

Governo debole, giudiziario forte: alcune riflessioni sull'azione di pubblico interesse in India*

di Mia Caielli**
(2 novembre 2012)

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – I rapporti tra Corte Suprema e Parlamento: dal conflitto al dialogo, passando per la *judicial deference*. 3. - Le origini giurisprudenziali della *public interest litigation*. 4. – La *public interest litigation* come strumento di partecipazione democratica 5. – Considerazioni sull'attuale attivismo giudiziario indiano.

1. *Introduzione*

Il ruolo sempre più importante svolto dalla giurisdizione sia ordinaria, sia costituzionale, nelle democrazie contemporanee costituisce da tempo una delle tematiche su cui la dottrina giuspubblicistica concentra maggiormente la sua attenzione.

Quella che è stata efficacemente definita *juristocracy*¹, accomuna, almeno dalla seconda metà del secolo scorso, quando si è affermato il controllo di costituzionalità negli ordinamenti europei, tanto gli ordinamenti anglosassoni quanto quelli di tradizione romano-germanica.

Di “governo dei giudici” e di “giudici legislatori” si inizia però a discutere negli Stati Uniti soprattutto dopo il 1947, quando Arthur Schlesinger Jr., pubblicando le sue riflessioni su una rivista non giuridica, bensì sul mensile *Fortune*, sottopose all'attenzione del mondo non solo accademico la questione dell'attivismo di alcuni dei nove giudici supremi nordamericani dell'epoca. Lo studioso spiegò che l'espressione *judicial activism* poteva essere utilizzata per indicare l'operato di quei giudici che: invalidano atti adottati da organi appartenenti ad altri poteri; non rispettano i precedenti; esercitano una funzione legislativa; abbandonano metodi interpretativi precedentemente seguiti; adottano decisioni orientate al perseguimento di determinati obiettivi². Tale definizione dell'attivismo giudiziario, come è facile intuire, non è andata esente da critiche negli anni a seguire. Essa, non soltanto tendeva a semplificare eccessivamente un fenomeno assai complesso, ma, soprattutto, dimostrava qualche ambiguità di non poco conto, alludendo a una molteplicità di significati e consentendo che posizioni giudiziarie diverse, quando non opposte, venissero qualificate come attiviste³: ad esempio, poiché è chiaro che le corti *post-Marbury* hanno il diritto di invalidare le leggi, un giudice si merita l'appellativo “*activist*” ogni qualvolta disappichi una norma di origine parlamentare perché incostituzionale? Probabilmente la risposta di Schlesinger sarebbe stata negativa, ma il suo celebre saggio non precisa in cosa deve consistere esattamente l'attività dei giudici che «*invalidate[d] an arguably constitutional action by another branch*» per

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA – London, 2004.

² A.M. SCHLESINGER JR, *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune*, gennaio 1947, pp. 202 ss., citato, tra gli altri, da K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, in *California Law Review*, 2004, pp. 1442 ss.

³ Cfr. K.D. KMIEC, *op. cit.*, pp. 1450 – 1452.

essere qualificata come attivista. Inoltre, l'Autore aveva accuratamente evitato di prendere posizione, non condannando, né elogiando, l'operato dei giudici che aveva ricompreso nella categoria degli attivisti⁴: da allora, come evidenziato da Sunstein, l'espressione è stata talvolta utilizzata in senso meramente descrittivo, ma molto più spesso, soprattutto per criticare quello che è presto divenuto l'attivismo giudiziario "progressista", come «un insulto»⁵.

Mentre la dottrina statunitense continua a confrontarsi con la questione del *judicial activism*, l'espressione inizia a essere utilizzata con sempre maggiore frequenza anche nel dibattito sia giuridico che politico indiano. Si sottolinea come i semi di quello che sarebbe poi stato definito "attivismo giudiziario" fossero stati già gettati durante il colonialismo⁶, anche se si comincia a dibattere di tale non meglio definito *modus operandi* dei giudici con riferimento alla giurisprudenza successiva alla democrazia autoritaria di Indira Gandhi. Di "governo dei giudici" si discute quando le corti decidono di farsi garanti dei diritti fondamentali e, in particolare, di sorvegliare l'attuazione della consistente parte sociale prevista dalla Costituzione. Nella dottrina indiana si scorge presto una tendenza a circoscrivere il significato di *judicial activism*, alle origini del quale si ritiene vi siano sostanzialmente soltanto due esigenze: colmare i vuoti normativi (c.d. teoria del *vacuum filling*) e agire al fine di garantire l'effettività delle libertà costituzionali, soprattutto accelerando il progresso sociale (c.d. teoria del *social want*)⁷.

Sono queste, del resto, le principali ragioni alla base della recente trasformazione del ruolo dei giudici nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei: l'inerzia del legislatore e l'emergere di "nuovi diritti", oppure la persistente violazione di libertà costituzionalmente sancite.

Si è sottolineato come, dinanzi alla sempre più evidente incapacità delle istituzioni rappresentative di intercettare e soddisfare le complesse esigenze espresse dalle odierne società pluraliste, «il canale giudiziario funzionerebbe [così] come un canale suppletivo e complementare rispetto a quello politico, con possibilità di allargare le risposte senza impegnare eccessivamente la macchina politica»⁸. Ciò vale senz'altro a spiegare la nuova centralità acquisita dal giudiziario nell'Europa continentale, ma è una considerazione che, da ormai decenni, può essere effettuata con riferimento al peculiare contesto indiano, in cui il sempre vivo dibattito sul presunto "governo dei giudici" e le critiche sovente mosse all'eccessivo attivismo giudiziario, sembrano, in realtà, celare una sostanziale accettazione di tale funzionamento del sistema.

Come si proverà a dimostrare nelle pagine che seguono, le ragioni del successo "inatteso" della democrazia indiana⁹, possono essere rinvenute anche nel ruolo di primo piano che le corti, sia statali sia federali, hanno progressivamente assunto e che nessuno ha realmente intenzione di mettere in discussione: sicuramente non i cittadini, che vedono soprattutto la Corte Suprema come il principale garante dei loro

⁴ C. GREEN, *An Intellectual History of Judicial Activism*, in *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 1195 ss., p. 1219.

⁵ C.R. SUNSTEIN, *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America*, Basic books, New York, 2005, p. 42.

⁶ Cfr. A. SAHA, *Judicial Activism in India: a Necessary Evil*, 2008, reperibile su sito internet <http://ssrn.com/abstract=1156979>, pp. 3-4.

⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁸ M.R. FERRARESE, *Magistratura, virtù passive e stato attivo*, in M. BESSONE (cur.), *Interpretazione e diritto giudiziale. 1. Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 227.

⁹ Su cui si rinvia alle recenti riflessioni di D. AMIRANTE, *Democrazie imperfette o "altre democrazie"? Costituzioni e qualità della democrazia nel sub-continente indiano*, in Id., (cur.), *Altre Democrazie. Problemi e prospettive del consolidamento democratico nel sub-continente indiano*, FrancoAngeli, Milano, 2010, pp. 15 ss., spec. pp. 22-29.

diritti troppo spesso violati; non gli organi del circuito rappresentativo, sempre più delegittimati e consapevoli della propria incapacità decisionale; non gli stessi giudici, che continuano a guadagnare consensi e non temono la perdita, nel lungo periodo, della propria indipendenza e autorevolezza che potrebbero derivare da un'eccessiva esposizione al pubblico, né si pongono il problema del non essere organi elettivi. Anzi, a quest'ultimo riguardo, si può affermare che il tradizionale argomento dalla presunta carenza di legittimazione democratica utilizzato contro i giudici legislatori sembra progressivamente perdere consistenza. Come aveva sostenuto Shapiro e ribadito Cappelletti, le corti sono spesso soggette a un controllo da parte della collettività che può renderle più responsabili degli organi sottoposti a periodiche elezioni popolari e, soprattutto, possono «dare un loro importante contributo alla generale rappresentatività del sistema [...] e offrire accesso al *judicial process* – e dare quindi una protezione – a gruppi che non sono invece in grado di ottenere accesso al *political process*»¹⁰. I due studiosi esprimevano tale idea dopo aver analizzato principalmente alla Corte Suprema statunitense: questa loro riflessione, però, si rivela condivisibile a maggior ragione se ci si riferisce al sistema giudiziario indiano, che, come si avrà modo di osservare, è stato disegnato proprio in modo tale da rappresentare «uno degli elementi fondamentali per la costruzione e l'affermazione dell'ordinamento democratico»¹¹, garantendone, innanzitutto, la facile accessibilità e si è costantemente evoluto perseguendo, in primo luogo, l'obiettivo di raggiungere tutti i cittadini e di eliminare ogni ostacolo all'accesso al processo giudiziario.

2. *I rapporti tra Corte Suprema e Parlamento: dal conflitto al dialogo, passando per la judicial deference*

Nel silenzio della Costituzione, il potere di tutti i giudici indiani statali e dell'unico giudice federale, la Corte suprema, di esercitare il controllo di costituzionalità sulle leggi approvate sia dal Parlamento dell'Unione e che dalle assemblee elettive degli Stati membri si ritiene implicito nel sistema costituzionale e desumibile da diverse disposizioni contenute nella Costituzione che conferiscono alla Corte Suprema, ma non solo, alcune funzioni chiaramente di giustizia costituzionale¹².

Ciò che invece non è contemplato in Costituzione, ma nemmeno risulta facilmente ricavabile per via interpretativa, è l'esistenza di limiti sostanziali al potere di revisione costituzionale: sono previste procedure differenti a seconda della parte di Costituzione che si intende modificare, ma i Padri costituenti non si erano premurati di sottrarre alcuni principi o norme al potere parlamentare di emendare la legge fondamentale, non immaginando che il più importante conflitto tra i poteri legislativo e giudiziario si sarebbe verificato proprio in relazione a tale questione.

Pochi mesi dopo l'entrata in vigore della Costituzione dell'India indipendente, infatti, erano state approvate diverse leggi di espropriazione e di riforma agraria volte ad abolire la *zamindari* (grande proprietà fondiaria) e a correggere un sistema che aveva ancora caratteri feudali. Tali normative furono, in parte da alcune Alte Corti statali, in parte dalla Corte Suprema, dichiarate incostituzionali in quanto contrastanti

¹⁰ MAURO CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 88.

¹¹ D. AMIRANTE, *India*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 119.

¹² Rientrano nella categoria delle funzioni di giustizia costituzionale quelle relative alla soluzione delle controversie costituzionali fra l'Unione e gli Stati e fra i diversi Stati dell'Unione e quelle riguardanti la tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, di cui si tratterà nel paragrafo 3. Sul controllo di costituzionalità in India si veda M. OLIVETTI, *Note introduttive sulla giustizia costituzionale in India*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (cur.), *Corti nazionali e diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 239 ss..

con il diritto di proprietà, così come alcune leggi in materia di ordine pubblico furono annullate perché lesive della libertà di espressione¹³. La Corte Suprema, con la decisione del caso *Champakam*¹⁴, arrivò a chiarire che i “principi direttivi della politica statale” contenuti nella Parte IV della Costituzione, che rappresentano il nucleo forte della parte sociale e in attuazione dei quali erano state adottate tutte le normative censurate, svolgono soltanto una funzione sussidiaria rispetto alla Parte III, contenente invece i “diritti fondamentali”, i quali devono essere ritenuti sacrosanti e non possono essere limitati da nessun atto normativo o governativo. L’Assemblea Costituente, ancora in carica come organo legislativo federale fino alle prime elezioni politiche generali tenutesi durante l’inverno 1951-52, rispose a tale pronuncia con l’adozione del 1° Emendamento alla Costituzione entrata in vigore da poco più di un anno, con cui si aggiunsero gli articoli 31A e 31B, unitamente al Nono allegato. In quest’ultimo furono inserite tredici leggi ritenute necessarie alla realizzazione della riforma agraria che l’art. 31B esplicitamente sottraeva al controllo di costituzionalità.

Lo scontro tra legislativo e giudiziario era ormai aperto e si intensificò nel ventennio successivo, durante il quale la Corte Suprema ribadì a più riprese la sua giurisprudenza restrittiva nei confronti degli interventi pubblici volti ad attuare i principi direttivi e, nel 1967, con la pronuncia *Golaknath v. State of Punjab*, giunse a interpretare l’art. 13 Cost., che sancisce l’incostituzionalità delle leggi lesive dei diritti fondamentali, in modo così rigido da sottrarre l’intera Parte III della Carta costituzionale alla revisione costituzionale¹⁵.

Tre anni dopo, decidendo il c.d. *Bank Nationalisation case*¹⁶, la Corte Suprema affermò che i risarcimenti per le acquisizioni pubbliche delle banche dovessero essere calcolati in base al prezzo di mercato, agendo quindi, ancora una volta, in difesa dello *status quo* e, come è stato opportunamente rilevato da autorevole dottrina indiana, iniziando a manifestare il suo attivismo ponendosi in aperto conflitto con la volontà politica della maggioranza parlamentare. Il giudiziario federale si rifiutava di cogliere lo spirito sociale di cui è permeata la legge fondamentale indiana, interpretando i *property rights* senza tenere conto dell’intento dei Costituenti e, soprattutto, cercando a più riprese di eliminare il potere parlamentare di revisione costituzionale¹⁷.

Non pare azzardato il paragone con la c.d. era *Lochner*, epoca del costituzionalismo statunitense in cui l’espressione *judicial activism* non era ancora diffusa, ma che si era caratterizzata per l’inusuale interventismo della Corte Suprema che, in nome del diritto di proprietà e della libertà contrattuale, era giunta a dichiarare incostituzionali decine di leggi statali e federali che avevano approntato una prima regolamentazione della concorrenza e dei rapporti di lavoro¹⁸.

Le analogie tra la dialettica legislativo-giudiziario indiana e statunitense non finiscono qui: così come Roosevelt, al fine di portare avanti le riforme del *New Deal*, aveva minacciato l’“impacchettamento” della Corte Suprema, la reazione del Primo ministro Indira Gandhi ai ripetuti tentativi del giudiziario federale di bloccare i suoi

¹³ Cfr. S. SEN, *The Constitution of India. Popular Sovereignty and Democratic Transformations*, Oxford University Press, New Delhi, 2007, pp. 167- 174.

¹⁴ AIR 1951 SC 226.

¹⁵ AIR 1967 SC 1643.

¹⁶ *Cooper v. Union of India*, AIR 1970 SC 564.

¹⁷ M.P. SINGH, *Inconclusive Overview of Judicial Activism in India*, in B.D. DUA, M.P. SINGH, R. SAXENA (cur.), *Indian Judiciary and Politics. The Changing Landscape*, Manohar, New Delhi, 2008, pp. 121 ss., pp. 129-134.

¹⁸ Sull’attivismo giudiziario dell’era *Lochner* ci si limita a rinviare alle recenti considerazioni di C. GREEN, *op. cit.*, pp. 1209 -1216 e, nella dottrina italiana, a C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in AIC, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale*, Roma, 27-28 ottobre 2006, Jovene, Napoli, 2010.

progetti di riforma sociale non si fece attendere. Nel 1971 il Parlamento aveva approvato un altro Emendamento, il 24°, che escludeva le leggi di revisione costituzionale dall'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., rendendo quindi tutti i diritti fondamentali modificabili. In risposta, la Corte Suprema, con la celebre sentenza *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*¹⁹, stabilì il principio secondo cui le leggi di revisione costituzionale, insieme a tutte le leggi elencate nel Nono Allegato, possono essere annullate dai giudici se si pongono in contrasto con la "struttura basilare" della Costituzione, così affermando chiaramente l'esistenza di limiti impliciti al potere di revisione costituzionale²⁰. Pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza, Indira Gandhi procedette a quello che è noto come il *court packing* indiano, nominando *Chief Justice* il giudice che aveva redatto l'opinione dissenziente, così violando la convenzione secondo cui l'esecutivo avrebbe dovuto individuare il Presidente della Corte Suprema osservando il criterio dell'anzianità.

Una nuova epoca del costituzionalismo indiano stava per aprirsi: in seguito alla progressiva diminuzione di consenso popolare al *Congress Party* e alla crisi sociale che aveva portato alla creazione di un movimento di disobbedienza civile, Indira Gandhi decise di approfittare degli ampi poteri che la Costituzione concede al Primo Ministro in caso di pericoli per l'ordine interno e, nel 1975, proclamò lo stato di emergenza che durò fino al 1977. In questo biennio di "democrazia autoritaria", durante il quale, attraverso il 42° Emendamento, furono apportate diverse modifiche sostanziali alla Costituzione e l'indipendenza dei giudici fu messa a dura prova, la Corte Suprema non poté far altro che mostrare deferenza nei confronti del potere politico²¹. Nel 1975 il giudiziario federale respinse il ricorso in appello che era stato effettuato contro la sentenza di assoluzione di Indira Gandhi sottoposta a giudizio per vicende di corruzione²² e, con il c.d. *Habeas Corpus Case*, giunse addirittura ad accettare la sospensione della possibilità di adire le corti per lamentare violazioni dei diritti costituzionali all'eguaglianza e alla libertà personale²³.

Nel 1977, con la sconfitta elettorale di Indira Gandhi che aveva cercato una legittimazione democratica nella convinzione di poter porre fine al regime di emergenza e vincere le elezioni, inizia un periodo di instabilità governativa con un esecutivo durato meno di un biennio guidato dal *Janata Party*, periodo che corrisponde a un nuovo ruolo dei giudici federali.

Il *judicial activism* indiano, come quello statunitense della Corte Burger della stessa epoca, diviene progressista. La Corte riesce in breve tempo a rimediare allo scetticismo conseguente al ruolo svolto durante lo stato di emergenza e inaugura una nuova forma di attivismo giudiziario dopo aver parzialmente modificato la propria posizione sull'efficacia dei principi direttivi, affermando, con la sentenza *Minerva Mills v. Union of India*²⁴, che questi, pur non potendo prevalere sui diritti fondamentali, devono essere attuati dal legislatore, il quale ha il compito di ricercare un'armonia tra le due parti della Costituzione. Come è stato evidenziato in dottrina con riferimento proprio a questa peculiare epoca del costituzionalismo indiano, «*it is discernibile that*

¹⁹ (1973) 4 SCC 225.

²⁰ Tra i numerosi commenti a tale pronuncia si segnalano le analisi critiche di G. AUSTIN, *Working a Democratic Constitution. A History of the Indian Experience*, Oxford University Press, New Delhi, 1999, pp. 258-273 e di S. KRISHNASWAMY, *Democracy and Constitutionalism in India. A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford University Press, New Delhi, 2010, pp. 26-42.

²¹ Cfr. M.P. SINGH, *op. cit.*, pp. 133-134.

²² Sentenza *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*, AIR 1975 Sc 2299, su cui si veda G. AUSTIN, *Working a Democratic Constitution cit.*, pp. 314-319.

²³ Sentenza *ADM Jabalpur v. Shiv Kant Shukla*, AIR 1976 2 SC 521.

²⁴ 1980 AIR SC 1789.

*the strenght of a judiciary is proportionate to the weakness of the executive»²⁵. Gli anni Ottanta rappresentano l'ultima fase del sistema a partito dominante; si inizia ad assistere al declino del *Congress Party*²⁶, all'ascesa di nuove forze politiche legate al nazionalismo *hindu*²⁷ e al mutamento della forma di governo indiana: dal parlamentarismo di tipo maggioritario, caratterizzato da una eccezionale stabilità governativa, si passa a un sistema di governi di coalizione, più o meno forti.*

Complice del nuovo "governo dei giudici" può essere però ritenuto non tanto il parlamentarismo compromissorio, quanto la fragilità di alcune coalizioni che hanno governato a partire dal 1989, nonché la crisi di legittimazione che ha colpito gli organi elettivi indiani sia statali che federali minati da un serie ininterrotta di vicende giudiziarie che hanno visto coinvolta gran parte dei loro membri per reati di corruzione. Se è innegabile che «*hung parliaments and weak coalitions provide the judges with a window of opportunity to change the balance of power in their favour*»²⁸, è anche vero, almeno nel caso indiano, che questa rinnovata forza del giudiziario non diviene quasi mai fonte di conflitti ma, al contrario, sembra essere accettata di buon grado da parte degli organi di indirizzo politico. Un'accettazione che non pare rassegnata, bensì condizionata al rispetto da parte delle corti di alcune "regole". Con riguardo, ad esempio, al sempre problematico rapporto tra revisione costituzionale e *judicial review*, le istituzioni politiche smettono di contestare la tesi giurisprudenziale della "struttura basilare" della Costituzione e, al contempo, i giudici tendono a presumere l'infondatezza delle questioni di costituzionalità riguardanti i sempre frequenti emendamenti costituzionali. Inoltre, gli organi giudiziari iniziano a farsi carico dell'attuazione della "rivoluzione sociale" promessa dalla Costituzione²⁹: tale mandato, di cui soprattutto la Corte Suprema si sente investita, viene però portato avanti senza quelle interferenze nelle decisioni di politica economica che avevano caratterizzato la prima, problematica fase dei rapporti tra giudici e legislatori, bensì tramite interventi volti alla garanzia effettiva delle libertà costituzionali interpretate alla luce dei principi direttivi i quali assurgono con sempre maggiore frequenza a parametro di costituzionalità³⁰.

3. *Le origini giurisprudenziali della public interest litigation.*

L'ambizione dei Costituenti indiani di disegnare un sistema giudiziario che potesse operare con efficacia nel peculiare contesto culturale, sociale ed economico

²⁵ A.H. DESAI, S. MURALIDHAR, *Public Interest Litigation: Potential and Problems*, in B.N. KIRPAL, A.H. DEASI, G. SUBRAMANIAM, R. DHAVAN, R. RAMCHANDRAN (cur.), *Supreme but not Infallible. Essays in Honour of the Supreme Court of India*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 162.

²⁶ Su cui si rinvia all'accurata e lucida analisi di M. TORRI, *Origine, evoluzione e trasformazione della democrazia indiana*, in *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2005, pp. 11-18.

²⁷ Cfr. D. AMIRANTE, *India cit.*, pp. 46-48.

²⁸ A. FISCHER, *Which Road to Social Revolution? Liberalization and Constitutional Reform in India*, in *Heidelberg Papers in South Asian and Comparative Politics*, n. 34, 2007, p. 15.

²⁹ Su cui si rinvia all'ampia trattazione di G. AUSTIN, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford University Press, New Delhi, 1966, pp. 204-230. L'Autore evidenzia il ruolo affidato consapevolmente dall'Assemblea Costituente ai giudici, considerati «*an arm of the social revolution, upholding the equality that Indians had longed for during colonial days, but had not gained – not simply because the regime was colonial, and perforce repressive, but largely because the British had feared that social change would endanger their rule*» (p. 204).

³⁰ Come evidenziato da A. FISCHER, *op. cit.*, p. 16, «*as economic planning and the socialist modes of production are abandoned and reformed in line with competitive market policies, India's Supreme Court judges pursue the social revolution in the context of distributive justice*».

indiano e che, quindi, risultasse accessibile anche a quella parte consistente di popolazione appartenente a comunità tribali o residente in piccoli villaggi situati in zone remote del vasto territorio, ha portato a un parziale allontanamento dai modelli inglese e statunitense. Se l'intero sistema giudiziario è ispirato al *common law* e il modello di giustizia costituzionale accolto è quello di tipo diffuso di origine statunitense, alcune funzioni affidate sia alla Corte Suprema federale che ai giudici statali non sono il frutto di un mero trapianto di idee anglosassoni, ma sono in gran parte riconducibili ad antiche tradizioni, basate sia su consuetudini che su fonti scritte, prevalentemente di matrice induista e tribale. In tutta la Costituzione indiana è facile scorgere una rielaborazione di idee e istituti provenienti dall'esterno combinati con elementi autoctoni che hanno dato vita a forme originali di organizzazione istituzionale e sociale: in particolare, per quanto concerne il sistema di accesso alla giustizia, come è stato evidenziato da autorevole dottrina, è possibile parlare di una sorta di reviviscenza del modello *hindu* che non cessa di svolgere un ruolo di primo piano nell'attuale ordinamento giuridico, in quanto idoneo a trovare le risposte più congrue alle domande di eguaglianza e protezione dagli abusi di potere che la problematica società indiana solleva³¹. Accanto al potere di tutti i giudici di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi che si trovano ad applicare, infatti, i Costituenti hanno previsto in capo alla Corte Suprema la competenza a decidere dei ricorsi diretti a tutela dei diritti fondamentali proclamati nel lungo e articolato catalogo contenuto nella Parte III della Costituzione. L'art. 32 Cost., significativamente collocato nel *Bill of Rights*, prevede la possibilità per l'organo di ultima istanza della giustizia ordinaria, nonché garante della Costituzione, non solo di annullare gli atti normativi e amministrativi impugnati, ma anche di rivolgere ai pubblici poteri e ai privati le ingiunzioni e gli ordini che più ritiene appropriati per porre rimedio all'accertata violazione di una libertà costituzionale. E' questa la disposizione che, secondo uno dei Padri costituenti, il leader degli intoccabili Ambedkar, rappresenta l'essenza del garantismo di cui è permeato l'intero testo costituzionale: «*If I was asked to name any particular Article in this Constitution as the most important – an Article without which this Constitution would be a nullity – I could not refer to any other Article except this one. It is the very soul of the Constitution and very heart of it*»³². La tutela dei diritti fondamentali non rimane, peraltro, competenza esclusiva della Corte Suprema federale: lo stesso art. 32 Cost. consente, infatti, al legislatore ordinario di conferire i medesimi poteri in materia di protezione delle libertà costituzionali appartenenti all'organo giudiziario di ultima istanza anche ad altri giudici nei limiti della loro competenza territoriale, così come l'art. 226 Cost. prevede che ci si possa rivolgere in via diretta per l'*enforcement* del *Bill of Rights* anche a tutte le Alte Corti Statali, le quali esercitano quindi una competenza concorrente con quella originaria federale³³.

Le intuitive analogie di questa forma di protezione dei diritti prevista dalla Costituzione con l'*amparo* spagnolo e latino-americano o con il *Verfassungsbeschwerde* tedesco e austriaco non sono molte. L'originalità del sistema indiano di garanzia delle libertà fondamentali può senz'altro essere colta riflettendo sull'elevato numero di situazioni soggettive che possono essere portate

³¹ W.F. MENSKI, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, New Delhi, 2003.

³² Citazione riportata, tra gli altri, da C.R. EPP, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 81.

³³ Si è infatti affermato in via giurisprudenziale il principio in base al quale le cause relative alla protezione di un diritto costituzionale non necessariamente debbano essere preventivamente portate dinanzi a una *High Court*, potendo la Corte Suprema essere adita anche in prima istanza: si rinvia al riguardo a D. FRANCAVILLA, *Il diritto nell'India contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 85.

all'attenzione delle corti, nonché dai poteri di cui queste dispongono ai sensi della Costituzione: ma l'ampiezza e l'efficacia del ricorso diretto di costituzionalità in India derivano in gran parte dall'interpretazione che la giurisprudenza ha fornito dell'art. 32 Cost., promuovendo la c.d. *public interest litigation*.

A partire da alcune pronunce della Corte Suprema adottate a cavallo tra la fine degli Anni Settanta e gli Anni Ottanta dello scorso secolo e, in particolare, con il caso *S.P. Gupta v. President of India*³⁴, è stata, da un lato, concessa la possibilità di ricorrere ex art. 32 Cost. ad associazioni, organizzazioni non governative e semplici individui non direttamente lesi in un proprio diritto fondamentale; dall'altro, è stato a più riprese chiarito che non debbano esservi particolari limitazioni di forma per l'introduzione del giudizio, così modificando le rigide formule processuali di *common law* richiamate espressamente dalla Costituzione. L'art. 32 Cost., infatti, prevede l'utilizzo di procedure quali l'*habeas corpus*, il *mandamus*, il *certiorari* e il *quo warranto*, ma, nella pronuncia *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*³⁵, si spiega come: «*in a country like India, where there is so much of poverty, ignorance, illiteracy, deprivation and exploitation, any insistence on a rigid formula of proceedings for enforcement of a fundamental right would become self defeating because it would place enforcement of fundamental rights beyond the reach of common man*». La nascita del c.d. *representative standing*³⁶, insieme con la possibilità affermata esplicitamente dalla Corte Suprema di poter essere adita anche attraverso una semplice lettera o cartolina³⁷, sono state giustificate con la necessità di dar voce agli appartenenti alle classi e alle caste svantaggiate e alle comunità tribali, cui la Costituzione si rivolge in diverse e articolate disposizioni che contemplano l'intervento dei pubblici poteri volto alla riduzione delle diseguaglianze sociali e culturali³⁸.

Al populismo di Indira Gandhi, come sostenuto da quella dottrina parzialmente critica nei confronti di alcuni aspetti del nuovo strumento di tutela dei diritti di creazione giurisprudenziale, sembra essersi sostituito il "populismo giudiziario"³⁹: è, del resto, la stessa Corte Suprema a definirsi esplicitamente in una pronuncia del 1977 come «*the last resort for the oppressed and the bewildered*»⁴⁰. Attraverso la *public interest litigation*, che studiosi come Baxi preferiscono chiamare *social action*

³⁴ AIR 1982 SC 149.

³⁵ AIR 1984 SC 802. Si veda la ricostruzione critica di tale caso giudiziario di O. MENDELSON, *Life and Struggles in the Stone Quarries of India: A Case Study*, in *The Journal of Commonwealth & Comparative Politics*, pp. 44-71, in cui si mette in evidenza l'inadeguatezza dell'intervento della Corte Suprema ai fini della eliminazione della diffusa pratica del lavoro forzato.

³⁶ Sulle peculiarità di tale istituto e sul suo utilizzo soprattutto in materia di diritto all'ambiente si rinvia a D. AMIRANTE, *Il consolidamento del diritto ambientale in India*, in E.R. AÇUNA (cur.), *Profili di diritto ambientale da Rio de Janeiro a Johannesburg*, Giappichelli, Torino, 2004 e alle riflessioni sull'attivismo giudiziale indiano in tale campo di D. FRANCAVILLA, *Il diritto dell'India post-coloniale tra imitazione e autonomia. Tutela dell'ambiente e judicial activism*, in *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009.

³⁷ Sulla giurisprudenza che ha dato vita alla c.d. *epistolary jurisdiction* si veda, tra gli altri, P.N. BHAGWATI, *Social Action Litigation: The Indian Experience*, in N. TIRUCHELVAN & R. COOMARASWAMY (eds.), *The Role of the Judiciary in Plural Societies*, London, Francis Pinter, 1987, p. 24.

³⁸ Nella sterminata letteratura in tema di tutela costituzionale delle categorie deboli indiane ci si limita a rinviare alla dottrina italiana: D. AMIRANTE, *L'India*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (cur.), *op. cit.*, spec. pp. 459-462 e ID., *Azioni positive, "quote riservate" e società multiculturale. Il Novantatreesimo emendamento e la "politica delle quote" nell'ordinamento indiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, pp. 1599 ss.

³⁹ Utilizza l'espressione *judicial populism* con riferimento a tale nuovo ruolo dei giudici indiani U. BAXI, *The Indian Supreme Court and Politics*, Eastern Book Company, Lucknow, 1980, pp. 121-248.

⁴⁰ Opinione di maggioranza redatta dal giudice Goswami nella sentenza *State of Rajasthan v. Union of India*, AIR 1977 SC, citata da U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, 1985, pp. 107 ss., p. 107.

litigation, al fine di evidenziare le profonde differenze che la distinguono dall'omonimo istituto nordamericano⁴¹, i giudici supremi indiani partecipano alla generale euforia del periodo di ritorno alla liberaldemocrazia dopo il buio biennio dell'emergenza, iniziando a schierarsi dalla parte del popolo con il consistente ausilio della stampa nazionale che, appoggiando l'associazionismo e utilizzando ogni mezzo a disposizione per far emergere gli abusi di potere e la diffusa illegalità di stato⁴², contribuirà a trasformare il ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali in «una delle vie principali di innovazione nel sistema giuridico indiano»⁴³.

4. *La public interest litigation come strumento di partecipazione democratica*

Si è avuto modo di osservare come l'intento dei Costituenti che hanno approvato l'art.32 Cost. e dei giudici federali che l'hanno interpretato fosse quello di favorire l'accesso alla giustizia dei cittadini: da alcuni anni, però, la possibilità pressoché illimitata di intentare azioni nell'interesse pubblico pare essersi trasformata in una sorta di iniziativa legislativa popolare, peraltro particolarmente efficace. Tutt'altro che rare sono le pronunce ex art. 32 Cost. in cui si raccomandano riforme legislative⁴⁴; l'espressione "giudici legislatori" riferita ai giudici indiani è però quanto mai appropriata se si pensa alle sentenze in cui la Corte Suprema, dopo avere accertato una violazione di un diritto fondamentale, si spinge fino a predisporre un vero e proprio testo di legge considerato idoneo, nel futuro, a dare attuazione alla libertà costituzionale violata.

La crisi del sistema rappresentativo in India non viene affrontata, come spesso accade altrove, attraverso un incremento dell'utilizzo dei tradizionali istituti di democrazia diretta come il referendum, la petizione o l'iniziativa legislativa popolare: questi strumenti di partecipazione popolare non sono, infatti, contemplati dalla Costituzione indiana. Le istanze del popolo vengono così sempre più frequentemente raccolte dai giudici: secondo l'ex *Chief Justice* Ahmadi, l'azione di pubblico interesse diviene «*a case for citizens finding new ways of expressing their concern for events occurring at the national level and exerting their involvement in the democratic process*»⁴⁵.

Emblematico della nuova veste assunta dal giudiziario indiano pare il caso *Vishaka v. State of Rajasthan*⁴⁶ sollevato, ai sensi dell'art. 32 Cost., da alcune associazioni non governative impegnate nella lotta contro le discriminazioni di genere e da attivisti per i diritti umani che avevano portato all'attenzione della Corte Suprema l'assenza di norme volte a contrastare il diffuso fenomeno delle molestie sessuali sul luogo di lavoro. Secondo i ricorrenti, tale vuoto legislativo avrebbe configurato la violazione di diverse disposizioni costituzionali, tra cui quelle dedicate

⁴¹ U. BAXI, *Taking Suffering Seriously cit.*, pp. 107-111. Si osservi, inoltre, come la *public interest litigation* indiana abbia ben pochi tratti in comune anche con le azioni nel pubblico interesse (*gongyi susong*) sviluppatesi in Cina a partire dal 1996, sulle quali si rinvia all'approfondita analisi di S. NOVARETTI, *Le ragioni del pubblico: le "azioni nel pubblico interesse" in Cina*, ESI, Napoli, 2011.

⁴² U. BAXI, *Taking Suffering Seriously cit.*, pp. 114-116.

⁴³ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁴ Si veda, tra gli altri, O. NI CHUILLEANAIN, *Opening up the Courts to the Marginalised: the Uses and Usefulness of Public Interest Litigation in India*, in *Trinity College Law Review*, 2003, pp. 18 ss., p. 24, spec. nota n. 54.

⁴⁵ Parole riportate da A.H. DESAI, S. MURALIDHAR, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁶ AIR 1997 SC 3011. Si rinvia, per tutti, al commento del caso di A. MEHTA SOOD, *Gender Justice through Public Interest Litigation: Case Studies from India*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2008, pp. 833 ss., pp. 866-875.

all'eguaglianza, alla libertà personale e al diritto di scelta del proprio lavoro od occupazione. La Corte, dopo aver constatato l'urgenza di porre rimedio alla inerzia del legislatore nell'attuazione dei principi costituzionali riguardanti la giustizia di genere, giunge a predisporre una vera e propria legge contro le molestie sessuali sul luogo di lavoro, dichiarandola giuridicamente vincolante ai sensi dell'art. 141 Cost.: tale disposizione chiarisce come il diritto dichiarato dalla Corte Suprema debba considerarsi diritto nazionale, così costituzionalizzando il principio dello *stare decisis* alla base del sistema di *common law*. Il riferimento alla regola del precedente vincolante assume però in questa pronuncia un significato peculiare, dal momento che svela la pretesa del giudice indiano di ultima istanza di assicurare il rispetto di norme che non sono ricavabili da precedenti giudiziari, bensì contenute in dettagliate disposizioni sistemate in articoli che in nulla differiscono dalle leggi formali: in altre parole, non di diritto giurisprudenziale si tratterebbe, ma di diritto legislativo prodotto da un organo estraneo al circuito rappresentativo.

Non è la prima volta che questioni coinvolgenti la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti su cui l'organo parlamentare tarda a pronunciarsi vengono disciplinate giudizialmente, né, sicuramente, l'ultima: leggi mascherate da *guidelines* erano state predisposte in passato dalla Corte Suprema, ad esempio, al fine di attuare le diverse disposizioni costituzionali volte alla protezione dei fanciulli, regolamentando l'adozione dei minori⁴⁷, oppure, pochi mesi dopo la decisione del caso *Vishaka*, individuando le modalità di intervento dei pubblici poteri al fine di prevenire l'emarginazione dei figli delle donne dedite alla prostituzione⁴⁸.

Più recentemente, la Corte suprema indiana, con la decisione del 2011, *Aruna Ramachandra Shanbaug v. Union of India and others*⁴⁹, ha affermato la legittimità dell'eutanasia passiva – e pertanto il diritto di rifiutare cure mediche – respingendo l'ipotesi di un diritto alla eutanasia attiva⁵⁰. I giudici indiani, come molti giudici costituzionali e di merito di altri ordinamenti⁵¹, si sono confrontati con la questione del fine vita in totale assenza di una legislazione statale di disciplina della materia, in seguito a un ricorso ex art. 32 Cost. presentato da una giornalista che aveva seguito la vicenda umana di una infermiera che, in seguito a un'aggressione subita sul luogo di lavoro, giaceva in stato vegetativo permanente da anni e per la quale chiedeva l'interruzione dell'alimentazione artificiale. La Corte Suprema rigetta il ricorso, richiamando un proprio precedente in cui aveva affermato che il diritto alla vita garantito dall'art. 21 della Costituzione non ricomprende il diritto a morire⁵², e argomentando, quindi, che la ricorrente, rappresentata dalla giornalista, non era riuscita a far valere la lesione di alcun diritto costituzionale. Tuttavia, il giudice decide di entrare egualmente nel merito della questione e, dopo essersi definito come «*a ship in an uncharted sea, seeking some guidance by the light thrown by the legislations and judicial pronouncements of foreign countries*»⁵³, prova, soprattutto attraverso l'utilizzo della comparazione giuridica, a comprendere se, a certe condizioni, potrebbe ritenersi legittima la sospensione dei trattamenti medici e della

⁴⁷ Sentenza *Lakshmi Kant Pandey vs Union of India*, AIR 1984 SC 469.

⁴⁸ Sentenza *Gaurav Jain v. Union of India*, AIR 1997 SC 3021.

⁴⁹ AIR 2011 SC 1290.

⁵⁰ Si veda il commento alla pronuncia di MONICA CAPPELLETTI, *Verso la legittimazione dell'eutanasia passiva in India: the Aruna case*, in corso di pubblicazione.

⁵¹ Come è noto, la questione dell'eutanasia rappresenta uno dei casi più diffusi, nell'ultimo decennio, di diritto giurisprudenziale: ci si limita a rinviare all'analisi del caso italiano di C. TRIPODINA, *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (cur.), *op. cit.*, pp. 42 ss., pp. 58-82.

⁵² Sentenza *Gian Kaur v. State of Punjab*, (1996) 2 S.C.C. 648.

⁵³ Sentenza *Aruna*, § 4.

somministrazione del cibo che permettono al paziente in stato vegetativo permanente di sopravvivere. La Corte giunge ad ammettere la possibilità di interruzione dei *life sustaining treatments* e, quindi, l'eutanasia passiva, ma soltanto nel rispetto di certe condizioni che vengono specificate in dettagliate linee guida, secondo cui la richiesta di sospensione del trattamento deve essere avanzata dagli stretti familiari del paziente incapace e approvata da un'Alta Corte statale, previo parere favorevole di un collegio composto da tre medici. Pochi dubbi possono sorgere sulla natura legislativa di tali *guidelines*, che, ancora una volta, i giudici si premurano di dichiarare efficaci *erga omnes*.

5. *Alcune considerazioni sull'attuale attivismo giudiziario indiano.*

La posizione assunta negli ultimi decenni dai giudici indiani sia federali, sia delle magistrature statali superiori, pare senz'altro qualificabile come "attivista". Ben due dei cinque atteggiamenti giurisprudenziali che, come si è avuto modo di ricordare, secondo Schlesinger, ma, in particolare, secondo la dottrina maggioritaria indiana, fanno di un giudice un *judicial activist*, sono riscontrabili nell'attuale *modus operandi* delle corti supreme indiane: queste, infatti, non esitano a esercitare una funzione di tipo legislativo, sostituendosi alle assemblee elettive, e adottano decisioni chiaramente orientate al perseguimento di determinati fini: quelli sociali, indicati, in particolare, nella già più volte menzionata Parte IV della Costituzione.

Se, come è stato evidenziato recentemente negli Stati Uniti, l'accusa che viene comunemente rivolta ai giudici di agire come organi legislativi anziché giudiziari è poco precisa, rivelandosi in molti casi poco più di una critica mossa alle corti che decidono questioni controverse⁵⁴, nel caso indiano nessuno spazio è lasciato ai dubbi sulla natura legislativa di certe decisioni della Corte Suprema o delle *High Courts* statali che, come si è visto, formulano abitualmente norme di carattere generale e astratto destinate ad avere un'efficacia *erga omnes* raramente contestata.

Nel caso *Vishaka* che si è assunto ad emblema della natura squisitamente legislativa di non poche decisioni giudiziarie indiane, la Corte Suprema, ben consapevole del colpo inferto al principio della separazione dei poteri, non trascura di specificare che le sue *guidelines* sarebbero rimaste in vigore soltanto nell'attesa dell'auspicabile intervento dell'organo parlamentare, invitato a sostituirle con apposita legge⁵⁵. Ma la peculiare formulazione di quella che cercava di apparire solo come una sorta di sentenza monitoria lasciava facilmente predire che la sostituzione del giudice al legislatore non sarebbe stata temporanea. Innanzitutto, si legge nella pronuncia, il Governo indiano aveva dato il suo consenso alla disciplina di tale materia per via giudiziale; inoltre, soprattutto a causa dell'opposizione del *Bharatya Janata Party*, sono stati necessari alcuni lustri perché fosse inserita nell'agenda parlamentare la discussione di un progetto di legge in materia di *sexual harassment* e, nel frattempo, non sono mancate le condanne inflitte ai colpevoli di molestie sessuali sul luogo di lavoro fondate sulle norme elaborate dalla Corte Suprema⁵⁶. Quest'ultima, inoltre, non ha esaurito il suo compito di *policy maker* con la sentenza,

⁵⁴ Cfr. F.B. CROSS, S.A. LINDQUIST, *The Scientific Study of Judicial Activism*, in *Minnesota Law Review*, 2007, pp. 1752 ss., p. 1756.

⁵⁵ Analogamente, la Corte Suprema, nel caso *Aruna*, chiarisce che la disciplina dell'eutanasia passiva da essa dettata continuerà a essere «*the law until the Parliament makes a law on the subject*» (Sentenza *Aruna*, § 140).

⁵⁶ La stessa Corte Suprema federale si è trovata ad applicare la "legge" che aveva redatto in *Vishaka* nella pronuncia *Apparel Export Promotion Council v. AK.Chopra* (AIR 1999 SC 625) e *D. S. Grewal v. Vimmi Joshi and Others* (AIR 2009 SC).

ma, nell'esercizio di una sorta di «*continuing mandamus*»⁵⁷, non ha trascurato di monitorare periodicamente l'implementazione delle "direttive" che aveva stabilito e di aggiornarle alla luce delle nuove esigenze di tutela del lavoro femminile emerse negli anni successivi. Il *Chief Justice*, interpellato qualche tempo dopo l'emanazione della sentenza per via epistolare da alcune organizzazioni non governative che lamentavano la persistente violazione dei diritti delle donne lavoratrici, ha, infatti, convertito le lettere ricevute in una *writ petition*, in base alla quale un collegio di tre giudici, nel 2004, ha ingiunto al Governo federale, nonché a tutti gli Stati membri e Territori, di relazionare sulle misure adottate al fine di attuare le *guidelines* fissate anni prima⁵⁸; successivamente, la Corte è tornata sulla questione della repressione delle molestie sessuali sul luogo di lavoro più volte, fino a prendere nuovamente atto, il 19 ottobre scorso, del persistere del vuoto normativo in materia e a specificare ulteriormente la normativa rimasta parzialmente disapplicata⁵⁹. Pare opportuno, infine, osservare come il *Protection of Women Against Sexual Harassment at Work Place Bill, 2010* approvato, per ora, solo dalla Camera bassa lo scorso 3 settembre⁶⁰, ricalca abbastanza fedelmente, pur specificandola, la disciplina provvisoria stabilita dalla Corte Suprema a partire dal 1997, con ciò dimostrando che la volontà politica del legislatore federale faticava ad affermarsi, ma era tutt'altro che divergente rispetto alle scelte operate dal giudiziario federale.

Raramente i giudici supremi indiani, nell'ultimo trentennio, si sono contrapposti all'indirizzo politico degli organi legislativi e governativi. In alcuni casi, come si è osservato, vi è stata una "surrogazione" del giudiziario al legislativo volta a rimediare a omissioni legislative ritenute incostituzionali per violazione dei diritti fondamentali. In altri, invece, i giudici hanno deciso di affrontare questioni eticamente complesse che le maggioranze parlamentari avevano sino ad allora esitato a risolvere: casi "difficili", questi ultimi, non perché, come si è già avuto modo di osservare altrove⁶¹, avessero ad oggetto controversie non componibili mediante l'applicazione di una norma giuridica chiara, secondo la nota definizione dworkiniana, ma in quanto implicanti la soluzione di questioni di rilevanza costituzionale altamente dibattute: data la scarsa corrispondenza delle decisioni pubbliche agli interessi effettivi del popolo, in gran parte derivante dalla grave crisi che sta attraversando il circuito rappresentativo, i giudici, nell'esercizio della loro attività interpretativa, provano a far valere quei mutamenti di valori che ancora non sono stati intercettati dal legislatore ordinario o costituente. Nel già menzionato caso *Naz Foundation*, ad esempio, si è assecondata un'esigenza che da tempo la società andava esprimendo, attraverso un'imponente e ben organizzata attività associazionistica e lobbistica, con una decisione senza dubbio "ardita", se si tiene conto del peculiare contesto socio-

⁵⁷ Espressione utilizzata da A.H. DESAI, S. MURALIDHAR, *op. cit.*, p. 177, per indicare l'abitudine della Corte Suprema di controllare il rispetto degli ordini emanati nelle sue decisioni in materia di *public interest litigation*.

⁵⁸ *Medha Kotwal Lele and Ors. v. Union of India, Writ Petition (Cr.) Nos. 173-177/1999*, Order del 26 aprile 2004, reperibile sul sito internet: http://www.iip.res.in/files/VisakaVsRajasthan_1997.pdf. Si noti come sia la sentenza *Vishaka*, sia la vicenda politico-giudiziaria che ne è seguita, hanno suscitato notevole interesse nella dottrina straniera, anche in considerazione del fatto che la regolamentazione delle molestie sessuali sul luogo di lavoro nel diritto comparato si presenta come un interessante caso di trapianto giuridico: si veda, ad esempio, l'analisi di D. BARAK-EREZ, J. KOTHARI, *When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation and Social Change*, in *Stanford Journal of International Law*, vol. 47, 2011, pp. 177 ss.

⁵⁹ M. DESAI, *Starting the Battle*, in *Combat Law*, Vol. 4, 2005, reperibile sul sito internet <http://www.indiatogether.org/combattlaw/vol3/issue5/visakha.htm>.

⁶⁰ *Bill no. 144 of 2010*, reperibile sul sito internet della Camera bassa (*Lok Sabha*): <http://loksabha.nic.in/>.

⁶¹ M. CAIELLI, *Attivismo giudiziale e utilizzo della comparazione giuridica in alcuni emblematici hard cases indiani e statunitensi*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (cur.), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 251 ss., p. 257.

religioso che aveva reso l'abrogazione esplicita del reato di sodomia particolarmente difficile e dibattuta. Forse, però, l'atto di coraggio della *High Court* di Delhi nelle vesti di giudice delle leggi andrebbe relativizzato: innanzitutto, la norma del Codice penale che prevedeva tale reato era ormai da decenni disapplicata; in secondo luogo, la Corte ha cercato di mettersi quanto più possibile al riparo dalle naturali critiche di eccessivo attivismo, e, consapevole di rivolgersi a un uditorio sempre più vasto⁶², si è premurata di ricorrere a dottrine e precedenti giudiziari provenienti da ordinamenti stranieri di democrazia consolidata con cui un proficuo dialogo giurisprudenziale era già da tempo in atto⁶³. Nessuna volontà di contrastare l'indirizzo politico della maggioranza pare quindi ravvisabile in questa pronuncia, pur coraggiosa. Analogamente, nel controverso caso *Aruna Shanbaug*, la Corte Suprema ha scelto di intervenire nella questione dell'eutanasia laddove, come si è avuto modo di osservare, avrebbe potuto limitarsi a pronunciare una semplice decisione di rigetto del ricorso. Il ruolo legislativo svolto dal giudice federale, come si è già osservato, è evidente, così come chiaro è l'intento di agire, ancora una volta, per rimediare all'inerzia degli organi parlamentari. Ma la cautela che pare ravvisabile nella scelta di concedere uno spazio soltanto all'eutanasia passiva, circoscrivendo notevolmente la possibilità di ricorrervi, insieme con le tecniche argomentative utilizzate, lasciano presupporre che la Corte Suprema, pur nell'intento di non dismettere i panni abituali di istituzione di riferimento per i cittadini in attesa di risposte dei loro rappresentanti che tardano ad arrivare, non avesse alcuna intenzione di agire in contrasto con gli organi elettivi. Ancora una volta, l'opinione di maggioranza è ricca di citazioni di fonti normative e giurisprudenziali straniere, che paiono aver realmente influito sul ragionamento che ha poi condotto alla stesura delle *guidelines*⁶⁴, oltre che essere state senz'altro utilizzate come *argumentum quoad auctoritatem* e quindi per convincere il "pubblico" – Parlamento compreso – della percorribilità di tale strada⁶⁵.

La riappacificazione tra giudiziario e legislativo è stata, infine, a parere di chi scrive, piuttosto evidente in due pronunce del 2007 che sembrano avere aperto una nuova era dei rapporti tra i due poteri dello stato. Con la sentenza *Coelho v. State of Tamil Nadu*⁶⁶, la Corte Suprema è tornata sull'antica questione dei limiti alla revisione costituzionale ammorbidendo la sua posizione, ragione per cui non pare condivisibile il pessimismo di chi ha profilato lo scenario di un nuovo conflitto tra il potere giudiziario e quello legislativo⁶⁷. Certo, la decisione è ancora animata, come quelle risalenti agli anni Settanta dello scorso secolo di cui si è trattato in precedenza, dall'intento di limitare il frequente ricorso da parte del Parlamento all'inserimento di alcune leggi nel Nono Allegato per sottrarle al *judicial review*, ma, rispetto al celebre precedente rappresentato dalla pronuncia *Kesavananda Bharati*, la Corte sembra concedere al Parlamento uno spazio di manovra più ampio, precisando, pur senza arrivare a definirlo con precisione, che cosa contribuisce a definire le *basic features*

⁶² Sull'estensione dell'uditorio dei giudici, cui si ricollega la crescita delle motivazioni che caratterizza le decisioni di molti giudici costituzionali contemporanei (tra cui rientrano senz'altro quelli indiani), si rinvia a L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 159-166.

⁶³ Sull'utilizzo dell'argomento comparatistico da parte dei giudici attivisti che spingono la società verso direzioni ancora controverse nella società o nella maggioranza politica si rinvia a B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 2009, spec. pp. 72-80.

⁶⁴ Sono, invece, molto più frequenti le decisioni in cui il giudice non riesce a convincere di aver davvero analizzato il diritto straniero per formare il proprio convincimento: cfr. G.F. FERRARI, A. GAMBARO (cur.), *op. cit.*, p. IX.

⁶⁵ Sulla citazione della giurisprudenza inglese in tale decisione si veda MONICA CAPPELLETTI, *op.cit.*, pp. 4- 5.

⁶⁶ (2007) 2 S.C.C. 1.

⁶⁷ Ad esempio, cfr. S. SILEONI, *India - La Corte Suprema e il Parlamento in conflitto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 757.

della Costituzione. Divengono così annullabili perché lesive dell'impianto fondamentale della Costituzione solo quelle leggi "costituzionali" (così possono definirsi le leggi inserite, tramite la procedura di revisione costituzionale, nel Nono Allegato) che violano alcuni diritti, ritenuti "più fondamentali" di altri, tra i quali, ad esempio, non sono compresi quelli culturali e religiosi⁶⁸.

Lo stesso anno, con la sentenza *Raja Ram Pal v. Hon'ble Speaker, Lok Sabha & Others*⁶⁹, la Corte Suprema è, invece, intervenuta sulla possibilità per il Parlamento di espellere un suo membro. La questione era piuttosto delicata in quanto connessa all'esigenza del legislativo federale di ripulire la sua immagine dopo una serie di scandali legati a gravi vicende di corruzione che avevano indotto la Camera bassa ad adottare un provvedimento di espulsione nei confronti di dieci dei suoi componenti, pur nell'assenza di un'esplicita previsione costituzionale che a ciò la autorizzasse. All'attenzione della Corte Suprema fu quindi portata la questione relativa alla costituzionalità del provvedimento adottato dal *Lok Sabha* sulla base dell'assunto per cui rientrerebbe tra le funzioni del giudiziario il controllo sull'esercizio del potere da parte dell'esecutivo e di ogni altro organo costituzionale⁷⁰. I giudici federali non hanno esitato ad affermare di avere giurisdizione sulla questione, accogliendo l'interpretazione dei ricorrenti secondo cui anche gli atti parlamentari non legislativi possono essere sottoposti a *judicial review*⁷¹, ma rifiutando l'argomento di costoro secondo cui l'art. 105 della Costituzione sui poteri e privilegi del Parlamento escluderebbe l'esistenza in capo alle due Camere della facoltà di espulsione di un proprio membro.

Con queste due sentenze la Corte Suprema si è nuovamente posta come «*the ultimate arbiter of the meaning of the Indian Constitution*»⁷², ma ha, contestualmente, confermato l'impressione di non esercitare il suo potere in conflitto con il Parlamento e con la maggioranza di governo che questo esprime, bensì muovendosi in sintonia con questi ultimi o, addirittura, per quanto possa sembrare un'ipotesi azzardata, su mandato più o meno tacito delle forze politiche rappresentative che non riescono ad uscire dalla crisi.

Ancora, vale la pena ricordare che non mancano esempi di attività giudiziarie chiaramente *pro-establishment* che hanno reso la Corte Suprema bersaglio di feroci critiche⁷³: emblematica è la complessa vicenda relativa al progetto di costruzione della grande diga di Sardar Sardovar sul fiume Narmada nella quale i giudici federali sono stati coinvolti a più riprese. Se nel 1994, la decisione della *public interest litigation* intentata dall'organizzazione non governativa *Narmada Bachao Andolan* (d'ora in poi NBA) aveva condotto all'arresto dei lavori per ingiunzione giudiziaria⁷⁴, cinque anni dopo la Corte Suprema si pronuncia nuovamente consentendo la riapertura dei cantieri della diga, così scatenando violente proteste dei movimenti

⁶⁸ (2007) 2 S.C.C. 1, p. 99. Si noti come nella sentenza del 2000, *State of Bihar v. Bal Mukund Sah* (AIR 2000, SC 1296), la Corte aveva già indicato alcuni elementi facenti parte della struttura basilare della Costituzione: ma oltre alla forma di vita democratica e al la natura laica dello Stato si era limitata a menzionare, assai genericamente, la garanzia dei diritti fondamentali.

⁶⁹ (2007) 3 S.C.C. 184.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 243.

⁷¹ Così discostandosi apertamente dalla consolidata giurisprudenza britannica in materia, argomentando che la "broad doctrine of exclusive cognizance of its internal proceedings" della *House of Commons* non troverebbe spazio nell'ordinamento indiano: M. DALAL, *India's New Constitutionalism: Two Cases That Have Reshaped Indian Law*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 31, 2008, pp. 257 ss., p. 271.

⁷² M. DALAL, *op. cit.*, p. 257.

⁷³ S.P. SATHE, *Judicial Activism in India, Transgressing Borders and Enforcing Limits*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, p. xxxviii.

⁷⁴ *NBA v. Union of India and Others, Writ Petition (Civil) No. (2) 319 of 1994, Order* del 5 maggio 1995.

ambientalisti⁷⁵. L'organo giudiziario federale era andato incontro alle esigenze di natura economica che la classe dirigente cercava di far prevalere da tempo sui diritti costituzionali delle minoranze indigene che risiedevano sulle sponde del fiume Narmada e sull'obbligo costituzionale di salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio. La *judicial democracy* stavolta non aveva funzionato, come argomentato nel saggio, divenuto in breve tempo celeberrimo, del premio Nobel Arundhati Roy⁷⁶: ma si può ritenere che la Corte Suprema avesse rinunciato al suo attivismo? La risposta non può che essere negativa: anzi, come è stato efficacemente posto in evidenza in una recente, accurata, ricostruzione del significato di "attivismo giudiziario", «*a judge can be activist by deferring too much, thereby authorizing excessive governmental power*»⁷⁷.

Del resto, tale controversa decisione della Corte Suprema, proprio per la sua natura indiscutibilmente politica, ha contribuito a sollevare nuovi dubbi sul ruolo del giudiziario con riferimento alla *accountability* della magistratura. Qualora i giudici si trasformino in attori politici, non sarebbe opportuno immaginare una loro responsabilità di tipo politico equivalente a quella degli altri organi democratici, che dovrebbe tradursi nella possibilità per i cittadini di criticare liberamente la loro azione come una qualunque scelta legislativa o governativa⁷⁸? In altre parole, sarebbe corretto mantenere operativo quello che, in sistemi giuridici come quello indiano, è il reato di oltraggio alla Corte? La domanda è sorta in seguito ai processi per *contempt of court* cui sono state sottoposte sia la scrittrice Arundhati Roy, sia altri attivisti dell'NBA, dopo aver organizzato manifestazioni e presidi di protesta contro la sentenza dei giudici federali e criticato questi ultimi a mezzo stampa. Ci si sarebbe aspettati che la Corte Suprema abbandonasse quell'orientamento piuttosto "illiberale" che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza su tale reato in epoche precedenti, e, che, in ragione del suo «*expanded role and judicial activism, it would tolerate much greater criticism of its decisions as well as of itself as an institution*»⁷⁹. Invece, la condanna della scrittrice a tre mesi di reclusione⁸⁰ - scontati con una notte di carcere e il pagamento di una consistente pena pecuniaria – non solo ha avuto un'enorme eco mediatica, ma ha contribuito ad alimentare il dibattito sulla necessità di far emergere un nuovo paradigma delle relazioni tra giudici e società, che non possono più essere esclusivamente improntate alla tradizione della *black letter law*, né basate su una presunzione di indifferenza del potere giudiziario rispetto alla opinione pubblica e al contesto sociale, economico e culturale in cui esercita le sue funzioni.

Come è facilmente intuibile, il ripensamento del rapporto tra giudice e cittadino è forse particolarmente urgente nell'ordinamento costituzionale indiano, ma non può non riguardare anche i giudici occidentali, sia anglosassoni sia operanti in sistemi di *civil law* e, a maggior ragione, le corti costituzionali europee, in cui il *judge-made law*, soprattutto in materia di diritti fondamentali, è fenomeno oggi quanto mai diffuso⁸¹.

⁷⁵ *NBA v. India* (1999) 5 SCC 586.

⁷⁶ A. ROY, *The Greater Common Good*, India Book Distributor, Bombay, 1999.

⁷⁷ C. GREEN, *op. cit.*, p. 1227.

⁷⁸ Cfr. J.P. SATHE, *op. cit.*, pp. lxxviii-lxxxiii.

⁷⁹ *Ibidem*, p. lxxix.

⁸⁰ Sentenza della Corte Suprema *In re Arundhati Roy*, AIR 2002 SC 1375.

⁸¹ La letteratura giurispubblicistica al riguardo è sterminata: ci si limita pertanto a rinviare, per quanto riguarda l'esperienza dell'Europa continentale al già citato volume di M. CAVINO, C. TRIPODINA (cur.), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: 'casi difficili' alla prova?*, Giuffrè, Milano, 2012 e, con riferimento all'area di *common law* e, in particolare, alla *judicial supremacy* statunitense, al recente saggio di C. PINELLI, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel dibattito angloamericano contemporaneo*, in www.dirittifondamentali.it, 29 maggio 2012.

La dottrina indiana, soprattutto in conseguenza delle questioni sorte in occasione delle vicende giudiziarie connesse alla costruzione del sistema di dighe sul fiume Narmada e del ruolo sempre più politico svolto dai giudici federali e delle Alte Corti statali, è oggi quanto mai impegnata a riflettere, oltre che sull'opportunità di abolire il reato di oltraggio alla corte⁸², sul grado di indipendenza della Corte Suprema indiana dall'esecutivo, sulla sua legittimazione, nonché sulle procedure di selezione e nomina dei giudici.

La necessità dell'attivismo giudiziario non sembra però essere posta più di tanto in discussione. Nel 1985, pochi mesi dopo il *leading case* in materia di *public interest litigation*, *Bandhua Mukti Morcha*, autorevole dottrina indiana, prendendo atto del supporto e dell'autorità morale di cui godeva la Corte Suprema in un'epoca in cui le altre istituzioni indiane stavano attraversando una profonda crisi di legittimazione, aveva immaginato che l'organo giudiziario federale, agendo come organo politico avrebbe potuto, proprio come tutti gli altri organi politici, esporsi a dinamiche di disillusione, promettendo più di ciò che avrebbe potuto garantire⁸³. Ebbene, quasi un trentennio dopo, la Corte Suprema, nonostante sia ormai chiaro ai più che non può essere in grado, da sola, di sostenere il peso della "rivoluzione sociale", non ha perso quel prestigio che le consente di essere, ancora oggi, percepita come la "Corte di tutti gli indiani". Il ruolo di garante dei diritti ma, soprattutto, di innovatore del sistema giuridico indiano che continua a svolgere, spesso insieme con le Alte Corti statali, la pone su un piano diverso da quello su cui sono da tempo collocati i giudici inferiori, i quali, soprattutto a causa del loro esiguo numero in rapporto alla popolazione, della grave congestione dei lavori dovuta a regole procedurali antiquate, a uffici inefficienti e a carenza di personale paiono ormai «*locked into a spiral of escalating gridlock and ineffectiveness*»⁸⁴ e sempre più spesso scavalcati dalla cittadinanza che, laddove possibile, cerca rivolgere le sue domande di giustizia ai giudici supremi, sia statali che federali.

Questi ultimi hanno utilizzato un'efficace metafora per descrivere il ruolo che sentono di (dover) svolgere in alcune dichiarazioni pubbliche recenti: soprattutto attraverso la *public interest litigation*, agiscono da "sveglia" per le istituzioni politiche sia statali sia federali, premurandosi di ricordare loro quando è tempo di attivarsi per svolgere le funzioni che competono loro⁸⁵, pur, in non rari casi, riservandosi la facoltà di agire in loro sostituzione, così contribuendo a evitare paralisi istituzionali che il Paese non potrebbe permettersi di affrontare.

Come notava Cappelletti, argomentando in favore dell'attività creativa dei giudici, il sentimento popolare di partecipazione al sistema governativo «può essere facilmente alienato da legislatori e apparati burocratici lontani e inaccessibili, mentre è invece caratteristica *quoad substantiam* della giurisdizione [...] quella di svolgersi in connessione diretta con le parti interessate»⁸⁶. Con riferimento all'esperienza indiana, si è cercato di dimostrare come, soprattutto grazie allo sviluppo della *public interest litigation*, il processo giurisdizionale si sia dimostrato più "democratico" ed efficace degli altri processi decisionali. Se, in una prima fase della Repubblica indipendente indiana, l'azione dei giudici ha determinato situazioni di conflitto con gli organi

⁸² Si rinvia, al riguardo, all'approfondito studio di K. BALASANKARAN NAIR, *Law of Contempt of Court in India*, Atlantic Publishers and Distributors, New Delhi, 2004.

⁸³ U. BAXI, *Taking Suffering Seriously cit.*, p. 107.

⁸⁴ M. GALANTER, *Fifty Years On*, in B.N. KIRPAL, A.H. DEASI, G. SUBRAMANIAM, R. DHAVAN, R. RAMCHANDRAN (CUR.), *op.cit.*, pp. 57-64.

⁸⁵ Dichiarazioni riportate da A. MEHTA SOOD, *op. cit.*, p. 846.

⁸⁶ MAURO CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 89.

legislativi, da qualche decennio si assiste a un esercizio dell'attivismo giudiziario meno controverso. Del resto, «l'ultima parola nel processo di produzione del diritto spetta sempre alla "volontà maggioritaria", così come questa si esprime, in forma di maggioranza semplice o qualificata, nella legislazione ordinaria e in quella costituzionale»⁸⁷, ma, né il Parlamento federale, né le assemblee legislative degli Stati membri, hanno ritenuto di abrogare o modificare il diritto giurisprudenziale elaborato a partire dal superamento del periodo emergenziale e, soprattutto, in seguito all'evoluzione della democrazia indiana conseguente al declino del Partito del Congresso.

** Ricercatrice di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza

⁸⁷ *Ibidem*, p. 92.