

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

LA BUILDING BRIDGES INITIATIVE (BBI) “SAGA” KENYOTA: PROBLEMATICHE, PECULIARITÀ E IMPORTANZA DI DUE GIUDIZI CRUCIALI (IN ATTESA DELLA CORTE SUPREMA)

Posted on 15 Novembre 2021 by [Adriano Dirri](#)

L'[Alta Corte](#) e la [Corte d'Appello](#) del Kenya si sono espresse, rispettivamente il 13 maggio 2021 e il 20 agosto 2021, sulla legittimità costituzionale del progetto di revisione "[The Constitution of Kenya \(Amendment\) Bill 2020](#)", che apporterebbe 74 modifiche alla Costituzione kenyota del 2010. Le problematiche del progetto di revisione sono connesse ai limiti alla revisione costituzionale e, più specificamente, all'emendabilità dei principi fondamentali in assenza di limiti espliciti. Entrambe le Corti hanno accolto i ricorsi, sancendo l'applicabilità della *basic structure doctrine* in Kenya come limite implicito alla revisione costituzionale, che include i principi e diritti fondamentali dell'ordinamento e la separazione dei poteri.

Il “continuo” *Constitution-making* kenyota tra potere costituente e di revisione costituzionale

La vicenda in esame non deve cogliere alla sprovvista, anzi, probabilmente è la cartina tornasole dei processi costituenti e di revisione costituzionale in atto in Africa Subsahariana dal 1990. Criticamente, è possibile affermare che l'esperienza kenyota rappresenti la prova della lettura

erronea di questi processi, spesso ricondotti a tendenze del costituzionalismo globale (come le “ondate”). L’aspetto [dinamico](#) del passaggio ordinamentale richiede particolare attenzione, vale a dire il processo di sostituzione delle fondamenta dell’ordinamento costituzionale mediante un “mega” emendamento costituzionale. Già da questa introduzione emerge la fluidità di tali processi che tanto rendono difficile l’utilizzo del termine “transizione” costituzionale, visto che ciò presupporrebbe un punto d’arrivo di tale processo dinamico.

Infatti, in Kenya, si assiste a un continuo processo costituente/di revisione a partire dal 1992, quando vennero introdotti i limiti ai mandati presidenziali e rimossa la disposizione che vietava il multipartitismo. Da quel momento l’aspirazione dei kenyoti fu verso un processo costituente “*people driven*”. Il primo, iniziato nel 1997, deragliò dal 2003 e fallì nel 2005, dopo un referendum che rigettò la *Proposed New Constitution*, fortemente plasmata dal presidente in carica Mwai Kibaki. Il secondo, ben più noto e che ha portato all’adozione della Costituzione del 2010 attualmente in vigore, avvenne dopo le elezioni del 2007 e le violenze interetniche che seguirono. Bisogna, a tal riguardo, sottolineare le analogie con la attuale proposta di revisione poiché, allora come oggi, quest’ultima segue contestate elezioni e gravi disordini. Infatti, nel marzo 2008, l’accordo tra Odinga e Kibaki venne suggellato dal [National Accord and Reconciliation Act 4 of 2008](#), emendamento costituzionale approvato all’unanimità dal Parlamento che rese possibile un governo di unità nazionale. La dottrina, incluso [Yash Ghai](#) che prese parte ad entrambi i processi costituenti, considerò questo accordo un modo per rilegittimare il sistema politico mediante la promessa di una nuova costituzione. Ciò nonostante, la narrazione del processo costituente inclusivo del *wanjiku* – il cittadino comune in Kenya –, non cessò, anche grazie agli sforzi del *Committee of Experts* che, nel proporre la nuova costituzione al parlamento, consultò associazioni di cittadini, stakeholders e comunità rurali nel paese. La Costituzione venne poi approvata nel 2010 con il 68.5% dei consensi, senza, tuttavia, che il contributo della partecipazione dei cittadini fosse risultato decisivo nella fase di *drafting* della Costituzione.

Non sorprende l'attenzione della Costituzione verso la partecipazione del *wanjiku*, in particolare nelle [disposizioni](#) relative alla revisione e mediante l'inclusione della partecipazione tra i principi e valori costituzionali (art. 10). Infatti, specialmente l'articolo 257 – considerato "[one of the most interesting constitutional provisions](#)", prevedendo ben dieci fasi per il procedimento di revisione costituzionale – rappresenta il cuore della Costituzione kenyota. La ragione risiede nel significato della revisione in una realtà costituzionale che tenta di rispondere alla patologia delle "*imperial presidencies*", per mezzo di un procedimento che preveda una significativa partecipazione popolare come *checks and balances* verso le élite o gli esecutivi. Lo scopo rimane quello di una formale e sostanziale partecipazione dei cittadini; quindi, la Costituzione gioca un ruolo sostanzialmente inclusivo delle masse, la cui influenza sulla [sostituzione di un ordine costituzionale](#) è stata minima se non nulla fin dall'indipendenza. Il significato ultimo di questa particolare procedura di revisione costituzionale risiede nella funzione della Costituzione come argine alla concentrazione del potere e come strumento di integrazione per mezzo di una complessa architettura procedurale di revisione. La revisione costituzionale appare essere un momento di profondo dialogo tra cittadini e istituzioni rappresentative, ove i primi detengono un ruolo sostanziale e procedurale. A mio parere, un salto qualitativo di natura procedimentale rispetto ai processi costituenti (e di revisione) che hanno caratterizzato il paese.

I fatti: l'accordo (*handshake*) tra il Presidente Kenyatta e Raila Odinga

La peculiarità di questo "mega" emendamento costituzionale deriva dall'essere stato promosso dalla riconciliazione post-elettorale tra Uhuru Kenyatta e Raila Odinga, i due principali leader politici del Kenya. Le analogie con gli eventi del 2007/2008 non sono poche; la differenza risiede, questa volta, nella via dell'ampia revisione costituzionale anziché del processo costituente. Le elezioni dell'agosto 2017, seguite da antagonismi e violenze tra i sostenitori dei due leader, furono [annullate](#) dalla Corte Suprema e ripetute il successivo ottobre. Kenyatta risultò nuovamente vincitore in quanto Odinga decise di non partecipare alla seconda tornata e il paese rimase fortemente polarizzato, tanto che

l'opposizione dichiarò Odinga "*People's President*". Di lì a poco, i due leader ebbero modo di trovare un accordo (*handshake*), che non fu mai reso pubblico, e ciò ben si inserisce nella scia degli accordi tra élite volti a modificare profondamente l'assetto costituzionale. L'accordo venne formalizzato con la nomina presidenziale della [*Building Bridges Initiatives to Unity Advisory Taskforce*](#) (*BBI Taskforce*), tra i cui compiti figurava "*make practical recommendations and reform proposals that build lasting unity e outline the policy, administrative reform proposals*". Successivamente venne nominato lo [*Steering Committee*](#) cui spettava, in special modo, di "*propose administrative, policy, statutory or constitutional changes that may be necessary for the implementation of recommendations contained in the Task Force Report*". Fu tale Commissione che diede vita al progetto di revisione costituzionale, poi divenuto [*The Constitution of Kenya \(Amendment\) Bill 2020*](#). Non deve sorprendere che questo progetto di revisione risulti ampio e contenga proposte care a Odinga, come l'introduzione della carica di Primo Ministro. Questa è solo una delle molte novità che apporterebbero le 74 modifiche: tra esse si menzionano l'introduzione della carica di due viceministri, l'incremento dei collegi elettorali e dei membri del Parlamento e la creazione della figura del *Leader of Official Opposition* nell'Assemblea Nazionale. Oltre all'ampio impatto sull'architettura costituzionale, si aggiungono anche alcune problematiche connesse alla costituzionalità della procedura di revisione, legate al ruolo dell'esecutivo.

Le due sentenze: l'approdo della *Basic Structure Doctrine* in Kenya

L'importanza dei due (per ora) giudizi dell'Alta Corte e della Corte d'Appello del Kenya deriva, come anticipato, dall'oggetto, ossia la *vexata quaestio* degli emendamenti costituzionali, questione strettamente connessa al ruolo dell'esecutivo nella determinazione delle finalità e nella conduzione dei progetti di revisione. Infatti, tale "saga", di assoluto rilievo comparatistico per il tema trattato - gli [*unconstitutional constitutional amendments*](#) e le [*eternity clauses*](#) - è meritevole di un'analisi approfondita anche per l'aggiramento di alcuni vincoli normativi di tipo procedurale. Aspetto non sfuggito alle due corti. Infatti, l'Alta Corte e la Corte d'Appello hanno sancito non solo l'incostituzionalità delle norme del progetto di

revisione, ma hanno colto il significato ultimo dello stesso, vale a dire il “patto” tra élite come momento costituente, in contrasto con una visione olistica e “originalista” della giovane [Costituzione](#) kenyota, il cui fine rimane quello della partecipazione del “*wanjiku*”.

Tra i vari temi trattati dalle sentenze, se ne segnalano alcuni, per ragioni di brevità ma soprattutto per la loro incidenza sull’ordinamento kenyota e, più in generale, per il costituzionalismo dell’Africa sub-sahariana. Essi sono: la “migrazione” del concetto della *basic structure doctrine* dall’India in Kenya; l’insoluta questione dell’abuso degli emendamenti costituzionali e del ruolo degli esecutivi; la partecipazione e “educazione” costituzionale come pilastro e obiettivo del costituzionalismo; i collegi elettorali e il *malapportionement*; la legislazione in tema di referendum costituzionale e abrogativo e l’attuazione costituzionale.

Il giudizio della *High Court* è stato definito, sin da subito, “[an instant classic](#)” da importante dottrina, non solo per aver “importato” la *basic structure* in Kenya, ma per aver protetto i fondamenti del costituzionalismo specificandone alcuni tratti “autoctoni”. Come noto, la *basic structure doctrine* è stata elaborata [dalla Corte Suprema indiana](#), che ha sancito dei limiti impliciti alla revisione costituzionale, identificabili nei principi fondamentali, la forma di governo e, sempre in India, il [tipo di Stato](#).

In via preliminare, nell’analisi dei giudizi va osservata la determinazione, da parte dell’Alta Corte, di alcuni canoni interpretativi strettamente legati alla natura “[trasformativa](#)” della Costituzione del Kenya. Il passaggio merita di essere riportato (Alta Corte, par. 399): “*One of the imports of recognition of the nature of the transformative character of our Constitution is that it has informed our methods of constitutional interpretation*”. I criteri interpretativi utilizzati dalla *High Court* e dalla Corte d’Appello poi sono stati l’interpretazione olistica, sostanziale volta alla protezione dei valori e scopi della Costituzione e “*non-legal considerations*”, che hanno costituito il “*Canon of constitutional interpretation principles to our Transformative Constitution*”. La natura trasformativa e partecipativa contraddistingue la Costituzione kenyota, elemento fortemente enfatizzato dalle corti. Forse in modo eccessivo, visto che il processo costituente terminato nel 2010 è stato generato viepiù da un compromesso politico, a fronte di un minore

impatto di forme ed istituti volti a favorire la partecipazione popolare. Bisogna tuttavia sottolineare che il processo costituente e la Costituzione adottata costituiscono un passo in avanti rispetto [alle precedenti esperienze costituzionali kenyote](#) e finanche dell’Africa Subsahariana, pervase da una “*culture of hyper-amendment*” (Alta Corte, par. 406). Infatti, le sentenze delle due corti altro non dimostrano che la “resistenza” dell’architettura costituzionale kenyota all’eversione costituzionale per mano degli esecutivi.

Le argomentazioni addotte dall’Alta Corte a supporto dell’esistenza della *basic structure*, confermate dalla Corte d’Appello, sono connesse ai principi interpretativi enunciati in precedenza. Come anticipato, il significato risiede nella volontà dei kenyoti, con il processo costituente del 2010, di preservare la *basic structure* dagli emendamenti costituzionali. Secondo le corti, il rapporto tra potere costituente e potere costituito rappresenta il cuore delle decisioni: il processo costituente kenyota è stato caratterizzato da alcuni tratti fondamentali, ossia, *civic education; public participation; Constituent Assembly plus referendum* (Alta Corte, par. 472). Solamente nel rispetto di queste condizioni è possibile proporre la revisione dei fondamenti costituzionali (*basic structure*), limitando ciò il potere di revisione costituzionale *top down* - “*the desire of Kenyans to barricade it against destruction by political and other elites*” (Alta Corte, par. 473). Il progetto di revisione, citando, in questo caso, la Corte d’Appello, è considerato un [constitutional dismemberment](#), concetto coniato da Richard Albert (par. 285), in quanto altera la separazione dei poteri e l’indipendenza del potere giudiziario, così come ampiamente specificato dall’Alta Corte (par. 474). Così, il progetto di revisione costituzionale è considerato dalle corti come [unconstitutional constitutional amendment](#). Probabilmente tale interpretazione è fornita, oltre che da un’interpretazione olistica, da una forte accentuazione del combinato disposto tra le disposizioni costituzionali che sostengono un cittadino “attivo” e non passivo rispetto alle vicende della comunità cui appartiene. Invero, ed è bene sottolinearlo, la *basic structure* può essere soggetta a “revisione” (quindi revisione totale della Costituzione) per mezzo di questa scansione procedimentale: partecipazione e iniziativa popolare di

revisione, dibattito in Assemblea costituente e referendum. Secondo le corti queste fasi costituiscono il *primary constituent power*, mentre il *secondary constituent power* viene esercitato mediante le procedure di revisione presenti negli articoli 255-257 della Costituzione, così come il potere costituito che consiste nel potere di emendamento, invero molto limitato, di cui dispone il parlamento. Ciò significa che il ruolo del popolo kenyota è sostanziale in tutte le fasi del *primary constituent power* e del *secondary constituent power*, e non solo nella fase ascendente referendaria. Forse è in questi passaggi che si scorge [l'importanza](#) delle sentenze: per la prima volta la *basic structure doctrine* è stata introdotta non solo per dichiarare l'illegittimità costituzionale degli emendamenti ma questi ultimi sono ammissibili fintantoché vengano riprodotte le "*founding conditions*".

Appurata dal punto di vista sostanziale la presenza di limiti impliciti alla revisione costituzionale, le Corti hanno sancito l'illegittimità procedurale del progetto di revisione, in quanto di iniziativa presidenziale. Infatti, è risultato abbastanza agevole dichiarare illegittima la procedura avviata a seguito dell'accordo tra i due leader politici e, in special modo, dall'esecutivo, mediante l'istituzione della *BBI Taskforce* e dello *Steering Committee*, quest'ultimo proprio con il compito di proporre riforme costituzionali, essendo ciò precluso dalla Costituzione negli [articoli 256-257](#) (Corte d'Appello, par. 312).

Forse, però, è un altro l'aspetto che rende merito alle due corti, ossia l'incostituzionalità della creazione di 70 nuovi collegi elettorali, ancora una volta legata a ragioni di carattere sostanziale e procedurale. Nuovamente, la questione ricade sulla *basic structure doctrine*; nuovi collegi elettorali possono essere creati solo seguendo la lettera della Costituzione (art. 89) e garantendo l'indipendenza della [Independent Electoral Boundaries Commission](#) (IEBC) – una *Fourth Branch Institution*, che detiene il compito di revisionare le dimensioni dei collegi ma secondo specifici criteri. Il progetto di revisione, dettando nuovi criteri alla IEBC differenti da quelli sanciti dalla Costituzione, altera non solo la natura indipendente della IEBC ma proprio la normativa costituzionale in materia. L'Alta Corte, poi seguita pedissequamente dalla Corte d'Appello, ha affermato così che i

nuovi collegi sono creati mediante *“an attempt to amend the Constitution by stealth because it has the effect of suspending the operation of Article 89 without textually amending it”*.

Infine, l'ultimo aspetto, che coinvolge tanto l'esecutivo quanto il legislatore: la mancanza della legislazione attuativa in materia di referendum ex art. 82 (si noti che la Costituzione non specifica la tipologia della consultazione referendaria) ha lasciato un *vacuum* normativo che l'esecutivo, nella proposta di revisione, ha cercato di colmare con le disposizioni contenute nell'[Elections Act](#). Entrambe le corti, però, hanno affermato che ciò che ostacola un ipotetico referendum sarebbe la mancanza di trasparenza ed opacità dell'intero procedimento di revisione. Forse, in questo caso avrebbero potuto *“osare”* di più: la Corte d'Appello è giunta ad affermare che la Costituzione, l'*Elections Act* e la normativa sulla IECB, costituiscano una base normativa sufficiente per la regolamentazione del referendum, assumendo un *“compito positivo”* mediante una sorta di integrazione normativa. Ciò non convince, come non convince la mancanza di un monito più pesante verso il legislatore, su una materia, quella del referendum, così importante se letta in connessione con il ruolo della partecipazione popolare nell'ordinamento kenyota. Questo avrebbe potuto bilanciare tal discutibile interpretazione costituzionalmente orientata di normative diverse. Sono questi, probabilmente, i motivi alla luce dei quali ambedue le corti hanno rinunciato a ciò che potrebbe essere considerato un eccessivo attivismo giudiziario.

Alcune considerazioni conclusive e altrettante aperte

In definitiva, queste due pronunce suscitano numerose riflessioni, proprio a partire dalla migrazione della *basic structure doctrine* e dalla presenza di limiti impliciti alla revisione. Il perno della sentenza rimane un originalismo costituzionale fortemente ancorato al *transformative constitutionalism*, che viene protetto dalla limitazione del potere di revisione costituzionale. Inoltre, può affermarsi che la partecipazione politica come valore costituzionale costituisca un freno ai tentativi di eversione costituzionale degli esecutivi e delle élite. Infatti, ciò che stupisce, ad una lettura delle due sentenze, è la mancata menzione dei

partiti politici – invero incarnati nei due leader, mentre il riferimento alla contrapposizione tra interessi è riferito ai detentori del potere politico e al resto dei kenyoti. Non differentemente, poca attenzione è stata data alle istituzioni rappresentative. Sul punto, risulta doveroso riportare il primo paragrafo della sentenza della Corte d'Appello: *"That the Constitution of Kenya, 2010 is a transformative one has never been in dispute at all. Its implementation has, however, not been without considerable challenges, mainly because of competing interests among three categories of Kenyans: the holders of political power; aspirants for political power; and the majority of Kenyans who are apolitical"*. Si può così giungere ad asserire che la funzione della Corte nell'accogliere la *basic structure doctrine* sia quella di tutelare la [partecipazione](#) e "educazione" costituzionale dei cittadini sottoponendoli a quelle costrizioni procedurali e sostanziali a fondamento dell'ordinamento costituzionale del 2010. Forse è proprio questo l'aspetto che merita maggiormente attenzione in chiave futura. Se, in questo caso, l'origine del progetto di revisione appare chiara, come sarà possibile discernere in futuro sulla bontà e "indipendenza" dal potere esecutivo di associazioni portatrici di interessi o *stakeholders*? In breve, quanto sarà ampio lo scrutinio delle corti rispetto a eventuali "*proxies*"? Saranno quindi i giudici a definire di volta in volta perimetro e parametri di singoli progetti di revisione? In attesa della Corte Suprema, che dovrà tener conto di questi interrogativi, si può affermare che questo è un precedente fondamentale nell'arginare futuri e simili tentativi di revisione *top-down*. [L'intento](#) dell'introduzione della *basic structure doctrine* è proprio quello di garantire l'effettività dei *checks and balances* e quindi la partecipazione politica verso la quale la Costituzione dedica molta attenzione.

Nei prossimi mesi, il BBI verrà sottoposto al giudizio della Corte Suprema, la cui importanza si riflette anche sullo [scontro](#) attorno all'ammissione di alcuni noti accademici come *amici curiae*. Allo stesso tempo, l'Alta Corte ha depositato [un ulteriore importante giudizio](#), che intima al Presidente Kenyatta di provvedere alla nomina di sei giudici verso i quali, in giugno, aveva apposto il suo rifiuto. Che le corti kenyote abbiano intrapreso un percorso simile [all'attivismo](#) sudafricano?

Non bisogna dimenticare, infine, che la delicatezza del giudizio della Corte

Suprema, infine, è acuita dall'avvicinarsi delle prossime elezioni presidenziali, previste per l'agosto 2022.