordance with this Charter, that question may be referred to the Supreme Court if—

- (a) a party has made an application for referral; and
- (b) the court or tribunal considers that the question is appropriate for determination by the Supreme Court.

(2) If a question has been referred to the Supreme Court under subsection (1), the court or tribunal referring the question must not—

- (a) make a determination to which the question is relevant while the referral is pending; or

(b) proceed in a manner or make a determination that is inconsistent with the opinion of the Supreme Court on the question.

(3) If a question is referred under subsection (1) by the Trial Division of the Supreme Court or by the County Court, the referral is to be made to the Court of Appeal.

(4) Despite anything contained in any other Act, if a question arises of a kind referred to in subsection (1), that question may only be referred to the Supreme Court in accordance with this section.

34 Attorney-General's right to intervene

(1) The Attorney-General may intervene in, and may be joined as a party to, any proceeding before any court or tribunal in which a question of law arises that relates to the application of this Charter or a question arises with respect to the interpretation of a statutory provision in accordance with this Charter.

(2) If the Attorney-General intervenes in a proceeding under this section, then, for the purpose of the institution and prosecution of an appeal from an order made in that proceeding, the Attorney-General may be taken to be a party to the proceeding.

35 Notice to Attorney-General and Commission

(1) A party to a proceeding must give notice in the prescribed form to the Attorney-General and the Commission if—

- (a) in the case of a Supreme Court or County Court proceeding, a question of law arises that relates to the application of this Charter or a question arises with respect to the interpretation of a statutory provision in accordance with this Charter; or
- (b) in any case, a question is referred to the Supreme Court under section 33.

(2) For the purpose of subsection (1), a notice is not required to be given to—

- (a) the Attorney-General if the State is a party to the relevant proceeding; or

(b) the Commission if the Commission is a party to the relevant proceeding.

36 Declaration of inconsistent interpretation

(1) This section applies if—

- (a) in a Supreme Court proceeding a question of law arises that relates to the application of this Charter or a question arises with respect to the interpretation of a statutory provision in accordance with this Charter; or
- (b) the Supreme Court has had a question referred to it under section 33; or
- (c) an appeal before the Court of Appeal relates to a question of a kind referred to in paragraph (a).

(2) Subject to any relevant override declaration, if in a proceeding the Supreme Court is of the opinion that a statutory provision cannot be interpreted consistently with a human right, the Court may make a declaration to that effect in accordance with this section.

(3) If the Supreme Court is considering making a declaration of inconsistent interpretation, it must ensure that notice in the prescribed form of that fact is given to the Attorney-General and the Commission.

(4) The Supreme Court must not make a declaration of inconsistent interpretation unless the Court is satisfied that—

- (a) notice in the prescribed form has been given to the Attorney-General and the Commission under subsection (3); and
- (b) a reasonable opportunity has been given to the Attorney-General and the Commission to intervene in the proceeding or to make submissions in respect of the proposed declaration of inconsistent interpretation.

(5) A declaration of inconsistent interpretation does not—

- (a) affect in any way the validity, operation or enforcement of the statutory provision in respect of which the declaration was made; or
- (b) create in any person any legal right or give rise to any civil cause of action.

(6) The Supreme Court must cause a copy of a declaration of inconsistent interpretation to be given to the Attorney-General—

- (a) if the period provided for the lodging of an appeal in respect of the proceeding in which the declaration was made has ended without such an appeal having been lodged, within 7 days after the end of that period; or
- (b) if on appeal the declaration is upheld, within 7 days after any appeal has been finalised.

[Example If the Trial Division of the Supreme Court makes a declaration of inconsistent interpretation (based on a referral of a question from VCAT) and on appeal the Court of Appeal upholds the declaration, a copy of the declaration must be sent to the Attorney-General within 7 days after the Court of Appeal's decision.]

(7) The Attorney-General must, as soon as reasonably practicable, give a copy of a declaration of inconsistent interpretation received under subsection (6) to the Minister administering the statutory provision in respect of which the declaration was made, unless the relevant Minister is the Attorney-General.

37 Action on declaration of inconsistent interpretation

Within 6 months after receiving a declaration of inconsistent interpretation, the Minister administering the statutory provision in respect of which the declaration was made must—

- (a) prepare a written response to the declaration; and
- (b) cause a copy of the declaration and of his or her response to it to be—
 - (i) laid before each House of Parliament; and
 - (ii) published in the Government Gazette.

Division 4—Obligations on public authorities

38 Conduct of public authorities

(1) Subject to this section, it is unlawful for a public authority to act in a way that is incompatible with a human right or, in making

a decision, to fail to give proper consideration to a relevant human right.

(2) Subsection (1) does not apply if, as a result of a statutory provision or a provision made by or under an Act of the Commonwealth or otherwise under law, the public authority could not reasonably have acted differently or made a different decision.

[**Example.** Where the public authority is acting to give effect to a statutory provision that is incompatible with a human right.]

(3) This section does not apply to an act or decision of a private nature.

(4) Subsection (1) does not require a public authority to act in a way, or make a decision, that has the effect of impeding or preventing a religious body (including itself in the case of a public authority that is a religious body) from acting in conformity with the religious doctrines, beliefs or principles in accordance with which the religious body operates.

(5) In this section *religious body* means—

- (a) a body established for a religious purpose; or
- (b) an entity that establishes, or directs, controls or administers, an educational or other charitable entity that is intended to be, and is, conducted in accordance with religious doctrines, beliefs or principles.

39 Legal proceedings

(1) If, otherwise than because of this Charter, a person may seek any relief or remedy in respect of an act or decision of a public authority on the ground that the act or decision was unlawful, that person may seek that relief or remedy on a ground of unlawfulness arising because of this Charter.

(2) This section does not affect any right that a person has, otherwise than because of this Charter, to seek any relief or remedy in respect of an act or decision of a public authority, including a right—

- (a) to seek judicial review under the *Administrative Law Act 1978* or under Order 56 of Chapter I of the Rules of the Supreme Court; and
- (b) to seek a declaration of unlawfulness and associated relief

including an injunction, a stay of proceedings or exclusion of evidence.

(3) A person is not entitled to be awarded any damages because of a breach of this Charter.

(4) Nothing in this section affects any right a person may have to damages apart from the operation of this section.

Constitutional Reform and Governance Act 2010 (UK)

An Act to make provision relating to the civil service of the State; to make provision in relation to section 3 of the Act of Settlement; to make provision relating to the ratification of treaties; to make provision relating to the counting of votes in parliamentary elections; to amend the Parliamentary Standards Act 2009 and the European Parliament (Pay and Pensions) Act 1979 and to make provision relating to pensions for members of the House of Commons, Ministers and other office holders; to make provision for treating members of the House of Commons and members of the House of Lords as resident, ordinarily resident and domiciled in the United Kingdom for taxation purposes; to amend the Government Resources and Accounts Act 2000 and to make corresponding provision in relation to Wales; to amend the Public Records Act 1958 and the Freedom of Information Act 2000.

[...]

Part 2 - Ratification of treaties

20 Treaties to be laid before Parliament before ratification

(1) Subject to what follows, a treaty is not to be ratified unless—

(a) a Minister of the Crown has laid before Parliament a copy of the treaty,

(b) the treaty has been published in a way that a Minister of the Crown thinks appropriate, and

(c) period A has expired without either House having resolved, within period A, that the treaty should not be ratified.

(2) Period A is the period of 21 sitting days beginning with the first sitting day after the date on which the requirement in subsection (1)(a) is met.

(3) Subsections (4) to (6) apply if the House of Commons resolved as mentioned in subsection (1)(c) (whether or not the House of Lords also did so).

(4) The treaty may be ratified if—

(a) a Minister of the Crown has laid before Parliament a statement indicating that the Minister is of the opinion that the treaty should nevertheless be ratified and explaining why, and

(b) period B has expired without the House of Commons having resolved, within period B, that the treaty should not be ratified.

(5) Period B is the period of 21 sitting days beginning with the first sitting day after the date on which the requirement in subsection (4)(a) is met.

(6) A statement may be laid under subsection (4)(a) in relation to the treaty on more than one occasion.

(7) Subsection (8) applies if—

(a) the House of Lords resolved as mentioned in subsection (1)(c), but

(b) the House of Commons did not.

(8) The treaty may be ratified if a Minister of the Crown has laid before Parliament a statement indicating that the Minister is of the opinion that the treaty should nevertheless be ratified and explaining why.

(9) “Sitting day” means a day on which both Houses of Parliament sit.

Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth)

An Act to establish a Parliamentary Joint Committee on Human Rights, and for related purposes

Part 1—Preliminary

[...]

3 Definitions

(1) In this Act:

human rights means the rights and freedoms recognised or declared by the following international instruments:

(a) the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination done at New York on 21 December 1965 ([1975] ATS 40);

(b) the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights done at New York on 16 December 1966 ([1976] ATS 5);

(c) the International Covenant on Civil and Political Rights done at New York on 16 December 1966 ([1980] ATS 23);

(d) the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women done at New York on 18 December 1979 ([1983] ATS 9);

(e) the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment done at New York on 10 December 1984 ([1989] ATS 21);

(f) the Convention on the Rights of the Child done at New York on 20 November 1989 ([1991] ATS 4);

(g) the Convention on the Rights of Persons with Disabilities done at New York on 13 December 2006 ([2008] ATS 12).

Note: In 2011, the text of an international agreement in the Australian Treaty Series was accessible through the Australian Treaties Library on the AustLII website (www.austlii.edu.au).

member means a member of the Committee.

rule-maker has the same meaning as in the *Legislative Instruments Act 2003*.

the Committee means the Parliamentary Joint Committee on Human Rights for the time being constituted under this Act.

(2) In the definition of **human rights** in subsection (1), the reference to the

rights and freedoms recognised or declared by an international instrument is to be read as a reference to the rights and freedoms recognised or declared by the instrument as it applies to Australia.

Part 2—Parliamentary Joint Committee on Human Rights

4 Parliamentary Joint Committee on Human Rights

As soon as practicable after the commencement of the first session of each Parliament, a joint committee of members of the Parliament, to be known as the Parliamentary Joint Committee on Human Rights, is to be appointed according to the practice of the Parliament.

5 Membership of the Committee

(1) The Committee is to consist of 10 members:

(a) 5 members of the Senate appointed by the Senate; and

(b) 5 members of the House of Representatives appointed by that House.

(2) A member of the Parliament is not eligible for appointment as a member of the Committee if he or she is:

(a) a Minister; or

(b) the President of the Senate; or

(c) the Speaker of the House of Representatives; or

(d) the Deputy-President and Chair of Committees of the Senate; or

(e) the Deputy Speaker of the House of Representatives.

(3) A member ceases to hold office:

(a) when the House of Representatives expires by effluxion of time or is dissolved; or

(b) if he or she becomes the holder of an office specified in any of the paragraphs of subsection (2); or

(c) if he or she ceases to be a member of the House of the Parliament by which he or she was appointed; or

(d) if he or she resigns his or her office as provided by subsection (4) or (5).

(4) A member appointed by the Senate may resign his or her office by writing signed by him or her and delivered to the President of the Senate.

(5) A member appointed by the House of Representatives may resign his or her office by writing signed by him or her and delivered to the Speaker of that House.

(6) Either House of the Parliament may appoint one of its members to fill a vacancy amongst the members of the Committee appointed by that House.

6 Powers and proceedings of the Committee

All matters relating to the powers and proceedings of the Committee are to be determined by resolution of both Houses of the Parliament.

7 Functions of the Committee

The Committee has the following functions:

(a) to examine Bills for Acts, and legislative instruments, that come before either House of the Parliament for compatibility with human rights, and to report to both Houses of the Parliament on that issue;

(b) to examine Acts for compatibility with human rights, and to report to both Houses of the Parliament on that issue;

(c) to inquire into any matter relating to human rights which is referred to it by the Attorney-General, and to report to both Houses of the Parliament on that matter.

Part 3—Statements of compatibility

8 Statements of compatibility in relation to Bills

(1) A member of Parliament who proposes to introduce a Bill for an Act into a House of the Parliament must cause a statement of compatibility to be prepared in respect of that Bill.

(2) A member of Parliament who introduces a Bill for an Act into a House of the Parliament, or another member acting on his or her behalf, must cause the statement of compatibility prepared under subsection (1) to be presented to the House.

(3) A statement of compatibility must include an assessment of whether the Bill is compatible with human rights.

(4) A statement of compatibility prepared under subsection (1) is not binding on any court or tribunal.

(5) A failure to comply with this section in relation to a Bill that becomes an Act does not affect the validity, operation or enforcement of the Act or any other provision of a law of the Commonwealth.

9 Statements of compatibility in relation to certain legislative instruments

(1) The rule-maker in relation to a legislative instrument to which section 42 (disallowance) of the *Legislative Instruments Act 2003* applies must cause a statement of compatibility to be prepared in respect of that legislative instrument.

[Note: The statement of compatibility must be included in the explanatory statement relating to the legislative instrument (see subsection 26(1A) of the *Legislative Instruments Act 2003*).]

(2) A statement of compatibility must include an assessment of whether the legislative instrument is compatible with human rights.

(3) A statement of compatibility prepared under subsection (1) is not binding on any court or tribunal.

(4) A failure to comply with this section in relation to a legislative instrument does not affect the validity, operation or enforcement of the instrument or any other provision of a law of the Commonwealth.

