

NOTE E COMMENTI

Mia Caielli – La tutela dell'orientamento sessuale in India tra giudici e legislatore: un anomalo self-restraint della Corte Suprema

Davide Miniussi – Accesso alla giustizia in materia ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio

Maddalena Neglia – Obbligare le società commerciali a dichiarare informazioni negative circa il proprio prodotto è lesivo della libertà di espressione?

Giada Ragone – Church of Jesus Christ of Latter-day Sainst v. Uk: la Corte europea si pronuncia sul regime fiscale riservato dal Regno Unito al Tempio mormone di Preston

CRONACHE DAL MONDO

Marocco. Abrogazione dell'articolo 475 del codice penale che consentiva "il matrimonio riparatore" tra l'autore di uno stupro e la sua vittima



ISSN 2037-6677

2014/2

Sexual orientation protection in India between judges and legislators: an anomalous self-restraint from the Supreme Court

La tutela dell'orientamento sessuale in India tra giudici e legislatore: un anomalo *self-restraint* della Corte Suprema

Mia Caielli

Indian criminal code - original jurisdiction - individual freedoms

www.dpce.it



La tutela dell'orientamento sessuale in India tra giudici e legislatore: un anomalo *self-restraint* della Corte Suprema

di Mia Caielli

Con la sentenza che si commenta la Corte Suprema dell'Unione indiana ha riformato la decisione *Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi* della *Division Bench* dell'Alta Corte di Delhi che, il 2 luglio 2009, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 377 del Codice penale indiano ai sensi del quale «chiunque volontariamente abbia rapporti carnali contro l'ordine naturale, con qualsiasi uomo, donna o animale, è punito con la reclusione per la vita, o con la reclusione o altra pena per un termine che può estendersi sino a dieci anni, ed anche passibile di multa», nella parte in cui criminalizza i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti.

Il supremo giudice federale, adito in appello, ha ritenuto che nella norma censurata anni prima non sono ravvisabili vizi di costituzionalità e che può spettare solo al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, decidere sulla eventuale abrogazione o modifica della stessa. La decisione dell'Alta corte statale era stata impugnata, con ricorsi separati, da diverse organizzazioni non governative e persone fisiche che avevano sostenuto la compatibilità con il *Bill of Rights* indiano del reato di sodomia.

Due paiono i profili più rilevanti della sentenza in esame. Il primo, di carattere squisitamente processuale, attiene alla ricorribilità in appello dinanzi alla Corte Suprema tramite una *public interest litigation*. Il secondo riguarda, invece, le tecniche argomentative utilizzate dall'organo decisionale e, in particolare, la inusuale deferenza verso il legislatore.

La Corte Suprema ha pronunciato la sentenza che si commenta nell'esercizio della giurisdizione di appello che la Costituzione le attribuisce in qualità di organo di vertice dell'intero sistema giudiziario dell'Unione indiana: sistema che si configura come integrato, nel senso che le corti amministrano sia la giustizia statale che quella federale. La possibilità di ricorrere in appello alla Corte Suprema è espressamente prevista dall'art. 132 Cost. per qualunque decisione in materia penale, civile o tributaria, adottata da una *High Court*, a condizione che questa certifichi che il caso deciso coinvolge una questione sostanziale di diritto di importanza generale con riferimento alla interpretazione della Costituzione, oppure, secondo quanto stabilito dall'articolo successivo, una questione di rilievo tale da richiedere un intervento dell'organo giudiziario di chiusura dell'ordinamento. Solo in casi particolari, esclusivamente in materia penale, la giurisdizione di appello può essere attivata di diritto. In aggiunta a tutte queste possibilità di impugnazione delle decisioni delle corti statali, l'art. 136 Cost. prevede che la Corte Suprema «*may, in its discretion grant a special leave to appeal from any judgment, decree, determination, sentence or order in any cause or matter passed or made by any court or tribunal in the territory of India*» attribuendole un potere residuale di decidere con discrezionalità piena riguardo le questioni che ritiene di voler giudicare, senza alcun limite derivante dalle disposizioni precedenti dedicate alla giurisdizione di appello civile e penale (v. M.P. Jain, *Indian Constitutional Law*, Wadhawa Nagpur, New Delhi, 2004, 227-239).

Il caso in esame è stato deciso dalla Corte Suprema proprio in seguito alla concessione da parte della Corte Suprema di una *special leave petition* (SLP) che era stata richiesta da tutti i ricorrenti in appello. *Nulla quaestio*, dunque, sulla competenza della Corte Suprema a giudicare della costituzionalità della norma del Codice penale impugnata anni prima dinanzi al giudice statale. Seri dubbi sorgono, invece, con riferimento alla legittimazione ad agire degli appellanti: i diversi ricorsi in appello, riuniti dalla Corte Suprema, sono stati effettuati da numerosi individui, associazioni,

fondazioni che non avevano preso parte al giudizio dinanzi all'*High Court* di Delhi, né come attori, né come convenuti. Solo alcuni di questi avevano partecipato al giudizio di primo grado con interventi in via adesiva. V'è di più: tutte le parti soccombenti (il Governo dello Stato di Delhi, l'Unione indiana, il Commissario di Polizia dello Stato di Delhi e due commissioni, l'una federale, l'altra statale, incaricate dai rispettivi esecutivi della prevenzione e lotta all'AIDS) avevano prestato acquiescenza: in particolare, l'Unione indiana, attraverso l'*Attorney General*, aveva dichiarato espressamente di voler rinunciare a proporre appello (*The Hindu*, 27 marzo 2012), posizione chiaramente ribadita nell'*affidavit* prodotto in giudizio il 1° marzo 2012.

L'interesse ad impugnare, quale aspetto dell'interesse ad agire, pare quindi essere stato assente. Stupisce pertanto che l'appello sia stata proposto attraverso ben quindici ricorsi che la Corte Suprema ha ammesso ed esaminato congiuntamente senza addurre alcuna motivazione, nonostante la *Naz Foundation*, parte attrice nel giudizio di primo grado e convenuta in appello, avesse contestato sia oralmente nel corso delle numerose udienze, sia depositando memorie scritte, la legittimazione ad agire di tutti i ricorrenti. E' pur vero che la Corte Suprema non era tenuta a osservare la previsione di cui al già citato art. 132 Cost., secondo cui il diritto di appello può spettare solo a «*any party in the case*»: ma quale potrebbe essere la ragione di questo anomalo ampliamento delle regole dello *standing*? Forse l'intento di estendere ulteriormente la possibilità alla cittadinanza di agire in giudizio utilizzando la *public interest litigation*? Interrogativi, questi, la cui risposta è tutt'altro che immediata e necessita di una ricostruzione, seppur breve, della vicenda processuale che ha preceduto la sentenza appellata e della trasformazione giurisprudenziale del ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali in possibilità di adire la Corte Suprema e le Alte Corti degli Stati tramite *actio popularis*.

La *Naz Foundation Trust*, organizzazione non governativa impegnata nella prevenzione dell'AIDS, aveva agito in giudizio dinanzi all'Alta Corte di Delhi chiedendo che l'art. 377 del Codice penale fosse dichiarato incostituzionale nella parte in cui criminalizza i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti. In prima battuta, il giudice statale aveva dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di *locus standi*: la parte ricorrente non avrebbe avuto alcuna legittimazione ad agire in

giudizio in ragione del fatto che la controversia normativa non veniva concretamente applicata da tempo: «[...] *there is no cause for action as no prosecution is pending against the petitioner. Just for the sake of testing a legislation a petition cannot be filed*» (Order del 2 settembre 2004, disponibile on line, www.lanymerscollective.org). La Corte Suprema, adita in appello, aveva invece rinviato la causa all'Alta Corte per una decisione nel merito, ritenuta opportuna in quanto «*the matter does require consideration and is not of a nature which could have been dismissed on the ground afore-stated*», così riconoscendo espressamente la legittimazione ad agire della ONG (Order del 3 febbraio 2006, disponibile on line, www.lanymerscollective.org). Con tale decisione, il supremo organo giudiziario indiano non aveva fatto altro che ribadire il proprio consolidato orientamento in materia di titolarità dell'azione prevista dall'art. 32 Cost. che attribuisce alla *original jurisdiction* della Corte Suprema la competenza a giudicare dei ricorsi individuali a tutela dei diritti fondamentali sanciti nella Parte III della Costituzione. Da diversi decenni, infatti, a partire da alcune pronunce adottate a cavallo tra la fine degli Anni Settanta e gli Anni Ottanta dello scorso secolo, la possibilità di accedere direttamente alla giurisdizione costituzionale in caso di violazione dei diritti fondamentali è concessa a qualunque persona fisica o giuridica anche a garanzia di posizioni soggettive di terzi oppure, più in generale, della collettività, configurandosi pertanto come azione popolare o, per usare l'espressione utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza indiane, come *public interest litigation* (sull'origine e la crescita di questo strumento processuale la letteratura è sterminata: ci si limita pertanto a rinviare a A.K. Desai, S. Muralidhar, *Public Interest Litigation: Potential and Problems*, in Aa.Vv., *Supreme but not Infallible. Essays in Honour of the Supreme Court of India*, New Delhi, Oxford U.P., 2000, 159 ss.).

La *Naz Foundation* era stata quindi autorizzata dalla Corte Suprema a combattere la sua “battaglia ideale” (cfr. P. Passaglia, *La depenalizzazione della sodomia tra adulti consenzienti in India: una battaglia ideale combattuta con l'arma della comparazione*, in *Questa Riv.*, 2010, 1564 ss.) dinanzi all'Alta Corte di Delhi. Del resto, l'art. 226 Cost. prevede che la competenza in materia di tutela delle libertà costituzionalmente sancite non sia una prerogativa esclusiva della Corte Suprema, bensì possa essere esercitata da tutte le *High Courts*.

Ciò che la Carta costituzionale, invece, non contempla è la possibilità di utilizzare lo strumento processuale della *public interest litigation* per contestare una decisione giudiziaria: ma, dal momento che i provvedimenti contro cui può rivolgersi l'azione dei *public spirited citizens* non sono elencati né all'art. 32, né all'art. 226, nulla impedirebbe ai giudici di verificare la compatibilità con il *Bill of Rights* anche di sentenze o altri provvedimenti giudiziari oltre che, come accade generalmente, di atti normativi e amministrativi, nonché della incostituzionalità di omissioni sia del legislativo che dell'esecutivo. Più arduo pare, invece, ammettere che la discrezionalità della Corte Suprema si estenda fino a comprendere la possibilità di riformare in appello pronunce delle Alte Corti su ricorso non delle parti soccombenti, ma di soggetti estranei al giudizio. La qualifica di parte in causa poteva, infatti, essere agevolmente attribuita ai due ricorrenti che avevano preso parte al giudizio di primo grado con interventi *ad adiuvandum* dei convenuti, ma non a tutte le altre persone fisiche e giuridiche che avevano impugnato la sentenza statale al fine di garantire la permanenza in vigore dell'art. 377 del Codice penale che la *High Court of Delhi* aveva dichiarato parzialmente incostituzionale, senza però poterlo annullare, competenza che, *ex art. 141 Cost.*, è riservata alla sola Corte Suprema (sulle caratteristiche del modello indiano di controllo di costituzionalità, v., nella dottrina italiana M. Olivetti, *Note introduttive sulla giustizia costituzionale in India*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2007, 239 ss.).

Pur ammettendo che il carattere tipicamente *non-adversarial* del giudizio introdotto attraverso una *public interest litigation*, giudizio in cui «*there are no winners or losers and [...] the Court, the parties and their lawyers are expected to participate in resolution of a given public problem*» (A.K. Desai, S. Muralidhar, *op. cit.*, 167), potrebbe contribuire a interpretare in maniera estensiva il concetto di parte processuale, alcuni dubbi permangono sulla ammissibilità di tale ricorso in appello.

Con la pronuncia in esame, la Corte Suprema ha quindi ampliato in modo considerevole le già elastiche regole dello *standing*, accettando di poter essere adita in appello anche da soggetti estranei al giudizio di primo grado. Soggetti che avevano senz'altro interessi da far valere dinanzi al supremo organo giudiziario indiano che non avrebbero potuto difendere in un autonomo ricorso *ex art. 32 Cost.* Sarebbe,

infatti, ipotizzabile un accesso alla Corte Suprema di chi, non lamentando la lesione attuale o potenziale di un diritto fondamentale, agisce meramente nel pubblico interesse per sostenere la legittimità costituzionale di una normativa – dichiarata non applicabile in uno degli Stati dell’Unione – ma pur sempre in vigore? La risposta non può che essere negativa e ciò aiuta a spiegare le ragioni di questo peculiare ricorso.

Ciò che appare, invece, tutt’altro che intuitivo è il motivo che ha spinto la Corte a consentire questa ulteriore possibilità di accesso della cittadinanza alla sua giurisdizione. Le ragioni che hanno condotto alla nascita e allo sviluppo della *public interest litigation* e, di conseguenza, al progressivo allontanamento dalle rigide formule processuali di *common law* sono frequentemente illustrate nelle pronunce degli ultimi decenni in cui si invoca la necessità di dar voce agli appartenenti alle classi svantaggiate, alle comunità tribali e alle caste inferiori, nonché di portare avanti la “rivoluzione sociale” promessa dalla Costituzione dell’India indipendente. Con l’espandersi della giurisprudenza in materia di *public interest litigation* si accende il dibattito sull’attivismo giudiziario indiano, anzi, sul “populismo giudiziario”, per utilizzare un’espressione cara ad autorevole dottrina (U. Baxi, *Indian Supreme Court and Politics*, Lucknow, Eastern Book Company, 1980, 121-248), la quale insiste sul carattere progressista dei giudici-legislatori indiani che non esitano a sostituirsi al Parlamento al fine soddisfare le nuove esigenze espresse da una società in evoluzione che le istituzioni rappresentative faticano a intercettare.

Nel caso in esame ci si trova davanti a una Corte Suprema sicuramente, ancora una volta, particolarmente “attiva”, ma esclusivamente nella fase introduttiva del giudizio. La decisione nel merito, invece, costituisce un raro caso di *self-restraint* del giudice federale che esita ad annullare una norma legislativa invocando i due principi fondamentali che dovrebbero informare qualunque giudizio di costituzionalità: la presunzione di costituzionalità e la deferenza verso il legislatore eletto dal popolo.

Con il ricorso alla Corte Suprema, un partito politico minore, alcune fondazioni e associazioni religiose, una Commissione statale istituita per la protezione dei diritti dei fanciulli, nonché diversi cittadini indiani convinti di avere «*the moral responsibility and duty in protecting cultural values of Indian society*» (§ 15 della sentenza) avevano impugnato la sentenza dell’Alta Corte di Delhi lamentando che la dichiarazione di

incostituzionalità del reato di sodomia era stata effettuata erroneamente per diversi motivi.

In primo luogo, si era contestato il principale argomento addotto dalla parte attrice in primo grado, secondo cui la criminalizzazione dei rapporti sessuali “contro natura” sarebbe in contrasto con i diritti fondamentali all’eguaglianza (artt. 14 e 15 Cost.), alla dignità e alla *privacy* (questi ultimi tutelati, secondo consolidata giurisprudenza, dall’art. 21 Cost. dedicato alla libertà personale). La *Naz Foundation* aveva, infatti, lamentato la discriminazione indiretta derivante dalla neutralità solo apparente dell’art. 377 del Codice penale che, pur sanzionando in astratto determinate condotte sessuali, colpisce prevalentemente gli omosessuali, così contribuendo alla loro emarginazione sociale derivante dal timore di essere sottoposti a procedimenti penali, nonché ad abusi e persecuzioni da parte delle forze di polizia. Emarginazione che inciderebbe notevolmente anche sull’efficacia dell’azione di prevenzione e cura dell’AIDS svolta dalla fondazione ricorrente, opportunamente sottolineata all’evidente fine di sostenere la propria legittimazione ad agire (v. P. Passaglia, *op. cit.*, 1566); sulla percezione di sé e, di conseguenza, sul diritto a vivere con dignità; infine, sul diritto al rispetto della propria vita privata e familiare.

La sentenza della *High Court* di Delhi era stata emblematica di una notevole apertura al diritto straniero dei giudici indiani che non si erano limitati a effettuare richiami a dottrina, legislazione e giurisprudenza di Paesi appartenenti alla medesima tradizione giuridica, ma avevano invocato precedenti provenienti da sistemi giuridici lontani, non solo geograficamente, dalla realtà indiana, come il Consiglio d’Europa (sul punto sia consentito il rinvio a M. Caielli, *Attivismo giudiziale e utilizzo della comparazione giuridica in alcuni emblematici hard cases indiani e statunitensi*, in M. Cavino, C. Tripodina (cur.), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, 251 ss.).

La sentenza dell’Alta Corte di Delhi aveva indubbiamente messo in luce le virtualità progressive dell’uso giudiziale della comparazione, ovvero funzionali all’interpretazione estensiva del *Bill of Rights*, in particolare con riferimento a tematiche particolarmente sensibili e controverse sul piano etico-politico (cfr. A. Schillaci, *Indietro (non) si torna. La Corte Suprema indiana, i comportamenti sessuali “contro*

natura” ed il verso della comparazione, www.diritticomparati.it, 27 gennaio 2014). Limitandoci, in questa sede, a fornire solo alcuni esempi del significativo apporto fornito dal materiale giuridico straniero per la ricostruzione del contenuto delle disposizioni costituzionali indiane sulle libertà fondamentali, si può rilevare, innanzitutto, come gli articoli della Costituzione indiana dedicati al principio di eguaglianza nelle sue varie declinazioni non contemplano espressamente l’orientamento sessuale tra i fattori di discriminazione vietata. La *High Court*, prima di esaminare i profili di incostituzionalità del reato di sodomia sottoposti alla sua attenzione, giustifica, ricorrendo a citazioni di dottrina prevalentemente anglosassone e sudafricana, l’approccio interpretativo non-originalista che le consente di dichiarare che il divieto di discriminazioni in base al sesso, previsto dall’art. 15 Cost., deve essere inteso come inclusivo delle discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale. Analogamente procede per ricostruire il significato del diritto alla *privacy* come diritto che protegge le relazioni intime e sessuali dell’individuo (v. S. Mandal, “*Right to Privacy in Naz Foundation: A Counter – Heteronormative Critique*, in *NUJS L. Rev.*, 525 ss.) e per la comprensione dei vari aspetti che il concetto di dignità umana porta con sé. L’utilizzo della comparazione giuridica da parte della *High Court* di Delhi, inusuale per ampiezza anche per un giudice indiano, era stato da autorevole dottrina criticato in quanto non supportato da adeguate spiegazioni relative alla rilevanza e pertinenza del materiale giuridico straniero scelto per argomentare la decisione (v., tra gli altri, S. Choudhry, *How to do Comparative Constitutional Law in India*. Naz Foundation, *Same Sex Rights and Dilaogical Interpretation*, in S. Khilnani, V. Raghavan, A.K. Thiruvengadam (cur.), *Comparative Constitutionalism in South Asia*, New Delhi, Oxford U.P., 2013, 45 ss., 48-57): in particolare, secondo altri studiosi, l’utilizzo selettivo e non contestualizzato di certi precedenti giudiziari stranieri non poteva essere stato utile ai fini dell’interpretazione delle disposizioni sui diritti e, soprattutto, si era rivelato meramente funzionale a una lettura evolutiva della legge fondamentale, non accompagnata dalla necessaria attenzione per le peculiarità culturali e giuridiche dell’ordinamento indiano (così M.P. Singh, *Decriminalisation of Homosexuality and the Constitution*, in *NUJS L. Rev.*, 2009, 361 ss.).

Pur non condividendo le accuse di cattivo uso della comparazione giuridica rivolte ai giudici di Delhi, si deve ammettere che la scelta di andare incontro alle

esigenze di aggiornamento del diritto nazionale manifestate da una parte ben organizzata della società è stata, più che guidata, giustificata invocando soluzioni alla medesima questione che i giudici di altre democrazie si erano già trovati ad adottare, con il malcelato intento di porsi al riparo dalle prevedibili critiche di eccessivo attivismo.

Nella decisione di appello in esame, la comparazione giuridica non sembra cambiare “verso” al fine di cedere il posto a interpretazioni conservatrici del *Bill of Rights* indiano (come lascia intendere A. Schillaci, *op. cit.*): l'utilizzo di materiale giuridico straniero è, infatti, del tutto assente. La Corte Suprema si premura di avvertire che i precedenti giudiziari di altri ordinamenti «*cannot be applied blindfolded for deciding the constitutionality of the law enacted by the Indian legislature*» e solleva «*grave doubts about the expediency of transplanting Western experience in our country*» (§ 52 della sentenza). Procedo quindi, coerentemente, a verificare la conformità dell'art. 377 C.p. con la Costituzione soffermandosi sulle origini inglesi della criminalizzazione dei rapporti sessuali “contro natura”, ripercorrendone la storia a partire dalle normative adottate dalla ex madre patria sotto il regno di Enrico VIII (§ 36 della sentenza) e illustrando la *ratio* della controversa normativa con il solo ausilio della giurisprudenza nazionale. Sorprende la chiusura verso l'esterno, ma ancor di più colpisce il richiamo esclusivo a decisioni in cui si applica l'art. 377 C.p. per condannare rapporti sessuali con animali (difficile non menzionare il riferimento al “precedente” del 1934 riguardante un caso di «*carnal intercourse with a bullock through nose*», § 38 della sentenza), con minori o, comunque, con individui non consenzienti. Pare potersi scorgere un tentativo dei giudici di eludere la questione della discriminazione nei confronti della popolazione adulta non eterosessuale: poche righe sono, infatti, dedicate alla riflessione sull'impatto della normativa ottocentesca sulla minoranza omosessuale indiana. La Corte si limita a rilevare come il principio di eguaglianza significhi, per il legislatore, disciplinare in modo differente situazioni differenti e tali possono legittimamente ritenersi le condotte di «*those who indulge in carnal intercourse in the ordinary course and those who indulge in carnal intercourse against the order of nature*» (§ 42 della sentenza). Anche gli altri profili di incostituzionalità dell'art. 377 Cost. occupano ben poco spazio nell'analisi della Corte Suprema che preferisce, invece, soffermarsi sulla presunzione di costituzionalità che assisterebbe tutti le disposizioni legislative indiane, compresa quella in esame seppure entrata in vigore quasi un secolo prima

rispetto alla proclamazione della Costituzione: «*both pre and post Constitutional laws are manifestations of the will of people of India through the Parliament and are presumed to be constitutional*» (§28 della sentenza). Pur riconoscendo che, per consolidata giurisprudenza, il giudiziario indiano avrebbe la possibilità di valutare la conformità con la Costituzione delle normative entrate in vigore prima dell'Indipendenza tenendo in considerazione le evoluzioni dei costumi e il mutato contesto giuridico di riferimento (§ 27 della sentenza), la Corte Suprema insiste, nel caso specifico, sulla opportunità di assumere un atteggiamento di deferenza verso il Parlamento, doveroso soprattutto in ragione del fatto che quest'ultimo avrebbe scelto di non intervenire in alcun modo sulla disposizione penale in oggetto (§ 31 della sentenza). Un *self-restraint* davvero inusuale, se si ricorda che la stessa Corte ha raramente esitato a sanzionare l'inerzia parlamentare. Tutt'altro che rare sono le decisioni di incostituzionalità per omissione, spesso accompagnate dalla redazione di dettagliate "linee guida" volte a colmare quei vuoti normativi ritenuti lesivi del catalogo dei diritti: basti pensare, di recente, alla sentenza *Aruna Ramchandra Schanbaug vs. Union of India and Others* (49 AIR 2011) con cui, nell'assenza di una normativa in materia di fine vita, si è legittimato e disciplinato il ricorso all'eutanasia passiva.

La fine del proverbiale attivismo giudiziario della Corte Suprema indiana? Non pare proprio.

Come è stato autorevolmente posto in evidenza in una recente indagine sul significato di "attivismo giudiziario", «*a judge can be activist by deferring too much*» (C. Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, in Emory L. J., 2009, 1195 ss., 1227). E' pur vero che la Corte Suprema non si limita a qualificare la questione sottoposta come "*political*" e quindi esulante dalla sua competenza. La sentenza di primo grado viene riformata e i vizi di costituzionalità dell'art. 377 C.p. ritenuti insussistenti. Ci si trova però dinanzi a una soluzione raggiunta senza una accurata riflessione sugli spazi di tutela dell'orientamento sessuale che l'articolato *Bill of Rights* indiano senz'altro offre e accompagnata da "troppi" inviti al Parlamento a occuparsi della delicata questione, assomigliando molto a una "decisione di non decidere", cui i cittadini indiani non sono affatto abituati, soprattutto quando in gioco ci sono i diritti.



ISSN 2037-6677

2014/2

Access to justice in environmental matters and Court costs: a difficult balance

Accesso alla giustizia in materia ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio

Davide Miniussi

Aarhus Convention (Article 4) - access to justice and information - procedural expenses



Accesso alla giustizia in materia ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio

di Davide Miniussi

La pronuncia in commento ha accertato l'inadempimento del Regno Unito agli obblighi su di esso gravanti in virtù dell'art. 9, par. 4 della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus (Danimarca) il 25 giugno 1998 (c.d. Convenzione di Aarhus), nella parte in cui impone che l'accesso alla giustizia in materia ambientale si realizzi attraverso procedure non eccessivamente onerose. L'istituto dei *Protective Costs Orders* (PCOs), elaborato dalla prassi giurisprudenziale al fine di limitare la responsabilità del ricorrente in ordine alle spese giudiziali sostenute dall'amministrazione resistente, non è stato considerato dalla Corte di giustizia sufficiente per garantire il rispetto del requisito della non eccessiva onerosità della procedura.

L'Unione europea ha aderito alla Convenzione di Aarhus, che è stata approvata con decisione 2005/370/CE, del 17 febbraio 2005, in *G.U.U.E.* L 124, 17-5-2005, 1. Detta Convenzione predispose un complesso di garanzie a tutela delle collettività interessate dagli effetti dei processi decisionali in materia ambientale e costituisce attuazione del decimo Principio della Dichiarazione di Rio de Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo del 1992 che, come la stessa Convenzione, si fonda su tre pilastri:

l'accesso alle informazioni ambientali, la partecipazione ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Scopo della Convenzione è quello di incentivare il coinvolgimento dei cittadini non soltanto nell'ambito della partecipazione (*ex ante*) ai procedimenti amministrativi, ma altresì in quello (*ex post*) della ben più incisiva *judicial review*.

Sulla Convenzione di Aarhus si è sviluppata una giurisprudenza piuttosto articolata della Corte di giustizia e del Tribunale, spesso chiamati ad interpretare il contenuto del regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, in *G.U.U.E.* L 264, 25-9-2006, 13, dedicato all'applicazione della Convenzione alle istituzioni e agli organi europei, nonché della direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, in *G.U.U.E.* L 041, 14-2-2003, 26 sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.

In estrema sintesi, oltre alle ipotesi di accesso alla giustizia in materia ambientale – di cui si è occupata, tra le altre, la pronuncia in commento – la Corte di giustizia e il Tribunale si sono pronunciati in materia di atti impugnabili ai sensi dell'art. 9 della Convenzione e di accesso alle informazioni ambientali, nonché sulla legittimazione al ricorso delle associazioni.

Si procederà ora all'esame delle disposizioni della Convenzione rilevanti nel giudizio promosso dalla Commissione, per poi dare conto delle pronunce, precedenti a quella qui annotata, con cui la Corte di giustizia ne ha precisato il contenuto.

L'art. 9 della Convenzione impone che i procedimenti ivi contemplati non siano eccessivamente onerosi. In particolare, tale vincolo si applica ai procedimenti promossi da ricorsi avverso: (a) il silenzio, il diniego o la risposta (eventualmente non conforme alle norme della Convenzione) di un'autorità pubblica in relazione ad una richiesta di informazioni (par. 1); (b) le decisioni, gli atti o le omissioni relativi alle attività incluse nell'Allegato I della Convenzione o, comunque, a qualsiasi attività che possa avere un effetto significativo sull'ambiente, di cui i soggetti che vantino un interesse sufficiente o facciano valere la violazione di un diritto (qualora la titolarità di un diritto sia richiesta dal diritto processuale amministrativo dello Stato contraente) contestino la legittimità formale o sostanziale (par. 2); (c) gli atti o le

omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale (par. 3).

L'Unione europea ha dato attuazione alla disposizione sopra citata con la direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, in *G.U.U.E.* L 156, 25-6-2003, 17, che ha modificato le previgenti direttive in materia di valutazione di impatto ambientale (dir. 85/337/CEE del Consiglio, 27-6-1985, in *G.U.U.E.* L 175, 5-7-1985, 40) e di prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento (dir. 96/61/CE del Consiglio, 24-9-1996, in *G.U.U.E.* L 257, 10-10-1996, 26). Le predette disposizioni – che rappresentano il parametro alla luce del quale la Corte di giustizia, con la decisione in commento, ha valutato la condotta del Regno Unito – sono state trasposte nell'art. 11, par. 4 della direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, in *G.U.U.E.* L 26, 28-1-2012, 1 e nell'art. 25, par. 4 della direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, in *G.U.U.E.* L 334, 17-12-2010, 17.

Dopo aver chiarito che la prescrizione della non eccessiva onerosità non è di ostacolo all'attribuzione ai giudici del potere di pronunciare una condanna alle spese (Corte giust., sent. 16-7-2009, causa C-427/07, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.*, I-6277 ss.) – come peraltro previsto dall'art. 3, par. 8 della Convenzione, che si limita ad imporre che l'importo da corrispondere a titolo di spese sia «ragionevole» – la Corte di giustizia, con sentenza dell'11 aprile 2013, causa C-260/11, *Edwards*, non ancora pubblicata in *Racc.*, ha fornito una prima e importante interpretazione delle norme citate che prevedono il requisito della non eccessiva onerosità, pronunciandosi su una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte Suprema del Regno Unito.

In primo luogo, con la decisione da ultimo citata la Corte ha posto in evidenza come la valutazione circa l'onerosità del procedimento debba essere complessiva, dovendosi tenere conto di tutte le spese sostenute dall'interessato. Inoltre, alla luce della *ratio* del requisito della non eccessiva onerosità del procedimento giurisdizionale – rinvenuta nel contributo apportato da tale requisito all'esplicazione, in materia ambientale, del diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché nel principio di effettività – la Corte ha ritenuto che alla persona interessata non debba essere impedito di

proporre o proseguire un ricorso giurisdizionale a causa dell'obbligo finanziario che potrebbe risultarne.

Nell'individuare in concreto i criteri in base ai quali il giudice può assicurare il rispetto di tale condizione, la Corte ha elaborato un criterio soggettivo, secondo cui le spese di un procedimento non devono superare le capacità finanziarie dell'interessato, e un criterio oggettivo, secondo cui tali spese non devono apparire oggettivamente irragionevoli, a prescindere dalla situazione economica dell'interessato (sul carattere misto del sistema delineato dalla Corte e sulla rilevanza del principio di proporzionalità, cfr. F. Guella, *Le connessioni tra diritto sostanziale a un ambiente salubre e diritto processuale a una tutela giurisdizionale effettiva*, in questa *Rivista*, 2013, 1027). Con riguardo al criterio soggettivo ha precisato, inoltre, che la valutazione che il giudice nazionale deve effettuare non può basarsi unicamente su una stima delle capacità finanziarie di un ricorrente "medio"; il giudice, quindi, può tenere conto della situazione delle parti in causa, delle ragionevoli possibilità di successo del richiedente, dell'importanza della posta in gioco per quest'ultimo nonché per la tutela dell'ambiente, della complessità del diritto e della procedura applicabili, nonché del carattere eventualmente temerario del ricorso.

Prima del deposito della pronuncia da ultimo citata, le *Civil Procedure (Amendment) Rules 2013* hanno emendato le *Civil Procedure Rules* (CPR) del Regno Unito, introducendo dei limiti quantitativi circa le spese processuali che una parte può essere tenuta a corrispondere nell'ambito di un giudizio che rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione. Le *Practice Directions* dispongono che l'ammontare delle spese cui sia eventualmente condannato il ricorrente non può superare £ 5.000, se si tratta di una persona fisica, o £ 10.000, se si tratta di una persona giuridica, prevedendo quindi un trattamento differenziato – peggiore per le associazioni che si occupano della tutela dell'ambiente – che alcuni hanno ritenuto ingiustificato, alla luce del *favor* con cui la Convenzione guarda alle associazioni (O.W. Pedersen, *The Price is Right: Aarhus and Acces to Justice*, in *Civil Justice Quarterly*, 2014, 13). È altresì previsto che il resistente (in genere, una pubblica amministrazione) non possa essere condannato a pagare spese per un ammontare superiore a £ 35.000.

Venendo ora all'esame della normativa del Regno Unito la cui compatibilità con il principio di non eccessiva onerosità è stata valutata dalla pronuncia in commento,

va dato conto, in primo luogo, dell'art. 44.2 delle CPR e, in secondo luogo, della prassi giurisprudenziale sviluppatasi in materia di spese processuali soprattutto a partire dal 2005, in relazione alla quale si rende opportuna una rapida rassegna dei principali orientamenti, in virtù del particolare rilievo che tale prassi ha assunto ai fini della decisione in commento.

L'art. 44.2 CPR prevede che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può stabilire (i) se far gravare le spese processuali su una parte o sull'altra, (ii) l'ammontare di tali spese e (iii) il momento in cui le stesse devono essere pagate. Il giudice, in linea di principio, qualora decida di adottare un'ordinanza sulle spese del giudizio deve stabilire che la parte soccombente sopporta le spese della parte vittoriosa; può, tuttavia, altresì adottare un'ordinanza di differente contenuto. Si ritiene che, sebbene la mancata applicazione del principio generale per cui le spese devono essere poste a carico della parte soccombente debba essere adeguatamente motivata, difetti nelle CPR l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali sia ammesso distribuire diversamente gli oneri per le spese processuali (B. Jaffey, *Protective Costs Orders in Judicial Review*, in *Judicial Review*, 2006, 171).

Il rischio di vedere il proprio ricorso rigettato e, in applicazione della regola generale, di sopportare, oltre alle proprie spese, anche quelle sostenute dalla controparte vittoriosa, rappresenta un forte disincentivo ad agire in giudizio. Nelle materie connotate da preminenti interessi generali, come quella ambientale, si avverte l'esigenza di evitare che il ricorrente rinunci ad impugnare il provvedimento o a contestare un comportamento di un privato per il timore di dover sopportare l'intero costo del procedimento giurisdizionale, posto che l'azione proposta serve non soltanto a tutelare un interesse specifico del ricorrente – che potrebbe peraltro non sussistere – ma altresì (e soprattutto) l'interesse generale.

Tra i vari rimedi ipotizzabili – oltre ad un più ampio accesso al gratuito patrocinio e all'istituzione di giudici specializzati in materia ambientale, che presuppongono un intervento del legislatore (P. Brown, *Procedural Update*, in *Judicial Review*, 2006, 327 ss.) – la giurisprudenza ha sviluppato l'istituto dei PCOs. Si definisce PCO il provvedimento, adottato su richiesta di parte in una fase anche preliminare del procedimento, con cui il giudice stabilisce che il richiedente – a

prescindere dall'esito, per lui favorevole o meno, del giudizio – non sarà tenuto a pagare le spese della controparte, ovvero sarà tenuto ma entro un ammontare massimo (in questi termini B. Jaffey, *op. cit.*, 172). La *ratio* dell'istituto consiste nell'eliminazione *ex ante* del rischio di veder emanato nei propri confronti un provvedimento di condanna alle spese (ovvero, nel caso di PCO parziale, un provvedimento di condanna alla spese per un ammontare superiore ad un tetto massimo predeterminato).

Il primo caso in cui un giudice inglese ha riconosciuto, nell'ambito di un procedimento in cui venivano in rilievo questioni di diritto pubblico, di essere titolare del potere di emanare un PCO (indicato con la locuzione alternativa, poi abbandonata, di *pre-emptive costs order*) è una decisione della *High Court* del 1999 (R. *c. Lord Chancellor ex p. CPAG*, [1999] 1 WLR 347). La Corte ritenne pacifico che la competenza ad adottare provvedimenti di questa natura fosse riconducibile all'art. 51 del *Senior Courts Act 1981*, che attribuisce ampia discrezionalità al giudice in ordine alle decisioni sulle spese, nonché alle *Rules of the Supreme Court* allora vigenti. La *High Court* si interrogò, invece, sulle condizioni alla cui sussistenza fosse subordinata l'emanazione di tale provvedimento, concludendo nel senso dell'eccezionalità di tale strumento, che avrebbe potuto essere adottato soltanto qualora il giudice fosse convinto dell'effettiva rilevanza pubblica della questione sottoposta al suo giudizio e fosse in grado di valutare la fondatezza della pretesa azionata nonostante lo stato non avanzato del procedimento.

La più compiuta elaborazione dell'istituto dei PCOs risale ad una sentenza della *Court of Appeal* del 2005 (R. *(Corner House Research) c. Secretary of State for Trade and Industry* [2005] EWCA Civ 192) che, in ragione della sua importanza, è stata attentamente esaminata dalla pronuncia in commento.

Dopo aver rilevato che «le controversie contenenti elementi di genuino interesse pubblico presentano delle significative differenze rispetto alla prassi invalsa nelle controversie di diritto privato» e che nell'ambito delle controversie di diritto pubblico è possibile rinvenire nella prassi giurisprudenziale «un orientamento volto ad esonerare le parti che, su basi ragionevoli e nell'interesse pubblico, instaurano una controversia di diritto pubblico, dalla responsabilità per le spese processuali che, in linea di principio, grava sulla parte soccombente», la *Court of Appeal* ha affermato che

i PCOs rappresentano un ulteriore passo in questa direzione, pur ritenendo che debbano essere adottati soltanto in casi eccezionali.

Con la citata pronuncia la *Court of Appeal* ha stabilito che il giudice, in ogni stato del processo, possa emanare un PCO qualora: (i) le questioni sollevate si caratterizzino per una rilevanza pubblica generale; (ii) l'interesse pubblico richieda che tali questioni vengano risolte; (iii) il ricorrente non abbia un interesse privato correlato all'esito del procedimento; (iv) l'adozione del provvedimento risponda ad un principio di equità, avuto riguardo alla situazione finanziaria del ricorrente e delle controparti, nonché all'ammontare delle spese che, sulla base di un giudizio prognostico, si ritiene probabile che saranno sostenute; (v) in caso di mancata adozione del provvedimento, sia probabile che il richiedente abbandoni il giudizio e tale comportamento sia ragionevole. Inoltre, la *Court of Appeal* ha precisato che se la rappresentanza in giudizio della parte richiedente un PCO avviene *pro bono*, l'istanza per l'emaneazione del PCO ha maggiori possibilità di essere accolta (per un'analisi critica dei singoli requisiti, nonché delle regole procedurali stabilite dalla *Court of Appeal*, si rinvia a R. Stein, J. Beagent, *Protective Costs Orders*, in *Judicial Review*, 2005, 206 ss.).

La giurisprudenza successiva ha cercato di precisare le indicazioni rinvenibili nella pronuncia sul caso *Corner House*, contestando il carattere prescrittivo dei citati requisiti e aderendo ad un approccio meno rigoroso, senza tuttavia pervenire a soluzioni univoche.

Una delle questioni più discusse è rappresentata dalla possibilità di distinguere il requisito circa la rilevanza pubblica generale che deve caratterizzare le questioni su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi da quello relativo alla sussistenza di un interesse pubblico alla risoluzione delle medesime questioni. In alcuni casi si è sostenuto che questi due momenti del *test* per l'emaneazione di un PCO sono difficilmente distinguibili e che, in ogni caso, le indicazioni fornite dalla *Court of Appeal* nel caso *Corner House* non devono essere intese quali requisiti vincolanti e restrittivi (*Compton, R (on the application of) c. Wiltshire Primary Care Trust* [2008] EWCA Civ 749, par. 21; *Buglife – The Invertebrate Conservation Trust, R. c. Thurrock Thames Gateway Development Corp* [2008] EWCA Civ 1209; per un'analisi delle due pronunce, con particolare riguardo all'adozione di un PCO nel giudizio dinanzi alla *Court of*

Appeal, cfr. G. Opperman, M. Gullick, C. Stone, *Corner House Revisited: The Law Governing Protective Costs Orders*, in *Judicial Review*, 2009, 43), ma questo orientamento è stato criticato (cfr. la *dissenting opinion* espressa da *Lord Justice Buxton* nel caso *Compton* citato), affermando la necessità di distinguere, nella decisione sul caso *Corner House*, i *governing principles*, vincolanti, che delimitano la competenza del giudice nell’emanare un PCO, dalla *practical guidance*, non vincolante. In particolare, secondo questo più rigoroso orientamento i criteri individuati dalla *Court of Appeal* nel 2005 sarebbero cumulativi e vincolanti, dovendo quindi il giudice distinguere la rilevanza pubblica generale delle questioni dalla circostanza che il pubblico interesse richieda che tali questioni siano risolte.

Analoghe questioni sono sorte con riguardo al requisito, sulla criticità del quale la Corte di giustizia ha posto l’accento, rappresentato dal difetto di un interesse privato del ricorrente correlato all’esito del procedimento. Tale requisito è stato ritenuto vago da una decisione della *High Court (Wilkinson c. Kitzinger [2006] EWHC 835 (Fam), par. 54)*, che lo ha ritenuto difficilmente applicabile in qualsiasi giudizio – a prescindere dalla natura pubblica o privata delle questioni venute in rilievo – in cui il ricorrente agisca per ottenere un rimedio ad una sua situazione personale e l’obiettivo dallo stesso ricorrente perseguito sia al tempo stesso rappresentativo di altri soggetti titolari di interessi analoghi (opinione condivisa dalla *Court of Appeal in England, R c. London Borough of Tower Hamlets [2006] EWCA Civ 1742*). In un altro caso, tuttavia, al difetto di un interesse privato è stata attribuita rilevanza al fine di non concedere un PCO (*Goodson c. HM Coroner for Bedfordshire & Luton & Anor [2005] EWCA Civ 1172*).

L’Avvocato Generale J. Kokott, nelle Conclusioni presentate il 12 settembre 2013, ha rinvenuto tre elementi di criticità che, complessivamente considerati, impediscono di ritenere che la prassi giurisprudenziale sopra descritta sia idonea, come invece ritenuto dal Regno Unito, ad assicurare la trasposizione delle disposizioni delle direttive che hanno dato attuazione alla Convenzione.

L’Avvocato Generale ha, in primo luogo, notato come il carattere eccessivamente restrittivo dei criteri elaborati dalla *Court of Appeal* nel caso *Corner House* comporti che dallo stesso sub-procedimento che sfocia nella decisione sulle spese processuali derivino spese relativamente alte e costi aggiuntivi (par. 44 delle

cite Conclusioni). Sembra, tuttavia, che siano stati così sovrapposti due piani – quello della rigidità dei presupposti e quello degli oneri che derivano dal sub-procedimento in materia di spese – che è preferibile tenere distinti, posto che la restrittività dei requisiti per l'adozione di un PCO non sembra essere correlata ai costi ulteriori generati dal sub-procedimento, salvo che si ritenga necessario che il PCO sia emanato in via pressoché automatica, venendo così meno la necessità di prevedere una fase endo-procedimentale diretta all'accertamento di tali presupposti.

In secondo luogo, l'Avvocato Generale ha osservato come l'accertamento dei requisiti indicati dalla *Court of Appeal* implichi il riconoscimento di un margine di valutazione in capo al giudice. Infine, ha ricordato che, in presenza di tali requisiti, il giudice può scegliere discrezionalmente la misura da adottare in concreto. Per vero, può aggiungersi a tali considerazioni che, una volta accertata la sussistenza dei requisiti, il giudice gode di un'ampia discrezionalità non solo con riguardo al contenuto della misura, ma anche in ordine alla scelta se concederla o meno.

L'Avvocato Generale ha altresì ricordato (par. 48) come la sentenza della *Court of Appeal* nel caso *Morgan (Morgan & Anor c. Hinton Organics (Wessex) Ltd* [2009] EWCA Civ 107, par. 47) abbia affermato che il potere discrezionale di cui dispongono i giudici nelle decisioni in materia di spese può essere incompatibile con il principio della tutela in materia di spese processuali. Analoghe considerazioni sono state svolte dalla stessa *Court of Appeal* nel caso *Garner (Garner, R c. Elmbridge Borough Council* [2010] EWCA Civ 1006) ritenuto, tuttavia, sia dalla Corte di giustizia sia dall'Avvocato Generale, irrilevante *ratione temporis*, in quanto la decisione è intervenuta successivamente alla proposizione del ricorso da parte della Commissione.

La Corte di giustizia, con la decisione in commento, ha preliminarmente osservato che il margine di discrezionalità che caratterizza le scelte del giudice in materia di PCOs non può, di per sé, essere considerato incompatibile con il requisito del costo non eccessivamente oneroso. Ha, inoltre, apprezzato il fatto che nel Regno Unito, attraverso l'istituto dei PCOs, sia garantita una maggior prevedibilità del costo del procedimento, affermando che tale prevedibilità costituisce manifestazione del principio di non eccessiva onerosità.

Tuttavia, alla luce delle descritte incertezze giurisprudenziali – riscontrate in ordine sia al carattere tassativo (o meno) dei requisiti indicati nella decisione *Corner House*, sia alla portata di ciascun requisito – la Corte, conformandosi alla soluzione proposta dall'Avvocato Generale, ha ritenuto che la trasposizione del principio della non eccessiva onerosità sancito dalle direttive e dalla Convenzione di Aarhus non sia sufficientemente chiara e precisa, perché il giudice, in definitiva, non è tenuto, in forza di una norma giuridica, ad assicurare che il costo del procedimento non sia eccessivamente oneroso per il ricorrente.

Inoltre, la Corte ha rilevato che almeno due delle condizioni richieste per l'emanazione di un PCO non consentano di garantire la conformità del diritto nazionale al principio di non eccessiva onerosità del procedimento: (i) la necessità che l'interesse pubblico richieda che le questioni sollevate siano risolte e (ii) la mancanza di un interesse privato del ricorrente. Quanto al primo requisito, in particolare, la citata decisione nel caso *Garner* ne avrebbe sancito – unitamente a quello consistente nella rilevanza pubblica delle questioni – l'inapplicabilità alle fattispecie regolate dalla Convenzione di Aarhus, posto che la garanzia della partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale, sancita da tale Convenzione, comprenderebbe anche la garanzia per il pubblico di assicurare, attraverso una revisione effettiva e non eccessivamente onerosa di tali processi decisionali, che le decisioni più importanti in materia ambientale siano adottate legittimamente. Sembrerebbe in tal modo configurarsi quella che, nel nostro ordinamento, si qualificerebbe come un'ipotesi eccezionale di giurisdizione oggettiva (sull'auspicabilità dell'introduzione, nel nostro ordinamento, di una giurisdizione oggettiva in materia ambientale, cfr. A. Police, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (cur.), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, Giuffrè, 2006, 297 ss.). Ma tale pronuncia, come detto, anche a voler ritenere che abbia definitivamente rimosso il requisito in questione, non è stata considerata rilevante *ratione temporis*.

Infine, la Corte ha ritenuto che il descritto meccanismo dei PCOs, pur riconosciuto in astratto quale mezzo idoneo a garantire la prevedibilità della ripartizione delle spese processuali, in concreto non sia in grado di garantire il

perseguimento di tale obiettivo, posto che non consente al ricorrente di sapere con certezza se, e in che ammontare, le spese processuali graveranno o meno su di esso.

L'unico argomento della Commissione che la Corte ha respinto, in quanto non sufficientemente provato, concerne l'asserita possibilità che il ricorrente sia obbligato a pagare le proprie spese anche qualora ottenga dal giudice un PCO, che non sarebbe quindi idoneo ad imporre all'amministrazione resistente, eventualmente soccombente, di rifondere le spese sostenute dal ricorrente.

La Corte di giustizia si è altresì pronunciata sui *cross-undertakings*, spesso imposti dalla prassi giurisprudenziale in occasione dell'adozione di misure cautelari. Si definisce *cross-undertaking* l'impegno del richiedente una misura cautelare a tenere indenne la controparte dal pregiudizio che questa possa eventualmente subire dall'ottemperanza alla misura se, all'esito del giudizio, il giudice ritiene che la misura cautelare non avrebbe dovuto essere concessa (Ministry of Justice, *Cross-undertakings in damages in environmental judicial review claims*, Consultation Paper CP17/10, par. 20). La Commissione riteneva che, sebbene tale prassi non fosse di per sé contraria alla Convenzione e alle direttive europee, essa contribuisse alla violazione del principio del costo non eccessivamente oneroso.

La Corte, dopo aver ricordato che il costo di un procedimento deve essere valutato globalmente, tenuto conto di tutte le spese sostenute dal ricorrente (Corte giust., sent. 11-4-2013, causa C-260/11, cit.), e che il giudice nazionale investito di una controversia assoggettata al diritto dell'Unione deve poter concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire piena efficacia alla decisione sul merito (Corte giust., sent. 15-1-2013, causa C-416/10, *Križan e a.*, non ancora pubblicata in *Racc.*; cfr. altresì la giurisprudenza ivi citata), ha affermato che spetta al giudice nazionale accertare che il rischio finanziario che deriva per il ricorrente sia compreso tra i costi oggetto della valutazione circa il carattere non eccessivamente oneroso del procedimento, circostanza che non emerge in maniera univoca nell'ordinamento del Regno Unito.

Sembra in conclusione opportuno interrogarsi sulla portata della pronuncia in esame in relazione all'ordinamento italiano. Il nostro Codice di procedura civile pone, all'art. 91, la regola generale per cui il giudice deve condannare alle spese la parte soccombente, pur prevedendo un'eccezione al successivo art. 92 c.p.c., a

norma del quale il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti in caso di soccombenza reciproca o qualora concorrano altre gravi ed eccezionali ragioni, che devono essere esplicitamente indicate nella motivazione.

La Corte costituzionale (Corte cost., sent. 31-12-1986, n. 303, in *Foro it.*, 1987, 671, con nota di A. Proto Pisani) e la dottrina processualcivilista hanno da tempo affermato la rilevanza costituzionale della disciplina sulle spese contenuta nel Codice di procedura civile, in quanto «il regime delle spese è elemento indispensabile del più vasto principio, secondo il quale la necessità di servirsi del processo non deve andare a danno del soggetto che ha ragione, e questo principio a sua volta è parte integrante del diritto di azione di cui all'art. 24 della Costituzione» (F.P. Luiso, *Brevi note sul significato costituzionale delle disposizioni sulle spese legali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, 423; per analoghe considerazioni sulla rilevanza costituzionale della disciplina sulle spese, cfr. Id., *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2013⁷, 429 ss.).

L'opinione prevalente è nel senso che il principio generale del *victus victori* accolto dal legislatore processuale imponga di far gravare le spese in ragione della soccombenza principalmente per ragioni di opportunità (C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2007¹⁹, 357 ss. La soccombenza è generalmente intesa quale situazione obiettiva del tutto sganciata dall'atteggiamento psicologico del soccombente, sebbene vi sia chi ritenga che il legislatore abbia inteso sganciare la condanna alla refusione delle spese dal fatto oggettivo della soccombenza; in questo senso cfr. F. Cordopatri, *Un principio in crisi: victus victori*, in *Riv. Dir. proc.*, 2011, 265).

Che il principio per cui le spese seguono la soccombenza abbia carattere generale, con conseguente eccezionalità delle ipotesi in cui è ammessa la compensazione, risulta dalla *ratio* della novella del 2009 (legge 18-6-2009, n. 69) che ha introdotto nell'art. 92, comma 2 c.p.c. il più stringente requisito della sussistenza di «gravi ed eccezionali ragioni» in luogo di quello dei «giusti motivi» precedentemente previsto, manifestando quindi la volontà di restringere il novero delle ipotesi in cui il giudice può disporre la compensazione (Corte cass., sez. VI, sent. 14-2-2014, n. 3576), pur permanendo nella disposizione citata quel carattere di elasticità che la caratterizzava anche in precedenza e che consente al giudice di integrarne il contenuto in via interpretativa (Corte cass., SS.UU., sent. 22-2-2012, n.

2572). Del resto, che tale sia il rapporto tra regola ed eccezione sembra potersi desumere anche dall'art. 152 disp. att. c.p.c. che, con norma di carattere evidentemente eccezionale, impedisce al giudice di condannare al pagamento delle spese la parte soccombente nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali o assistenziali qualora detta parte rispetti determinati requisiti reddituali, ivi stabiliti.

La descritta disciplina processualcivilistica si applica anche al processo amministrativo, in virtù del rinvio di cui all'art. 26 c.p.a., pur con un differente onere motivazionale posto a carico del giudice amministrativo in caso di compensazione delle spese. Infatti, secondo l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, che si è espressamente discostato dai principi stabiliti dalle Sezioni Unite della Cassazione (Corte cass., SS.UU., sent. 30-7-2008, n. 20598, intervenuta prima della riforma del 2009 che ha modificato l'art. 92 c.p.c.), il giudice non deve indicare in modo articolato le ragioni della compensazione delle spese (con conseguente limitazione del potere di verifica in fase di appello delle relative statuizioni), essendo sufficienti a tal fine le argomentazioni svolte per sorreggere la statuizione di merito, se queste contengono anche elementi di valutazione di diritto o di fatto idonei a giustificare la compensazione totale o parziale delle spese (Cons. St., sez. IV, sent. 28-5-2009, n. 3349; in senso analogo, più di recente, sent. 4-9-2013, n. 4435).

Sembra, dunque, che la disciplina italiana in materia di condanna alle spese nel processo (civile e) amministrativo sia ispirata ad un principio, quello per cui le spese seguono la soccombenza, analogo a quello accolto dal Regno Unito (sulla disciplina delle spese nel giudizio amministrativo cfr. J. Bercelli, *Parti, difensori, spese*, in B. Sassani, A. Villata (cur.), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 417 ss.). Tuttavia, non è probabilmente un caso che la Commissione abbia agito *ex art. 258 TFUE* proprio nei confronti del Regno Unito, trattandosi, come ammesso in giudizio dallo stesso Regno Unito, di uno degli Stati membri dove gli onorari degli avvocati, che rappresentano la voce principale delle spese giudiziali, sono più elevati. La Corte, peraltro, sembra espressamente istituire una relazione di proporzionalità diretta tra il livello degli onorari degli avvocati e la necessità di rendere prevedibili l'*an* e il

quantum delle spese che una parte può essere condannata a rifondere (par. 58 della sentenza annotata).

Con le dovute cautele, determinate dalle notevoli differenze esistenti tra l'ordinamento giudiziario e forense del Regno Unito e quello italiano, è evidente come il problema dell'accesso alla giustizia in materia ambientale ponga, anche nel nostro ordinamento, dei profili di possibile incompatibilità con il principio del costo non eccessivamente oneroso sancito dall'art. 9 della Convenzione. La disciplina applicabile ai giudizi in materia ambientale, con particolare riguardo ai procedimenti che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, è quella generale descritta dagli artt. 91 e 92 c.p.c., l'unica peculiarità essendo configurabile esclusivamente con riguardo al contributo unificato, che non è dovuto per i ricorsi avverso il diniego di accesso alle informazioni ambientali (art. 13, c. 6-*bis*, lett. b), d.P.R. 30-5-2012, n. 115; cfr. anche Circolare 18-10-2011 del Segretariato generale della Giustizia amministrativa).

Dunque, anche nei giudizi in materia ambientale la condanna alle spese segue, in linea di principio, la soccombenza, salvo che sussistano i richiamati requisiti in presenza dei quali il giudice può, eccezionalmente, compensare le spese. Peraltro, mentre l'ordinamento britannico conosce uno strumento (i PCOs) per limitare *ex ante* la responsabilità del ricorrente, nel nostro ordinamento processuale non esiste un istituto analogo, il che potrebbe rendere ancora più esposto alle censure della Corte di giustizia il nostro sistema processuale.

Qualora il legislatore dovesse intervenire in futuro, dovrebbe considerare la giurisprudenza della Corte con particolare attenzione e trovare il giusto equilibrio tra la necessità di rispettare il principio sancito dall'art. 9 della Convenzione e l'esigenza di non incentivare in misura eccessiva il contenzioso, come avverrebbe se nei procedimenti assoggettati alla Convenzione si escludesse in ogni caso che il ricorrente possa essere condannato a pagare le spese sopportate dall'amministrazione resistente, opzione che non è imposta né dalla lettera dell'art. 9 – che impone che il procedimento non sia *eccessivamente* oneroso, ma non che non sia oneroso *tout court* – né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che riconosce la legittimità del riconoscimento in capo al giudice di un margine di discrezionalità in materia di spese.

Del resto, se è consentito richiamare un detto caro agli studiosi di discipline economiche, ma entrato ormai nell'uso comune, *there's no such thing as a free lunch*. Il processo comporta inevitabilmente dei costi: se qualcuno (il cittadino ricorrente) è, a certe condizioni, esonerato dal sopportarli, vi dovrà provvedere, evidentemente, qualcun altro (l'amministrazione pubblica resistente, eventualmente vittoriosa). Il giusto bilanciamento tra la necessità di assicurare, in materia ambientale, che il costo del processo non rappresenti un disincentivo per il cittadino ad agire per tutelare interessi generali e l'esigenza di evitare lo spreco di risorse pubbliche che inevitabilmente deriverebbe dalla certezza per il ricorrente di essere esonerato dall'obbligo di pagare le spese della controparte, quale che sia l'esito del giudizio, non può che essere individuato dal legislatore.



ISSN 2037-6677

2014/2

Is it contrary to the freedom of expression to compel commercial companies to disclose negative information on their product?

Obbligare le società commerciali a dichiarare informazioni negative circa il proprio prodotto è lesivo della libertà di espressione?

Maddalena Neglia

Freedom of expression - Consumer protection - commercial speeches

www.dpce.it



Obbligare le società commerciali a dichiarare informazioni negative circa il proprio prodotto è lesivo della libertà di espressione?

di Maddalena Neglia

Le società commerciali devono essere obbligate a tenere in considerazione anche le conseguenze sociali e ambientali delle proprie attività?

Questa domanda riassume i termini principali del dibattito giuridico, politico ed economico sviluppatosi negli ultimi anni intorno al tema della *corporate social responsibility*.

Uno degli aspetti fondamentali nella crescita di una cultura aziendale che valorizzi la sostenibilità (sociale e ambientale) risiede nella disponibilità delle informazioni da parte del consumatore e nella possibilità di quest'ultimo di scegliere di non acquistare prodotti che non rispettano alcuni standard. In questo quadro, è dunque centrale il ruolo dell'informazione circa il prodotto e le modalità di produzione utilizzate dall'impresa. La previsione di meccanismi volontari di comunicazione delle informazioni da parte delle imprese non è risultata sempre efficace in tal senso. Ci si chiede allora se lo Stato possa imporre alle società di dichiarare che il proprio prodotto non è conforme agli standard determinati dalla legge stessa o dai codici di condotta internazionali.

Secondo la Corte d'appello federale statunitense tale imposizione potrebbe risultare contraria alla libertà di espressione costituzionalmente tutelata dal I Emendamento.

La sentenza in commento interviene nel dibattito statunitense sulla §1502 del *Dodd - Frank Act* riguardante i *conflict minerals* (Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L.No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010)) e sulle relative Regole di attuazione adottate dalla *Security Exchange Commission* (SEC) (*Conflict Minerals*, 77 Fed. Reg. 56,274 (Sept. 12, 2012) codified at 17 C.F.R. § 240, 249b) e pone alcune interessanti questioni circa la legittimità costituzionale di queste ultime in relazione alla garanzia della libertà di espressione in ambito commerciale, frutto dell'interpretazione data dalla Corte Suprema al I Emendamento.

La § 1502 è stata approvata nel 2010 all'interno del ben più complesso *Dodd - Frank Act*, su pressione di alcuni membri del Congresso, al fine di porre un freno al conflitto civile nella Repubblica Democratica del Congo (RDC) che dura ormai da molti anni, essa riguarda gli obblighi di comunicazione per le società che utilizzano i c.d. *conflict minerals* (Cassiterite, Coltan, Wolframite, Oro e minerali derivati). La norma in questione prevede che le società quotate che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina debbano condurre un'apposita indagine per verificare se esse impiegano, nei propri prodotti o nel proprio processo produttivo, minerali provenienti dai territori della RDC o dai Paesi confinanti e, in caso affermativo, che esse operino una *due diligence* per verificare l'origine esatta del minerale in questione. Se al termine di questa indagine la società è in grado di affermare che il minerale utilizzato non contribuisce, direttamente o indirettamente, a finanziare un gruppo armato nel conflitto nella RDC, può utilizzare la dicitura "*DRC conflict free*", in caso contrario essa dovrà dichiarare (e pubblicare sul proprio sito internet) quali prodotti non possono essere ritenuti *DRC conflict free*, con ciò comprendendo quei prodotti per i quali non è possibile escludere che siano utilizzati minerali con cui direttamente o indirettamente si finanziano o si aiutano i gruppi armati nella RDC o nei Paesi confinanti. L'entrata in vigore della norma era subordinata all'adozione, da parte della SEC, delle relative Regole attuative, che definissero le modalità attraverso cui le società dovevano effettuare le indagini e presentare la *due diligence*, che sono state

approvate dalla SEC nel 2012 (Per un approfondimento sulla §1502 v. M. Neglia, La conflict minerals rule nel diritto statunitense, obblighi di certificazione per le società quotate che utilizzano i minerali provenienti dalla RDC: nuovi scenari possibili in tema di corporate responsibility, in Questa Rivista, n. 2013, III, 1004-1025).

La decisione in commento costituisce la revisione, in grado di appello, della sentenza di primo grado *Nat. Ass. Man. E Ch. of Comm. V. SEC e Amnesty International (inter.)* adottata dalla Corte del Distretto di Columbia. La Corte d'Appello federale, ha parzialmente modificato la sentenza precedente nella parte in cui questa aveva rigettato l'eccezione di incostituzionalità proposta dai ricorrenti e ha dichiarato quindi non conformi al I Emendamento sia la §1502 del *Dodd - Frank Act* che le relative Regole attuative adottate dalla SEC, nella parte in cui prevedono che le società debbano pubblicare sul proprio sito la dicitura “*not been found to be DRC conflict free*” (Inizialmente l'espressione prevista era “*not DRC conflict free*”, poi modificata proprio a seguito delle obiezioni circa il rispetto della libertà di espressione) con riferimento al prodotto del quale non sono state in grado di ricostruire la filiera produttiva o che, a seguito della *due diligence*, sia risultato proveniente dai territori di conflitto della RDC (Par. A della §1502, Regole attuative n. 56,362-56,363).

Con la decisione in oggetto, dunque, i giudici sono stati chiamati a valutare la conformità alla Costituzione di norme che restringono il *commercial speech*. E' a questo punto utile ricordare che sino al 1975 il *commercial speech* non rientrava nelle espressioni tutelate dal I Emendamento e poteva quindi essere oggetto di restrizioni legislative. Con la sentenza *Virginia Pharmacy* del 1976 però la Corte Suprema è intervenuta per la prima volta sulla questione affermando che il *commercial speech* rientra, seppure in misura relativa, nella protezione configurata dal I Emendamento e che, di conseguenza, non tutte le restrizioni allo stesso, imposte dallo Stato, possono considerarsi legittime (Corte Suprema, *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 762 (1976). Il caso riguardava la legittimità costituzionale di una legge della Virginia che limitava la libertà dei farmacisti di pubblicizzare i prezzi delle medicine). In particolare, in quell'occasione la Corte affermava che le espressioni commerciali non servono solamente l'interesse economico di chi le adotta, ma esse «assists consumers and furthers the societal

interest in the fullest possible dissemination of information» (*Virginia Pharmacy*, 761-762). Di conseguenza, in virtù del valore riconosciuto dalla Corte al diritto all'informazione in quanto tale, espresso attraverso il I Emendamento, anche i *commercial speeches*, sebbene in misura minore rispetto ad altri tipi di espressione, rientrano nell'alveo della protezione costituzionale. L'interpretazione che la Corte Suprema ha dato del I Emendamento in questo caso è chiaramente diretta a tutelare, in ultima analisi, il consumatore: le restrizioni alla pubblicità commerciale sono illegittime quando inficiano la libertà di scelta del consumatore, la quale si esprime proprio grazie all'informazione che la pubblicità è in grado di fornirgli. La tutela, quindi, delle espressioni commerciali, secondo la Corte, non si esplica nei confronti del soggetto commerciale che le adotta ma nei confronti del destinatario delle stesse e del suo diritto ad un'informazione il più dettagliata possibile.

Successivamente la Corte Suprema ha precisato in maniera più puntuale i criteri attraverso i quali una restrizione del *commercial speech* da parte del legislatore può considerarsi legittima. Tali criteri sono contenuti nella celebre sentenza *Central Hudson* nella quale la Corte ha specificato che la protezione costituzionale accordata alle espressioni commerciali dipende da un lato dalla natura dell'espressione e dall'altro dagli interessi pubblici perseguiti attraverso la norma restrittiva adottata dal governo (U.S. Supreme Court, *Central Hudson v. Public Service Commission*, 447 U.S., 557, (1980). Il caso riguardava una norma della New York Public Service Commission che limitava considerevolmente la pubblicità di servizi elettrici). In particolare, in tale decisione la Corte ha elaborato un test, articolato in quattro fasi, volto a determinare la legittimità costituzionale di una previsione normativa restrittiva di un'espressione commerciale: (a) l'espressione commerciale, per ricadere nella protezione accordata dal I Emendamento, deve riguardare un'attività lecita e non contenere informazioni ingannevoli per il consumatore; (b) l'interesse del governo nel restringere quell'espressione deve avere carattere sostanziale. Nel caso in cui entrambi questi criteri risultino verificati occorre determinare (c) se la norma si ponga a diretta tutela dell'interesse governativo; e (d) se tale tutela non possa essere raggiunta attraverso una regolamentazione meno restrittiva (*Central Hudson*, cit., 563-569).

Alla luce di quanto sino ad ora illustrato, risulta evidente come la giurisprudenza della Corte Suprema abbia progressivamente valorizzato l'espressione commerciale, ritenendola tutelabile ai sensi del I Emendamento, soprattutto in un'ottica di tutela del diritto all'informazione dei consumatori.

Nel caso in questione, tuttavia, gli appellanti chiedono che venga riconosciuta l'illegittimità costituzionale della norma e delle Regole attuative perché lesive del diritto di espressione delle società stesse e, in particolare, della loro libertà negativa di "non dire" qualcosa. La questione della tutela del *commercial speech* in quanto libertà di espressione negativa, ossia libertà di tacere alcune informazioni, è stata affrontata dalla Corte Suprema già nel caso *Zauderer* del 1985 (U.S. Supreme Court, *Zauderer v. Office of Disciplinary Council*, 471 U.S. 6262 (1985) che riguardava la limitazione imposta dallo Stato dell'Ohio alla pubblicità da parte degli avvocati), in cui ha precisato che la libertà di espressione negativa dell'appellante non si poteva considerare lesa fino a che gli obblighi di *disclosure* imposti dalla legge fossero stati ragionevolmente collegati all'interesse dello Stato di tutelare i consumatori nei confronti di informazioni ingannevoli (In generale, per quanto riguarda la libertà di espressione, la Corte Suprema ha specificato che: « [t]he right to speak and the right to refrain from speaking are complementary components of the broader concept of 'individual freedom of mind'» (U.S. Supreme Court, *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974)). Tuttavia in *Zauderer* (par. 652 e ss.) la Corte chiarisce come nel caso del *commercial speech* sia prevalente il diritto del consumatore a ricevere l'informazione. La Corte in quel caso non ha negato la sussistenza di un diritto al silenzio da parte del soggetto commerciale, protetto dal I Emendamento, ma ha sostenuto che tale diritto fosse comunque subordinato alla tutela del diritto del consumatore a una appropriata informazione. In altri casi, la Corte ha sottolineato come debba essere valutata la ragionevolezza della restrizione rispetto al fine perseguito. La restrizione diviene illegittima se, come già sostenuto in *Central Hudson*, vi sono altri modi, meno lesivi della libertà di espressione, per raggiungere lo scopo perseguito dalla norma (U.S. Supreme Court, *44 Liquormart v Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996).

La Corte d'appello nella sentenza in questione, affronta in primo luogo l'argomento, utilizzato anche dalla SEC a scopo difensivo, del contenuto fattuale e

non ideologico dell'espressione *not been found to be DRC conflict free*. Tale rilievo era mirato ad escludere l'espressione dal novero delle espressioni tutelate dal I Emendamento. Nel caso *Zauderer*, infatti, la Corte Suprema aveva affermato che gli obblighi di *disclosure* circa espressioni commerciali dal contenuto puramente fattuale non confliggono con il I Emendamento nel caso in cui siano volti a tutelare il consumatore nei confronti di un'informazione ingannevole. Tuttavia, la Corte d'appello chiarisce come tale eccezione non sia applicabile al caso in oggetto poiché gli obblighi di comunicazione circa la presenza di *conflict minerals*, imposti alle società, non sono finalizzati a tutelare il consumatore nei confronti di un'informazione ingannevole.

La Corte d'appello, quindi, sottolinea come la dicitura *not been found to be DRC conflict free* veicoli in realtà una metafora che implica una responsabilità morale della società nei confronti del conflitto in Congo. Pertanto, secondo la Corte d'appello, obbligare un produttore ad affermare che i propri prodotti non sono *conflict free* equivale a obbligarlo a dichiarare al consumatore che i propri prodotti derivano dalla complicità con le atrocità commesse durante il conflitto in Congo. Si tratterebbe perciò di un messaggio dal profondo contenuto morale. L'obbligo legislativo a "confessare di avere sulle proprie mani il sangue del conflitto in Congo" interferisce, secondo la Corte, con l'esercizio della libertà di espressione ai sensi del I Emendamento (v. *National Association of Manufacturers, et al. v. SEC, et al.*, No. 13-5252 (D.C. Cir. April 14, 2014, p. 20).

Di conseguenza, per giungere alla decisione finale, la Corte utilizza l'analisi in quattro fasi elaborata dalla Corte Suprema in *Central Hudson* e conclude che, nel caso in questione, l'interesse governativo alla trasparenza in merito alla provenienza dei minerali di conflitto poteva essere raggiunto attraverso una previsione che restringesse in misura minore la libertà di espressione delle società. Manca dunque, sia nella §1502 che nelle Regole attuative, il requisito del ragionevole rapporto tra obiettivo perseguito e mezzo utilizzato, in quanto la Commissione avrebbe potuto avvalersi di altre modalità, meno restrittive della libertà di espressione, per raggiungere la medesima finalità. Ad esempio, la Corte suggerisce che la Commissione stessa avrebbe potuto comunicare al consumatore finale la provenienza dei minerali contenuti nei prodotti, attraverso la predisposizione di

apposite liste. Questo determina quindi l'incostituzionalità della §1502 e delle Regole attuative nella parte in cui entrambe prevedono che le società pubblicizzino i loro prodotti come *not been found to be DRC conflict free*.

Nel caso esaminato, la Corte d'appello federale ha utilizzato la dottrina costituzionale sulla tutela dell'espressione commerciale, originariamente volta a consentire l'accesso al maggior numero possibile di informazioni da parte del consumatore, per dichiarare illegittima una norma nella parte in cui impone alle società proprio la comunicazione determinate informazioni circa il proprio prodotto o il proprio processo produttivo attraverso una specifica modalità decisa dalla norma stessa (la dicitura *not been found to be DRC conflict free*).

L'attenzione della Corte, quindi, si sposta dalla tutela della libertà di espressione commerciale in favore del consumatore finale a quella dell'espressione commerciale in favore del soggetto economico autore della stessa. Sembra dunque che la giurisprudenza americana vada verso una progressiva estensione del concetto di espressione commerciale tutelata dalla Costituzione. Nell'ottica dell'evoluzione di una regolamentazione nazionale e internazionale della responsabilità sociale dell'impresa, una tale estensione potrebbe assumere contorni pericolosi, in quanto uno degli strumenti principali in tal senso consiste proprio nell'imposizione alle società di obblighi di *disclosure*.

Se però in un primo momento la decisione della Corte era stata accolta come un freno all'applicazione della norma sui *conflict minerals*, una lettura più attenta della stessa rivela invece la sostanziale approvazione, da parte della Corte, dell'operato della SEC nell'elaborazione delle Regole attuative (dopo la sentenza, infatti, la SEC ha mantenuto la *deadline* del 2 giugno 2014 per il deposito del primo *conflict minerals report* da parte delle società). La declaratoria di incostituzionalità colpisce, infatti, solamente l'obbligo dell'utilizzo dell'espressione *not be found to be DRC conflict free* da parte delle aziende, ma lascia aperta la possibilità che il Congresso o la SEC modificchino la modalità attraverso la quale devono essere indicate le società che utilizzano minerali provenienti dai territori di conflitto, in modo tale da assicurare l'informazione ai consumatori senza costringere le società ad autoproclamarsi "colpevoli".

Rimane da chiedersi se l'estensione della tutela tipicamente americana della libertà (negativa) di espressione anche alle espressioni commerciali – riconoscendo il diritto delle società a “non dire” – non rappresenti di fatto un rovesciamento nella tradizionale interpretazione del *commercial speech*, elaborata principalmente in favore del consumatore e del suo diritto all'informazione. Questa sentenza potrebbe, infatti, costituire un precedente contrario agli sforzi nazionali e internazionali tesi a una maggiore trasparenza di società e banche e ispirati dalla convinzione che «Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman» (L.D. Brandeis, *Other's people money and how the bankers use it*, New York, Frederick a. Stokes Co, 1914, 92 ss).



Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. UK: la Corte europea si pronuncia sul regime fiscale riservato dal Regno Unito al Tempio mormone di Preston

di Giada Ragone

Con la sentenza relativa al caso *Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. UK*, la Corte europea si è pronunciata su di un argomento ben noto al dibattito pubblico italiano, ovvero sia quello dell'applicazione di esenzioni fiscali agli immobili di proprietà delle Chiese.

L'origine del contenzioso risiede nella qualificazione del Tempio Mormone di Preston rilevante a fini tributari. L'edificio, destinato alla venerazione del Signore, è frequentato settimanalmente da centinaia di devoti fedeli, i quali sono gli unici autorizzati ad entrarvi. Proprio per via di questa limitazione all'accesso, nel 1998 l'immobile è stato incluso dall'ufficio di valutazione competente nella lista degli spazi "utilizzati per scopi di carità" anziché in quella dei "*places of public religious worship*". Le autorità inglesi hanno infatti ritenuto che il divieto d'ingresso al Tempio rivolto ai non fedeli non permetta di considerarlo "*public*". Detta classificazione si è ripercossa sul regime tributario da applicarsi all'edificio in maniera sfavorevole per la Chiesa ricorrente: in base al *Local Government Finance Act* del 1988, infatti, solo i luoghi di adorazione pubblica meritano una totale esenzione fiscale. I "*places used for*

charitable purposes”, invece, apportando alla collettività un’utilità minore, sono esentati all’80% del totale delle cifre dovute.

A giudizio della Chiesa Mormone, l’esclusione del Tempio dal privilegio accordato ad altri spazi di culto presenti sul territorio inglese rappresenta una violazione della libertà di manifestare la propria religione e del divieto di discriminazione sanciti dalla Convenzione EDU agli artt. 9 e 14. Essa dunque – adite inutilmente le vie legali interne per ottenere una nuova catalogazione del Tempio – è ricorsa, ai sensi dell’art. 34 CEDU, alla Corte di Strasburgo. Quest’ultima ha in primo luogo negato che il trattamento oggetto del suo giudizio rappresenti una differenziazione ingiustificata rispetto al regime applicato alle altre Chiese britanniche: l’inquadramento fiscale riservato al Tempio di Preston è il medesimo cui sono assoggettati tutti i luoghi di adorazione ad accesso limitato – ivi comprese le cappelle private della Chiesa d’Inghilterra – (così al par. 31 della sentenza in esame).

Quanto poi alla presunta violazione dell’art. 9 CEDU, la Corte ha impostato la propria opinione a partire dalla nota teoria del margine d’apprezzamento. Essa ha affermato che i Paesi COE dispongono di ampia discrezionalità nell’applicazione di esenzioni fiscali che abbiano lo scopo di promuovere quello specifico “*public benefit*” consistente nella possibilità per i cittadini di accedere a funzioni religiose e luoghi di culto. Ciò non di meno, anche considerata l’importanza del mantenimento di un reale pluralismo religioso, è stato ricordato che spetta alla Corte controllare che le misure adottate da un singolo Stato non producano conseguenze eccessivamente negative nei confronti delle Chiese presenti al suo interno (cfr. par. 33). Nel caso di specie, i Giudici europei hanno ritenuto che un simile esito non si sia verificato e che, di conseguenza, non sia riscontrabile alcuna violazione della libertà religiosa ai danni della Chiesa Mormone: la decurtazione fiscale dell’80% prevista in favore del Tempio di Preston rappresenta infatti un congruo riconoscimento della pubblica utilità di tale luogo da parte delle autorità inglesi, le quali hanno quindi operato una scelta non eccedente il margine d’apprezzamento loro concesso (cfr. par. 34 e 35).

La decisione in esame si presenta equilibrata: pur riconoscendo l’esistenza di una connessione tra il regime tributario applicato ai luoghi di culto e la libertà religiosa che è attribuita dall’art. 9 CEDU – oltre che ai singoli – alle Chiese e alle

confessioni religiose, i giudici non entrano con invasività nel merito delle scelte fiscali operate dal Regno Unito. Si limitano piuttosto ad un blando sindacato di proporzionalità che permette loro di escludere la violazione delle norme convenzionali.

La Corte europea sceglie l'approccio cauto dimostrato anche in altri procedimenti afferenti la materia della tassazione. La ragione di ciò è probabilmente quella esplicitata dalla Corte medesima all'interno della sentenza *Ferrazzini v. Italy*: «tax matters still form part of the hard core of public-authority prerogatives, with the public nature of the relationship between the taxpayer and the community remaining predominant» (cfr. par. 29 della statuizione). Questo tipo di orientamento non può che apparire apprezzabile. Il che non significa che i giudici europei tendano a rinunciare alla difesa dei diritti che finiscono con l'incidere su scelte di politica tributaria. Dimostrazione ne è la sentenza *Association Les Témoins de Jehovah v. France*, risalente al luglio 2011, in cui i giudici di Strasburgo si erano già confrontati con il tema dell'impatto di misure fiscali sul godimento del diritto alla libertà religiosa: in quella occasione hanno affermato che la tassazione sulle offerte dei fedeli, imposta all'associazione ricorrente, costituisca un'indebita ingerenza nell'esercizio dei diritti garantiti alla stessa dell'art. 9 della Convenzione e, successivamente, hanno condannato la Francia (Stato che non si distingue certo per *favor* nei confronti delle religioni) al risarcimento del danno provocato. Ciò chiarito, rimane fermo che, quando l'intervento dei togati dimentica che il potere di tassare è proprio delle assemblee rappresentative, non possono che insorgere problemi legati al ruolo e alla legittimazione delle Corti stesse. Si veda a riguardo – seppur in tutt'altro contesto – il dibattito originato oltreoceano dal caso *United States v. Windsor*, ove la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale, per violazione della *equal liberty of persons* sancita dal V Emendamento, una sezione del *Defense Of Marriage Act* che escludeva dall'esenzione dalla tassa di successione per i coniugi rimasti vedovi coloro che avessero contratto matrimonio con persone dello stesso sesso.

Tanto premesso, lo spunto più interessante offerto dalla lettura della sentenza è quello relativo al criterio individuato dalla legge inglese per valutare l'utilità pubblica dei luoghi di culto.

Dalla ricostruzione delle argomentazioni governative sembra potersi trarre la seguente indicazione: gli unici immobili destinati alla pratica religiosa che apportano significativi *benefits* alla collettività e che dunque devono essere esentati dall'imposizione fiscale sono gli spazi “*open doors*” (cfr. par. 16 e 17).

Tale criterio si presenta in astratto condivisibile: il libero accesso ai luoghi di adorazione e preghiera va considerato positivamente sia in quanto segnale di apertura verso le diverse sensibilità religiose, sia in considerazione dell'interesse storico/artistico/culturale che non di rado suscitano chiese, Duomi e Basiliche nei loro avventori. Tuttavia, calandolo nella fattispecie da cui ha avuto origine il ricorso alla Corte EDU, sorge il dubbio che non si tratti di un criterio in sé sufficiente a valutare il contributo alla collettività degli immobili ad uso religioso, in generale, e del Tempio Mormone, in particolare. Quando la Corte esclude che gli oneri fiscali gravanti sul bene appartenente alla Chiesa ricorrente diano luogo ad una discriminazione rispetto agli immobili utilizzati dai fedeli di altre confessioni, mette a confronto il Tempio di Preston con le cappelle private di proprietà di fedeli anglicani. Proprio in questa comparazione si svela la discutibilità del criterio summenzionato.

Sebbene in entrambi i casi si tratti di spazi ad accesso limitato, difficilmente si può condividere che un luogo in cui si officiano funzioni religiose frequentate da una media di 950 persone a settimana abbia la stessa utilità pubblica di cappelle generalmente riservate all'uso esclusivo da parte di singole famiglie o di particolari istituti. *In primis* per un fattore quantitativo: la presenza sul territorio di uno spazio in cui quasi un migliaio di individui hanno modo di manifestare collettivamente il proprio culto e di sviluppare la propria personalità con riferimento alla dimensione religiosa può già, di per sé, considerarsi un *public benefit*. *In secundis* non deve sottovalutarsi – come invece sembra fare la legislazione britannica – l'impatto sulla comunità cittadina di un luogo in cui insieme al perseguimento di «charitable and humanitarian endeavours», s'incoraggia l'impegno «to good citizenship and careful devotion to family responsibility» (cfr. par. 22).

Ciò detto, è chiaro che la necessità di utilizzare parametri oggettivi, generali e astratti per tassare o esentare i beni di proprietà delle Chiese non si concilia con l'idea di una valutazione effettuata caso per caso delle singole modalità di culto. Il

che vale a sottolineare che, quando gli ordinamenti statali s'interfacciano con la complessa realtà delle manifestazioni religiose aventi riverbero sociale, non è facile individuare gli strumenti normativi più adeguati. Lo sa bene la Corte Suprema del Regno Unito, davanti alla quale è stata di recente impugnata la statuizione di un Tribunale di secondo grado che, rifiutando di considerare la Chiesa di Scientology come “*place of meeting for religious worship*” ai sensi del *Places of Worship Registration Act*, escludeva che i matrimoni ivi celebrati avessero validità. Con la sentenza *R v. Registrar General of Births, Deaths and Marriages*, il giudice supremo inglese, ribaltando il verdetto, ha con evidenza sottolineato la difficoltà per le articolazioni statali di entrare nel merito della valutazione relativa a cosa sia un luogo di “culto” e cosa sia un luogo di “culto religioso” (par. 83).

In conclusione, pur condividendosi il cauto intervento della Corte CEDU e tenuta in considerazione la complessità della materia *de qua*, le riflessioni qui svolte portano a ritenere che la scelta della legislazione inglese di individuare i luoghi di culto che offrono un pubblico beneficio – e dunque meritevoli di un'esenzione fiscale totale – in base al solo criterio “delle porte aperte” non possa esentarsi da critica. Più realista sarebbe, forse, una normativa che faccia riferimento anche a fattori ulteriori, alla cui determinazione concorrano sia logiche ispirate alla coerenza generale del sistema fiscale, sia uno sguardo attento al concreto sistema dei rapporti tra UK e Chiese.



Marocco. Abrogazione dell'articolo 475 del codice penale che consentiva "il matrimonio riparatore" tra l'autore di uno stupro e la sua vittima

di Lia Guccione

Il 23 gennaio 2014 il Parlamento del Regno del Marocco, composto dalla Camera dei Rappresentanti e dalla Camera dei Consiglieri, ha votato per l'abrogazione del secondo comma dell'articolo 475 del codice penale.

Secondo l'articolo in questione, l'autore di violenza su una minore rischiava fino a cinque anni di prigione, ma poteva evitare la condanna sposando la sua vittima.

È inevitabile non cogliere, alla luce di tale abrogazione, la matrice comune del disagio di molti Paesi di fede islamica scaturito nel fenomeno sociale denominato "Primavera Araba", con il quale è stato designato dalla stampa un ampio fenomeno di proteste, scontri ed episodi di guerra civile verificatosi, a partire dal 2010, nelle regioni del Medio Oriente e Vicino Oriente e del Nord Africa. I Paesi maggiormente coinvolti dalle sommosse sono stati Algeria, Bahrein, Egitto, Tunisia, Yemen, Giordania, Gibuti, Libia e Siria, mentre incidenti minori sono avvenuti in Mauritania, Arabia Saudita, Oman, Sudan, Somalia, Iraq, Kuwait e da ultimo nello stesso Marocco.

Da tali proteste è emersa una volontà riformatrice sfociata in Marocco nell'adozione, il 1 luglio 2011, di una nuova Costituzione che consacra, almeno in

principio, l'uguaglianza tra i due sessi poiché sancisce all'articolo 19 che: «l'uomo e la donna godono di uguali diritti di libertà civile, politica, economica, sociale, culturale e ambientale» (il nuovo testo della Costituzione marocchina è reperibile in www.parlement.ma/fe/).

L'abrogazione *de quo* è divenuta validamente operante nell'ordinamento giuridico il 20 marzo 2014, giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (*Bulletin Officiel*). L'articolo 50 della Costituzione sancisce infatti la promulgazione da parte del Re, entro trenta giorni seguenti la trasmissione al Governo, della legge definitivamente approvata. Quest'ultima deve essere pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del Regno entro un termine non superiore a un mese, a decorrere dalla data del *dahir* (decreto) di promulgazione.

L'articolo 475 del codice penale marocchino, nella versione precedente l'abrogazione, stabiliva che: «Quiconque, sans violences, menaces ou fraudes, enlève ou détourne, ou tente d'enlever ou de détourner, un mineur de moins de dix-huit ans[176], est puni de l'emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 200 à 500 dirhams.

Lorsqu'une mineure nubile ainsi enlevée ou détournée a épousé son ravisseur, celui-ci ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage et ne peut être condamné qu'après que cette annulation du mariage a été prononcé» (il testo del codice penale in lingua francese è reperibile in www.adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/penal).

La legge 15/14 modificante l'articolo 475 del codice penale è pubblicata nel predetto *Bulletin Officiel* (*Bullettin officiel* n. 6240 del 20/372014: *dahir n. 1-14-06 du 20 février 2014 portant la promulgation de la loi n.15/14 modifiant et complétant l'article 475 du code pénal promulgué par le dahir n. 1-59-413 du 23 novembre 1962*) ha dunque eliminato il secondo comma su citato (per la consultazione del *Bulletin Officiel du Royaume du Maroc* si veda in www.sgg.gov.ma).

Il caso da cui scaturisce tale abrogazione si era verificato nel 2012, scuotendo il Marocco e mettendo sotto i riflettori una delle disposizioni giuridiche del codice penale più inique e violente nei confronti delle donne.

In seguito alla violenza sessuale ai danni di un'adolescente di sedici anni, Amina Filali, da parte di un ragazzo di venticinque anni, Salek Mustafa, la famiglia della ragazza aveva sporto denuncia ma il giudice anziché condannare lo stupratore gli aveva offerto la possibilità di sposare la sua vittima, così come previsto dal codice penale marocchino. La proposta era stata accolta favorevolmente dalla famiglia della vittima, che aveva accettato per salvare l'onore della ragazza e quello della famiglia. Tuttavia il 10 marzo del 2012 Amina si era uccisa, ingerendo del veleno per topi.

In Marocco infatti, prima dell'abrogazione della norma penale *de quo*, era consentito il cosiddetto “matrimonio riparatore” che prevedeva sostanzialmente l'estinzione del reato di violenza carnale nel caso in cui lo stupratore di una minorenne accondiscendesse a sposarla, salvando così “l'onore” della famiglia. Questo perché la violenza carnale era considerata un reato contro la morale, e non contro la persona.

Si trattava di una norma aberrante, ma non così giuridicamente ignota all'Occidente se solo si pensa che in Italia analoga normativa è rimasta in vigore fino a 33 anni fa quando il Parlamento italiano la abrogò, cancellandola dal codice Rocco, con la legge 442 del 1981.

Nonostante l'abrogazione del comma 2 dell'art. 475, il codice penale marocchino contiene ancora diverse disposizioni inadeguate per affrontare la violenza sessuale contro le donne. Per esempio l'articolo 486, relativo alla definizione di stupro, non tiene conto del fatto che questo può avere luogo anche in circostanze coercitive che non necessariamente includono la violenza fisica e che può verificarsi anche all'interno del matrimonio: «Le viol est l'acte par lequel un homme a des relations sexuelles avec une femme contre le gré de celle-ci. Il est puni de la réclusion de cinq à dix ans. Toutefois si le viol a été commis sur la personne d'une mineure de moins de dix-huit ans, d'une incapable, d'une handicapée, d'une personne connue par ses facultés mentales faibles, ou d'une femme enceinte, la peine est la réclusion de dix à vingt ans».

La durata della pena per chi compie uno stupro continua a essere posta in relazione alla verginità della vittima. Così infatti sancisce il successivo articolo 488: «Dans le cas prévu aux articles 484 à 487, si la défloration s'en est suivie, la peine est: La réclusion de cinq à dix ans, dans le cas prévu à l'article 484; La réclusion de dix à

vingt ans, dans le cas prévu à l'article 485, alinéa 1; La réclusion de vingt à trente ans, dans le cas prévu à l'article 485, alinéa 2; La réclusion de dix à vingt ans, dans le cas prévu à l'article 486, alinéa 1; La réclusion de vingt à trente ans, dans le cas prévu à l'article 486, alinéa 2. Toutefois, si le coupable rentre dans la catégorie de ceux énumérés à l'article 487, le maximum de la peine prévue à chacun des alinéas dudit article est toujours encouru».

Le persone che intendono denunciare uno stupro sono ancora “trattenute” dagli articoli 489 e 490 che criminalizzano le relazioni extramatrimoniali e quelle tra persone del medesimo sesso. Essi stabiliscono rispettivamente che: «Sont punies de l'emprisonnement d'un mois à un an, toutes personnes de sexe différent qui, n'étant pas unies par les liens du mariage, ont entre elles des relations sexuelles» (art. 489). E ancora : «Est puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 1.000 dirhams, à moins que le fait ne constitue une infraction plus grave, quiconque commet un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe» (art.490).

L'attuale vigenza dei predetti articoli del codice penale offre scenari differenti rispetto alla volontà riformatrice espressa attraverso l'abrogazione del secondo comma dell'articolo 475 del codice penale marocchino.

È sin troppo agevole dimostrare, alla luce delle predette norme codicistiche, che il codice penale marocchino risulti in contrasto *in primis* con la nuova Costituzione laddove questa sancisce al richiamato articolo 19 la parità e l'uguaglianza tra uomo e donna ed *in secundis* con la *Moudawana*, il codice dello statuto personale marocchino (codice di famiglia), entrato in vigore nel 2004 e varato appunto per ridurre le discriminazioni subite dalle donne (O. Mounir, *La Moudawana, le nouveau droit de la famille au Maroc: presentation et analyse*, Marsam, Rabat, 2005).

Il *Dahir* n. 1.04.22 del 3 febbraio 2004 ha promulgato la legge n. 70.03 riformando radicalmente la *Moudawana* precedentemente in vigore (il testo è reperibile in lingua araba e nella traduzione inglese in www.hrea.org/moudawana.htm).

A tale proposito è interessante enunciare la definizione che l'articolo 4 della *Moudawana* riformata dà del matrimonio. Il matrimonio è, secondo il predetto articolo: «un contrat légal par lequel un homme et une femme consentent

mutuellement à s'unir dans une vie conjugale commune et durable. Son but est la fidélité, la vertu et la création d'une famille stable, sous la supervision des deux époux conformément aux dispositions de la présente Moudawana». È importante notare che la formula contenuta nell'articolo 1 della precedente *Moudawana* «sotto la direzione del marito», è stata sostituita dalla formula «sotto la direzione degli sposi».

Risulta *ictu oculi* evidente la discrasia tra la prassi avallata da un codice penale quanto mai avulso dalla realtà (la sussistenza degli articoli 486, 488, 489 e 490 lo dimostrano) e il tentativo del Parlamento marocchino di varare nuove riforme a partire da quella della citata *Moudawana*, per poi proseguire con l'entrata in vigore della nuova Costituzione, sino a giungere alla recente abrogazione del secondo comma dell'articolo 475 del codice penale.

Tuttavia tale abrogazione offre la testimonianza di una più matura consapevolezza del popolo marocchino, *in primis* delle sue donne, circa la titolarità di diritti inalienabili sinora giuridicamente scarsamente tutelati. Accordare la novellata normativa all'esecutività della stessa da parte dei tribunali marocchini ha a che fare con un substrato culturale, politico e religioso che spesso ne condiziona la reale applicazione.

Dunque il Marocco, attraverso tale abrogazione, sembra essersi incamminato nella giusta direzione.