

“Giustizia sociale” e *Public Interest Litigation* nell’evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici

di Pasquale Viola

Abstract: *Social Justice and Public Interest Litigation in The Constitutional Development of Some Asian Legal Systems* – Traditionally, the rules regarding to the *locus standi*, as well as the exact definition of the legal status, restrict proceedings to the sole right holder. This account could appear an easy, clear and basic legal issue, both in judicial and *de iure condendo* standpoints, but in some social and anthropological experiences the debate is perpetually open. In the following essay, after having illustrated the relationship between the Indian Supreme Court and the legislative and executive powers, I will draw up a legal framework of the Public Interest Litigation (PIL) in India and Nepal, for acknowledging that the definition ‘Social Action Litigation’ enhance the PIL’s role with regard to a widespread idea of social justice in the Indian subcontinent.

Keywords: Public Interest Litigation; Constitutionalism; Indian Subcontinent; Social Justice; *locus standi*.

977

*The Constitution is not intended to be the arena of legal quibbling
for men with long purses. It is made for the common people.
It should generally be so construed as that they can understand and appreciate it.
The more they understand it the more they love it and the more they prize it.*
Kesavananda Bharathi v. State of Kerala

*So, every time the curtain falls
Every time the curtain falls on some forgotten life
It is because we all stood by, silent and indifferent
It's normal*
R. Waters, *Is This the Life We Really Want?*

1. Premessa

Tradizionalmente la disciplina del *locus standi* in materia di diritti umani ha dovuto fare i conti con la legittimazione ad agire del solo titolare del diritto che si assume violato, nonché con l’esatta definizione della personalità giuridica, altro elemento necessario affinché si possano attribuire diritti e doveri. Ciò potrebbe apparire un processo lineare e giuridicamente basilare, sia in fase giurisdizionale che *de iure condendo*, ma in alcune realtà sociali e antropologiche il dibattito è perennemente aperto. Nonostante queste realtà possano apparire sul piano geografico ‘lontane’,

giuridicamente esse propongono soluzioni alternative o audaci che spesso influenzano anche il diritto occidentale, da sempre ritenuto un prodotto da esportazione piuttosto che il risultato di un processo bilaterale. In questi contesti, i modelli occidentali fungono da strumento che riesce solo a tradurre in parte le istanze di giustizia, come testimoniato dalla recente attività giudiziaria in materia ambientale in Colombia, Ecuador, Bolivia ed India¹ o l'attivismo finalizzato alla tutela dei diritti sociali ed economici in Asia, in particolare nel subcontinente indiano². Fra vari elementi, le esperienze giuridiche citate hanno in comune un punto: permettono alle 'voci inascoltate' di essere udite in giudizio.

Questa asserzione, prossima ad un ossimoro, fa emergere una serie di spunti e riflessioni che vanno ben oltre la mera comparazione giuridica, a volte semanticamente 'arida', fra modelli giurisdizionali occidentali e non. Quali sono le voci 'inascoltate'? Le voci 'inascoltate' sono quelle degli 'inesistenti', degli ultimi, degli scarti di una società dedita allo sviluppo economico? Cos'è la giustizia? E cosa intendiamo per equità, intesa come giustizia del caso concreto? Dove collochiamo le forme alternative di giustizia (in un sistema giuridico, religioso, culturale, etc...)? Nascono, così, serie concentriche di quesiti che, dopo aver attraversato una scala di 'transfiniti del dubbio', approdano alla domanda ultima: la giustizia contiene o è contenuta in un sistema giuridico?

978

Tuttavia, mettendo da parte le giurisdizioni alternative, che in un continente come quello asiatico soffrono un processo di cariocinesi che si perde nell'ultimo Panchayat indiano o in una remota assemblea locale nepalese, ci sono stati esempi di esercizio alternativo della funzione giurisdizionale tradizionale che ha posto al centro le esigenze dei 'diseredati del diritto'? In particolare, la Corte Suprema della più grande macchina giudiziaria al mondo, ossia quella indiana, come ha dialogato nei decenni con la necessità di alleviare l'invisibilità degli ultimi? Proveremo, attraverso le riflessioni che seguono, a delineare la disciplina della *Public Interest Litigation* (PIL) per portare alla luce una definizione della stessa che, già illustrata in passato, meglio ne definisce il ruolo in rapporto ad un'idea diffusa di giustizia sociale.

Alla luce di quanto indicato poc'anzi, appare necessaria una premessa metodologica. Come sottolineato da autorevole dottrina, le difficoltà nel riordinare un'analisi comparatistica – e post-moderna – ha indotto i comparatisti a «mescolare criteri giuridici con canoni politologici»³. Nel presente articolo delinearò, quindi, l'attività della Corte Suprema indiana e il rapporto coi poteri legislativo ed esecutivo dell'Unione alla luce della distinzione in fasi operata in un recente studio – compiuto senza alcuna retorica autocelebrativa – di A.

¹ Vd. S. Bagni, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, *infra*; D. Amirante, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in 29 *Pace Envtl. L. Rev.*, 441 (2012); F. de Castro, B. Hogenboom & M. Baud (Eds.), *Environmental Governance in Latin America*, London, 2016.

² Cfr., fra gli altri, D. Bonilla Maldonado, *Constitutionalism of the Global South*, Oxford, 2013; O. Vilhena, U. Baxi & F. Viljoen (Eds.), *Transformative Constitutionalism: comparing the apex courts of Brasil, India and South Africa*, Pretoria, 2013; D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *DPCE*, 1(2015), 1-36.

³ L. Pegoraro, A. Rinella, *Diritto costituzionale comparato*, Milano, 2017.

Thiruvengadam sulla Costituzione indiana⁴. Dopo aver illustrato la distinzione in fasi dell’operato della Corte Suprema dal 1950 ad oggi, esporrò la disciplina della *Public Interest Litigation* in India e l’evoluzione che ha interessato l’oggetto dell’attività giurisdizionale inerente alla PIL, nonché l’introduzione ed uso della stessa in Nepal.

2. La Corte suprema indiana, l’esecutivo e il potere legislativo: la ragionevolezza alla prova dell’interpretazione giuridica

L’articolazione giurisdizionale indiana non è nata dal nulla dopo l’indipendenza dal Regno Unito, ma si è collocata sulla struttura già tracciata in epoca coloniale. Nonostante alcuni processi per sedizione risalenti alla fine del Diciannovesimo secolo, il processo di ‘indianizzazione’ delle *High Courts* del British Raj (Bombay, Calcutta, Madras, Allahâbâd, Patna e Lahore) era già iniziato. Tuttavia, la dialettica era ancora lontana dal recepimento delle ‘voci inascoltate’, in quanto cercava di gestire il conflitto fra poteri indigeni e coloniali.

Un significativo cambiamento, evidentemente, si ebbe con l’Indipendenza dal British Raj e l’istituzionalizzazione della Corte Suprema, in un’ottica che intendeva concretamente ‘separare i poteri’ pur non inserendo alcuna previsione esplicita nel testo costituzionale del 1950.

Come anticipato nel paragrafo precedente, l’attività della Corte Suprema nell’applicazione ed interpretazione del diritto costituzionale, così come i rapporti della stessa con i poteri legislativo ed esecutivo, non è stata lineare, ma è mutata nel corso dei decenni in base alle contingenze. Alla luce di tale precisazione è possibile suddividere l’attività della Corte in cinque fasi: i) approccio tecnocratico e *Judicial Review* (1950-66), ii) fase teleologica (1966-77); iii) PIL e implementazione dei *Directive Principles*; iv) supremazia del potere giudiziario e della spinta verso la *good governance* (1989-2014); v) ritorno alla tecnocrazia (dal 2014).

i) Il 28 gennaio 1950, due giorni dopo l’entrata in vigore della Costituzione, la Corte Suprema avviò la propria attività giurisdizionale. In questa fase, che combacia con l’attività politica di J. Nehru, il ruolo della Corte Suprema si sostanziava in un’opposizione “debole, ma leale”⁵ allineata con la missione nazionalista tratteggiata dalla Costituzione sul piano giuridico e dall’attività del Governo su quello politico. Emblematico è il caso *AK Gopalan v. State of Madras*⁶, in cui la Corte Suprema non ritenne incostituzionale la detenzione preventiva – in contrasto con alcuni articoli della Costituzione, in particolare gli artt. 19 e 21 rubricati, rispettivamente, *Protection of certain rights regarding freedom of speech etc* e *Protection of life and personal liberty* – affermando, però, il principio di diritto per il quale la Corte avrebbe potuto ritenere illegittima ogni norma in contrasto con il dettato costituzionale. ii) La seconda fase, ossia quella ‘teleologica’, va dal 1966 al

⁴ A.K. Thiruvengadam, *The Constitution of India. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, 2017; in particolare vd. Cap. 4, ‘Fundamental Rights, Directive Principles and the Judiciary’, 101-137, spec. 118 ss.

⁵ Ivi, 120.

⁶ *AK Gopalan v. State of Madras*, AIR 1950 SC 27.

1977. In questo lasso di tempo, la politica indiana affrontò la fase ‘Post-Nehru’, che vide la figura di Indira Gandhi farsi largo nello scenario politico. Col mutare della compagine politica si assistette a un conflitto aperto fra esecutivo e Corte Suprema, in cui ad ogni riforma strutturale del sistema giuridico indiano, si assisteva ad un puntuale intervento della Corte, che ne rilevava l’illegittimità costituzionale. Emblematici di questa fase sono due precedenti destinati a diventare dei *leading cases*: *Golak Nath v. State of Punjab*⁷, in cui la Corte sancì il principio secondo il quale il Parlamento non può modificare i diritti fondamentali garantiti dalla parte III della Costituzione⁸; *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala*⁹, che introdusse la dottrina delle *basic features* (o *basic structure*), in base alla quale il Parlamento non può modificare ciò che viene ermeneuticamente inteso come nucleo essenziale della Costituzione.

Tuttavia, nonostante l’attività interpretativa della corte avesse dimostrato particolare audacia e determinazione nel perseguimento dell’ideale di giustizia sociale, si verificò una inversione al regime tecnocratico contestuale all’emergenza del 1975-77. Esemplificativo di questo ritorno al formalismo è il caso *ADM Jabalpur v. S. S. Shukla*¹⁰, un giudizio sulla legittimità del *Maintenance of Internal Security Act*, 1971, una legge impiegata come base giuridica per la detenzione di centinaia di migliaia di oppositori politici, ritornando, così, ad una «venerazione formalistica del testo»¹¹. A seguito di questa inversione di tendenza, la Corte Suprema indiana divenne un guardiano senza percezione della coscienza costituzionale¹². iii) La terza fase è quella contraddistinta dall’uso della *Public Interest Litigation* per l’emanazione di provvedimenti che hanno profondamente segnato la società indiana. Durante questo periodo (1977-89) la Corte ha introdotto e accolto numerosi ricorsi riguardanti i diritti sociali ed economici delle classi più povere e svantaggiate della società indiana, arrivando persino a statuire, con il *leading case* *Minerva Mills v. Union of India*¹³, che i *Directive Principles* ai sensi della Parte IV della Costituzione indiana godevano del medesimo status e valore giuridico dei diritti fondamentali, aprendo definitivamente le porte ad una serie di giudizi attinenti ai diritti sociali¹⁴. iv) La supremazia del potere giudiziario e la

⁷ *Golak Nath v. State of Punjab* (1970) 1 SCC 248.

⁸ Per un’introduzione al tema vd. Z. Modi, *10 Judgements That Changed India*, New Delhi, 2013. Per un approfondimento sulla dottrina della *basic structure* vd., V.N. Shukla, *Constitution of India*, Lucknow, 2016; M. Seervai, *Constitutional Law of India*, New Delhi, 2015; D.D. Basu, *Comparative Constitutional Law*, Gurgaon, 2014.

⁹ *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala* (1973) 4 SCC 225.

¹⁰ *Jabalpur v. S. S. Shukla*, AIR 1976 SC 1207.

¹¹ A. Thiruvengadam, *The Indian Constitution. A Contextual Analysis*, cit., 127.

¹² Il riferimento è a G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford-New Delhi, 1999, il quale definisce l’insieme composto dalla Parte III, IV e IV-A della Carta fondamentale indiana come “la coscienza della Costituzione”. Sulla Costituzione indiana vd. D. Amirante, *India*, Bologna, 2007; Id., *Lo Stato Multiculturale. Contributo alla teoria dello stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, Bologna, 2014; P. Viola, *Stato, sistema di governo, diritti e doveri nello sviluppo costituzionale indiano*, in D. Amirante (cur.), *Sistemi costituzionali del subcontinente indiano*, Padova, in press.

¹³ AIR 1978 SC 1789.

¹⁴ A. Thiruvengadam, *The Indian Constitution. A Contextual Analysis*, cit.

spinta verso la *good governance* in un’epoca di coalizioni¹⁵ in cui si sono alternati una serie di esecutivi che raccoglievano frammenti politici per formare Governi sostanzialmente di centro coincide con la quarta fase. In questo periodo, i giudizi della Corte furono incentrati soprattutto sull’effettiva realizzazione dei programmi di sviluppo economico, mentre da un lato si ridussero drasticamente i giudizi tendenti a garantire i diritti sociali ed economici a tutti i cittadini¹⁶. v) Secondo alcuni autori stiamo assistendo ad una forma di ‘evasione’¹⁷ della Corte Suprema dalle questioni ritenute centrali per la politica dell’Esecutivo e del Premier Narendra Modi, membro del Bharatiya Janata Party (BJP)¹⁸.

3. Right here, right now. La Public Interest Litigation in India

L’articolo 32 della Costituzione Indiana, rubricato ‘Rimedi per l’esecuzione dei diritti conferiti dal presente Parte’, sancisce al co. 1 che ‘è garantito il diritto di adire la Corte suprema mediante opportuni procedimenti per l’esecuzione dei diritti conferiti da questa Parte’, ossia i diritti che si assumono come fondamentali. Tale clausola è stata posta come base giuridica per concedere la possibilità a chiunque di adire la Corte qualora si verificasse la presunta violazione di un diritto fondamentale. Inizialmente, legittimato ad agire era solo il titolare del diritto violato, i suoi prossimi congiunti o gli amici qualora questi fosse stato detenuto o materialmente impossibilitato ad adire la Corte¹⁹. Questa formula, però, fu messa significativamente in crisi dall’attività di giudici e avvocati, nonché dal dinamismo di associazioni *pro bono publico* istituite nella seconda metà degli anni’70. Con la sentenza *S. P. Gupta v. Union of India*²⁰, un provvedimento che nasce da un ricorso depositato da alcuni avvocati per sindacare la legittimità di un decreto ministeriale che influiva sull’indipendenza dei giudici, la Corte affermò il principio per il quale chiunque può essere legittimato a ricorrere se l’oggetto della controversia riguarda questioni di interesse pubblico. La ratio di tale decisione è da rinvenire nell’applicazione concreta della *rule of law* e la realizzazione degli obiettivi sanciti dalla Costituzione. Alcuni anni dopo, la Corte chiarì nello sviluppo argomentativo

¹⁵ Per una panoramica sui partiti e sulle coalizioni in India vd. R. Diwakar, *Party System in India*, Oxford-New Delhi, 2017; B. Chakrabarty, *Coalition Politics in India*, Oxford-New Delhi, 2014.

¹⁶ A. Thiruvengadam, *The Indian Constitution. A Contextual Analysis*, cit., 129-134.

¹⁷ G. Bhatia, *O, Brave New World: The Supreme Court’s Evolving Doctrine of Constitutional Evasion*, in *Indian Constitutional Law and Philosophy* blog, <https://indconlawphil.wordpress.com/2017/01/06/o-brave-new-world-the-supreme-courts-evolving-doctrine-of-constitutional-evasion/> (ult. acc. settembre 2018); cit. anche in A. Thiruvengadam, *op. cit.*

¹⁸ Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso sul diritto alla privacy *Justice K S Puttaswamy (Retd.) and Anr v. Union of India and Ors.*, Writ Petition (civil) 494/2012, che ha commentato anche l’introduzione dell’Aadhaar, un codice identificativo numerico unico che raccoglie i dati biometrici dei residenti in India.

¹⁹ V.N. Shukla, *Constitution of India*, cit., 355 ss.; M. Seervai, *Constitutional Law of India*, cit.; *Bokaro and Ramgur Ltd. v. State of Bihar*, AIR 1963 SC 516, 518; *Sunil Batra (2) v. Delhi Admin.*, (1980) 3 SCC 488; AIR 1980 SC 1579.

²⁰ V. N. Shukla, *Constitution of India*, cit., 1981 Supp SCC 87; AIR 1982 SC 149.

della sentenza *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*²¹ il principio di diritto per il quale una persona, mossa da spirito pubblico e in buona fede, che si rivolge alla Corte in nome di un individuo o insieme di persone povere, con disabilità, socialmente o economicamente svantaggiate per le quali non è possibile un diretto intervento presso la Corte, è legittimata e può proporre ricorso anche inviando una semplice lettera, senza dover pagare alcuna somma, in quanto è manifestamente illogico, a fronte dello «spirito della Costituzione, il fatto per il quale una persona che agisce *pro bono publico* debba sostenere le spese di tasca propria per la nomina di un avvocato e la preparazione di un regolare ricorso da depositare in tribunale per l'esecuzione del diritto fondamentale di una sezione povera e svantaggiata della comunità»²². Sempre nella stessa sentenza, la Corte evidenzia la ratio dell'esclusione di un eccessivo formalismo, affermando che «[...] una formula processuale rigida per l'esecuzione di un diritto fondamentale sarebbe autodistruttiva, perché porrebbe l'applicazione dei diritti fondamentali e i rimedi per l'applicazione degli stessi al di là della portata dell'uomo comune, considerando che i Costituenti hanno ritenuto tale rimedio così prezioso e inestimabile da elevarlo allo status di un diritto fondamentale»²³. Sulla base della precedente considerazione di merito sulla ratio e la necessità di rendere attuali e concrete le disposizioni costituzionali inerenti ai diritti fondamentali, in una prospettiva giuridica esente da forme, la Corte Suprema ha ritenuto sufficienti articoli pubblicati da quotidiani, semplici lettere da parte di privati e persino cartoline postali per introdurre una questione in giudizio.

982

Tuttavia, apparirebbe un errore considerare la PIL come uno strumento 'in bianco' per accedere alla Corte Suprema; infatti, comprensibilmente sono considerate inammissibili tutte quelle questioni che hanno un risvolto prettamente privato o sono meramente irragionevoli. Nonostante l'approccio liberale, quindi, alcune limitazioni sono state poste in via giurisprudenziale. Innanzitutto, la Corte non ammette che le associazioni non riconosciute possano depositare ricorso ai sensi dell'art. 42²⁴, non sono ammessi a presentare ricorso gli avvocati nei confronti di magistrati per questioni attinenti allo svolgimento del processo penale e non può essere introdotto un giudizio avente ad oggetto una materia già decisa in sede giurisdizionale. Una ulteriore e particolare limitazione è prevista per questioni attinenti alla materia penale: solo l'accusato può rivolgersi alla Corte Suprema, fatta eccezione per i casi in cui il soggetto sia detenuto o versi in condizione di disabilità.

Nonostante la libertà di forme, alcune regole di procedura sono state fissate al fine di razionalizzare l'istituto. Ad adire la Corte Suprema può essere solo un cittadino indiano, portatore di interessi pubblici, e la questione non può tassativamente concernere interessi privati, ma solo collettivi. Il ricorso è depositato in duplice copia alla High Court competente o in cinque copie direttamente presso la Corte Suprema. Per la PIL dinnanzi alla High Court, il

²¹ *Ibidem*, *M. C. Metha v. Union of India (Shriram-Oleum Gas)*, (1987) 1 SCC 395: AIR 1987 SC 1086, 1089.

²² *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, AIR (1984) SC 802.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Mahinder Kumar Gupta v. Union of India*, (1995) 1 SCC 85, 89; cfr. V. N. Shukla, *op. cit.*

ricorrente è obbligato a notificare l’atto al resistente, mentre tale procedura non è richiesta se si investe della questione la Corte Suprema. Infine, i costi sono molto esigui, in quanto il contributo da versare è pari a 50 rupie per ogni resistente (ca. 0,60 €), alle quali vanno aggiunte le eventuali spese legali, ma la gran parte degli avvocati esercita *pro bono*.

Circa l’esercizio dell’azione, il ricorrente non può rinunciarvi, anche qualora sia stato udito personalmente in giudizio, né può imporre condizioni. Come sottolineato da M. P. Singh, però, lo strumento della PIL è mutato nel corso dei decenni, portando a due distinte evoluzioni: da un lato, ha dato voce ai deboli e disabili su questioni politiche, corruzione ed ineffettività dei rimedi adottati dal governo; dall’altro, mediante la PIL sono state decise numerose questioni che, pur non violando direttamente i diritti fondamentali ai sensi della Parte III della Costituzione indiana, sono state introdotte e decise²⁵.

Quest’ultimo punto, in particolare, ha indotto alcuni ricercatori a tracciare una divisione in periodi della *Public Interest Litigation* in base a quattro elementi frequenti: a) ricorrente, b) oggetto, c) resistente, d) contenuto del dispositivo.

Durante il primo periodo, che sul piano temporale per somme linee combacia con la seconda metà degli anni ’70 e ’80, a ricorrere erano principalmente persone animate da un genuino ‘spirito pubblico’, nella maggior parte dei casi avvocati, giornalisti e attivisti. I ricorsi avevano ad oggetto principalmente i diritti delle fasce più deboli della società indiana, ossia bambini, operai, persone economicamente soggiogate o ridotte in schiavitù, minatori e donne. Oggetto delle controversie erano in linea di massima gli atti dell’Esecutivo in violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione o quei provvedimenti di natura amministrativa che non erano in grado di garantire un’adeguata tutela ai sensi della Parte II della Costituzione. La Corte Suprema nella maggior parte dei casi ha riconosciuto le pretese dei ricorrenti, dando indicazioni al governo al fine di compensare le violazioni.

Il secondo periodo coincide pressappoco con gli anni ’90 e l’apertura dell’India al mercato globale ed ai *foreign direct investments*. Durante questo arco temporale, si concretizza una prassi di istituzionalizzazione del ricorrente, in quanto la materia viene devoluta dai privati ad avvocati che esercitano *pro bono* o ad organizzazioni non governative che si occupano prevalentemente di PIL; anche l’oggetto si amplia, includendo la tutela dell’ambiente, i fenomeni di corruzione, l’errata o insoddisfacente attività della pubblica amministrazione, il diritto all’istruzione, la delocalizzazione delle industrie, il rispetto della *rule of law*, la *governance* e il rispetto dei *directive principles*²⁶, la responsabilità generale del Governo. I giudizi non sono più esclusivamente diretti a sindacare l’azione/non-azione dell’Esecutivo, ma sono rivolti anche a privati, e in alcuni casi a sfere di intervento che apparirebbero alle attribuzioni del potere legislativo. Durante questa seconda fase, la Corte ha adottato una prospettiva definita «audace e non

²⁵ Ivi, 358.

²⁶ Part. IV, Costituzione della Repubblica dell’India, 1950. Vd. G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, cit.; S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds.), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford-New Delhi, 2016.

convenzionale»²⁷; esemplificando, la magistratura non ha esitato a tracciare linee guida dettagliate laddove si riscontravano lacune legislative, anche adoperando le misure necessarie al fine di far rispettare i diritti fondamentali nei confronti dei privati, concedendo azioni risarcitorie e riparatorie anche qualora a resistere era la stessa Unione indiana. Importante sottolineare che in questa fase la Corte ha implementato l'esecuzione dei propri provvedimenti, e in caso di non-conformità ha imposto la creazione di agenzie investigative e di controllo governativo o ha direttamente punito i dipendenti pubblici per non aver rispettato gli obblighi derivanti dal proprio ufficio. L'ultimo periodo, quello che va dalla fine degli anni '90 ad oggi, è quello in cui, secondo alcuni, si è verificato un indebolimento morale della PIL, in quanto spesso sono depositati ed accolti ricorsi per questioni 'in voga' contro i privati e l'esecutivo²⁸.

4. La disciplina della PIL in Nepal: dichiarazione e tutela dei diritti fondamentali in una neo-repubblica democratica

984

Per illustrare la *Public Interest Litigation* in Nepal è necessario precisare due punti di snodo obbligati: accennare alla svolta politica del 1990, grazie alla quale fu concesso ai partiti politici di esercitare la propria attività; chiarire la differenza fra attivismo giudiziario e PIL.

Durante il Panchayat System, ossia la democrazia senza partiti del Regno Hindu del Nepal che va dal 1960 al 1990, in vigenza della Costituzione del 1962 fu vietato lo svolgimento dell'attività politica mediante partiti. A seguito del primo Jana Andolan, lo scenario politico nepalese mutò considerevolmente, ritornando al pluralismo partitico, mentre sul piano giuridico si cristallizzò questo cambiamento socio-politico attraverso l'introduzione del nuovo testo costituzionale (che sarà poi sostituito dalla Costituzione ad Interim del 2007)²⁹. Caratteristica di questo periodo è l'assenza di una previsione costituzionale che esplicitamente sancisce la possibilità per chiunque di adire *pro bono publico* la Corte Suprema per la violazione di un diritto fondamentale. Eppure, nonostante l'assenza formale della PIL dal sistema giuridico nepalese, l'attività giudiziaria produsse alcuni provvedimenti per il rispetto dei diritti fondamentali. In quest'ultimo assunto si evidenzia la

²⁷ S. Deva, *Public Interest Litigation in India: A Critical Review*, in *Civil Justice Quarterly*, 28, 2009, 19-40.

²⁸ Ivi.

²⁹ Per l'economia del presente lavoro non è possibile illustrare in modo compiuto la storia e lo sviluppo della società nepalese, sia sul piano politico-giuridico, che antropologico. Per un approfondimento sul tema vd. M. Malagodi, *The End of a National Monarchy: Nepal's Recent Constitutional Transition from Hindu Kingdom to Secular Federal Republic*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, Vol. 11, No. 2, 2011, 234-251; Id., *Constitutional Nationalism and Legal Exclusion. Equality, Identity Politics, and Democracy in Nepal (1990-2007)*, Oxford, 2013; T.L. Brown, *The challenge to democracy in Nepal. A political history*, London-New York, 1996; P. Viola, *Lingua e diritto nella Costituzione Nepalese del 20 settembre 2015: "diversità non discordante e Stato multicultural"*, in *DPCEonline*, vol. 28, 4/2016, 77-90; Y. Ghai, *Ethnicity, Identity, Participation and Social Justice: A Constitution for New Nepal*, in *International Journal On Minority And Group Rights*, III(18), 2011, 309-334; Id., *The Old Order Is Dying, the New Order Is Not Yet Born. Politics of Constitution Demolishing and Constitution Building in Nepal*, in H.Y. Chen, *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, Cambridge, 2014, 367-390.

distinzione fra attivismo giudiziario e PIL, in quanto la prima attività non necessita di uno strumento quale, per l’appunto, la PIL per far sì che la magistratura intervenga su questioni di dominio e interesse pubblico rispettando il *locus standi*, le procedure per l’introduzione delle controversie *suo moto* o utilizzando una *writ petition* come pretesto.

Anche se in modo embrionale, però, già dal 1986, mediante il nono emendamento al Codice civile nepalese, fu disposta la possibilità di poter investire la Corte per una materia di pubblico interesse³⁰. Tuttavia, sulla scorta dell’esperienza indiana³¹, solo con la costituzionalizzazione dell’istituto si ottenne la definizione contestuale della giurisdizione e della competenza, nonché del contenuto della PIL, mediante il combinato disposto degli articoli 23 e 88 co. 2 della Costituzione del 1990. L’articolo 23 conferiva alla Corte Suprema la giurisdizione esclusiva per le controversie riguardanti la violazione o l’*enforcement* dei diritti fondamentali sanciti nella Parte III del testo. Circa la giurisdizione e la competenza della Corte, essa poteva emettere qualsiasi provvedimento necessario e appropriato per far rispettare i diritti fondamentali o per risolvere la controversia alla base della violazione. La possibilità di adire la Corte si concretizzava in riferimento all’esecuzione o all’esercizio di un diritto fondamentale o di qualsiasi altro diritto per il quale non era stato fornito alcun altro rimedio o quest’ultimo risultasse inadeguato e/o inefficace, nonché per la risoluzione di qualsiasi questione costituzionale o giuridica in cui la materia oggetto del contendere era di interesse pubblico³².

La Costituzione ad Interim del 2007 riprese quasi completamente la disciplina della PIL del precedente testo costituzionale. Nello specifico, all’art. 28 fu sancito l’*enforcement* dei diritti fondamentali³³, mentre all’art. 107 fu ribadita la giurisdizione della Corte Suprema in materie di pubblico interesse. Da sottolineare è l’incipit dell’articolo *de quo* «Qualsiasi cittadino del Nepal»³⁴, avente un valore

³⁰ H.B. Tripathi, *Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, in *NJA Law Journal*, Vol. 1, No. 1, 2007, 49-72, spec. 65 e *passim*.

³¹ D. Amirante, P. Viola, *South Asian Constitutionalism in Comparative Perspective: the Indian ‘prototype’ and some recent borrowings in the 2015 Nepalese Constitution*, in M.P. Singh (Ed.), *The Indian Yearbook of Comparative Law 2017*, Routledge, *in press*.

³² Art. 23, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 1990 – Right to Constitutional Remedy: The right to proceed in the manner set forth in Article 88 for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed. Art. 88, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 1990 – Jurisdiction of the Supreme Court: (2) The Supreme Court shall, for the enforcement of the fundamental rights conferred by this Constitution, or the enforcement of any other legal right for which no other remedy has been provided or for which the remedy even though provided appears to be inadequate or ineffective, or for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extraordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or to settle the dispute.

³³ Art. 28, Costituzione *ad Interim*, 2007 – Right to constitutional remedy: The right to proceed in the manner set out in Article 107 for the enforcement of the rights conferred in this Part is guaranteed.

³⁴ Art. 107, Costituzione *ad Interim*, 2007 – Jurisdiction of the Supreme Court: (1) Any Nepali citizen may file a petition in the Supreme Court to have any law or any part thereof declared void on the ground of inconsistency with this Constitution because it imposes an unreasonable

simbolico in un contesto post-rivoluzionario che ha travolto la monarchia in favore della repubblica. La disciplina è rimasta sostanzialmente invariata in seguito all'entrata in vigore della Costituzione del 2015. Gli articoli 46 e 133, infatti, ripropongono quanto già indicato nel precedente testo costituzionale³⁵. Va sottolineato che l'art. 133 espressamente prevede che qualsiasi cittadino nepalese può presentare ricorso presso la Corte Suprema, la quale potrà statuire la nullità *ex nunc* o *ex tunc* di una legge o parte di essa se incoerente con la Costituzione, per aver imposto una restrizione irragionevole sul godimento dei diritti fondamentali o per qualsiasi altra ragione. In particolare, al co. 2 è previsto l'obbligo di instaurare un giudizio qualora la controversia riguardi l'interesse pubblico, specificando che anche in questo caso la Corte può utilizzare qualsiasi rimedio giuridico, senza alcuna limitazione o distinzione rispetto ai casi che non si configurano come PIL³⁶.

Anche se l'istituto della *Public Interest Litigation* in Nepal è relativamente recente se comparato ad altre esperienze del subcontinente indiano³⁷, esso è riuscito negli anni ad imporsi come strumento principale e necessario per l'attuazione e il rispetto delle previsioni costituzionali. Casi come *Radheshyam Adhikari v. Secretariat of the Council of Ministers & Others*³⁸, *Surya Prasad Dhungel v. Godabari Marble Industries Pvt. Ltd. & Others*³⁹, *Advocate Meera Dhungana vs. HMG & Others*⁴⁰ o *Advocate Pun Devi Maharjan v. His Majesty's Govt. of Nepal*⁴¹ sono solo alcune delle sentenze che hanno profondamente riscritto il rapporto fra potere,

restriction on the enjoyment of the fundamental rights conferred by this Constitution or on any other ground [...].

(2) The Supreme Court shall, for the enforcement of the fundamental rights conferred by this Constitution, for the enforcement [...] or for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extraordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or settle the dispute [...].

³⁵ Art. 46, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 2015 – Right to constitutional remedy: There shall be right to constitutional remedy pursuant to the Articles 133 or 144 in course of implementation of rights granted in this part. Art. 133, co. 1, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 2015 – Jurisdiction of the Supreme Court: 1. Any Nepali citizen may file a petition in the Supreme Court to have any law or any part thereof declared void on the ground of inconsistency with this Constitution because it imposes an unreasonable restriction on the enjoyment of the fundamental rights conferred by this Constitution or on any other ground [...].

³⁶ Art. 133 co. 2, Costituzione della Repubblica democratica federale del Nepal, 2015 – 2. The Supreme Court shall, [...] for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extraordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or settle the dispute.

³⁷ Per una prospettiva generale sulla PIL nel subcontinente indiano vd. H.B. Tripathi, *Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, cit. Per un'introduzione alla PIL in Sri Lanka vd. M. Gomez, *Litigating to Change: Public Interest Litigation and Sri Lanka*, Ministry of Justice, disponibile all'indirizzo web <https://www.lawnet.gov.lk/1960/12/31/litigating-to-change-public-interest-litigation-and-sri-lanka/> (ult. acc. settembre 2018).

³⁸ 33 NKP 810 (1991).

³⁹ WP 35/1992.

⁴⁰ NKP 2052 (1995).

⁴¹ Vd. C. Letizia, *The goddess Kumari at the Supreme Court: Divine kinship and secularism in Nepal*, in L. Michelutti, A. Forbess (Eds.), *Divine kinship and politics, FOCAAL, Journal of Global and Historical Anthropology*, 67: 32- 46. Per un approfondimento sul laicismo in Nepal vd. Id., *Shaping Secularism in Nepal*, in *European Bulletin of Himalayan Research*, 39: 66-104 (2012).

diritto e società in Nepal. Il conferimento in capo ad un singolo della possibilità di essere portavoce di un interesse superindividuale e collettivo, la necessità di far rientrare nel diritto alla vita anche il diritto ad un ambiente salubre e vivibile, il caso del *marital rape* che, da semplice appello, è servito ad amplificare e universalizzare il dibattito sul ruolo della donna nella società nepalese, il caso ‘Kumari’, che ha inciso su un istituto religioso e fatto dialogare in sede giuridica tradizioni antiche e diritti moderni, sono solo alcuni degli effetti che l’istituto della PIL ha prodotto in una società restia al cambiamento o, in altra prospettiva, fedele alle proprie tradizioni religiose e sociali. Da qui l’idea della PIL come un «prodotto di ingegneria giudiziaria creativa»⁴² che «a differenza dell’*adversary litigation* [...] è una sorta di contenzioso cooperativo e collaborativo che coinvolge la Corte, il ricorrente, il governo o una pubblica autorità, condividendo la realizzazione di una legge o l’impegno costituzionale alla giustizia sociale, allo stato di diritto, al buon governo e al rispetto dei diritti umani e fondamentali»⁴³.

5. *Public Interest Litigation* o *Social Action Litigation*? Quando la sofferenza è ‘presa sul serio’

Dare un giudizio sulla *Public Interest Litigation* o semplicemente descriverne il regime giuridico non è semplice come possa apparire a primo acchito. La PIL, infatti, è uno strumento mediante il quale il catalogo aperto dei diritti fondamentali continuamente colma semanticamente sè stesso, adattando le norme ad una società in divenire. Come primo punto conclusivo, quindi, si potrebbe attribuire alla PIL il ruolo di strumento di aggiornamento e definizione di norme destinate ad essere valide ed efficaci in un tempo pluri-generazionale. La funzione della PIL, però, non si esaurisce in un mero dato semantico, in quanto assume in sé il carico valoriale di un intero sistema giuridico chiamato a garantire e realizzare l’idea di ‘giustizia sociale’. È proprio grazie a tale strumento che le ‘voci inascoltate’ si sono tramutate in grida capaci di scuotere un intero sistema socio-economico e giuridico. A tal fine, credo si possa condividere la tesi di U. Baxi quando, in piena prima fase della PIL in India, asseriva che tale istituto andrebbe indicato con la locuzione *Social Action Litigation*, anziché con il comune acronimo che richiama precedenti esperienze costituzionali⁴⁴. Infatti, la PIL si è diffusa nei sistemi costituzionali del subcontinente indiano⁴⁵ come strumento per il raggiungimento della giustizia sociale e la concretizzazione dell’uguaglianza sostanziale in sede giurisdizionale. Sin dal 1988, infatti, con il caso *Benazir Bhutto v. President of Pakistan*⁴⁶ si è introdotto questo rimedio in Pakistan, mentre in Bangladesh, già dagli anni ’70, l’attivismo giudiziario si indirizzò verso l’adozione della PIL, al punto che alcuni

⁴² H.B. Tripathi, *Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, cit., spec. 70.

⁴³ Ivi, 71.

⁴⁴ U. Baxi, *Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, Vol. 4, art. 6. Vd. anche Id., *Human Rights in a Posthuman World. Critical essays*, Oxford, 2007.

⁴⁵ Cfr. n. 37, *supra*.

⁴⁶ PLD 1988 SC 388. Per un approfondimento sulla PIL in Pakistan si rinvia a M.H. Khan, *Public Interest Litigation: Growth of the concept and its meaning in Pakistan*, Karachi, 1993; W. Menski, A.R. Alam, M.K. Raza, *Public Interest Litigation in Pakistan*, Karachi, 2000.

studiosi hanno considerato il caso *Kazi Mukhlesur Rahman v Bangladesh*⁴⁷ un giudizio «that had a strong PIL flavour»⁴⁸, mentre solo nel 1996, con la sentenza *Dr Mohiuddin Farooque v. Bangladesh*⁴⁹ si è definitivamente introdotta nell'ordinamento giuridico bengalese la PIL. Pertanto, dati gli elementi appena illustrati, credo che la tesi⁵⁰ secondo la quale oggi staremmo assistendo ad un abuso della PIL in India sia eccessivamente drastica, poiché bisogna considerare anche una sorta di assuefazione della società ad uno strumento che si dà per scontato, così come a volte si dà per scontata la resilienza di situazioni di fatto che pregiudicano il rispetto dei diritti fondamentali. Tuttavia, non si può negare, alla luce delle migrazioni e dei trapianti giuridici nel subcontinente, che l'esperienza indiana riguardante la PIL si è sostanzialmente posta come modello di esercizio capace di battere il sentiero per il raggiungimento dell'ideale di giustizia sociale. Va infine rimarcato che, per l'intrinseca portata valoriale che ha permesso a tanti 'Davide' di far sentire la propria voce, alcuni hanno intravisto nella PIL – o SAL – una forma di risposta giurisdizionale al British Raj e alle logiche colonialiste⁵¹, ma anche in riferimento al Nepal, che rimase indipendente e non fu mai soggiogato dai colonizzatori britannici, è possibile estendere l'affermazione per la quale la PIL rappresenta una *Social Action Litigation* capace di diminuire la distanza fra una realtà estremamente dinamica ed una ipotetica giustizia sociale.

⁴⁷ 26 DLR (AD) (1974) 44.

⁴⁸ Per un'introduzione alla PIL in Bangladesh vd. R. Hoque, *Taking justice seriously: judicial public interest and constitutional activism in Bangladesh*, in *Contemporary South Asia*, 15(4), December, 2006, 399-422, cit. 401.

⁴⁹ IX (1996) Bangladesh Supreme Court Report 27.

⁵⁰ S. Deva, *op. cit.*

⁵¹ A. Bhuwania, *Courting the People. Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, Cambridge, 2017.