

FOCUS AFRICA

12 AGOSTO 2024

La basic structure doctrine approda in
Africa.

La Corte d'Appello del Lesotho
e gli emendamenti costituzionali
incostituzionali

di Adriano Dirri

Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato
Luiss Guido Carli



La *basic structure doctrine* approda in Africa. La Corte d'Appello del Lesotho e gli emendamenti costituzionali incostituzionali*

di Adriano Dirri

Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato
Luiss Guido Carli

Abstract [It]: Questo saggio indaga, muovendo dalla recentissima giurisprudenza della Corte d'Appello del Lesotho, in tema emendamenti costituzionali incostituzionali, la circolazione della *basic structure doctrine* assieme alla forma di governo parlamentare nel *Commonwealth* britannico. La Corte d'Appello del Lesotho, nel sancire l'incostituzionalità di alcuni emendamenti costituzionali che avrebbero avuto un moderato impatto sul *Westminster model*, ha fatto ricorso per la prima volta alla *basic structure doctrine* elaborata dalla Corte Suprema indiana. Così, il contributo analizzerà il giudizio della corte di vertice del Lesotho in comparazione con la giurisprudenza di quelle corti dell'Africa Subsahariana che non hanno ritenuto necessaria l'applicazione della *basic structure*; le conclusioni della Corte d'Appello, però, non sembrano convincere e i diversi *vulnera* verranno evidenziati nelle conclusioni, anche considerando la *dissenting opinion*.

Title: The basic structure doctrine lands in Africa. The Lesotho Court of Appeal and the unconstitutional constitutional amendments.

Abstract [En]: This essay investigates, through the recent jurisprudence of the Lesotho Court of Appeal, the unconstitutional constitutional amendments, the cross-fertilization of the basic structure doctrine and the circulation of the Westminster model in the British Commonwealth. The Lesotho Court of Appeal, by assessing the unconstitutionality of the 9th Amendment Act, which would have only minimum consequences over the parliamentary form of government, grounded its judgement over the basic structure doctrine of the Indian Supreme Court. Therefore, in the essay a comparison with other judgments of African apex courts where the basic structure was not applied will be offered and the reasoning of the Court of Appeal of Lesotho will be critically evaluated, taking into consideration the valuable argumentation of the dissenting opinion.

Parole chiave: Westminster model; Lesotho; Unconstitutional constitutional amendments; revisione costituzionale; costituzionalismo africano.

Keywords: Westminster model; Lesotho; Unconstitutional constitutional amendments; constitutional revision; African constitutionalism.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La circolazione delle soluzioni costituzionali: il modello Westminster nell'Africa Subsahariana. 3. I precedenti "mancati" della *basic structure doctrine* in Africa. 4. La forma di governo del Lesotho: contesto e ragioni del Ninth Amendment Act, 2020. 5. La sentenza della Corte d'Appello: considerazioni metodologiche. 6. Le criticità del giudizio principale e l'opinione dissenziente. 7. Conclusioni: una soluzione affrettata?

* Articolo sottoposto a referaggio.



1. Introduzione.

Muovendo da una recente sentenza della Corte d'Appello del Lesotho *Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors* in tema di incostituzionalità degli emendamenti costituzionali¹, il presente contributo indaga la circolazione della *basic structure doctrine* attraverso il formante giurisprudenziale nel c.d. Sud Globale. La decisione *Democratic Congress v. Puseletso*, infatti, vede per la prima volta una corte apicale dell'Africa Subsahariana applicare concretamente la *basic structure doctrine*, confermando per questa via una precedente sentenza della *High Court* che aveva sancito l'incostituzionalità degli emendamenti costituzionali riguardanti taluni profili della forma di governo parlamentare, ovvero il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, nonché l'alterazione dell'equilibrio tra i poteri di indirizzo politico e del Re, Capo di Stato del Lesotho². Così, l'oggetto degli emendamenti fornisce anche l'occasione di analizzare la circolazione del modello Westminster nelle ex-colonie britanniche dell'Africa Subsahariana, evidenziando come il caso del Lesotho abbia assunto alcune caratteristiche peculiari per aver mantenuto la forma di governo parlamentare dell'ex madrepatria, caratteristica non propriamente comune nel Continente, ove spesso successivamente all'indipendenza, ha avuto ampia diffusione il presidenzialismo.

Il contributo, in questo modo, intende evidenziare sia la circolazione dei modelli costituzionali³, in special modo con riferimento alla forma di governo parlamentare, sia il formante giurisprudenziale della Corte Suprema indiana circa l'incostituzionalità degli emendamenti costituzionali.

Nella prima parte del saggio (parr. 2 e 3) verrà analizzato l'approccio metodologico utilizzato per l'indagine comparata, la circolazione del modello *Westminster* e la giurisprudenza relativa alla *basic structure doctrine*. Elaborata, com'è noto, dalla Corte Suprema indiana, essa non è stata recepita da parte delle corti di vertice dell'Africa Subsahariana, quali la Corte costituzionale sudafricana e la Corte Suprema del Kenya. Il recepimento è operato, s'è detto, dalla Corte d'Appello del Lesotho. Il par. 4 ricostruirà le ragioni sottese alla revisione costituzionale sottoposta al controllo di costituzionalità, illustrando il contesto politico e istituzionale che ha portato il legislatore all'adozione di siffatta novella normativa.

¹ *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, NO. 13/2024, Cons. Case No. 0020/2023 (14 June 2024).

² *High Court of Lesotho, Puseletso v Speaker of the National Assembly and Others* (Constitutional Case No 20/2023) 2024 LSHC 10 (16 February 2024). Va ricordato che il controllo di costituzionalità in Lesotho avviene, ai sensi dell'articolo 128 par. 1, in via incidentale: la *High Court* ha giurisdizione in materia e contro il cui giudizio è possibile muovere ricorso presso la Corte d'Appello. Va segnalato che, tuttavia, nulla viene specificato circa il controllo di costituzionalità degli emendamenti costituzionali, contrariamente con quanto disposto, ad esempio, dalla Costituzione sudafricana. Si tratta, a ben vedere, di una soluzione creativa in linea con quanto riscontrato dalla dottrina sui sistemi di giustizia costituzionale dell'Africa Subsahariana anglofona «*much more experimental than the Francophone counterparts*». Cfr. M. BÖCKENFÖRDE, *Constitutional Review in Africa*, in R. DIXON, T. GINSBURG, A.K. ABEBE (a cura di), *Comparative Constitutional Law in Africa*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, p. 59.

³ Si eviterà una lettura basata sul "dialogo" tra corti perché, come giustamente sottolineato, esso «sembra essere diventato uno dei feticci retorici che vengono evocati per celare improvvisazioni comparatistiche spesso prive di fondamento e comunque scientificamente improprie» Così, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, pp. 15 e 29.

Successivamente, i parr. 5 e 6 si soffermeranno sulla sentenza della Corte d'Appello del Lesotho, della quale verranno evidenziati diversi profili. Prima di entrare nel merito del giudizio, si è scelto di porre in evidenza la struttura della sentenza, ovvero di come la massima autorità giurisdizionale del Lesotho ancori l'ordinamento costituzionale in convenzioni e formante giurisprudenziale e dottrinale strettamente connesso con la tradizione costituzionale britannica. Si tratta, è bene porlo subito in evidenza, di una scelta non usuale, visto che le corti sovente fanno leva sulla rielaborazione delle soluzioni costituzionali della *Western legal tradition* per fornire legittimazione agli ordinamenti costituzionali. Anzi, si rileva che la Corte d'Appello abbia sostanzialmente ignorato importanti precedenti delle corti apicali del Continente ove la *basic structure* era pur stata presa in considerazione. Nel par. 6, si rasseggeranno le norme censurate, evidenziando le diverse problematiche nelle argomentazioni della Corte, a partire dalla "spendibilità" della *basic structure doctrine* in relazione a emendamenti costituzionali inerenti al rapporto di fiducia. Tali osservazioni sono svolte anche considerando la presenza dell'opinione dissenziente, che non ha rilevato la necessità di invocare la *basic structure* e, quindi, la validità degli emendamenti costituzionali; le argomentazioni di quest'ultima risultano più convincenti sotto il profilo normativo, specialmente per quanto riguarda la supposta *deminutio* di poteri e funzioni del Capo dello Stato. Nel paragrafo conclusivo, infine, verranno evidenziate le problematiche connesse alle argomentazioni della Corte che non sono apparse convincenti, nella misura in cui hanno legato l'applicazione della *basic structure doctrine* all'incostituzionalità degli emendamenti che avrebbero apportato alcune modifiche alle procedure inerenti al rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento.

2. La circolazione dei modelli costituzionali: il modello Westminster nell'Africa Subsahariana.

Le sollecitazioni poste dalla sentenza oggetto di analisi sono molteplici e si innestano nel più ampio dibattito dottrinale della dottrina comparatistica attorno al tema della circolazione delle soluzioni giuridiche e costituzionali⁴. Non è ovviamente questa la sede per ripercorrere i numerosi contributi in materia⁵; è più utile ricordare che tale ambito di ricerca stimola il comparatista laddove è chiamato ad analizzare una norma, soluzione o architettura costituzionale adottata ben al di là del contesto in cui essa

⁴ La dottrina è vasta, si vedano almeno, per la dottrina italiana: U. MATTEI, *Circolazione dei modelli giuridici*, in Enciclopedia del Diritto, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 175-181 e, più recentemente, A. DI MARTINO, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in DPCE online, spec. 2021, p. 743 ss.

⁵ I principali riferimenti sono, come è ben noto, le differenti teorie di A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1974, G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 81-85; P. LEGRAND, *Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017, pp. 1-132. senza trascurare l'apporto della dottrina italiana, specialmente R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, *Digesto civ.*, vol. 2, Torino, 1988, pp. 369-370; A. PIZZORUSSO, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in R. SACCO (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 67-78.

ha avuto origine. Inevitabilmente, è il processo di adattamento della norma trapiantata al contesto locale ad essere analizzato, qui inteso come soggetto attivo in tale dinamica⁶, che vede momenti di “resistenza” più o meno accentuati⁷, con “l’emersione” di elementi di autoctonia giuridica, di scontro e incontro, ovvero sintesi tra soluzioni giuridiche di diversa origine⁸. Nel nostro caso, da un lato s’intende ripercorrere brevemente la trasposizione di istituti e regole del modello *Westminster* nell’Africa Subsahariana anglofona, dall’altro non può non evidenziarsi un sensibile e ulteriore dibattito giuspubblicistico sugli effetti della circolazione *anche* delle convenzioni costituzionali del parlamentarismo britannico (*infra*)⁹. L’ottica è quella decoloniale e post-coloniale¹⁰, mediante la quale si evidenziano gli sviluppi costituzionali in atto nell’Africa Subsahariana anglofona in particolare e, nel caso della *basic structure doctrine*, nel *Global South* in generale¹¹. Si tratta di processi di circolazione delle idee giuridiche che si sono giovate dell’effetto moltiplicatore derivato dalla globalizzazione giuridica, da cui risulta impossibile ignorare le tensioni «che questa innesca con altre dimensioni spaziali» ossia, per l’appunto, le tradizioni giuridiche dell’Africa Subsahariana¹².

Nel *Commonwealth*, la circolazione dei modelli costituzionali fu una diretta conseguenza dell’espansione del *common law* nelle colonie e *dominions*. Dal punto di vista normativo, l’attività giurisprudenziale del *Judicial Committee of the Privy Council* – così come quella del *Colonial Office* – “costruirono” una cultura giuridica comune. Mentre il primo svolse un ruolo rilevante come giudice di ultima istanza per tutti i possedimenti imperiali – favorendo una certa uniformazione normativa e il controllo diffuso di costituzionalità –, il secondo ebbe un ruolo cruciale nel *drafting* delle nuove carte costituzionali delle colonie che si avvicinavano all’indipendenza¹³. A questo riguardo, il *Colonial Office* sosteneva che i diritti fondamentali

⁶ Cfr. G. RESTA, *Le tassonomie e la precomprensione del comparatista*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo 4, ottobre-dicembre 2017, pp. 1212-1216.

⁷ Cfr. Sempre A. DI MARTINO, *Circolazione*, op. cit. pp.782, 792, 808.

⁸ M. GRAZIADEI, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law 2nd*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p.

⁹ Citando Pizzorusso, lo ricorda sempre A. DI MARTINO, *Circolazione*, op. cit., p. 761. V. *amplius* e non limitatamente all’Africa Subsahariana, T. GROPPI, *Occidentali’s Karma? L’innesto delle istituzioni parlamentari in contesti estranei alla tradizione giuridica occidentale*, in R. TARCHI (a cura di), *Parlamento e parlamentarismi nel diritto comparato*, Quaderni della Rivista DPCE online, Milano, 2020, p. 141 ss.

¹⁰ Sul punto, tra i vari riferimenti si vedano S. MUNSHI, *Comparative Law and Decolonizing Critique*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 65, 2017, pp. 207-235; C. CLAPHAM, *Decolonising African Studies?*, in *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 58, Issue 1, 2020, pp. 137-153. Più recente, si segnala il contributo di T.G. DALY, D. SAMARARATNE, *Decolonising Comparative Constitutional Law (and Democratisation Studies)?*, in T.G. DALY, D. SAMARARATNE (a cura di), *Democratic Consolidation and Constitutional Endurance in Asia and Africa: Comparing Uneven Pathways*, Oxford, Oxford University Press, 2024, pp. 1-36.

¹¹ Sull’Africa australe cfr. M. NICOLINI, *L’altra law of the Land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*, Bologna, Bononia University Press, 2016.

¹² A. DI MARTINO, *Circolazione*, op. cit., p. 866.

¹³ Non bisogna dimenticare che fu il pragmatismo a guidare il *Privy Council* a livello giurisprudenziale e il *Colonial Office* a livello istituzionale. Infatti, «colonial authorities made calculated assessments regarding the treatment of the various institutional elements [...] Because the circumstances and history of each colony - as well as Britain’s related strategic and economic interests - differed, the integrative process resulted in the creation of a unique corpus of law within each jurisdiction, a common law distinct from that of the commonwealth as

potessero essere garantiti mediante la rappresentanza parlamentare, grazie alla quale anche le minoranze avrebbero potuto avere la propria voce¹⁴. Così, il modello *Westminster* fu considerato la forma di governo ideale per le colonie, anche in considerazione del suo accoglimento in Canada, Australia, Nuova Zelanda e Sudafrica¹⁵.

Vista la grande varietà di adattamenti del modello *Westminster*¹⁶, si è dell'avviso che bisogna ricordarne le sue principali caratteristiche, sulla scia di quanto osservato da Stanley de Smith¹⁷, ovvero di chi ha più recentemente sostenuto che con esso si identifichi «*a parliamentary democracy in the British-imperial constitutional tradition*»¹⁸. In tale modello il Capo di Stato non è il capo del governo, funzione svolta dal primo ministro legato dal rapporto fiduciario con il parlamento¹⁹. La diffusione del modello non ha comportato un suo diretto trapianto; la dottrina ha distinto tra il modello *Westminster* classico, che trova i fondamenti dottrinari in Bagehot e Dicey, e un *export model*²⁰, che ha rigettato la natura non scritta

well as from other colonies». R.J. DANIELS, M.J. TREBILCOCK, L.D. CARSON, *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, pp. 153-154; R.B. HALDANE, *The Work for the Empire of the Judicial Committee of the Privy Council*, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 1, No. 2, 1922, spec. pp. 146-148, 152, 155; S.G. CALABRESI, *The History and Growth of Judicial Review, Volume 1. The G-20 Common Law Countries and Israel*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 78-79. V. anche S. BAGNI, M. NICOLINI, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, CEDAM – Wolters Kluwer, 2021, pp. 137-139.

¹⁴ L'inclusione del catalogo dei diritti nelle costituzioni delle colonie fu ampiamente dibattuta tra i *constitutional advisers* come Sir Ivo Jennings e Wheare e il *Colonial Office* stesso. Mentre i primi tendevano ad essere allineati con le priorità delle elites locali, il secondo non poneva grande affidamento nell'autonomia dei primi. Essi, peraltro, evidenziavano la difficoltà nell'includere il catalogo dei diritti per via della loro interpretazione nel contesto locale, data la loro portata universalizzante. Sul punto si v. C. PARKINSON, *The protection of rights in Britain and the protection of rights in its territories during colonial rule and at independence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 29-33.

¹⁵ Su cui si rimanda a R.A.W. RHODES, J. WANNA, P. WELLER, *Comparing Westminster*, Oxford, Oxford University Press, spec. pp. 12-19.

¹⁶ Da non confondersi la *Westminster Constitution* che, secondo Harding, mostra le seguenti caratteristiche: costituzione non scritta, sovranità del parlamento, stato unitario e Capo di Stato che esercita solo limitati poteri, ossia le prerogative regie o poteri "riservati". Inoltre, i membri del Cabinet sono scelti tra gli eletti alla camera bassa. Cfr. A. HARDING, *The 'Westminster Model' Constitution Overseas: Transplantation, Adaptation and Development in Commonwealth States*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, Vol. 4, No. 2, 2004, p. 146.

¹⁷ S.A. DE SMITH, *Westminster's export models: The legal framework of responsible government*, in *Journal of Commonwealth Political Studies*, Vol. 1, Issue 1, 1961, p. 3.

¹⁸ Così W. ELLIOT BULMER, *Westminster and the World. Commonwealth and Comparative Insights for Constitutional Reform*, Bristol, Bristol University Press, 2020, p. 78. Modello *Westminster* di esportazione ove venivano previste diverse procedure di revisione, come nel caso del Lesotho ma soprattutto del Kenya. V. sull'argomento Cfr. J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth: An Eastern and Southern African Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 43-48. Non bisogna dimenticare, però, che «*thorough application of the Westminster model in former British colonies is a derivative of colonial generalization*». Così M. NICOLINI, *Methodologies of Comparative Constitutional Law: Universalist Approach*, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, March 2020, punto 27.

¹⁹ A. HARDING, *The 'Westminster Model' Constitution Overseas*, op. cit., pp. 146-148.

²⁰ Si veda S.A. SMITH, *Westminster's export models: The legal framework of responsible government*, in *Journal of Commonwealth Political Studies*, Vol. 1, Issue 1, 1961, pp. 2-16

dell'ordinamento costituzionale britannico, ma dal quale non si poi molto distanziato per la redazione di 33 costituzioni tra il 1950 e il 1960²¹.

Altre classificazioni sono state proposte in questa specifica dinamica di circolazione delle idee costituzionali, ma una distinzione utile in considerazione delle argomentazioni della Corte d'Appello del Lesotho è quella tra due generazioni di costituzioni coloniali basate sul modello *Westminster*. Con la prima sono state individuate quelle carte maggiormente attinenti alla categoria del *political constitutionalism*, fondate sul suolo del Parlamento e sulle convenzioni costituzionali; con la seconda, invece, si è fatto riferimento al *legal constitutionalism*, per la presenza di un testo scritto, una carta dei diritti, *judicial review of legislation*, procedimenti aggravati per la revisione costituzionale e codificazione delle convenzioni costituzionali sul funzionamento della forma di governo, quindi formazione del governo, scioglimento del parlamento e rapporto tra primo ministro e capo di stato²².

Nell'Africa Subsahariana, però, il modello *Westminster* non ha avuto grande fortuna e, anzi, in non pochi casi successivamente all'indipendenza tale forma di governo è stata sostituita dal presidenzialismo²³. Prima di tutto, esso è stato considerato un lascito coloniale, come tale malvisto dalle popolazioni locali una volta ottenuta l'indipendenza; in secondo luogo, va ricordata l'assenza di un bipartitismo in realtà che, piuttosto, vedevano i partiti politici maggiormente ancorati a identità linguistiche e culturali²⁴. A mancare erano partiti nazionali, mentre l'amministrazione coloniale non favorì una qualsivoglia cultura costituzionale nei territori amministrati²⁵. In questa tendenza, il Lesotho si distanzia da altri percorsi costituzionali dell'Africa Subsahariana, in quanto sia la Costituzione dell'Indipendenza del 1966, sia la Costituzione del 1993 hanno conservato la forma di governo parlamentare codificando diverse convenzioni costituzionali britanniche²⁶.

²¹ A. HARDING, *The 'Westminster Model' Constitution Overseas*, op. cit., pp. 147-150. *Amplius* cfr. M. WRIGHT, *British Colonial Constitutions*, Oxford, Clarendon Press, 1952; S.A. DE SMITH, *The New Commonwealth and Its Constitutions*, London, Stevens & Sons, 1964.

²² W. ELLIOT BULMER, *Westminster and the World*, op. cit., p. 81 ss.

²³ In generale J. FLETCHER-COOKE, *The Failure of the "Westminster Model" in Africa*, in *African Affairs*, Vol. 63, No. 252, 1964, pp. 197-208. Paradigmatici sono stati i casi di Nigeria e Kenya su cui B.O. NWABUEZE, *Presidentialism in Commonwealth Africa*, Hurst, London, 1974; B.O. NWABUEZE, *Constitutionalism in the Emergent States*, London, C. Hurst & Co., 1973, p. 55 ss.

²⁴ A.F. MADDEN, "Not for export": *The Westminster model of government and British colonial practice*, in *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, Vol. 8, Issue 1, 1979, 21-24.

²⁵ B. MUNSLOW, *Why has the Westminster Model Failed in Africa?*, in *Parliamentary Affairs*, Vol. 36, Issue 2, 1983, pp. 227-228

²⁶ L'altra eccezione è rappresentata dallo Swaziland. Cfr. J. HATCHARD, M. NDULO, P. SLINN, *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth*, op. cit., p. 57. Per un'agile ricostruzione sulla storia costituzionale del Lesotho si veda R. ARIETTI, *Piecemeal approach alle riforme e fallito trapianto del modello Westminster: il Nono Emendamento (2020) alla Costituzione del Lesotho, tra "eccessivo" premierato e iper-parlamentarismo*, in *Federalismi.it, Focus Africa*, n. 21/2022, pp. 34-42.

3. I precedenti “mancati” della *basic structure doctrine* in Africa.

Il tema della circolazione delle soluzioni giuridiche non riguarda solo il trapianto della forma di governo, ma anche l’impatto della giurisprudenza nell’area del *Commonwealth* e più specificamente del *Global South*, come nel caso della *basic structure doctrine*. Non è questa la sede per ripercorrere tentativi e argomentazioni delle corti di vertice che hanno accolto, rigettato o ritenuto non necessario ricorrere a tale dottrina; tuttavia, sembra opportuno evidenziare il percorso del formante giurisprudenziale della Corte suprema indiana nel continente africano²⁷.

Tale Corte ha sancito che alcuni caratteri essenziali del testo costituzionale non possono essere oggetto di revisione costituzionale in quanto essi identificano la “struttura” della costituzione stessa. A partire dalla decisione *Kesavananda Bharati v State of Kerala*, introdusse la *basic structure doctrine* limitando la sovranità del parlamento nonostante, secondo l’art. 368²⁸ della Costituzione, esso detenesse la potestà di emendare qualsiasi disposizione costituzionale²⁹. La Corte individuò tali caratteristiche nell’indipendenza della magistratura e del sistema giudiziario, nella forma di governo parlamentare, nel secolarismo sulla base dei diritti fondamentali e nel federalismo³⁰. Tale decisione, che potrebbe essere definita di “revisione costituzionale”³¹ va considerata, però, all’interno del contesto costituzionale indiano che vedeva la Corte assumere sempre più il ruolo di argine al protagonismo del Parlamento³². In effetti, prima di *Kesavananda*

²⁷ Specificamente sulla *basic structure doctrine* e sulle sue origini dottrinali si veda la chiara ricostruzione di Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 42 ss. Sull’argomento, in generale si vedano G. HALMAI, *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1328 ss. C. SAUNDERS, *Judicial Dialogue in Common Law Countries*, in AA.VV., *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Parigi, 2007, p. 413 ss.; F. PALERMO, *Judicial dialogue e citazione dei precedenti stranieri. Un contributo alla dogmatica del legal pluralism*, in P. MARTINO (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 9 ss.; In senso critico cfr. M. NICOLINI, “When Southern African Courts Join Judicial Conversation”: *considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in E. CUKANI, M. DICOSOLA, M. NICOLINI, G. POGGESCHI (a cura di), *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un “itinerario” geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 81-117. Si rimanda all’ampia indagine condotta da T. GROPPI, M.P. PONTTHOREAU, I. SPIGNO (a cura di), *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century*, London, Hart, in corso di pubblicazione, 2025.

²⁸ Che recita: «Notwithstanding anything in this Constitution, Parliament may in exercise of its constituent power amend by way of addition, variation or repeal any provision of this Constitution in accordance with the procedure laid down in this article». Sul punto R.C. BHARDWAJ, *Constitution Amendment in India* [7th (Revised)], Northern Book Centre for Lok Sabha Secretariat, 2012.

²⁹ M.J. NELSON, *Indian Basic Structure Jurisprudence*, op. cit., pp. 334, 340.

³⁰ Si vedano, *Indira Nebru Gandhi vs Shri Raj Narain*, AIR 1975 SC 2299 e *Minerva Mills v. Union of India*, AIR 1978 SC 1789; *S.R. Bommai vs Union Of India*, AIR 1994 SCC, spec. parr. 13-14, 96, 169, 247, 276.

³¹ Si tratta di una tipologia di sentenze manipolative attraverso le quali le Corti di vertice estendono i parametri costituzionali mediante un’attività ermeneutica che risulta creativa di “nuove” norme costituzionali. A. RUGGERI, I. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 193, ma anche p. 7.

³² Come osservato dalla dottrina «starting from a position of deference, the judiciary slowly began asserting its interpretative authority, resulting in a battle of increasing intensity» Cfr. A.K. THIRUVENGADAM, *The Constitution of India: a Contextual Analysis*, Oxford and Portland, Hart, 2017, pp. 101-137 e p. 221. Va ricordato che la *basic structure doctrine* è stata adottata dalla giurisprudenza costituzionale dell’area di *commonw law*, finanche denominata «strong basic structure review», come reazione alla *parliamentary supremacy* “ereditata” dalla tradizione costituzionale britannica. Cfr. J.I. COLÓN-RÍOS, *A new typology of judicial review of legislation*, in *Global Constitutionalism*, Vol. 3, Issue 2, 2014, p. 153.

Bharati v State of Kerala, tra i giudici della Corte ebbe sempre più “presa” la teoria dei limiti impliciti alla revisione costituzionale³³. La contrapposizione con l’organo legislativo culminò, appunto, nel *Kesavananda Bharati v State of Kerala*, giudizio conseguente proprio all’approvazione della revisione costituzionale³⁴ che avrebbe reso esplicitamente illimitato il potere emendativo da parte del Parlamento³⁵. In questo modo, la Corte Suprema “vinse” il confronto costituzionale ed ebbe modo di allargare le maglie della *basic structure doctrine*³⁶.

Si è già detto che la *basic structure doctrine* ha avuto una certa diffusione tra le corti di vertice del *Global South*³⁷ ma, sino al giudizio della *High Court* prima e della Corte d’Appello del Lesotho poi, le Corti di vertice dell’Africa Subsahariana non hanno considerato necessario ricorrere ad essa. L’ipotetica applicazione *basic structure doctrine* venne, infatti, solo paventata dalla Corte costituzionale sudafricana nel corso della transizione del 1991-1996, facendo presagire un accoglimento in caso di crisi di sistema³⁸. La Corte ne escluse l’applicazione nel c.d. *UDM case*, ove non dichiarò l’incostituzionalità del *floor crossing*³⁹. Nonostante alcuni timori da parte della dottrina – mediante il *floor crossing* si sarebbe potuto consentire

³³ A partire dalle opinioni dissenzienti dei giudici J. Mudholkar e Hidayatullah in *Sajjan Singh vs State of Rajasthan*, 1965 AIR 845, 1965 SCR (1), 933, secondo cui: «to know whether the basic features of the Constitution under which we live and to which we owe allegiance are to endure for all time-or at least for the foreseeable future-or whether the yard no more enduring than the implemental and subordinate provisions of the Constitution». Osservazioni elaborate in I.C. Goleknath v. State of Punjab, AIR 1967 SC 1643.

³⁴ *The Constitution (Twenty-fourth Amendment) Act*, 1971. Cfr. *amplius* T. R. ANDHYARUIJNA, *The Kesavananda Bharati Case - The Untold Story of Struggle for Supremacy by Supreme Court and Parliament*, New Delhi, Universal Law Publishing, 2012.

³⁵ G. AUSTIN, *Working a Democratic Constitution: A History of the Indian Experience*, New Delhi, Oxford University Press, 1999, p. 171 ss.

³⁶ In dottrina v. S. KRISHNASWAMY, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 2009. Si vedano inoltre: C. CHANDRACHUD, *Constitutional Interpretation*, in S. CHOUDHRY, M. KHOSLA, P. BHANU MEHTA (a cura di), *The Oxford Handbook of Indian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 73–93; U. BAXI, *Law, Politics, and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence*, in S. CHOUDHRY, M. KHOSLA, P. BHANU MEHTA (a cura di), *The Oxford Handbook*, op. cit., pp. 73 e 94 ss; G. AUSTIN, *The Supreme Court and the Struggle for Custody of the Constitution*, in B.N. KRIPAL et. al. (a cura di), *Supreme But Not Infallible: Essays in Honour of the Supreme Court of India*, New Delhi, Oxford University Press, 2000, p. 13.

³⁷ Sempre Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, op. cit., p. 59 ss.

³⁸ Così la Corte: «it may perhaps be that a purported amendment to the Constitution, following the formal procedures prescribed by the Constitution, but radically and fundamentally restructuring and re-organizing the fundamental premises of the Constitution, might not qualify as an “amendment” at all. That problem has engaged the Indian Supreme Court for some years and it has been held that the power of amendment of the Constitution, vested in the Legislature, could not be employed- “to the extent of destroying the basic features and structure of the Constitution». *Premier of Kwazulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT36/95) [1995] ZACC 10*, par. 47.

³⁹ *United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa and Others (African Christian Democratic Party and Others Intervening; Institute for Democracy in South Africa and Another as Amici Curiae) (No 2) (CCT23/02) [2002] ZACC 21*, parr. 15-17. La questione di legittimità costituzionale venne avanzata verso la *floor crossing legislation*, che rese possibile il passaggio da un gruppo parlamentare all’altro. Essa venne comunque abrogata nel 2008 e ristabilito il mandato imperativo per i membri dell’Assemblea nazionale. *The Constitution of the Republic of South Africa Amendment Act n. 18 of 2002; Local Government: Municipal Structures Amendment Act, 2002 [No. 20 of 2002] The Constitution of the Republic of South Africa Second Amendment Act, 2002 (Act No. 21 of 2002); Loss or Retention of Membership of National and Provincial Legislatures Act (No. 22 of 2002)*. Emendamenti furono poi soppressi nel 2008 dal *Constitution Fourteenth Amendment Act of 2008* e il *Constitution Fifteenth Amendment Act of 2008*. Sulla vicenda F.R. DAU, *Costituzionalismo e rappresentanza: il caso del Sudafrica*, Milano, Giuffè, 2011, pp. 231-238 e 244-261.

all'*African National Congress* di raggiungere i due terzi al fine di emendare qualsiasi disposizione costituzionale –, la Corte non considerò “a rischio” la tenuta dell’ordinamento costituzionale⁴⁰. V’è poi un altro precedente di rigetto della *basic structure doctrine*; esso è meno risalente e riguarda la Corte d’Appello della Tanzania⁴¹, che assunse un approccio formalistico e prese esplicitamente le distanze dalla giurisprudenza indiana, ribaltando la decisione della *High Court* che, invece, aveva fatto ricorso alla *basic structure doctrine*⁴².

Soltanto più recentemente la *basic structure doctrine* è stata sollevata su questioni di illegittimità costituzionale relative, però, a revisioni costituzionali piuttosto ampie o che avrebbero comportato una maggiore incisività ai testi costituzionali: si tratta del caso kenyota e di quello del Lesotho. La vicenda che ha destato maggiore interesse è stata quella del progetto di riforma costituzionale denominato *Building Bridges Initiative*, considerato un *big constitutional amendment*⁴³. L’illegittimità costituzionale del *Bill* venne sancita sulla base della *basic structure doctrine* nel primo e secondo grado di giudizio⁴⁴, mentre di diverso avviso fu la Corte Suprema la quale, nel 2022, cassò il progetto di legge non sulla scia della Corte suprema indiana ma sancendo, in modo condivisibile, l’illegittimità costituzionale in base agli enunciati della Costituzione, in special modo considerando la genesi del *Bill*⁴⁵.

La rilevanza della sentenza, che non è possibile analizzare in modo esteso, è dimostrata anche dall’intervento di numerosi *amici curiae*⁴⁶. Un aspetto, però, rileva per la comparazione giuridica: la “resistenza” alla circolazione di soluzioni giuridiche dovuta alla presenza di tre diverse procedure di

⁴⁰ Cfr. T. ROUX, *The Politics of Principle: The First South African Constitutional Court, 1995–2005*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 354-356. Vi è da dire che l’ANC giovò del *floor crossing* tra il 2002-2009. Cfr. S. CHOUDHRY, “He had a mandate”: *The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy*, in *Constitutional Court Review*, Vol. 2, Issue 1, 2009, pp. 10-13, 47-48; S. ISSACHAROFF, *The Democratic Risk to Democratic Transitions*, in *Constitutional Court Review*, Vol. 5, I. 1, 2013, pp. 7-8; J. FOWKES, *Building the Constitution: The Practice of Constitutional Interpretation in Post-Apartheid South Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 216-232.

⁴¹ *Honourable Attorney General vs Reverend Christopher Mtikila (Civil Appeal 45 of 2009) [2010] TZCA 162 (17 June 2010)*.

⁴² *Mtikila v. Attorney General (10 of 2005) [2006] TZHC 5 (5 May 2006)*, par. 27– 9. Il caso in questione verteva sull’emendamento costituzionale che negò la partecipazione dei candidati indipendenti alle elezioni.

⁴³ *The Constitution of Kenya (Amendment) Bill, 2020*. Tra i vari emendamenti quella più significativa era l’introduzione della carica del primo ministro e due vice primi ministri, il primo legato dal rapporto fiduciario con l’Assemblea nazionale. Cfr. C. MURRAY, *Making and Remaking Kenya’s Constitution*, in T. GINSBURG, S. BISARYA (a cura di), *Constitution Makers on Constitution Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 37-76. V. anche sul costituzionalismo kenyota Y. GHAI, *Constitutions and Constitutionalism*, in N. CHEESEMAN, N. KANYINGA, G. LYNCH (a cura di), *The Oxford Handbook of Kenyan Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 207-220.

⁴⁴ Sulle pronunce della *High Court* e della *Court of Appeal* che avevano sancito l’illegittimità costituzionale del *Bill* secondo la *basic structure doctrine* si vedano M. DI BARI, *Unconstitutional Constitutional Amendments. Comparative considerations on the recent case law*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2022, pp. 1-18; A. DIRRI, *La Building Bridges Initiative (BBI) “saga” kenyota: problematiche, peculiarità e importanza di due giudizi cruciali (in attesa della Corte Suprema)*, in *Diritti comparati*, 15 novembre 2021.

⁴⁵ *The Supreme Court of Kenya the Attorney General & 2 Others V. David Ndii & 79 Others Sc Petition No. 12 Of 2021 (Consolidated With Petitions Nos. 11 & 13 Of 2021)*.

⁴⁶ *Ibidem*, parr. 144-177. Sono stati coinvolte personalità di spicco del mondo accademico nel giudizio, sia dell’Africa subsahariana, sia di estrazione anglosassone e statunitense. Sul punto si consiglia l’[analisi](#) di Bhatia.

revisione costituzionale molto gravose in termini di interconnessione tra partecipazione diretta e indiretta⁴⁷. Tale soluzione “autoctona” rappresenta il contemperamento di due diverse esigenze: in primo luogo mitigare la ricezione del costituzionalismo basato sul modello *Westminster*, ovvero sulla sovranità del legislatore; in secondo luogo, come conseguenza del primo, porre un argine alla «*historical legacy of the culture of hyper-amendments*»⁴⁸ facendo interagire l'organo della rappresentanza politica con istituti della democrazia diretta, per favorire la partecipazione delle masse in precedenza estromesse, *de facto*, dal circuito democratico rappresentativo. Il delicato bilanciamento cui il costituente kenyota del 2010 è pervenuto è risultato un argine normativamente adeguato che ha impedito di dover ricorrere ad una *purposive interpretation* che avrebbe sottoposto la Corte ad una più ampia critica da parte delle *élite* dal cui accordo ha avuto origine il *Bill*.

Questo sistema di complesse procedure di revisione «*is one of the options available in the menu of constitutional design options for dealing with the practice of abusive amendments just like other design options that limit amendability (for example, eternity clauses and the basic structure doctrine)*»⁴⁹.

A differenza della Corte del Lesotho (*infra*, par. 6), le argomentazioni di quella kenyota sono apparse solide, nella misura in cui gli enunciati costituzionali già fornivano le norme sulla base delle quali cassare la proposta di revisione. Così, la Corte del Kenya ha facilmente sconfessato le conclusioni della Corte d'Appello che aveva fatto ricorso *tout court* alla *basic structure doctrine*, e fondato l'incostituzionalità sulla violazione della procedura predisposta dall'art. 257, base giuridica del *Bill*. La principale questione si radicava nella legittimità o meno inerente alla persona giuridica che potesse avviare il procedimento di revisione mediante l'iniziativa popolare, ovvero se il Presidente potesse attivare la procedura ex art. 257. La Corte ha esaminato la fase della proposta di revisione ai sensi dell'articolo 259, par. 1⁵⁰, che indica le modalità di interpretazione degli enunciati, tra cui figura la promozione di «*purposes, values and principles*». Di qui l'inconciliabilità tra iniziativa di revisione di fatto presidenziale e la prescrizione costituzionale, il

⁴⁷ Non molto distante da R. DIXON, D. LANDAU, *Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13 No. 3, pp. 606–638. Le tre procedure sono contenute negli artt. 255, 256 e 257 della Costituzione kenyota: il primo dispone un aggravio procedurale ulteriore rispetto a quelle disposte dagli artt. 256 e 257, ossia il referendum popolare nella fase conclusiva, nel caso la revisione comporti emendamenti su ambiti considerabili parte della *basic structure*, quali la supremazia della Costituzione, il territorio, la sovranità, i valori e principi costituzionali, i diritti umani, la durata in carica del Presidente, il sistema giudiziario, le funzioni del Parlamento, il decentramento e le procedure di revisione stesse; il secondo e il terzo delineano, rispettivamente, la procedura ad iniziativa parlamentare e popolare. Esse sono state qualificate dalla Corte come «*multi-staged, multi-institutional, time-consuming process that ensures that a constitutional amendment process that touches on the core or fundamental aspects of the Constitution is transparent, inclusive and engenders the participation of the people in democratically deciding on their governance*». *The Supreme Court of Kenya the Attorney General & 2 Others V. David Ndii & 79 Others*, par. 208.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 194.

⁴⁹ *Ibidem*, par. 202.

⁵⁰ Secondo cui la Costituzione «*shall be interpreted in a manner that - promotes its purposes, values and principles; advances the rule of law, and the human rights and fundamental freedoms in the Bill of Rights; permits the development of the law; and contributes to good governance*».

cui orientamento interpretativo obbliga il perseguimento delle rime-obbligate del «*citizen-driven and citizen-centered process [...] triggered “from below”*»⁵¹; in questo modo, l’iniziativa popolare da un lato si distingue da quella parlamentare, mentre dall’altro esclude qualsiasi “intrusione” da parte dell’organo esecutivo. Il Presidente, infatti, non detiene alcun ruolo attivo nei procedimenti di revisione costituzionale le cui procedure sono di iniziativa parlamentare (art. 256) o popolare (art. 257), ma con “prevalenza” dell’istituto referendario, qualora la revisione riguardi i tratti distintivi della Costituzione⁵².

Con argomentazioni convincenti e puntuali la Corte kenyota era giunta a rilevare l’incostituzionalità dello strumentale utilizzo dell’istituto dell’iniziativa popolare da parte di organi dello Stato, come la Presidenza, snaturando la finalità di una procedura volta a limitare il protagonismo dell’organo esecutivo e legislativo nella revisione costituzionale⁵³. Il giudizio, come ricordato, è probabilmente uno dei più importanti degli ultimi anni in tema di emendamenti costituzionali incostituzionali; nonostante ciò, essa non è stata considerata dalla Corte d’Appello del Lesotho nonostante gli ampi spunti forniti sulla *basic structure* in chiave comparata (*infra*, par. 5).

4. La forma di governo del Lesotho: contesto e ragioni del *Ninth Amendment Act, 2020*.

Il Lesotho, quindi, presenta un caso di interesse per via della ricezione della forma di governo *Westminster* da parte della Gran Bretagna, sia della *basic structure doctrine* circa la configurazione costituzionale del primo. L’eccezionalità del recepimento lesothiano della forma di governo *Westminster* fu notata già all’indomani dell’indipendenza, nonostante il colpo di stato avvenuto nel 1970. L’ancoraggio a Londra veniva ravvisato sotto diversi profili, che intrecciavano tradizioni giuridiche consuetudinarie; ad esempio, nella Costituzione del 1966, accanto ad una camera bassa eletta a suffragio universale con un sistema elettorale *first past the post*, si prevedeva un Senato non elettivo, composto da 33 *traditional chiefs*, dei quali 11 di diretta nomina regia. La principale funzione del Senato, in analogia con la *House of Lords*, era di controllo, non potendo svolgere quella di veto ma solo di ritardare l’approvazione di un progetto di legge da parte della camera bassa⁵⁴. Al di là dell’assetto costituzionale, le similitudini terminavano laddove il sistema politico

⁵¹ *The Supreme Court of Kenya the Attorney General & 2 Others V. David Ndii & 79 Others*, par. 238.

⁵² *Ibidem*, parr. 244, 245.

⁵³ *Ibidem*, par. 246. Non facendo, quindi, ricorso alla *basic structure doctrine* ma nemmeno escludendolo. Tale opzione è supportata da chi ha evidenziato che la *basic structure* non possa essere invocata nel caso di procedure piuttosto lunghe e gravose che prevedano, con lo stesso grado di vincolatività, attori istituzionali forme di partecipazione popolare. P.J. YAP, *The conundrum of unconstitutional constitutional amendments*, in *Global Constitutionalism*, Vol. 4, Issue 1, 2015, pp. 114-136.

⁵⁴ W.J.A. MACARTNEY, *African Westminster? The Parliament of Lesotho*, in *Parliamentary Affairs*, Volume 23, Issue 1969dec, December 1970, pp. 123, 139-140.

non poggiava su una cultura costituzionale affine al bipartitismo e al principio dell'alternanza, cosa che portò al collasso dell'ordinamento costituzionale⁵⁵.

La Costituzione del 1993 mantenne la forma di governo Westminster, contrariamente ad altre esperienze costituzionali che, successivamente a diverse fasi di regime autoritario, virarono verso il presidenzialismo⁵⁶. Dopo la crisi sistemica del 1998 e l'intervento di forze armate del Sudafrica, Zimbabwe e Botswana, il legislatore costituzionale iniziò una fase di manutenzione⁵⁷ che ha riguardato la fase elettorale con l'introduzione della *Independent Electoral Commission* e, soprattutto, di un correttivo proporzionale alla sistema elettorale maggioritario nel 2001⁵⁸. Tale novella non ebbe effetti immediati sulla composizione del parlamento, in quanto il *ruling party*, il *Lesotho Congress for Democracy* (LCD), ottenne una solida maggioranza presso l'Assemblea nelle elezioni del 2002⁵⁹. Si dovette attendere il termine della legislatura quando una scissione interna al LCD nel 2006 provocò la formazione di un nuovo partito, il *All Basotho Convention* (ABC), e del relativo gruppo parlamentare⁶⁰. Tuttavia, le elezioni del 2007 non ebbero alcun effetto sulla maggioranza governativa; diversamente, fu l'esito di quelle del 2012 a rendere evidente la necessità di una coalizione di governo, formata da due summenzionati partiti con l'aggiunta del *Democratic Congress* (DC)⁶¹. Successivamente, tra il 2012 e il 2017, il Lesotho ha sperimentato una fase di acuta instabilità istituzionale con la fine anticipata di due legislature consecutive, fattore che ha indotto l'Assemblea nazionale ad approvare il *Ninth Amendment Act* nel 2020, volto a limitare l'esercizio dei poteri di scioglimento in capo al primo ministro ed evitare, così, il ricorso a *snap elections*⁶². La revisione

⁵⁵ Su cui M.H. STEIN, E. STEIN-MACGINLEY, *Legal Aspects of the Lesotho Constitutional Crisis*, in *East African Law Journal*, vol. 6, n. 3, 1970, pp. 210-221.

⁵⁶ B. NWABUEZE, *Presidentialism in Commonwealth Africa*, London, Hurst & Co, 1974. Più recentemente si v. F. VENTER, *Parliamentary Sovereignty or Presidential Imperialism? The Difficulties in Identifying the Source of Constitutional Power from the Interaction Between Legislatures and Executives in Anglophone Africa*, in C.M. FOMBAD (a cura di), *The Separation of Powers in African Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 95 ss.

⁵⁷ In realtà gli interventi sono stati numerosi e hanno apportato modifiche a diverse norme costituzionali. Tale fase, invero ancora in essere, è stata definita ad “attuazione nervosa”, laddove appare più corretto sostenere si trattasse invece, di una serie di modifiche puntuali per rendere, formalmente, più adeguata la rappresentanza alla realtà partitica, non più basata su un partito egemone. Si deve anche ricordare che la revisione della formula maggioritaria ha probabilmente “giovato” della Costituzione sudafricana del 1996 che ha costituzionalizzato un sistema proporzionale puro. Sul punto e sugli emendamenti costituzionali precedenti al nono v. R. ARIETTI, *Piecemeal approach*, op. cit., pp. 39-41.

⁵⁸ *Fourth Amendment to the Constitution Act, 2001, No. 4 of 2001, An Act to amend the Constitution to establish a mixed member proportional electoral system for the election of members to the National Assembly; to provide for greater independence for the Independent Electoral Commission; and to provide for special provisions for the conduct of general elections*. L'emendamento intervenne sull'articolo 57, che attualmente prevede l'elezione di 80 membri dell'Assemblea Nazionale con il sistema *first past the post* e i restanti 40 con quello proporzionale.

⁵⁹ F.K MAKOA, *Lesotho*, in *South African Journal of International Affairs*, Vol. 12, Issue 1, 2005, p. 64 ss.

⁶⁰ Da cui scaturirono diverse critiche verso il c.d. *floor crossing*. La dottrina si aspettava già nelle elezioni del 2007 uno stravolgimento del sistema politico. Cfr. K. MATLOSA, V. SHALE, *The Impact of Floor Crossing on Electoral Politics and Representative Democracy in Lesotho*, in *Journal of African Elections*, Vol. 7, No. 1, 2008, p. 149 ss.

⁶¹ T.W. LETSIE, *The 2012 general election in Lesotho. A step towards the consolidation of democracy*, in *Journal of African Elections*, Vol. 12, No. 1, 2013, p. 65 ss.

⁶² Su questa fase cfr. sempre R. ARIETTI, *Piecemeal approach*, op. cit., pp. 42-45.

costituzionale⁶³ ha, quindi, cercato di bilanciare i poteri costituzionali nelle crisi di governo, potenziando il ruolo dell'Assemblea nazionale e incidendo sui margini di manovra del primo ministro così come del Capo di Stato.

Il nono emendamento intendeva modificare il rapporto tra gli organo titolari dell'indirizzo politico favorendo l'assemblea rappresentativa. Nel testo costituzionale vigente, l'art. 83, par. 4, lett. a, stabilisce che, nell'esercizio del potere di scioglimento, il Re deve consultare il primo ministro; quest'ultimo può raccomandare lo scioglimento del parlamento ma è sempre il primo, con il parere del Consiglio di Stato⁶⁴, a poter rifiutare o meno. Ai sensi della lett. b dello stesso articolo e dell'art. 87, par. 5 lett. a, il primo ministro, entro tre giorni dall'interruzione del rapporto fiduciario con l'Assemblea nazionale, è obbligato a rassegnare le dimissioni, o alternativamente, ad avviare consultazioni con il Re circa lo scioglimento del Parlamento. Alla dialettica tra esecutivo e Capo di Stato, si aggiunge una forma di razionalizzazione della forma di governo parlamentare, visto che la stessa mozione di sfiducia deve contenere anche la proposta di nomina di un nuovo primo ministro (artt. 83, par. 5 e 87, par. 5).

Il nono emendamento avrebbe apportato diverse modifiche incidendo, in particolare, sui poteri del Primo ministro; ai sensi delle modifiche all'art. 83, egli avrebbe dovuto immediatamente rassegnare le dimissioni una volta sfiduciato, mentre al Capo di Stato sarebbe rimasta la funzione di nomina di un nuovo capo di gabinetto, contestualmente alla votazione della c.d. sfiducia costruttiva. Così, lo scioglimento anticipato sarebbe stato previsto solo in due ipotesi: nel caso la maggioranza a favore della mozione di sfiducia avesse raggiunto i due terzi e laddove il Capo di Stato, entro sessanta giorni dalle dimissioni del primo ministro non fosse riuscito a rilevare una personalità che godesse della fiducia della camera bassa⁶⁵. La dottrina lamentava, in particolare, la mancanza di una disciplina puntuale della relazione fiduciaria tra governo e parlamento, ovvero termini e limiti alla presentazione e riproposizione della mozione di sfiducia. Analogamente, il timore che l'unica norma che potesse determinare lo scioglimento dell'Assemblea Nazionale fosse l'approvazione a maggioranza qualificata dei due terzi si sarebbe scontrata con l'art. 83 par. 2 secondo il quale il Parlamento, «*unless sooner dissolved, shall continue for five years from the*

⁶³ Le procedure di revisione sono contenute nell'art. 85 della Costituzione. Una prima prevede che l'emendamento venga approvato a maggioranza assoluta dall'Assemblea Nazionale (art. 85 par. 2); una seconda e una terza riguardanti specifici ambiti che richiedono maggioranze qualificate e procedure aggravate. Rispettivamente l'art. 85, par. 3, lett. a e b, prevede che alcune materie possano essere soggette a revisione solo con il supporto dei due terzi di entrambe le assemblee e con un referendum popolare, mentre per altre disposizioni il procedimento si arresta con la maggioranza dei due terzi.

⁶⁴ Il Consiglio di Stato è un organo a composizione mista che assiste il Re nell'esercizio delle sue funzioni i cui membri sono: il Primo Ministro, lo *Speaker* dell'Assemblea Nazionale, due giudici dell'alta corte o della Corte d'Appello, l'Avvocato Generale, il Capo di Stato Maggiore dell'esercito, il comandante delle forze di polizia, un *principal Chief* nominato dal *College of Chiefs*, due membri dell'Assemblea Nazionale delle forze di opposizione, tre personalità in ragione di meriti professionali e un membro proveniente dalle professioni legali. Si tratta, a ben vedere di un organo che tenta di unire diversi interessi e tradizioni, volta a garantire l'unità di indirizzo "costituzionale".

⁶⁵ H. NYANE, *A Note on the Ninth Amendment to the Constitution of Lesotho*, in Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol. 24, 2021, pp. 6-11.

date when the two Houses of Parliament first meet after any dissolution and shall then stand dissolved»⁶⁶. Se la prima argomentazione mostra alcuni fondamenti, quanto al secondo, vista la prassi dell'ultimo decennio, il combinato disposto tra nuovo art. 83, par. 4, lett. b e art. 83 par. 2, avrebbe ostato a qualsiasi interpretazione che rendesse impraticabile il ritorno al voto dopo il naturale decorso della legislatura di cinque anni. V'è da dire, però, che la necessità di disciplinare in maniera più puntuale questi aspetti della forma di governo è stata fatta propria dal *Tenth Amendment Act, No. 15 of 2022*⁶⁷. Tuttavia, come avvenuto per il nono emendamento⁶⁸, anche il decimo non ha superato il vaglio di legittimità costituzionale della Corte d'Appello⁶⁹, in quel caso per motivi procedurali legati alla dichiarazione dello Stato di emergenza⁷⁰.

5. La sentenza della Corte d'Appello: considerazioni metodologiche.

La questione di legittimità costituzionale riguardava l'alterazione del bilanciamento tra Primo Ministro, Re e Parlamento, dovuta ad una maggiore parlamentarizzazione delle crisi di governo. L'obiettivo della revisione costituzionale era limitare il ricorso allo scioglimento anticipato e garantire la continuità della legislatura sino alla sua naturale scadenza. Tale finalità sarebbe stata perseguita negando, al Primo Ministro, di indicare la via dello scioglimento al Re, rimanendo al primo la sola opzione di rassegnare le dimissioni. Il secondo, invece, avrebbe avuto la possibilità di nominare il successivo Primo Ministro, mediante il meccanismo della sfiducia costruttiva⁷¹. In questo modo, per la Corte d'Appello così come per la *High Court*, sarebbe stato negato agli elettori non solo l'esercizio del diritto di voto ma, soprattutto,

⁶⁶ Ibidem, p. 10. Così anche R. ARIETTI, *Piecemeal approach*, op. cit., p. 45.

⁶⁷ *Tenth Amendment to the Constitution Act No 15 of 2022*. Essa ha tentato, in particolare negli artt. 16 e 17 dell'Act, di disciplinare puntualmente la mozione di sfiducia e lo scioglimento anticipato, possibile solo dopo tre anni di legislatura e con la maggioranza qualificata dei due terzi, oppure nel caso in cui entro sessanta giorni dalle dimissioni del Primo ministro, il Capo dello Stato non sia riuscito a incaricare una personalità in grado di ottenere la fiducia parlamentare. Inoltre, sarebbe stato possibile presentare la mozione di sfiducia al massimo una volta per sessione, limitandone ampiamente il ricorso.

⁶⁸ Revisione che ha trovato applicazione nel marzo 2020 quando il Primo ministro, con il pretesto di evitare un voto di sfiducia e in presenza dell'emergenza pandemica, ha prorogato il Parlamento per tre mesi. La Corte d'Appello, anche in quel caso cassò l'azione del governo non superando il test di razionalità; pochi giorni dopo, il Re promulga il Nono emendamento evitando lo scioglimento anticipato e nominando un nuovo Primo Ministro. *All Basotho Convention v The Prime Minister (Constitutional Case No 0006/2020) [2020] LSHCONST 1 (17 April 2020)*. Cfr. E. ANDREOLI, *The rule of law under the threat of the pandemic. Echoes from the African constitutional justice - (comment to High Court of Lesotho, Ach & ors v Prime minister & ors)*, in DPCE Online, pp. 1445-1454; H. 'NYANE, *Emergency Powers and Human Rights Derogations under the Constitution of Lesotho*, in Potchefstroom Electronic Law Journal, Vol. 26, 2023, pp. 15-17. In chiave comparata destano interesse simili conclusioni cui è giunta la Corte suprema della Namibia su cui si v. E. ANDREOLI, *Rationality e reasonableness nelle questioni di costituzionalità. Spunti per una riflessione comparata*, in Federalismi.it-Focus Africa, n. 33/2022, p. 212. Sulla prorogatio invece si v. H. 'NYANE, *The changing nature of the power of prorogation of Parliament in Lesotho: from absolute prerogative to rationality?*, in Law, Democracy and Development, Vol. 25, 2021, p. 193 ss.

⁶⁹ *Attorney General v Boloetse/ Tuke (C of A (CIV) 55/2022) [2022] LSCA 32 (11 November 2022)*.

⁷⁰ Decimo emendamento approvato dopo la fine della legislatura avvenuta il 13 luglio 2022; per evitare la decadenza del provvedimento, il Primo ministro ha invocato, strumentalmente, lo Stato d'emergenza proprio legato all'approvazione del Decimo emendamento, che avrebbe modificato un gran numero disposizioni costituzionali. Cfr. H. 'NYANE, *The State of Lesotho's Constitutional Reforms: Progress or Stagnation?*, in ConstitutionNet, International IDEA, 29 June 2023.

⁷¹ *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, par. 2,3, 14.

il rafforzamento del ruolo del Parlamento avrebbe comportato una diminuzione del potere del Capo dello Stato⁷². La rilevanza di quest'ultimo organo costituzionale viene posta sulla sua funzione di “rappresentare” *«time-honoured traditions»* e come omaggio verso la ricca eredità culturale del Lesotho. Secondo la Corte, questo delicato equilibrio tra i poteri costituzionali è da preservare in quanto unisce le tradizioni giuridiche e culturali autoctone con la democrazia rappresentativa basata sul modello *Westminster*⁷³.

Così, l'equilibrio tra possibili *clashing identities* viene considerato un caposaldo dell'identità costituzionale, nonostante la Corte riconosca il ruolo di natura cerimoniale del Capo dello Stato⁷⁴. Poste queste coordinate, la Corte “affida” la propria argomentazione ai precedenti giurisprudenziali del *Privy Council*, alle sentenze delle corti di vertice del *Commonwealth* britannico e della dottrina più rilevante della tradizione giuridica britannica. L'argomentazione della Corte a supporto dell'incostituzionalità degli emendamenti costituzionali poggia su convenzioni, formante giurisprudenziale e dottrinale del *common law*, lasciando sullo sfondo, paradossalmente, la tradizione giuridica autoctona e i giudizi corti apicali dell'Africa subsahariana. In questo modo, le decisioni richiamate diventano funzionali all'economia del giudizio principale, con finalità di autolegittimazione della Corte sia verso l'ordinamento, sia verso l'esterno, in modo tale da “comparire” nel dibattito giurisprudenziale attorno agli emendamenti costituzionali incostituzionali. In questo caso, però, la narrazione giuridica della Corte d'Appello del Lesotho rimane fortemente legata al passato coloniale e alla tradizione giuridica anglosassone⁷⁵.

La prima sentenza presa in considerazione è *Bribery Commissioner v Ranasinghe* ove, però, il *Privy Council* non giunse a porre le basi della *basic structure doctrine* nell'ambito dell'ordinamento costituzionale del Ceylon (odierno Sri Lanka), ma rilevò l'importanza dell'assicurare l'indipendenza dei giudici rispetto al potere esecutivo in senso generico⁷⁶. L'illegittimità costituzionale, in questo caso, fu dichiarata su basi procedurali e non fu invocata la *basic structure doctrine* laddove, invece, erano presenti alcune disposizioni costituzionali non emendabili ma in materia di diritti religiosi e dei gruppi linguistici; si trattava, invero, di *entrenched clauses* che richiedevano una maggioranza qualificata (dei due terzi) per essere emendate⁷⁷.

⁷² *Ibidem*, par. 3.

⁷³ *Ibidem*, parr. 9, 11.

⁷⁴ Per riprendere la terminologia e l'argomentazione di Klug secondo cui le autorità tradizionali, pur svolgendo funzioni prevalentemente simboliche, possono avere effetti importanti sull'identità dell'ordinamento costituzionale *«where they command significant social loyalty and are looked to for both specific governing functions as well as legitimacy»* H. KLUG, *Clashing Identities? Traditional Authority and Constitutionalism in Africa*, in R. HIRSCHL, Y. ROZNAI, *Deciphering the Genome of Constitutionalism: The Foundations and Future of Constitutional Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, p. 147.

⁷⁵ Si tratta, quindi, di un caso ove la stessa Corte limita il ricorso a scelte giurisprudenziali anche rilevanti di corti di vertice, in special modo quella sudafricana. Sul punto si veda M. NICOLINI, *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica “mista” dell'Africa australe*, Bologna, Bononia University Press, 2016, pp. 73-76 e 77 ss.

⁷⁶ *The Bribery Commissioner v. P. Ranasinghe, Privy Council Appeal No. 20 of 1963, S.C. 4/62.*

⁷⁷ Cfr. H.R. GRAY, *The Sovereignty of Parliament and the Entrenchment of Legislative Process*, in *The Modern Law Review*, Vol. 27, No. 6, 1964, pp. 705-709.

Differentemente, in *Hinds v. The Queen*⁷⁸, il *Privy Council* dichiarò che «*the very structure*» dell'ordinamento costituzionale basata sul modello *Westminster* implicitamente limita un intervento del Parlamento nelle nomine dei giudici, nonostante la Costituzione della Giamaica non presentasse limiti alla revisione costituzionale.

Le tempistiche di queste pronunce, si noti, erano successive rispetto al celebre giudizio della Corte Suprema indiana *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (*infra*), ove venne applicata la *basic structure doctrine* all'ordinamento costituzionale indiano⁷⁹. Oltre alla giurisprudenza successiva della stessa Corte Suprema indiana⁸⁰, la Corte d'Appello del Lesotho considera *Egan v. Willis*⁸¹ della *High Court* australiana e la *Patriation Reference* della Corte Suprema canadese – ove, però, la *basic structure doctrine* non fu presa in considerazione⁸². La Corte tenta così di “preparare” il terreno per accogliere la *basic structure doctrine*, mediante un'interpretazione teleologica o quanto più possibile affine alla *living tree*⁸³, vista l'assenza di *eternity clauses* nella Costituzione del Lesotho⁸⁴.

In modo analogo, la Corte d'Appello effettua un richiamo alla dottrina sugli emendamenti costituzionali incostituzionali, in special modo quella relativa al test di validità sugli emendamenti costituzionali⁸⁵. Solo nei paragrafi successivi la Corte affronta la novella normativa sulla forma di governo parlamentare. Questi paragrafi (59-95) sono i più problematici per una serie di ragioni: in primo luogo, la Corte non può non constatare che il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo, *rectius* la forma di governo *Westminster*, viene regolata da norme e procedure diverse a seconda dell'ordinamento costituzionale considerato; in secondo luogo, rimane oscuro il “salto” logico che la Corte opera tra l'ammissione che «*procedures, rules, and conventions governing motions of no confidence can vary across Westminster jurisdictions, reflecting their unique*

⁷⁸ *Hinds v Queen* [1977] A.C. 195. Come anche in *Maharaj v Attorney-General of Trinidad and Tobago (No 2)* [1979] AC 385.

⁷⁹ *Kesavananda Bharati v. The State of Kerala* [(1973) 4 SCC 225; AIR 1973 SC 1461].

⁸⁰ V. le celebri *Minerva Mills Ltd v Union of India* (1980) 2 SCC 591 e *SR Bommai v Union of India* (1994) 3 SCC 1.

⁸¹ *Egan v Willis* [1998] HCA 71, 19 November 1998, S75/1997.

⁸² Parei che, si ricordi, non pongono alcun vincolo all'esecutivo e al legislativo. *Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753.

⁸³ La dottrina della *living tree*, elaborata dalla giurisprudenza del *Privy Council* nell'ordinamento canadese a partire da *Edwards v Canada (AG)*, [1929] UKPC 86, [1930] AC 124, par. 136, identifica un'interpretazione di tipo evolutivo fondata sulla flessibilità delle norme della Costituzione che «*must be tailored to the changing political and cultural realities of Canadian society*» P. MACKLEM, *Canadian Constitutional Law – 5th Ed.*, Toronto, Emond, 2017, p. 190. Per la dottrina italiana cfr. L. PIERDOMINICI, *La dottrina canadese del living tree come modello comparatistico di interpretazione costituzionale*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI (a cura di), *Il costituzionalismo canadese a 150 anni dalla Confederazione. Riflessioni comparatistiche*, Pisa, Pisa University Press, 2017, p. 85 ss.

⁸⁴ *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, parr. 32-42.

⁸⁵ La Corte analizza (parr. 52-55) gli emendamenti alla Costituzione considerando il test di legittimità procedurale, sostanziale - ossia di conformità rispetto ai principi costituzionali e ai diritti umani - e, infine, a quello sulla *basic structure*. In dottrina: X. CONTIADES, *Constitutional Amendments: Making, Revising, and Changing Constitutions*, London, Hart, 2017; R. ALBERT, X. CONTIADES, A. FOTIADOU (a cura di), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, London, Hart, 2017; R. ALBERT, *Constitutional Amendments: Making, Revising, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

constitutional traditions and parliamentary practices)⁸⁶ e il richiamo alla *basic structure* in relazione alla separazione dei poteri, l'indipendenza del sistema giudiziario e la protezione dei diritti umani; in terzo luogo, la Corte non esaurisce in modo puntuale l'analisi normativa in chiave comparata, nemmeno in relazione al caso sudafricano che, invero, presenta una forma di governo parlamentare con spiccate peculiarità⁸⁷. In questi termini la Corte fa leva su altri casi della giurisprudenza costituzionale del Pakistan e dell'India, per sostenere il legame tra il principio del *responsible government* e della *basic structure*, piuttosto che indagare il *vulnus* che la normativa degli emendamenti costituzionali apportati alla Costituzione del Lesotho ad esso avrebbe arrecato⁸⁸.

A supporto dell'imprescindibilità, per la forma di governo parlamentare, delle consultazioni tra Primo Ministro e Capo dello Stato per la scioglimento del Parlamento e nella formazione del governo, la Corte richiama Jennings, Wade, Dicey e Bagehot, in special modo laddove quest'ultimo sosteneva che il sovrano, «*under a constitutional monarchy such as ours, three rights—the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn*»⁸⁹. Da tali considerazioni la Corte da un lato non precisa che il riferimento di Bagehot fosse, e non poteva non essere altrimenti, unicamente alla monarchia britannica mentre, dall'altro, essa tradisce le affermazioni precedenti, ossia che la normativa costituzionale che regola il rapporto di fiducia possa variare a seconda dell'ordinamento costituzionale considerato. L'argomentazione della Corte si fonda sui principi costituzionali del modello *Westminster*, senza approfondire l'incidenza del pluralismo giuridico e culturale, enfatizzato nei primi paragrafi. Anzi, l'incostituzionalità degli emendamenti costituzionali che impediscono al Primo Ministro sfiduciato di richiedere lo scioglimento del Parlamento e che indeboliscono il «*the principle of responsible government and the delicate balance of powers between the executive and legislative branches*», viene legata nuovamente a Bagehot, per poi “passare” nuovamente a Dicey e virare, su casistiche peculiari della storia costituzionale britannica recente, ossia il caso *Miller*⁹⁰ che, come è noto, poco ha a che fare con gli emendamenti costituzionali incostituzionali. Proprio il “resoconto”,

⁸⁶ *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, par. 64.

⁸⁷ La cui caratteristica principale è la presenza del Presidente legato dal rapporto di fiducia con l'Assemblea Nazionale. Ne consegue la totale discrezionalità del Presidente nella scelta del *cabinet* che, però, rimane soggetto ad un massimo di due mandati. Si tratta di un'ibridazione del modello *Westminster* con la forma di governo presidenziale. S. SEEDORF, S. SIBANDA, *Separation of Powers*, in S. WOOLMAN, M. BISHOP (a cura di), *Constitutional Law of South Africa – 2nd Edition*, Cape Town, Juta, 2014, 12-21-12-25. ss. V. per la dottrina italiana e per la prassi recente R. ORRÙ, *Tensioni e prevedibili torsioni del “presidenzialismo” sudafricano nella prospettiva del declino della single-party dominance*, in DPCE-Online, Vol. 57, N. 1, 1375-1395.

⁸⁸ *Al-Jehad Trust v Federation of Pakistan*, PLD 1996 SC 324. In questo caso, però, la Corte suprema pakistana non dichiarò in modo esplicito l'applicazione della *basic structure doctrine*. Per quanto concerne la Corte suprema indiana: *Union of India v. Harish Chandra Singh Gour* (2008 9 SCC 453). Sulla circolazione della *basic structure doctrine* tra India e Pakistan si veda M.J. NELSON *Indian Basic Structure Jurisprudence in the Islamic Republic of Pakistan: Reconfiguring the Constitutional Politics of Religion*, in *Asian Journal of Comparative Law*, Vol. 13, Issue 2, 2018, pp. 333-357.

⁸⁹ W. BAGEHOT, *The English Constitution - Edited with an Introduction and Notes by M. Taylor*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 64.

⁹⁰ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, 24 January 2017.

funzionalmente orientato, dell'evoluzione costituzionale britannica si conclude con un'affermazione piuttosto incisiva, lo strettissimo legame con la tradizione costituzionale britannica «*stretching back to the Glorious Revolution of 1688-89 on which our Lesotho's constitution is based*»⁹¹.

Va evidenziato, però, che gli ancoraggi alla ex-madrepatria risultano più deboli laddove si considera la grande flessibilità e adattamento delle norme costituzionali britanniche rispetto al contesto politico e sociale di ciascun ordinamento. Ne consegue che la Corte non può eludere la presenza della costituzione scritta, ovvero la limitazione della sovranità del parlamento da parte della *Westminster model constitution overseas*⁹². Così, nonostante la vicinanza dell'ordinamento costituzionale britannico, la Corte Suprema giunge a sostenere la presenza di principi immutabili della Costituzione del Lesotho proprio sulla base della principale differenza, ossia una costituzione scritta che offre l'opportunità, mediante una «*purposive or living tree interpretation, guided by the principles established in Privy Council decisions and other Commonwealth jurisprudence*»⁹³.

La struttura dell'argomentazione della Corte, ancor prima di analizzare l'incidenza delle norme costituzionali sull'equilibrio tra poteri in senso stretto, indica la precisa intenzione di poggiare sui fondamenti dell'ordinamento britannico, soprattutto per ragioni di stabilità dell'ordinamento che la Corte vede minacciata da un percorso di revisione costituzionale che, qualora fosse stato portato a termine dal decimo emendamento, avrebbe comportato una più ampia revisione delle norme costituzionali.

6. La Corte d'Appello del Lesotho: le criticità del giudizio principale e l'opinione dissenziente.

Desta quindi interesse il fatto che la Corte d'Appello del Lesotho non abbia preso in considerazione il giudizio della Corte Suprema del Kenya all'interno del quale la *basic structure doctrine* è stata ampiamente analizzata sia in relazione ai precedenti della Corte Suprema indiana, sia ai numerosi contributi della dottrina in tema di potere costituente ed emendamenti costituzionali.

Di qui, rilevano le scarse argomentazioni normative del giudizio della Corte d'Appello, soggette a forti critiche dall'opinione dissenziente di Van der Westhuizen⁹⁴.

In primo luogo, non si coglie il nesso normativo tra l'impossibilità per il primo ministro sfiduciato di richiedere al Re lo scioglimento del Parlamento, cui avrebbe seguito la nomina da parte del Capo dello Stato del successivo primo ministro in ragione del voto di sfiducia costruttiva, e l'affermazione che grazie a tali emendamenti il governo sarebbe rimasto in carica pur non disponendo del supporto dell'Assemblea

⁹¹ La Corte abbraccia a pieno titolo la natura evolutiva dell'ordinamento costituzionale britannico, tradizione divenuta parte del Lesotho, probabilmente in "opposizione" verso derive rivoluzionarie e autoritarie. *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, par. 85-86.

⁹² Per riprendere la categorizzazione di A. HARDING, *The "Westminster Model" Constitution Overseas*, op. cit.

⁹³ *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, par. 90.

⁹⁴ *Ibidem*, parr. 230-342.

Nazionale. L'altro aspetto riguarda la *deminutio* dei poteri del Capo dello Stato, altro elemento alla base e della violazione della *basic structure* della Costituzione del Lesotho, ovvero dell'equilibrio tra i poteri costituzionali⁹⁵.

Probabilmente, però, una lettura sistematica del giudizio alla luce (anche) della comparazione con la più recente sentenza della Corte Suprema del Kenya porta a ritenere che il potere da arginare, nelle intenzioni della Corte d'Appello del Lesotho, fosse la prevalenza del Parlamento. Più che la riduzione dei poteri del Primo ministro, sono quelli del Capo dello Stato, come garante dell'unità nazionale e collante tra tradizioni giuridiche e culturali diverse, ad aver indotto la Corte a invocare la *basic structure doctrine*. Ciò si evince laddove sostiene che l'incostituzionalità degli emendamenti sia dovuta all'impossibilità del «*Prime Minister's power to advise the King to dissolve Parliament and mandating the King's appointment of the Prime Minister based solely on the National Assembly's choice, without public participation*»⁹⁶.

Lo spostamento dell'equilibrio tra i poteri costituzionali in favore del legislativo costituisce la vera violazione della *basic structure doctrine*, quasi a ricordare le problematiche e le conseguenze connesse alle disfunzioni del parlamentarismo di matrice britannica in Africa. Dalle parole della Corte, più che il Primo ministro, il baricentro di legittimazione della Costituzione deve rimanere nel dialogo tra capo dell'esecutivo e Capo dello Stato, i cui poteri di quest'ultimo non possono essere scalfiti in ragione della sua funzione di collante tra diverse tradizioni giuridiche ma anche come giustificazione dell'adozione del modello *Westminster*. Di qui il richiamo alle analogie tra poteri e funzioni della Corona britannica, considerabili istituti giuridici "trapiantati", e ruolo del Re nell'ordinamento del Lesotho, tradizione monarchica autoctona. Solo in questo modo è possibile comprendere l'invocazione dell'identità costituzionale in relazione alla *basic structure*, come a voler dire che uno spiccato parlamentarismo, *rectius parliamentary supremacy*, porterebbe a una *deminutio* della tradizione autoctona.

Tali considerazioni non hanno (volutamente?) tenuto conto che il Re avrebbe comunque mantenuto importanti poteri nel corso delle consultazioni nella fase post-elettorale, visto che avrebbe avuto non più di sessanta giorni per conferire l'incarico alla formazione del governo, prima di dissolvere il parlamento e indire una nuova tornata elettorale. Per di più, l'automatismo della sfiducia costruttiva – razionalizzazione della forma di governo parlamentare – non avrebbe trovato dimora nel caso di votazione della questione di sfiducia da parte dei due terzi del Parlamento, che avrebbe indotto il Re, su impulso del capo del governo, a gestire la crisi del circuito di indirizzo politico ed eventualmente allo scioglimento del Parlamento. La riforma, quindi, avrebbe ridotto la possibilità di "suggerire" lo scioglimento anticipato da parte del Primo ministro, poi deciso dal Capo dello Stato e, di conseguenza,

⁹⁵ *Ibidem*, parr. 114-116.

⁹⁶ *Ibidem*, parr. 2, 118, 135.

del ricorso strategico alle *snap elections*, dalle quali sono derivate spesso crisi di sistema e fasi di *vacuum* istituzionale.

Ciò induce a ritenere che la *basic structure* della Costituzione del Lesotho, secondo la Corte d'Appello, sia legata non tanto al rapporto governo-parlamento, bensì alle conseguenze che tale riforma avrebbe avuto sul ruolo del Capo dello Stato nelle crisi di governo. Il Re, quindi, come garanzia dell'unità dell'ordinamento soprattutto in funzione di prevenzione dei colpi di Stato o di prevalenza del primo ministro nelle dinamiche della forma di governo parlamentare.

Sulla debolezza delle argomentazioni del giudizio principale si sofferma ampiamente il giudice dissenziente Van der Westhuizen⁹⁷, evidenziandone diversi *vulnera*. La *dissenting opinion* analizza, in sequenza e con grande chiarezza argomentativa, il test di incostituzionalità in relazione alla *basic structure doctrine* e il rapporto di fiducia nella revisione costituzionale del Lesotho in prospettiva comparata, ovvero l'impatto degli emendamenti sull'architettura costituzionale.

In primo luogo, Van der Westhuizen rileva che l'ipotetico impatto di un emendamento costituzionale deve essere valutato in relazione alla normativa costituzionale di risulta; egli, diversamente dal giudizio di maggioranza, riporta un significativo passaggio della sentenza della Corte costituzionale sudafricana (*supra*) ove il legislatore costituzionale venne sostanzialmente "avvisato" nel non adottare emendamenti che mirassero a «*restructuring and re-organising the fundamental premises of the Constitutions*»⁹⁸. Il giudice dissenziente, quindi, ricorda che il *basic structure test* è stato ampiamente utilizzato altrove, in special modo valutando «*whether a purported amendment is indeed an amendment, or amounts to abolishing or destroying the constitution*»⁹⁹. In questo senso, la soglia del test di incostituzionalità risulta legata ai principi del costituzionalismo liberale, ossia se e come un emendamento incida sulla separazione dei poteri e sui diritti fondamentali. Di qui, ricordando che non esiste una specifica procedura circa la fiducia parlamentare, il giudice dissenziente analizza la revisione costituzionale che avrebbe apportato alcune modifiche alla forma di governo parlamentare chiedendosi quanto avrebbe inciso sulla *basic structure* della Costituzione. Così, nella seconda parte del giudizio dissenziente, vengono analizzate le problematiche derivanti dalla revisione e le argomentazioni in difesa della costituzionalità delle norme circa lo scioglimento del Parlamento e il ruolo del Capo dello Stato. Le eccezioni di costituzionalità sono state sollevate in ragione

⁹⁷ Van der Westhuizen è stato giudice della Corte costituzionale sudafricana dal 2004 al 2016. La composizione della Corte d'Appello del Lesotho prevede la presenza, oltre che del Presidente, di quattro giudici nonché del Presidente e dei giudici dell'Alta Corte come supplenti d'ufficio. Tra le caratteristiche richieste per essere nominati giudici della Corte d'Appello vi è, secondo l'art. 124, par. 3, a, della Costituzione e l'art. 4, par. 1, a del *Court of Appeal Act 10 of 1978*, l'aver ricoperto il ruolo di giudice di una corte «*having unlimited jurisdiction in civil and criminal matters in some part of the Commonwealth or in the Republic of South Africa or of a court having jurisdiction in appeals from such a court*».

⁹⁸ *Premier of Kwazulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others*, cit. *Court of Appeal of Lesotho, Democratic Congress and Ors v. Puseletso and Ors*, par. 300.

⁹⁹ *Ibidem*, par. 305.

della “limitazione” di poter ricorrere al voto popolare, così come per la *deminutio* del monarca di sciogliere il Parlamento. Peraltro, i poteri del Capo dello Stato sono stati considerati di tipo cerimoniale dal giudizio di maggioranza della Corte stessa e la Costituzione, ai sensi dell’art. 83, par. 4(b), già dispone che il Re possa (*may*) sciogliere il Parlamento su impulso del capo del governo, evidenziando un vincolo funzionale nella discrezionalità del monarca.

In favore della costituzionalità dell’emendamento, in primo luogo, per Van der Westhuizen non è auspicabile apporre limiti eccessivi ai procedimenti di revisione in ordinamenti ancora legati giuridicamente alle ex potenze coloniali e che tentano di rielaborare le soluzioni costituzionali da queste ereditate. In secondo luogo, più specificamente, viene evidenziato che la revisione non incide sul regolare svolgimento delle elezioni così come che l’Assemblea Nazionale, con una maggioranza dei due terzi, può forzare lo scioglimento del Parlamento. In questo modo, le modifiche al rapporto di fiducia, in particolare sulle “opportunità” di scioglimento delle camere, non avrebbero inciso sul funzionamento dell’istituto¹⁰⁰. Analogamente, i poteri del Re non sarebbero stati intaccati dalla revisione visto che, se da un lato a Costituzione vigente, egli può sciogliere il Parlamento su impulso del Primo Ministro, dall’altro con la revisione costituzionale, il Re avrebbe dato seguito alla decisione dell’Assemblea di nominare un nuovo capo del governo¹⁰¹.

Così, Van der Westhuizen ha dimostrato come le modifiche alla Costituzione nulla avrebbero avuto a che fare con l’alterazione della *basic structure doctrine*: il rapporto di fiducia sarebbe rimasto inalterato nella sua funzione principale e i poteri del Re non sarebbero stati intaccati in senso sostanziale¹⁰². La modifica avrebbe inciso, maggiormente, sulla capacità del primo ministro sfiduciato nel ricorrere a *snap elections*, in modo da evitare l’accentuata instabilità politico elettorale che ha sperimentato il Lesotho nel decennio precedente e, conseguentemente, l’emendamento avrebbe posto maggiori garanzie per la stabilità delle legislature.

7. Conclusioni: una soluzione affrettata?

Confermando le conclusioni della *High Court*, la Corte d’Appello del Lesotho ha segnato l’approdo della *basic structure* in Africa Subsahariana. La sentenza stimola necessariamente diverse riflessioni nel campo del diritto costituzionale comparato, sia verso la circolazione dell’istituto oggetto della revisione vagliata dalla Corte – il rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento – sia quanto al mancato recepimento della *basic structure doctrine* in precedenti giudizi di altre corti di vertice dell’Africa Subsahariana. Così, l’analisi

¹⁰⁰ *Ibidem*, par. 325. Va sempre ricordato che la Costituzione del Lesotho ha accolto l’istituto della sfiducia costruttiva, come razionalizzazione della forma di governo parlamentare.

¹⁰¹ *Ibidem*, par. 326.

¹⁰² *Ibidem*, par. 330-341.

comparativa pone in relazione, da un lato, l'adozione della *basic structure doctrine* da parte della Corte Suprema indiana e il giudizio della Corte d'Appello del Lesotho mentre, dall'altro, spinge ad analizzare il dialogo tra corti apicali nel Continente africano. Sono questi gli aspetti posti in evidenza i quali, però, hanno necessitato di una ricostruzione funzionale allo scopo, ossia analizzare il giudicato costituzionale in prospettiva comparata e critica all'interno del quale emerge, in modo del tutto analogo alla *basic structure doctrine*, la questione del trapianto, dell'innesto e dell'adattamento del "modellino" della forma di governo Westminster.

Il giudizio della Corte d'Appello ha quindi contribuito ad arricchire la discussione attorno agli emendamenti costituzionali incostituzionali sotto diversi profili. Tuttavia, l'argomentazione della Corte è soggetta a diverse critiche sia per quanto concerne la struttura della sentenza, la giurisprudenza e la dottrina della tradizione britannica richiamata, sia in relazione all'incostituzionalità degli emendamenti stessi e, di conseguenza, all'applicazione della *basic structure doctrine*.

Sul punto, infatti, le modifiche alle procedure di ottenimento della fiducia dell'Assemblea Nazionale, così come il (parziale) ribilanciamento dell'equilibrio tra Governo, Parlamento e Capo di Stato, non sono parse incidere su quelle norme costituzionali che regolano la forma di governo parlamentare, bensì avevano come obiettivo la riduzione delle *snap elections* a tutela della durata delle legislature. Anzi, il mantenimento della sfiducia costruttiva, così come la presenza di poter procedere allo scioglimento delle camere in caso di voto di sfiducia supportato dai due terzi dell'Assemblea Nazionale, avrebbe potuto indurre la Corte a percorrere vie diverse, forse più auspicabili, accogliendo il ricorso e ribaltando la sentenza della *High Court*.

Ad ogni modo, si possono trovare alcune ragioni "sistemiche" che hanno indotto la Corte a invocare la "linea rossa" dei limiti impliciti alla revisione costituzionale nei termini della *basic structure doctrine*. Probabilmente, tale scelta è stata dovuta ad una precisa volontà di mantenere l'assetto della forma di governo quanto più possibile vicina a quella della ex-madrepatria salvando, in particolare, quelle disposizioni costituzionali derivanti dalle convenzioni costituzionali a tutela di poteri e funzioni del Capo dello Stato, identificato nel Monarca. Una qualsiasi *deminutio* del ruolo di quest'ultimo avrebbe inciso sulla legittimazione del testo costituzionale in ragione della figura del Re come simbolo e "custode" del sincretismo giuridico e culturale tra tradizione giuridica britannica e *customary law*¹⁰³. Nell'economia del giudizio, forse, appare doveroso segnalare l'assenza di qualsiasi riferimento proprio alle argomentazioni delle corti apicali dell'Africa Subsahariana che hanno ampiamente discusso la *basic structure doctrine*, ossia la Corte costituzionale sudafricana e la Corte Suprema del Kenya. Entrambe hanno offerto dei parametri

¹⁰³ Ossia «*the process and the result of adoption, rejection, invention, and transformation of diverse and seemingly opposite legal rules, principles, and practices into a constitutional state with imperial or colonial legacies*». Così B.A. GEBEYE, *A Theory of African Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2021.



giurisprudenziali rilevanti ma che sono stati ignorati dalla Corte per via dell'esito delle controversie giudicate dalle due corti.

In definitiva, tale giudizio pare consacrare, per l'ordinamento del Lesotho, il Westminster Model Constitution Overseas¹⁰⁴, con una principale e non irrilevante differenza: la definitiva supremazia della Costituzione, in antitesi con la supposta sovranità del Parlamento, pur mediata da procedure di revisione piuttosto aggravate, vie che non possono essere percorse per alterare la basic structure della Costituzione, a partire dalla forma di governo parlamentare.

¹⁰⁴ A. HARDING, *The 'Westminster Model' Constitution Overseas*, op. cit.