

Il formante giurisprudenziale nel contesto del “transformative role” di talune carte costituzionali post-coloniali: le esperienze di India e Brasile

Di Maria Sarah Bussi

Abstract: The Judiciary in the context of ‘transformative role’ of certain post-colonial constitutions: the Indian and Brazilian experiences – The paper focuses on the role of the Judiciary in two legal systems of the South of the world, namely those of India and Brazil. In the framework of the traditional taxonomies of comparative law, from the public law standpoint, the analysis highlights the existing bond between constitutional justice and the programmatic purposes of the Constitutions of these countries. In order to suggest a reading of judicial activism from a Southern perspective, starting from the notion of “transformative constitutionalism” recently proposed by some scholars, a few judicial remedies – such as the PIL, the ADO and the MI – were studied.

Keywords: Judicial activism; Transformative constitutionalism; Diversity; Southern Constitutions; Constitutional justice.

*Ma questo, o Socrate, non è difficile a conoscere,
che non sempre gli stessi uomini osservano le stesse leggi,
e che i diversi popoli hanno leggi diverse.*

Platone, *Minosse*, V, 315

1. Il potere giudiziario tra il tropico del Cancro e il tropico del Capricorno. Profili metodologici per una comparazione “trasversale”

Sul finire degli anni Novanta, in apertura di uno dei suoi più noti contributi, Ugo Mattei osservava che «la tassonomia è tanto importante nel diritto come in ogni altra disciplina», evidenziando come essa rappresenti «il prodotto dell’interazione della tradizione giuridica e delle nuove sensibilità»¹.

Se tuttavia ogni classificazione reca con sé un *caveat*, fornendo esclusivamente una prospettiva iniziale ed essendo destinata all’impermanenza², è ormai evidente che qualsivoglia operazione di

¹ U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 1 (1997), 5-44, 5 [trad. mia].

² In questo senso M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge, 2014, 73 ss., il quale richiama, tra

sistemica nel diritto sia stata resa più ardua dall'avvento della globalizzazione, per essere il diritto post-moderno, in ragione della sua connessione con il post-colonialismo, chiamato a confrontarsi con la tendenza all'uniformità in essa celata³.

Nonostante col tempo la dimensione *glocal* abbia guadagnato spazio rispetto alla mera visione globale prevalente *ab origine*, probabilmente solo una “logica multivalente” può rispondere «alle sfumature imposte dalla complessità, per abbracciare una visione di tipo olistico in grado di governare la complessità delle relazioni sociali di oggi»⁴.

Difatti la post-modernità⁵ «suggests that truth, knowledge and even reality are all culturally relative and that human rationality is heterogeneous and diverse», per cui il diritto «is always something particular, not just a generalised phenomenon, and it is culture-specific because its manifestations depend on socio-cultural settings that differ from place to place and through time»⁶.

Lo scenario globale, come osservato da W. Twining, si è presentato al banco di prova dei giuristi recando con sé molte sfide⁷, tra cui quelle connesse alla possibilità di leggere la realtà giuridica da molteplici prospettive, le quali richiedono un ampliamento dei confini della comparazione che tengano conto anche di classificazioni provenienti dal “Sud del mondo”⁸.

Il presente contributo intende indagare il ruolo del potere giudiziario in due ordinamenti che si collocano al di fuori della *western legal tradition*, nel contesto di un territorio già esplorato da quella parte della dottrina che – mossa dichiaratamente anche dall'intento di superare l'antitetico binomio *civil law/ common law* – ha ricondotto le esperienze di India e Brasile, insieme a quella del Sud Africa, nell'alveo della ricostruzione teorica del *transformative*

gli altri, il pensiero di René David e la sua nota affermazione per cui la nozione di famiglia giuridica non rappresenterebbe una realtà biologica ma avrebbe esclusivamente scopi didattici. Cfr. R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 3^a ed. it. (a cura di Rodolfo Sacco), 1980, 18.

³ Cfr. W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2^a ed., 2006, 11.

⁴ Come osservato da D. Amirante, *L'economia viaggia veloce, il diritto lento: note minime autobiografiche su comparatisti e globalizzazione*, in S. Bagni, G. A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Coord.), *La Ciencia Del Derecho Constitucional Comparado. Estudios En Homenaje A Lucio Pegoraro*, Tomo I, Valencia, 2017, 123. L'Autore richiama l'opera di H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche del mondo. La sostenibilità della differenza*, ed. it., Bologna, 2011.

⁵ Una delle più note ricostruzioni teoriche sulla post-modernità si deve a Jean-François Lyotard, cfr. J.F. Lyotard, *La condition postmoderne* (1979), trad. it. *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 1985.

⁶ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, cit., 11 e 179 per le citazioni.

⁷ W. Twining, *Globalisation & Legal Theory*, London-Edinburgh, 2000, 252 ss.

⁸ Tra i più recenti contributi sul tema cfr., *ex plurimis*, P. Dann, M. Riegner, M. Bönnemann (Eds), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020. Sulla funzione euristica della comparazione “oltre” Occidente si veda D. Amirante, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1 (2015), 11-46.

*constitutionalism*⁹.

I paesi riuniti sotto l'acronimo BISA hanno difatti, attraverso il processo costituente, rotto con un passato coloniale, di apartheid o di regimi militari, giungendo all'elaborazione di testi costituzionali "audaci" perché finalizzati a stabilire «un nuovo fondamento politico-morale» per tre società pluraliste, multiculturali e multirazziali; le loro corti di vertice hanno contribuito a questo processo, svolgendo un ruolo cruciale ai fini dell'attuazione dei diritti sanciti nelle rispettive carte, proponendo un nuovo paradigma nell'ambito della *constitutional adjudication*¹⁰.

Nel tentativo dunque di operare una comparazione che può definirsi "trasversale", perché da Est muove verso Ovest, unendo il Tropico del Cancro con quello del Capricorno, si rende necessaria una breve premessa in relazione alla collocazione di tali sistemi giuridici nell'ambito delle tradizionali tassonomie.

Dinanzi a due Costituzioni, l'una risalente agli anni Quaranta e l'altra agli anni Ottanta del secolo scorso, sotto il profilo storico l'India, culla di una civiltà antichissima, conquista l'indipendenza cessando di essere dominio inglese¹¹, mentre il Brasile ritorna alla democrazia dopo circa trecento anni di colonizzazione portoghese e avendo sperimentato dal 1824 l'adozione di numerose carte costituzionali¹².

Con riguardo alle rispettive tradizioni giuridiche, vale la pena rammentare che alla luce della proposta classificatoria elaborata da R. David, l'ordinamento brasiliano (e, più in generale, quelli dell'America Latina) appartiene alla grande «famiglia romano-germanica», mentre il "diritto dell'India" viene annoverato tra le «altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto»¹³.

A ben vedere, ripercorrendo le classificazioni proposte dalla dottrina nel tempo, ricorre il riferimento alla tradizione Indù o alla *common law* in un caso e alla tradizione di *civil law* nell'altro¹⁴.

Più di recente, applicando il concetto di "egemonia" ai sistemi giuridici, l'ordinamento indiano vedrebbe la prevalenza della *rule of traditional law* e quello del Brasile la prevalenza della *rule of political law*, pur essendo riconosciuta in entrambi i casi una importante presenza del *professional law*¹⁵.

⁹ O. Vilhena, U. Baxi, F. Viljoen (Eds), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria-New Delhi, 2014.

¹⁰ O. Vilhena, U. Baxi, F. Viljoen, *Introduction*, in *Ivi*, 3 ss., 3 per la citazione [trad. mia].

¹¹ Per una ricostruzione storica sulla società indiana si veda P. Spear, *India. A modern History* (1961), trad. it. *Storia dell'India*, Milano, 2ª ed., 1973.

¹² Sul punto è doveroso il rinvio a A.C. Wolkmer, *História Do Direito No Brasil*, Rio de Janeiro, 6ª ed., 2012.

¹³ R. David, *op. cit.*, 27 ss. e 426 ss. rispettivamente.

¹⁴ M. Siems, *op. cit.*, offre nel suo volume una chiara sintesi dei risultati di tali classificazioni nella "Table 4.1 Overview of legal family classification across time" (*ivi*, 76). Tra gli Autori che collocano l'ordinamento indiano nella famiglia di *common law* si veda P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, London, 2ª ed., 1999, 125 ss.

¹⁵ U. Mattei, *op. cit.*, 19 ss.

In definitiva, la distanza esistente tra gli ordinamenti di India e Brasile secondo le principali tassonomie fondate sull'idea di famiglia giuridica può essere apprezzata grazie alla ricostruzione operata da M. Siems con riguardo ai paesi BRIC¹⁶. Questo Autore ha posto in evidenza come il sistema giuridico del Brasile coniughi *civil law* e *political law* e quello dell'India veda la coesistenza tra *common law*, *religious laws* e *traditional law*, salvo tuttavia concludere che «la nozione di sistemi giuridici misti può avere infatti una forza distruttiva nel mostrare che non esistono famiglie giuridiche pure»¹⁷.

Pertanto, se «per arrivare a una corretta comprensione del mondo giuridico, il comparatista deve essere preparato a trovare l'imprevisto, cioè le differenze inaspettate tra paesi simili e le somiglianze inaspettate tra quelli diversi»¹⁸, volgendo lo sguardo verso il piano degli ideali – ovvero verso quegli aspetti che «catturano le visioni programmatiche, utopiche, o comunque speculative che si crede siano racchiuse in un documento costituzionale»¹⁹ – questi ordinamenti, a parere di chi scrive, condividono molto di più di quanto possa apparire.

2. L'attivismo giudiziario oltre la tradizione giuridica occidentale: verso una giustizia delle «realizzazioni concrete»?

Dietro la dimensione territoriale di India e Brasile si celano in realtà una serie di elementi che rappresentano il giro d'orizzonte della diversità. Una straordinaria varietà di etnie, religioni, costumi, popolazioni originarie e tradizioni hanno caratterizzato sociologicamente e antropologicamente la storia di questi paesi.

La configurazione geografica dell'India, in realtà, ha avuto nel corso dei secoli un'influenza determinante sul piano sociale, in quanto essa «non offrì, ai popoli che occuparono il paese, nessuna penisola iberica, nessuna Francia chiusa fra il mare e i Pirenei, nessuna Inghilterra cinta dal mare d'argento... Le grandi aree geografiche indiane sfumano, per così dire, l'una nell'altra, senza confini ben definiti»²⁰. Tale circostanza determinò una sovrapposizione dei popoli invasori con quelli autoctoni, sicché la società indiana si caratterizza per una «stratificazione sociale delle razze», sostenuta nel tempo anche dal sistema castale²¹.

¹⁶ M. Siems, *op. cit.*, 88.

¹⁷ *Ivi*, 89 [trad. mia]. Sul punto U. Mattei, *op. cit.*, con riguardo alla propria proposta classificatoria osserva «*My proposed tripartite classification recognized the impossibility of achieving a satisfactory rigid classification. It is based on an impression of "hegemony", acknowledging that individual characteristics of each legal family can be found in any of the others and thus, in purist's term, all legal systems are mixed*» (*ivi*, 21).

¹⁸ M. Siems, *op. cit.*, 94 [trad. mia].

¹⁹ G. Frankenberg, *Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology – toward a layered narrative*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3 (2006), 439-459, 441 [trad. mia].

²⁰ P. Spear, *op. cit.*, 16-17.

²¹ *Ibidem*.

Per altro verso, Gilberto Freyre nella sua *Interpretação do Brasil* osservava, sul finire degli anni Quaranta, che «Poche nazioni moderne sono tanto eterogenee, dal punto di vista etnico, come l'unica repubblica del continente americano di lingua portoghese. Nel Brasile, nessuna maggioranza o minoranza etnica esercita di fatto un dominio culturale o sociale assoluto, sistematico e costante, sopra gli elementi politicamente ed economicamente meno attivi o meno numerosi della popolazione»²². Tra le peculiarità dello sviluppo socio-culturale brasiliano, sin dai tempi dell'Impero, viene difatti annoverata la tendenza alla costruzione di una democrazia sociale ed etnica²³, a cui ha senza dubbio concorso la differenza intercorrente, in America meridionale, tra il colonialismo portoghese e quello riconducibile al modello castigliano²⁴.

Sebbene «la storia giuridica dell'America latina non presenta stratificazioni fra sistemi giuridici “forti” e radicalmente diversi», riscontrabile invece in India²⁵, il Brasile, sin dalle origini del periodo coloniale, vede la coesistenza di un «un dualismo normativo incarnato, da un lato, dal Diritto dello Stato e dalle leggi ufficiali, prodotto delle *élites* e dei settori sociali dominanti, e dall'altro, dal Diritto comunitario non statale, ostacolato dal monopolio del potere ufficiale ma creato e utilizzato da grandi parti della popolazione, da settori discriminati e esclusi dalla vita politica»²⁶.

Pertanto, se si considera la Costituzione del 1988 come «un importante strumento direttivo propulsore per un costituzionalismo “altro”, di tipo pluralista e multiculturale»²⁷, la distanza tra questi due ordinamenti risulta ben presto ridotta.

Tale prospettiva può pertanto costituire un punto di partenza onde tentare di individuare i fattori che hanno concorso all'assunzione da parte della *Supreme Court* indiana e del *Supremo Tribunal Federal* brasiliano di un ruolo che ha reso questi organi giurisdizionali di vertice particolarmente noti, nel panorama globale, per il loro attivismo.

Pur non volendo sottovalutare né le componenti storiche e istituzionali, tantomeno quelle sociologiche – in quanto è evidente che, se si considera il potere giudiziario come un sottosistema nell'ambito del sistema politico globalmente inteso, non può disconoscersi che questo riceve *inputs* e produce *outputs* di natura sociale²⁸ – il dettato delle carte costituzionali di

²² G. Freyre, *Interpretação do Brasil* (1947), trad. it. *Interpretazione del Brasile*, Milano-Roma, 1954, 129.

²³ *Ivi*, 83.

²⁴ Si veda H. Herring, *A History of Latin America from the Beginnings to the Present* (1968), trad. it. *Storia dell'America Latina*, Milano, 2ª ed., 1974, in particolare 322-323.

²⁵ M.G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, 176.

²⁶ In questo senso A.C. Wolkmer, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, São Paulo, 3ª ed., 2001, 90 [trad. mia].

²⁷ Così A.C. Wolkmer, *História Do Direito No Brasil*, cit., 154 [trad. mia].

²⁸ B. De Sousa Santos, *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*, in *Revista Crítica de*

India e Brasile costituirà in questa sede un riferimento privilegiato.

In particolare, nel delineare il sistema di giustizia costituzionale di questi paesi, si analizzerà come lo stesso si sia posto poi in relazione con determinati ideali emergenti dagli intenti programmatici delle loro Costituzioni²⁹, che la presenza di una forte diversità sociale ed economica ha determinato a definire.

A ben vedere, la considerazione riservata dalle relative Corti alla condizione socio-economica dell'individuo, inteso non come monade, ma come parte di un "intero" multiforme, in cui la dimensione individuale si integra con quella collettiva, sembra aver rappresentato una forza propulsiva rispetto a decisioni che, avulse dal contesto in cui sono state assunte, potrebbero essere collocate (volendo utilizzare un termine anglosassone) nella categoria del *judicial overreach*.

Posta tale premessa, per evidenti ragioni di sintesi, nelle pagine che seguono si tenterà di offrire un'istantanea sulla connessione esistente tra talune disposizioni costituzionali relative alle competenze delle corti superiori e talaltre che sono espressione dei valori che ciascuna società ha inteso consacrare nella carta fondamentale³⁰. Si ritiene che le seconde, in costante "dialogo" con le prime, abbiano orientato il potere giudiziario nell'esercizio in concreto della funzione del giudicare.

Lo studio in comparazione delle esperienze di India e Brasile può consentire infatti di definire l'attivismo giudiziario da una prospettiva "meridiana", con un conseguente allontanamento nella sua interpretazione dall'idea che esso costituisca un mero *judicial behaviour*, opposto al *judicial self-restrain*, che è in parte il risultato dell'applicazione dei paradigmi propri della *western legal tradition* ai paesi del Sud del mondo.

Lungi dal poter essere ricondotto al mero piano di una "straordinaria" dinamica tra poteri, l'attivismo giudiziario in questi paesi sembra andare ben oltre, al contempo, la nota "giurisdizionalizzazione della politica". Quest'ultima, quasi a rappresentare ormai un *trend* globale, implicherebbe, secondo una delle prime definizioni offertane dalla dottrina, «l'estensione

Ciências Sociais, n. 21 (1986), 11-42, 23 ss.

²⁹ Si veda, in chiave critica rispetto alla prospettiva in questa sede adottata, V. Soliano, *Ativismo Judicial em Matéria de Direitos Fundamentais Sociais: entre os Sentidos Negativo e Positivo da Constitucionalização Simbólica*, in *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 7 (2012), 182-221.

³⁰ Come rilevato da L. Pegoraro, *L'identità della Costituzione brasiliana del 1988 alla prova dell'analisi comparata (e della verifica empirica)*, in *Poliarchie/Polyarchies*, vol. 2, n. 2 (2019), 268-289, «In quasi tutte le costituzioni, a prescindere dall'epoca, dal "ciclo" di appartenenza, dalla forma di Stato delineata, preambolo e disposizioni iniziali delle costituzioni assolvono il compito di marcare la natura che il potere costituente voleva assegnare all'ordinamento, e le finalità da questo perseguite (Pegoraro, Rinella 2017: 146-147). Le differenze sono segnate dall'epoca, dalla famiglia di appartenenza, dalla forma di Stato, dalla cultura, dalla storia peculiare di ciascun paese. Le scelte dei costituenti di cosa qualificare sono connesse a un'assiologia di valori: tra i tanti modi in cui può essere definito l'ordinamento, essi scelgono quelli reputati più significativi e importanti» (*ivi*, 269).

della sfera d'azione delle corti o dei giudici a spese dei politici e/o degli amministratori, ovvero il trasferimento delle prerogative decisionali dal legislativo, dall'esecutivo o dall'amministrazione pubblica alle corti» o «perlomeno, la diffusione dei metodi di *decision-making* del giudiziario fuori dalla giurisdizione vera e propria»³¹. Tuttavia, come è stato correttamente posto in evidenza, tale termine viene utilizzato indistintamente alludendo a fenomeni differenti, tra cui ritroviamo anche l'attivismo giudiziario e la *rights jurisprudence*³².

Upendra Baxi, constatata l'indeterminatezza e la fungibilità sul piano definitorio della nozione di attivismo giudiziario – che è inevitabilmente legata a circostanze “locali” – ha osservato tuttavia che esso «non è solo una questione di affermazione seriale del potere giudiziario su altri ambiti e organismi del potere statale; è piuttosto una narrativa dell'evoluzione di nuove culture costituzionali di potere»³³.

D'altra parte la dottrina brasiliana ha rilevato come, in quel contesto, i dibattiti sul tema abbiano risentito della elaborazione teorica statunitense, in cui il termine assume una accezione prevalentemente negativa³⁴.

Volendo anticipare i risultati della riflessione qui condotta, la connessione esistente tra tutela dei diritti e giustizia sociale nei testi costituzionali di India e Brasile³⁵ – nei quali sono transitati valori ed ideali che pongono maggiore attenzione alla dimensione collettiva, oltre a quella propriamente individuale – si presenta come una possibile narrativa dell'esercizio della funzione del “*dicere ius*” da parte delle rispettive Corti.

³¹ Così T. Vallinder, *When the Courts Go Marching In*, in C.N. Tate, T. Vallinder (Eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York-London, 1995, 13 [trad. mia]. Sul tema si vedano, *ex plurimis*, R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004 e M. Belov, *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London, 2019. Nella dottrina italiana è doveroso il rinvio a C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2011.

³² Cfr. R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in R.E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford, 2011, 255.

³³ Si veda la prefazione a cura di U. Baxi al volume di S.P. Sathe, *Judicial Activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*, New Delhi, 2^a ed., 2003, xvi [trad. mia].

³⁴ D. Bacha e Silva, *Os contornos do ativismo judicial no Brasil. O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes*, in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, Número 199 (2013), 163-178, 168, che richiama, in questo senso, l'opinione di L.R. Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, in *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21 (2012).

³⁵ Sottolineano la centralità della tutela dei diritti nelle carte costituzionali di India e Brasile, ponendo in evidenza le sue peculiarità alla luce del contesto pluralista in cui la stessa si colloca, rispettivamente D. Amirante, *L'India*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 3^a ed., 2011, 437-464, in particolare 459 ss. e P. Ridola, *Il futuro delle costituzioni nell'epoca della globalizzazione. Identità nazionale e «stato costituzionale cooperativo» nella Costituzione della Repubblica federativa del Brasile*, in Id., *Esperienza, Costituzioni, Storia. Pagine di Storia costituzionale*, Napoli, 2019, 533-549.

3. L'ideale della giustizia sociale nel sistema giuridico dell'India contemporanea e la *social action litigation*

Agli esordi degli anni Duemila, S.P. Sathe offriva la propria lettura dell'attivismo della *Supreme Court of India* richiamando l'attenzione su un approccio interpretativo orientato più allo spirito che alla lettera delle disposizioni costituzionali, per cui, in senso generale, «una Corte che dà un nuovo significato ad una disposizione onde adeguarsi alle mutevoli condizioni sociali o economiche o ampliare gli orizzonti dei diritti dell'individuo si dice che sia una corte attivista»³⁶.

Sebbene la trasformazione in senso "attivista" della *apex Court* indiana sia stato il risultato di un processo graduale, le sue origini vengono ricondotte nell'ambito dell'esercizio della funzione di *judicial review* da essa esercitata e le sue prime espressioni si rintracciano già in decisioni degli anni Cinquanta del secolo scorso³⁷.

Sotto questo profilo, a fronte di un'evoluzione determinatasi a Costituzione "invariata" nei suoi aspetti essenziali, vale la pena dunque interrogarsi sulla possibilità che il sistema di giustizia costituzionale fosse dotato *ab origine* di caratteristiche tali da consentire un futuro rafforzamento del ruolo dell'organo di vertice della giustizia indiana.

L'articolo 13 che apre la Parte III della carta, dedicata ai diritti fondamentali, reca in sé in maniera esplicita il nucleo di un meccanismo di *judicial review of legislation* costruito dai padri costituenti con il chiaro proposito di scongiurare anzitutto la violazione dei diritti fondamentali, salvo in seguito includervi, con l'elaborazione della cosiddetta *basic structure doctrine*, anche un controllo sugli emendamenti costituzionali³⁸.

Inoltre, accanto alla *original* e alla *appellate jurisdiction*, la Corte Suprema giudica i ricorsi diretti in materia di diritti fondamentali ai sensi dell'articolo 32, per i quali può essere adita da chiunque ai fini dell'*enforcement* dei diritti previsti nella stessa Parte III, circostanza che nello scenario del diritto comparato ha portato la dottrina a porre in evidenza il legame esistente non solo con l'esperienza statunitense, ma più di tutto con il modello della corte canadese³⁹.

Per delineare un quadro (seppur sintetico) della giustizia

³⁶ Così S.P. Sathe, *op. cit.*, 5 [trad. mia].

³⁷ *Ivi*, 4, in cui l'Autore richiama la decisione resa nel caso *A.K. Gopalan v. State of Madras*, AIR 1950 SC 27.

³⁸ Si veda, in particolare, l'art. 13 (2) della Costituzione. L'elaborazione della teoria delle *basic features* è il risultato di quanto statuito dalla Corte in quattro casi, ovvero *Golak Nath v. State of Punjab* (AIR 1967 SC 1643), *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (AIR 1973 SC 1461), *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* (AIR 1975 SC 2299) and *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* (AIR 1980 SC 1789). S.P. Sathe, *op. cit.*, definisce la *basic structure doctrine* come «*the high water mark of judicial activism*» (*ivi*, 98).

³⁹ D. Amirante, *Giustizia costituzionale e affermazione della democrazia nell'Unione Indiana*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 758. Con riguardo alle attribuzioni della Corte si vedano gli articoli 131 e ss. della Costituzione.

costituzionale in India si impone il richiamo anche al contenuto di altre due disposizioni, ovvero gli articoli 141 e 142, che rendono evidente il ruolo della *Supreme Court of India* come «custode e garante dei diritti fondamentali»⁴⁰.

Difatti l'articolo 141, prevedendo che «The law declared by the Supreme Court shall be binding on all courts within the territory of India», ha aperto la strada a nuovi canoni interpretativi, una volta considerata l'espressione *law declared* in senso più ampio rispetto a quella di "*law found or made*"⁴¹.

L'articolo 142, con il suo riferimento al perseguimento di una «complete justice», consentendo alla Corte di assumere particolari provvedimenti a detti fini, si pone a chiusura del sistema, unitamente all'articolo 226⁴² che, prevedendo una competenza speculare rispetto a quella dell'art. 32 anche in capo alle *High Courts* statali, pare rispondere all'intento di garantire una «giustizia di prossimità» al singolo per l'attuazione dei diritti di cui alla parte III tramite *directions, orders* e *writs*, ma altresì «for any other purpose».

Tale complesso di norme relative alla giurisdizione richiede di essere esaminato nel più ampio contesto degli ideali e valori fatti propri dalla Costituzione sotto il profilo programmatico, emergenti dall'analisi del Preambolo e dalla Parte IV, così come revisionati nel corso degli anni. Granville Austin ha difatti sottolineato come nell'ambito dei *Directive Principles of State Policy*, che in uno con i *Fundamental rights* rappresentano «la coscienza della Costituzione», possa ritrovarsi la testimonianza più evidente di quella rivoluzione sociale avviata con l'indipendenza dell'India dal regime coloniale⁴³; tuttavia, mentre nella Parte III la rivoluzione sociale viene incarnata dalla costruzione di una società egualitaria, i principi direttivi «mirano a rendere le masse indiane libere in senso positivo, libere dalla passività generata da secoli di coercizione da parte della società e della natura, libere dalle condizioni materiali degradanti che avevano impedito loro di realizzare il meglio di sé»⁴⁴.

L'ideale della giustizia sociale, economica e politica enunciato nel Preambolo, a cui si accompagna il valore della fraternità, trova una espressa consacrazione anzitutto nell'art. 38 della Costituzione, il quale già nella sua formulazione originaria sanciva l'impegno dello Stato alla promozione del *welfare*, assicurando e tutelando «a social order in which justice, social, economic and political, shall inform all the institutions of the national life».

⁴⁰ D.D. Basu, *Introduction to the Constitution of India*, Nagpur, 20^a ed., 2011, 133 [trad. mia], che fa riferimento agli atti dell'Assemblea Costituente, (1948) VII C.A.D. 953. Sul ruolo della Corte Suprema nella democrazia indiana è doveroso il rinvio a B.N. Kirpal, A.H. Desai, et al. (Eds), *Supreme but not Infallible. Essays in Honour of the Supreme Court of India*, New Delhi, 2004.

⁴¹ Cfr. M.P. Singh, V.N. Shukla's *Constitution of India*, Lucknow, 11^a ed, 2010, 519.

⁴² La disposizione dell'art. 226 è stata in parte oggetto di revisione tramite il 42esimo, il 43esimo e il 44esimo Emendamento.

⁴³ G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, New Delhi, 1999, in particolare 26 ss. L'Autore intitola il terzo capitolo dell'opera "*The Coscience of the Constitution – The Fundamental Rights and Directive Principles of State Policy*" (ivi, 50).

⁴⁴ *Ivi*, 51 per la citazione [trad. mia].

A tale disposizione fa seguito una elencazione esaustiva di ulteriori principi, frutto anche di innovazioni intervenute nel tempo⁴⁵, che sono poi divenuti lo strumento per il riconoscimento in via interpretativa di veri e propri diritti sociali.

Invero, nel contesto costituzionale indiano, la giustizia sociale incarna sia l'idea di una «rettifica dell'ingiustizia nei rapporti personali tra gli individui», ma altresì, in senso più ampio, reca in sé l'aspirazione «a rimuovere le diseguaglianze nella vita politica, sociale ed economica delle persone»⁴⁶.

Nonostante le parti III e IV della carta possano apparire *prima facie* in contraddizione, per essere le disposizioni relative ai *directive principles* formalmente non giustiziabili ai sensi dell'art. 37, in realtà la Corte Suprema ha elevato i diritti sociali, economici e culturali desumibili dalla parte IV al rango di diritti fondamentali, parificandoli e interpretandoli alla luce di quelli civili e politici⁴⁷.

A tale sviluppo hanno concorso il primo luogo le riforme costituzionali intervenute durante gli anni Settanta, per aver il diritto costituzionale indiano sperimentato in quella decade una «plurality-conscious re-indigensation»⁴⁸.

È stato difatti osservato che, a seguito dell'emergenza costituzionale, in una sorta di catarsi che ha caratterizzato gli anni dal 1977 al 1979, «l'interpretazione costituzionale assumeva ormai le dimensioni di un nuovo movimento sociale che aveva come missione principale il compito di prendere sul serio la sofferenza delle persone quasi come l'essenza stessa del contenzioso costituzionale»⁴⁹.

Rinviano alle dettagliate analisi di altri autori per una ricostruzione delle vicende politiche che hanno caratterizzato la cosiddetta *emergency era*⁵⁰, basti qui ricordare come la stessa abbia senza dubbio rappresentato uno spartiacque nella storia costituzionale dell'India, non solo per la tensione creatasi tra Esecutivo e Giudiziario⁵¹, ma anche per l'approvazione del Quarantaduesimo Emendamento, che ha gettato le basi affinché la Corte

⁴⁵ Si veda, in particolare, il *Constitution (Forty-fourth Amendment) Act*, 1978, che, tra l'altro, ha integrato l'articolo 38 con un nuovo comma dal seguente tenore: «*The State shall, in particular, strive to minimise the inequalities in income, and endeavour to eliminate inequalities in status, facilities and opportunities, not only amongst individuals but also amongst groups of people residing in different areas or engaged in different vocations*».

⁴⁶ Così M. Saxena, H. Chandra (Eds), *Law and Changing Society*, New Delhi, 2007, 190.

⁴⁷ *Ivi*, 208.

⁴⁸ In questo senso W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, cit., 259.

⁴⁹ U. Baxi, *The Avatars of Indian Judicial Activism: Explorations in the Geographies of [In]justice*, in S.K. Verma, Kusum (Eds), *Fifty Years of the Supreme Court of India. Its Grasp and Reach*, New Delhi, 2000, 157 [trad. mia].

⁵⁰ Cfr. D. Amirante, *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Napoli, 2019, 77 ss.

⁵¹ Si vedano, sul punto, i contributi di A. Kaushik, *Supersession of Supreme Court Judges in India: A Survey of Public Reactions* e A.K. Chaudhuri, *Appointment of a Chief Justice: The Study of a Controversy in a New Perspective*, entrambi in V. Grover (Ed.), *Political Process and Role of Courts*, New Delhi, 1997.

Suprema venisse definitivamente traghettata verso un “nuovo corso” nella sua attività ermeneutica.

Il governo di Indira Gandhi, noto per la sospensione delle garanzie costituzionali tramite la dichiarazione del regime emergenziale, ha d'altra parte fatto ricorso, in particolare con il *Constitution (Forty-Second Amendment) Act 1976*, a taluni concetti della tradizione Indù «to restructure its own model of “good governance” along ancient Indian principles», come dimostrato dallo sviluppo successivo della *public interest litigation* e di una nuova *jurisprudence on fundamental rights*⁵². L'introduzione nel preambolo degli aggettivi *socialist* e *secular* per definire ulteriormente la Repubblica e l'aggiunta di nuovi articoli nella parte IV della Costituzione, tra cui l'articolo 39-A⁵³, sono espressivi di tale reviviscenza di valori.

Come rilevato da autorevole dottrina, la *public interest litigation* indiana, lungi dal rifarsi al noto modello statunitense, sarebbe anche espressione di una idea appartenente alla tradizione induista, rappresentando l'applicazione di un particolare aspetto del *rājadharmā* per cui «the ruler should listen to complainants to protect “little fish” from the “sharks”»⁵⁴.

Il nucleo dell'azione promossa nel pubblico interesse si ritrova – come noto – in aspetti propriamente processuali, che, investendo la fase introduttiva del giudizio, facilitandola, per un verso ampliano la tradizionale nozione del *locus standi* e, dall'altro, deformalizzano le modalità tramite le quali adire le giurisdizioni superiori⁵⁵. Peraltro, nel contesto dell'articolo 32 della Costituzione, la *Supreme Court* non sembrerebbe incontrare i limiti previsti dal *Code of Civil Procedure*, 1908 e dall'*Evidence Act*, 1872 – che sono orientati da procedure di matrice prevalentemente accusatoria – aprendosi a

⁵² Come osservato da W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, cit., 265 ss., 265 per la citazione.

⁵³ L'art. 39-A stabilisce che «*The State shall secure that the operation of the legal system promotes justice, on a basis of equal opportunity, and shall, in particular, provide free legal aid, by suitable legislation or schemes or in any other way, to ensure that opportunities for securing justice are not denied to any citizen by reason of economic or other disabilities*». Appare opportuno evidenziare che tramite il 42esimo è stata introdotta in Costituzione anche la Parte IV-A relativa ai *Fundamental duties*. Sulla tematica dei diritti e doveri costituzionali si veda D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 155 ss.

⁵⁴ Così W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, cit., 268.

⁵⁵ Tra i molteplici contributi sulla *public interest litigation*, si veda M. Rao, *Public Interest Litigation in India: A Renaissance in Social Justice*, Lucknow, 2002, e, in ordine ai più recenti sviluppi di tale rimedio processuale, cfr. A. Bhuwania, *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, New York, 2017. Sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, i casi decisi dalla Corte Suprema tramite azioni promosse nel pubblico interesse sono innumerevoli, di tal che la giurisprudenza in materia è vastissima ed ha riguardato molteplici questioni: dalle condizioni dei detenuti e alle libertà civili in genere, alla parità di genere, ai diritti sociali sino alla tutela dell'ambiente. Sulle più importanti decisioni assunte dall'organo di vertice della giurisdizione indiana sul punto, oltre al doveroso rinvio al volume di S.P. Sathe, *op. cit.*, si veda altresì, *ex plurimis*, N. Jain, *Judicial Activism in India with Special Reference to the Quest for Social Justice*, Delhi, 2013, in particolare 105 ss., che offre un quadro d'insieme sulle tematiche affrontate con il contenzioso della PIL.

meccanismi di natura diversa, anche inquisitoria, al fine di rispondere alla *ratio* della norma⁵⁶.

A partire dai primi anni Ottanta la Corte perviene difatti ad una interpretazione estensiva degli articoli 32 e 226 della Costituzione, grazie soprattutto all'opera dei giudici V.R. Krishna Iyer e P.N. Bhagwati.

Invero, sin da una decisione risalente al 1976, il giudice Krishna Iyer accennava alla necessità di estendere in via interpretativa le *standing rules*⁵⁷; tuttavia, solo nella successiva pronuncia resa nel caso *Municipal Council Ratlam v. Shri Vardhichand*⁵⁸, richiamando l'ideale della giustizia sociale e l'articolo 38, enfatizzava come a mente del Preambolo della Costituzione il centro di gravità del processo andasse spostato dal polo dell'individualismo, proprio dell'idea tradizionale di legittimazione attiva, alla dimensione comunitaria del contenzioso nel pubblico interesse. Inoltre, nella coeva decisione relativa al caso *Fertilizer Corporation Kamgar v. Union of India*⁵⁹, con una *concurring opinion* resa anche per conto del giudice Bhagwati, viene dettagliatamente affrontata la questione dell'accesso alla giustizia, nel senso di una "democratizzazione" dei rimedi giurisdizionali.

Nel caso *S.P. Gupta v. Union of India*⁶⁰, il *Chief Justice* Bhagwati opera una ricostruzione su quale dovrebbe essere il ruolo del potere giudiziario in un paese che intende perseguire la giustizia sociale sotto l'egida del principio democratico e della *rule of law*, gettando le basi per il riconoscimento di una funzione economico-sociale in capo alla Magistratura. Tale pronuncia è nota per aver consacrato l'esistenza del cosiddetto *citizen standing* che, unitamente al *representative standing*, è espressione dell'accennato allentamento delle maglie dell'originario e rigido concetto del *locus standi*⁶¹.

⁵⁶ In questo senso J. Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, The Hague, 2004, 188, la cui analisi indaga prevalentemente il ruolo della *public interest litigation* nell'ambito del contenzioso ambientale. La ricostruzione dell'Autore pone in evidenza come, sulla scorta dei significativi orientamenti giurisprudenziali espressi dalla Corte, quest'ultima godrebbe di una libertà tale nel plasmare i meccanismi procedurali e probatori rispetto alle esigenze processuali, in un'ottica di attuazione dei diritti fondamentali, al punto che i primi non potrebbero incontrare un limite né in una eventuale disciplina legislativa né nelle *Supreme Court Rules* (*ivi*, 186 ss.). Il contenzioso in materia di protezione dell'ambiente, a ben vedere, esprime in maniera antesignana la tendenza della Corte Suprema a mettere in relazione, sotto il profilo interpretativo, le disposizioni della Parte III e della Parte IV della Costituzione, offrendo una lettura in chiave dialogica tra le stesse. Sotto questo profilo, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, è possibile richiamare una serie di casi di PILs promosse in questo settore, quali *M.C. Metha v. Union of India (Oleum Gas case I e II)*, rispettivamente AIR 1987 SC 965 e AIR 1987 SC 1086, ancora *M.C. Metha v. Union of India (Taj Trapezium case)* AIR 1997 SC 734 e *M.C. Metha v. Union of India (Calcutta Tanneries case)*, (1997) 2 SCC 411, nonché *M.C. Metha v. Union of India (Delhi Ridge case)*, AIR 2004 SC 4016.

⁵⁷ Il riferimento è al caso *Mumbai Kamgar Sabha v. Abdulbhai Faizullahai*, (1976) 3 SCC 832.

⁵⁸ Cfr. 1980 AIR 1622.

⁵⁹ Cfr. (1981) 1 SCC 586.

⁶⁰ Cfr. AIR 1982 SC 149.

⁶¹ Secondo la definizione offertane da C.D. Cunningham, *Public Interest Litigation in Indian*

Da ultimo, con il caso *People's Union For Democratic Rights v. Union of India*, la Corte si mostra favorevole ad una apertura anche rispetto alle modalità tramite le quali introdurre i giudizi promossi nel pubblico interesse quando un individuo o una classe di persone «*is by reason of poverty, disability or socially or economically disadvantaged position not able to approach the court for judicial redress*», ritenendo finanche sufficiente a tal fine una lettera indirizzata allo stesso organo giurisdizionale⁶².

Come evidenziato dalla dottrina, nella dinamica dei rapporti tra Parte III e IV della Costituzione, nella visione del giudice Krishna Iyer, a cui si devono le più importanti teorizzazioni sulla giustizia sociale, i *Directive Principles of State Policy* si fondano sul concetto di *social good* e vedono come primi destinatari gli strati più deboli della società, pertanto essi sono complementari ai *Fundamental rights*, che diversamente tutelano il bene individuale⁶³. Egli difatti, proprio in relazione alla *public interest litigation*, osservava che «*the just access of public spirited people to the court as a salvatory functionary with rare power but as a sentinel on the qui vive ever on its guard cannot be extinguished out of obdurate obscurantism*»⁶⁴.

4. La tutela dei diritti nella Costituzione della Repubblica federativa del Brasile tra dignità della persona ed effettività

La tematica dell'attivismo giudiziario è oggetto di attenzione e di studio nell'ordinamento brasiliano da oltre un decennio, come dimostrano i notevoli contributi forniti dalla dottrina al fine, anzitutto, di delineare le differenze tra *papel ativo* delle corti e *judicialização da política*⁶⁵.

Come evidenziato da L.R. Barroso, la giurisdizionalizzazione rappresenterebbe «un fatto, una circostanza che dipende dal modello costituzionale che è stato adottato, e non un esercizio deliberato di volontà politica», mentre l'attivismo costituirebbe «un'attitudine, la scelta di un

Supreme Court: A Study in the Light of American Experience, in *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 29 (1987), 494-523, nel *representative standing* al ricorrente «*is accorded standing as the representative of another person or group of persons*», mentre nel *citizen standing* il singolo «*sues not as a representative of others but in its own right as a member of the citizenry to whom a public duty is owed*» (ivi, 499 e 501).

⁶² Cfr. AIR 1982 SC 1473, anche noto come *Asiad case*. Il passaggio della decisione citato è riportato da M.P. Jain, *The Supreme Court and Fundamental rights*, in S. K. Verma, Kusum (Eds), *op. cit.*, 81.

⁶³ Si veda V. Singh Jaswal, S. Jaswal, *Justice V.R. Krishna Iyer's Concept of Social Justice*, New Delhi, 2011, 92.

⁶⁴ Le considerazioni del giudice V.R. Krishna Iyer sulla *public interest litigation* sono contenute nel volume di S. Khurshid, L. Malik, *Justice at Heart. Life Journey of Justice V.R. Krishna Iyer*, Lucknow, 2016, 111-112, che richiamano sul punto anche l'opera a cura di L. Malik e M. Arora, *The Judge Orates. Selected writings of Justice V.R. Krishna Iyer*, New Delhi, 2014.

⁶⁵ Per una ricostruzione dei dibattiti relativi alle questioni di natura definitoria si veda A. Teixeira Nunes Junior, *Ativismo judicial no Brasil. O caso da fidelidade partidária*, in *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51, Número 201 (2014), 97-128, in particolare 107 ss.

modo specifico e proattivo di interpretare la Costituzione, ampliandone il senso e la portata»⁶⁶.

Sebbene tale definizione possa apparire estremamente legata alla dimensione del singolo o dell'organo, le origini del fenomeno vengono ricondotte a situazioni «di ritrazione del Potere Legislativo, di un certo scollamento tra la classe politica e la società civile, che impedisce che le istanze sociali siano soddisfatte in maniera effettiva» e l'idea che lo stesso si sostanzi in «una partecipazione più ampia e intensa del Giudiziario nella concretizzazione dei valori e fini costituzionali» si dimostra di particolare interesse in chiave definitoria⁶⁷.

Nell'ambito delle tre tipiche manifestazioni della “postura attivista” assunta dal potere giudiziario in Brasile, così come delineate da questo Autore, è la «imposizione di condotte o di astensioni al Potere Pubblico, specialmente in materia di politiche pubbliche»⁶⁸ che merita sicuramente di essere approfondita, onde indagare se nella carta costituzionale – a fronte di una funzione che richiede alle corti molto di più rispetto ad un'interpretazione in chiave evolutiva dei diritti – possano rintracciarsi sin dalla sua entrata in vigore delle attribuzioni che abbiano contribuito al determinarsi di tale esito.

Invero, la consacrazione nella Carta brasiliana del 1988 di un complesso di diritti sociali che si caratterizzerebbero quali «*direitos das desigualdades e das coletividades*»⁶⁹ mette in crisi i paradigmi del diritto di stampo liberale e positivista, in quanto i primi impongono, in un'ottica di effettività, tanto investimenti da parte dell'Esecutivo, quanto una «alterazione delle funzioni classiche dei giudici, che diventano corresponsabili delle politiche degli altri poteri statali, essendo tenuti a orientare la loro attuazione nel senso di rendere possibile e promuovere la realizzazione di progetti di mutamento sociale»⁷⁰.

Come noto, i fondamenti del giuspositivismo sono stati posti in discussione nel contesto brasiliano tanto dalle elaborazioni della *Teoria Crítica do Direito*, che avrebbe trovato secondo alcuni Autori finanche una “istituzionalizzazione” nell'esperienza del *Direito Alternativo*, che dal *Neo-constitucionalismo*⁷¹.

⁶⁶ Così L.R. Barroso, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, in [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1 (2012), 23-32, 25 [trad. mia]. Si veda sul punto l'interessante contributo di H. Leal, M. Clarissa, *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente “un activismo” o “el” activismo?*, in *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudio Constitucionales de Chile, vol. 10, núm. 2 (2012), 429-454.

⁶⁷ L.R. Barroso, *Judicialização*, cit., 25 [trad. mia].

⁶⁸ *Ivi*, 26 [trad. mia].

⁶⁹ In questo senso Ó. Piske, *A Função Social da Magistratura na Contemporaneidade*, in *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 49 (2010), 42-50, 45, che riporta sul punto il pensiero di J. Eduardo Faria, *Os desafios do judiciário*, in *Revista USP*, São Paulo, n. 21, 46-57, 1994.

⁷⁰ *Ibidem* [trad. mia].

⁷¹ Cfr. A.M. Pieroni, M.A. Antunes, *A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais*, in *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 9, n. 2 (2014), 865-891, 871 e 877.

Con riguardo alla prima, è stato rilevato che «il movimento critico avverte che il positivismo giuridico ha confuso il Diritto con l'insieme di leggi formali e ha dimenticato la crescente importanza degli elementi creativi pre-dogmatici, come la giurisprudenza, il sentimento giuridico, l'intuizione, tra gli altri. Esso consiglia al giudice di ordinare una situazione giuridica corrispondente ai fini sociali, tramite il processo»⁷².

Per contro, il neo-costituzionalismo, secondo parte della dottrina, troverebbe il suo fondamento nel post-positivismo e nella “*força normativa da Constituição*”⁷³, caratterizzandosi anche per un ampliamento del contenzioso costituzionale e il ricorso ad approcci ermeneutici basati su una nuova dogmatica⁷⁴. Tali fattori, coniugati con gli elementi tradizionali dello Stato di diritto, hanno contribuito ad un processo di “costituzionalizzazione del diritto”, da intendersi come «un effetto espansivo delle norme costituzionali, il cui contenuto materiale e assiologico si irradia, con forza normativa, per tutto il sistema giuridico»⁷⁵. In detto contesto, la teorizzazione della *Constituição dirigente*⁷⁶, ovvero di «una costituzione normativa, che propone linee e indirizzi per la politica di concretizzazione e attuazione del programma costituzionale in ambiti sensibili come quello dei diritti sociali, della trasformazione agraria e quello degli strumenti di tutela dei diritti»⁷⁷, richiama l'attenzione sulla vocazione fortemente programmatica della carta del 1988. Quest'ultima, difatti, «innegabilmente incorpora la teoria del costituzionalismo *dirigente* e *compromissório*», che emerge in particolare dalla scelta in favore di uno Stato sociale che si prefigge politiche pubbliche di natura redistributiva⁷⁸.

⁷² *Ivi*, 875 [trad. mia].

⁷³ Il termine è stato coniato, come noto, da K. Hesse, *A Força Normativa Da Constituição*, trad. di G.F. Mendes, Porto Alegre, 2004.

⁷⁴ Cfr. L.R. Barroso, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização Do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240 (2005), 1-42, 5 ss.

⁷⁵ Si veda *Ivi*, 12 [trad. mia], unitamente ai relativi riferimenti bibliografici. Sul neo-costituzionalismo è doveroso il rinvio a L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 93 ss., in cui viene richiamato, tra l'altro, il contributo di L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, in M. Carbonell Sánchez (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 4ª ed., 2009. Per una ricostruzione dei dibattiti sul neo-costituzionalismo in Brasile si veda J.J. Gomes Canotilho, *Os Métodos do Achamento Político*, in J.J. Gomes Canotilho, G.F. Mendes, et al. (Coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 2013, 45 ss. che distingue tra *neoconstitucionalismo fundador, principialista, judiciário-ativista e democrático-deliberativo*.

⁷⁶ La teoria della *Constituição Dirigente* è stata elaborata negli anni Ottanta del secolo scorso, seppur con riferimento alla carta portoghese, da J.J. Gomes Canotilho ed ha profondamente influenzato il contesto brasiliano, essendo stata in quest'ultimo discussa alla luce delle successive elaborazioni dello stesso Autore. Con riguardo agli sviluppi della stessa, anche in Brasile, si vedano F. de Oliveira, *A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho*, in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 28 (2003), 195-228, nonché J.N. de Miranda Coutinho (Org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro, 2ª ed., 2005.

⁷⁷ Così J.J. Gomes Canotilho, *op. cit.*, 48 [trad. mia].

⁷⁸ In questo senso L.L. Streck, J.L. Bolzan de Moraes, *Comentário ao artigo 3º*, in J.J. Gomes

Con particolare riguardo ai diritti sociali, la Costituzione brasiliana si pone in una posizione di avanguardia nel panorama del diritto comparato, con la previsione di un intero capitolo (il *Capítulo II*) ad essi dedicato nell'ambito del *Título II* relativo ai diritti e garanzie fondamentali. Tale collocazione è rafforzata dal contesto nel quale la previsione dell'articolo 6, contenente l'elencazione dei diritti sociali, richiede di essere apprezzata, che è costituito dal Preambolo, dagli articoli 1, 3 e 170 *caput*, norme che tutte esprimono «il forte impegno della Costituzione e dello Stato nei confronti della giustizia sociale»⁷⁹.

Vi è poi un intero Titolo, l'ottavo, dedicato al *Ordem Social*, in cui i diritti sociali trovano riconoscimento sia nella loro dimensione soggettiva, ma anche sotto il profilo oggettivo.

In questa prospettiva, se l'ordine economico «*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*»⁸⁰, il paradigma della dignità della persona, che rappresenta uno dei fondamenti dello Stato democratico di diritto brasiliano⁸¹, «opera come vero filo conduttore relativamente ai diversi diritti fondamentali, rafforzando l'esistenza di una reciproca complementarietà tra diritti individuali (diritti di libertà) e diritti sociali (diritti di uguaglianza)»⁸².

Ciò considerato, il “modello” di giustizia costituzionale elaborato dal Costituente, così come successivamente si è evoluto, tanto per la via legislativa che giurisprudenziale, ha rappresentato un elemento catalizzatore per l'assunzione da parte del *Supremo Tribunal Federal* di un ruolo sempre maggiore nella dinamica istituzionale, al punto che vi è chi ha parlato di *Supremocracia*, riferendosi all'autorità acquisita da tale organo sia rispetto agli altri gradi della giurisdizione che con riguardo agli altri poteri⁸³.

O. Vilhena Vieira ha evidenziato come il testo costituzionale adottato nel 1988 recasse in sé una “ambizione costituzionale ulteriore” rispetto a quella che ogni nuova carta che si avvia alla democrazia si pone, ovvero quella «di guidare il processo di mutamento sociale», che, coniugatasi con una serie di emendamenti e riforme legislative, ha reso il *Supremo Tribunal Federal* «una istituzione singolare in termini comparativi»⁸⁴.

Con riguardo al controllo di costituzionalità il sistema brasiliano è stato definito come “combinato”⁸⁵, “ibrido” perché espressione di un modello

Canotilho, G.F. Mendes, *et al.* (Coord.), *op. cit.*, 148 [trad. mia].

⁷⁹ Così I.W. Sarlet, *Comentário ao artigo 6º*, in J.J. Gomes Canotilho, G.F. Mendes, *et al.* (Coord.), *op. cit.*, 534 [trad. mia].

⁸⁰ Cfr. articolo 170 *caput* della *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁸¹ Cfr. l'articolo 1, III della *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁸² I.W. Sarlet, *op. cit.*, 534 [trad. mia].

⁸³ O. Vilhena Vieira, *Supremocracia*, in *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, no. 2 (2008), 441-464, in particolare 444-445.

⁸⁴ *Ivi*, 444 [trad. mia]. L'Autore ritiene che la stessa ambizione si rintracci nelle transizioni costituzionali portoghese, sudafricana e indiana.

⁸⁵ In questo senso A. Ramos Tavares, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale (con particolare*

proprio luso-brasiliano⁸⁶ o “eclettico”⁸⁷, per aver affiancato al controllo diffuso/concreto, di matrice statunitense e risalente al 1889, quello accentrato/astratto, che pur previsto dal 1965 è stato ampliato, contaminando anche il primo, fino a divenire prevalente dagli anni Duemila⁸⁸.

L'entrata in vigore della attuale Costituzione ha portato con sé numerose innovazioni che hanno influenzato, alterandolo, il modello tradizionale di azione del potere giudiziario⁸⁹. Vale la pena, in questa prospettiva, accennare alle innovazioni connesse alla disciplina della *ação de inconstitucionalidade por omissão* e del *mandado de injunção*, di cui agli articoli 103, § 2 e 5, LXXI, perché espressive della volontà del Costituente di offrire uno strumentario processuale affinché le disposizioni (tanto ambiziose quanto dettagliate) della carta potessero trovare una concreta attuazione.

Tali azioni, pur presentando notevoli differenze – in termini di oggetto, di legittimazione attiva e di competenza – rappresentano infatti degli importanti meccanismi per la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, condividendo in generale la finalità di “sanzionare” comportamenti omissivi dei pubblici poteri e ritrovando la propria *ratio* nel paradigma dell'effettività.

Preliminarmente occorre porre in evidenza come la stessa dottrina abbia dovuto prendere atto di quanto entrambi i rimedi processuali, per circa venti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, siano rimasti pressoché privi di attuazione, salvo una successiva inversione di tendenza⁹⁰.

Il procedimento noto con l'acronimo di ADO, le cui origini si fanno risalire alla Costituzione portoghese, quale forma di controllo astratto che «mira all'effettività della norma costituzionale», si conclude con una decisione di natura meramente dichiarativa – ma con efficacia *erga omnes* – con la quale, a fronte di una omissione totale o parziale, l'organo legislativo o amministrativo viene reso edotto della necessità di adottare gli atti necessari affinché la stessa venga colmata⁹¹. Sotto il profilo della

riferimento agli ordinamenti latinoamericani), in S. Bagni (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, 2013, 166.

⁸⁶ C. Blanco de Morais, *Una terza via nel controllo di costituzionalità*, in S. Bagni, *op. cit.*, 130.

⁸⁷ A. Vespaziani, *Jus Dicere in Terrae Brasilis: Política, Ermeneutica, Letteratura*, in C.A. D'Alessandro, C. Marchese (Eds), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, Vol. I, Roma, 415 ss., 423.

⁸⁸ Cfr. A. Ramos Tavares, *Il ruolo della giustizia costituzionale in Brasile e sua trasformazione nel secolo XXI*, in *Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà*, vol. III, n. 2/3 (2010), 213-223, 214. Si veda altresì A. Vespaziani, *op. cit.*, circa l'evoluzione storica della giustizia costituzionale in Brasile.

⁸⁹ A. Teixeira Nunes Junior, *A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 45, Número 178 (2008), 157-179, che offre un quadro completo di tutte le azioni che hanno determinato un'espansione del ruolo del potere giudiziario.

⁹⁰ In questo senso L.L. Streck, *Jurisdição constitucional*, Rio de Janeiro, 6ª ed., 2019, 513 ss., in particolare 519.

⁹¹ *Ivi*, 515 per la citazione [trad. mia]. Sul punto, tra le più recenti *ações de inconstitucionalidade*

legittimazione, in sede di adozione della normativa attuativa per il tramite della *Lei n. 12.063/2009*, è stata prevista una legittimazione attiva in capo ai soggetti indicati dall'articolo 103 per la proposizione della *ação direta de inconstitucionalidade* e della *ação declaratória de constitucionalidade*⁹².

Più in generale, va rilevato che l'apertura della giurisdizione (in sede di controllo astratto) del STF nei confronti di "attori" politici accanto a soggetti istituzionali, unitamente alla previsione della possibilità da parte di enti portatori di interessi collettivi di partecipare al processo come *amici curiae*, ha rafforzato il carattere pluralista dell'organo di vertice della giustizia brasiliana⁹³, che con il tempo è divenuto un foro di dialogo tra giudiziario e società civile nelle questioni di maggior rilevanza e attualità.

Diversamente il *mandado de injunção*, che coniuga l'idea classica del *writ* di tradizione anglosassone con quella del controllo concreto⁹⁴, presupponendo la mancanza di una norma regolatrice, «è volto a rendere possibile l'esercizio di un diritto fondamentale»⁹⁵. Esso, oltre a prevedere una legittimazione attiva "estesa" in favore di qualsivoglia persona fisica o giuridica, può essere proposto dinanzi a qualsiasi giudice federale o statale, ma ha un oggetto più limitato, essendo finalizzato alla sola tutela dei diritti e libertà costituzionali e delle prerogative inerenti alla nazionalità, sovranità e cittadinanza. Per quanto attiene alla natura della decisione che conclude il giudizio, sebbene la giurisprudenza abbia originariamente assunto posizioni più restrittive rispetto ai poteri del giudice, non essendo peraltro definite con chiarezza le differenze intercorrenti con l'ADO, a partire dal procedimento per *Mandado de injunção* n. 708/DF del 2007, il STF riconosce all'organo giudicante i margini per l'elaborazione di soluzioni aventi carattere "normativo"⁹⁶. Posto dunque che la sentenza resa all'esito del processo ha natura costitutiva⁹⁷, la *Lei n. 13.300/2016* attuativa del disposto

por omissão dinanzi al STF, escludendo le azioni dichiarate improcedibili o che non hanno trovato seguito per altre ragioni processuali (cfr., esemplificativamente, ADO 6/PR-Paraná, Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, J. 11/02/2015 - P. 20/03/2015, DJE n° 55 e ADO 22/DF, Tribunal Pleno, Relatora Min. Cármen Lúcia, J. 22/04/2015 - P. 03/08/2015, DJE n° 151), si veda l'ADO 25/DF-Distrito Federal, Tribunal Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, J. 30/11/2016 - P. 18/08/2017, DJE n° 182. Nondimeno si vedano i procedimenti per ADO nn. 65 e 66, promossi in relazione a vicende connesse all'emergenza pandemica, che sembrano confermare come, rispetto alla possibilità in concreto di utilizzare questo rimedio giurisdizionale, vi sia stato un cambio di rotta.

⁹² La legislazione ordinaria di riferimento rispetto al disposto complessivo dell'art. 103 della *Constituição da República Federativa do Brasil* è costituita dalla *Lei n. 9.868/1999* e dalla *Lei n. 9.882/1999*, oltre che dalla *Lei n. 12.063/2009*.

⁹³ O. Vilhena Vieira, *op. cit.*, 448.

⁹⁴ In questo senso C. Blanco de Moraes, *op. cit.*, 134.

⁹⁵ Così L.L. Streck, *op. cit.*, 515 [trad. mia].

⁹⁶ P.R. Barbosa Ramos, D. Diniz Lima, *Mandado de injunção. Origem e perspectivas*, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 48, Número 191 (2011), 27-38, 34 ss. Si veda, *ex plurimis*, tra le decisioni in giudizi per *mandado de injunção* davanti al STF, il MI 943/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, J. 06/02/2013 - P. 02/05/2013, DJE n° 81.

⁹⁷ L.L. Streck, *op. cit.*, 515.

costituzionale, oltre a prevedere una forma sia individuale che collettiva dell'azione, ha definito agli articoli 8 e 9 il contenuto e gli effetti della decisione, la quale esplica di regola (salvo il caso di cui all'art. 9 § 1) la propria efficacia *inter partes*⁹⁸.

Altro aspetto a cui è necessario accennare, per essere anch'esso rivelatore delle «competenze superlative» di cui è titolare il *Supremo Tribunal Federal*⁹⁹ riguarda invece il controllo diffuso (rispetto al quale il STF si pone come organo di ultima istanza) e si ricollega, pur a fronte della ricezione del modello di *judicial review* statunitense sin dalla fine dell'Ottocento, all'assenza in origine di meccanismi equiparabili a quello dello *stare decisis*¹⁰⁰. Con la *Emenda Constitucional n. 45/2004* è stato difatti introdotto, tramite l'art. 103-A della Costituzione, l'istituto della *súmula vinculante*¹⁰¹, ma più di tutto quello della *repercussão geral* rispetto ai ricorsi straordinari, disciplinato dall'art. 102 § 3 e dagli articoli 1.035 e 1.036 del Codice del Processo Civile del 2015¹⁰².

I *nova* in materia di giustizia costituzionale a cui si è fatto riferimento, introdotti tanto dalla carta del 1988 quanto dalla *Emenda constitucional n. 45/2004*, confermano come un documento così esteso e analitico, continui ad esprimere, a distanza di oltre trent'anni, «il chiaro proposito di intrecciare

⁹⁸ Il testo della *Lei n.º 13.300 de 23 de Junho de 2016* è consultabile all'indirizzo http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm.

⁹⁹ Così O. Vilhena Vieira, *op. cit.*, 447 [trad. mia].

¹⁰⁰ A. Vespaziani, *op. cit.*, 418 ss.

¹⁰¹ L'istituto della *súmula vinculante* è disciplinato dalla *Lei n. 11.417 de 19 de Dezembro de 2006* e dalle *Resoluções* del STF nn. 381 e 388 del 2008. A mente dell'art. 103-A della Costituzione, il STF può, con decisione assunta a maggioranza dei 2/3 dei membri, in considerazione di quello che può essere definito come un consolidamento giurisprudenziale in una materia costituzionale, adottare *súmulas* (le quali potranno essere oggetto in seguito anche di revisione e annullamento) – con effetti vincolanti nei confronti degli altri organi del potere giudiziario e delle amministrazioni pubbliche – in relazione a determinate disposizioni, rispetto alle quali «*haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*», definendone la validità o l'efficacia, oppure fornendone una certa interpretazione. Invero, risulta di particolare interesse la relazione tra detta previsione e quella dell'art. 102 § 2 sulla efficacia *erga omnes* di talune decisioni rese dal STF. Cfr., per una ricostruzione storica e in chiave comparata riguardo alle *súmulas* del STF prima della riforma costituzionale, L.L. Streck, *Comentário ao artigo 103-A*, in J.J. Gomes Canotilho, G.F. Mendes, *et al.* (Coord.), *op. cit.*, 1424 ss.

¹⁰² L'istituto della *repercussão geral* limita, in sostanza, che una questione di costituzionalità pervenga all'esame dell'organo di vertice della giustizia brasiliana se non ha «rilevanza generale», che può sussistere, tra l'altro, quando il ricorso tratti di «questioni rilevanti dal punto di vista economico, politico, sociale o giuridico che esulano dagli interessi soggettivi del processo» (così l'art. 1.035 § 1 del *Código de Processo Civil*, di cui alla *Lei n. 13.105/2015*). Il § 3 dell'art. 1.035 indica i casi in cui la *repercussão geral* sussiste necessariamente prevedendo, ad esempio, che «*Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (...)*». Sul tema si veda il volume a cura della Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação Coordenadoria de Biblioteca del Supremo Tribunal Federal, *Repercussão Geral. Bibliografia, Legislação e Jurisprudência Temática* (2013-2021), Brasília, 2021.

nelle maglie della sua normatività l'intero complesso della vita sociale»¹⁰³.

5. Alcune brevi notazioni sul formante giurisprudenziale nelle narrative del Sud del mondo

Nella modernità liquida¹⁰⁴, anche il diritto si presenta «come una entità liquida che assume vesti e forme diverse a seconda del suo ambiente, così come fa l'acqua stessa»¹⁰⁵, circostanza che ad oggi impone sempre un maggiore ricorso, nella prospettiva della comparazione, a metodologie fondate su approcci *bottom-up*¹⁰⁶.

Se l'esperienza del diritto indiano, al pari di quella brasiliana, «*teaches us to look out for the larger issues raised by governing unimaginable multitudes of people*»¹⁰⁷, la scelta di porre al centro dell'ordito costituzionale la tutela dei diritti, con una attenzione alla sfera collettiva che sembra superare i confini dello Stato democratico-sociale di matrice europea, ha evidentemente caratterizzato l'evoluzione del costituzionalismo in questi paesi.

Le Corti di India e Brasile hanno tentato negli anni di tramutare in *law in action* quanto riconosciuto dalla Costituzione intesa in senso formale, non mancando al contempo di prendere atto di quanto stesse cambiando in un'ottica di interpretazione evolutiva, costruendo e mantenendo saldo il legame tra istituzioni e società.

Se già un ventennio fa la dottrina indiana osservava che il potere giudiziario «diviene forte solo quando le persone ripongono fiducia in esso» e «tale fiducia delle persone costituisce la legittimazione della Corte e dell'attivismo giudiziario»¹⁰⁸, più di recente *in terrae Brasilis* è stato osservato che la sua funzione sociale e la sua legittimazione democratica risiederebbe nell'aver dato «l'opportunità e voce al cittadino per garantire e implementare i diritti»¹⁰⁹.

C. Blanco de Moraes, riferendosi all'attivismo del *Supremo Tribunal Federal*, ha osservato che quest'ultimo «più che un giudice "Ercole" ... appare oggi come un giudice "Júpiter", dato che interviene a tutti i livelli di potere, vivendo la gloria di un potere taumaturgico disposto a curare le ferite della società, con un prestigio superiore a quello del potere legislativo ma anche

¹⁰³ Cfr. I. Mártires Coelho, *Evolução do Constitucionalismo Brasileiro Pós-88*, in J.J. Gomes Canotilho, G.F. Mendes, et al. (Coord.), *op. cit.*, 62 [trad. mia].

¹⁰⁴ Il riferimento è evidentemente all'opera di Z. Bauman, *Liquid modernity* (2000), trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011.

¹⁰⁵ Così W. Menski, *The liquidity of Law as a Challenge to Global Theorising*, in *Jura Gentium*, XI (2014), *Pluralismo giuridico*, 19-42, 24 [trad. mia].

¹⁰⁶ Sul punto si veda W. Twining, *Globalisation and Comparative Law*, in E. Örtücü, D. Nelken (Eds), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford, 2007, 75 ss.

¹⁰⁷ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context*, cit., 203.

¹⁰⁸ S.P. Sathe, *op. cit.*, 310 [trad. mia].

¹⁰⁹ J.R.A. Vianna, *A função social do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito*, in *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba PR, Ano IX, n. 16 (2017), 64-78, 77 [trad. mia].

con una concentrazione di poteri che talvolta mette a dura prova il principio della separazione dei poteri»¹¹⁰.

Non senza tenere in debita considerazione le tensioni istituzionali che il fenomeno può determinare, volendo pervenire a delle prime e pur provvisorie notazioni conclusive, appare di tutta evidenza che onde comprendere come l'attivismo giudiziario si manifesti oltre i confini della tradizione giuridica occidentale non può sottovalutarsi la funzione rivestita da talune scelte operate in termini di ingegneria costituzionale.

Inoltre, è opportuno rilevare come le più importanti innovazioni che hanno concorso all'assunzione di posture "proattive" da parte delle Corti di India e Brasile abbiano riguardato istituti di natura processuale, così come coadiuvate da revisioni costituzionali e/o dirette dalla stessa giurisprudenza.

Dunque, volendo interrogarsi su qual è l'immagine che ci rimanda lo studio di queste due esperienze costituzionali, nei limiti dei profili qui analizzati, e che concorre – a parere di chi scrive – ad accomunarle, vi sono due aspetti che meritano di essere enfatizzati, ponendosi in un rapporto di reciproca interazione.

Se, in quella che viene considerata la "patria" del costituzionalismo democratico-sociale, «dalla definizione teorico-costituzionale dello Stato sociale, e più in particolare dall'inquadramento dei diritti sociali come diritti inviolabili della persona, si passa a verificarne il grado di effettività, non può non cogliersi lo stridente contrasto tra la loro costruzione come diritti universali e assoluti e il relativo, talora deprimente, grado di effettività»¹¹¹, si ha l'impressione che altrove le cose siano andate diversamente (o possano andare diversamente, se si vuole mantenere una posizione dubitativa, almeno però prendendo atto di quanto emerge dal disposto delle relative carte costituzionali).

Ciò si deve, per un verso, alla qualificazione diretta o indiretta – quindi formalmente nel testo costituzionale o tramite l'attività ermeneutica degli organi giurisdizionali di vertice – dei diritti sociali come diritti fondamentali, e dall'altro, alla previsione nella trama della giustizia costituzionale di peculiari rimedi processuali che consentono di garantire l'attuazione anche dei primi.

A dimostrazione di quanto sopra, i più recenti *Annual Reports* della

¹¹⁰ C. Blanco de Moraes, *op. cit.*, 139. Sul punto L. Pegoraro, *L'identità della Costituzione brasiliana del 1988 alla prova dell'analisi comparata*, cit., ha osservato rispetto al contesto brasiliano, con una riflessione che può ritenersi valida anche per l'ordinamento indiano, che «Chi osserva l'architettura di Brasilia, si accorgerà che l'equilibrio tra poteri immaginato da Oscar Niemeyer perché nessuno, tra i palazzi della presidenza, del legislativo e della Corte Suprema, sovrastasse gli altri, è stato ora turbato dalla costruzione i nuovi enormi, bellissimi e incombenti edifici: tutti sede dei vari rami del potere giudiziario. È dunque affidato a questo potere tenere al passo dei tempi, ancorandosi alla lettera di una Costituzione che lo permette, il lessico e le assiologie lì indicate, frenando – ma nel rispetto della primazia della politica – gli squilibri che la politica potrebbe produrre» (*ivi*, 283).

¹¹¹ S. Gambino, voce *Stato sociale di diritto*, in L. Pegoraro (a cura di), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, Roma, 2009, 257.

Corte Suprema indiana e le decisioni assunte nel corso dell'emergenza pandemica attestano come la *public interest litigation* continui a svolgere la sua funzione di *social action litigation*¹¹². D'altra parte, nell'anno 2019, il *Supremo Tribunal Federal* ha affrontato, nell'ambito di una *ação de inconstitucionalidade por omissão* e di un procedimento per *mandado de injunção*, la questione dell'omofobia e della transfobia, mentre è tornata ad occuparsi, pur a fronte di una giurisprudenza consolidata, di una tematica connessa al diritto alla salute, ovvero la fornitura di farmaci in particolari situazioni con costi a carico degli enti della Federazione, sussistendo la accennata *repercussão geral*¹¹³.

Su questo terreno la “*Supremocracia*”¹¹⁴ e la “*Demosprudence*”¹¹⁵ sembrano incontrarsi, anelando ad una giustizia delle «realizzazioni concrete», che richiede probabilmente un ripensamento di quei paradigmi che non permettono di considerare l'attivismo giudiziario, in determinati contesti, come una dinamica che appartiene anche alla “fisiologia” della Costituzione e delle relazioni sociali. Ci si riferisce evidentemente ad una delle più note opere di Amartya Sen, in cui viene delineata la differenza tra “istituzionalismo trascendentale” e la prospettiva di una *realizaton-focused understanding of justice*¹¹⁶. È muovendo dalla distinzione intercorrente tra *niti* e *nyaya* negli antichi testi sanscriti e guardando al concetto di *matsyanyaya* (ovvero alla «giustizia del mondo dei pesci») che l'economista osserva quanto nella realizzazione della giustizia intesa come *nyaya* «non basta valutare istituzioni e regole, ma occorre giudicare le società stesse»¹¹⁷.

Maria Sarah Bussi
Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
mariasarah.bussi@unicampania.it

¹¹² I *Reports* sull'attività della *Supreme Court of India* sono consultabili all'indirizzo <https://main.sci.gov.in/publication>. L'appellativo di SAL si deve a U. Baxi, *Taking Suffering seriously: Social Action litigation in the Supreme Court of India*, in R. Dhavan, R. Sudarshan, et al. (Eds), *Judges and the Judicial Power*, London-Bombay, 1985.

¹¹³ Si vedano i procedimenti ADO 26 e MI 4733 dinanzi al *Supremo Tribunal Federal*, ma altresì il *Recurso Extraordinário* (RE) 855178, il *Recurso Extraordinário* (RE) 566471 nonché il *Recurso Extraordinário* (RE) 1165959.

¹¹⁴ O. Vilhena Vieira, *op. cit.*

¹¹⁵ Si veda U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism: The NJAC Decision and Beyond*, in 9 *NUJS Law Review* 153 (2016).

¹¹⁶ A. Sen, *The Idea of Justice* (2009), trad. it. *L'idea di giustizia*, Milano, 2010. L'espressione “*realizaton-focused understanding of justice*” utilizzata dall'Autore nell'edizione in lingua originale trova il suo corrispondente, nella traduzione italiana, nella locuzione “comparazione centrata sulle realizzazioni concrete” (*ivi*, 23).

¹¹⁷ *Ivi*, 36.