

La giustizia è uguale per tutti?
La Corte costituzionale del Sudafrica
tra refusione delle spese e
procedimento ‘inadeguato’ in uno
slittamento del percorso a favore dei
diritti costituzionali



La giustizia è uguale per tutti? La Corte costituzionale del Sudafrica tra refusione delle spese e procedimento ‘inadeguato’ in uno slittamento del percorso a favore dei diritti costituzionali*

Nota a [*Constitutional Court of South Africa Case CCT 120/16, 1 December 2016, Lawyers for Human Rights v Minister in the Presidency and Others \[2016\] ZACC 45*](#)

Il 1° dicembre 2016 la Corte costituzionale del Sudafrica ha emesso una pronuncia di particolare rilievo sotto il profilo della tutela sostanziale e procedurale dei soggetti ricorrenti per la rivendicazione di diritti costituzionali¹. Il caso riguarda l'applicazione del cosiddetto *Biomatch principle*², dal nome della vicenda in cui

* Nota valutata dalla direzione del Focus.

¹ Per un'analisi generale delle complessità legate al pluralismo giuridico dei paesi africani e, più specificamente, sulla tutela dei diritti nelle Carte costituzionali dell'Africa subsahariana, R. ORRÙ, *La promozione dei diritti nello spazio dell'Africa subsahariana*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. local law: problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 213-255

² *Biomatch Trust v Registrar: Genetic Resources and Others* 2009 (6) SA 232 (CC). In questo caso specifico, durato ben 9 anni, in gioco era soprattutto la tutela del diritto ad accedere alle informazioni, pure previsto all'art. 32 Cost afr. In particolare, qui è l'accesso agli atti di autorizzazione degli organismi geneticamente modificati (cosiddetti OGM), comprensivi della valutazione dei rischi, ad essere stato scarsamente garantito dagli organi governativi – in particolare dalla Direzione delle Risorse Genetiche, strutturata all'interno del Dipartimento nazionale dell'agricoltura nonché dal Ministero dell'agricoltura e dal Consiglio per gli organismi geneticamente modificati, questi ultimi due soggetti poi citati in giudizio – poco disponibili a fornire informazioni, ritenendo sufficiente l'esibizione di documentazione parziale. Il diritto d'accesso non ha trovato poi soddisfazione neanche innanzi alle autorità giudiziarie – non solo quella di primo grado e d'appello ma anche la *Supreme Court* – che nel rigettare i ricorsi hanno infine condannato la parte ricorrente – la *Biomatch*, associazione non-profit per la tutela della biodiversità – al pagamento delle spese giudiziarie anche di quelle sostenute dalla Monsanto, parte avversaria vincitrice. La Corte Costituzionale, intervenuta sulla questione della refusione delle spese, ha invece ritenuto che l'interesse allo “avanzamento della giustizia costituzionale” fosse preminente e ha perciò decretato, secondo il principio di non addebito delle spese quando in discussione è la tutela di diritti costituzionali, l'annullamento della pronuncia della *Court of the North Gauteng High Court* nei punti in cui imputava le spese alla *Biomatch*. Per un agile commento in merito, v. L. KOTZE – L. FERIS, *Trustees for the time being of the Biomatch*

per la prima volta venne formulato: secondo tale principio anche quando le parti ricorrenti risultano soccombenti contro lo Stato o altri soggetti pubblici, queste non sarebbero tenute a pagare le spese a condizione però che il caso si riveli di importanza costituzionale.

La posta in gioco è evidente: il diritto d'accesso alla giustizia per la difesa delle posizioni giuridiche soggettive, in particolare di quelle tutelate costituzionalmente, pure consacrato nella Costituzione sudafricana all'art. 34.

La disposizione, adottata sul modello dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali³, tutela espressamente anche il diritto a un "equo e pubblico processo", il *fair public hearing*. Ciò a differenza della precedente Costituzione provvisoria del 1993⁴ che "deliberatamente", come affermato dalla Corte stessa, tacendo in proposito non lo "costituzionalizzava"⁵. La vigente Carta costituzionale, nell'introdurre quest'ultimo diritto, avrebbe così, secondo costante giurisprudenza, finito per ammettere implicitamente altresì l'obbligo di assistenza di un legale rappresentante a spese dello Stato. La *ratio* ultima è chiaramente quella di dare applicazione al principio di eguaglianza stabilito all'art. 9 Cost., comma 1⁶: affinché il diritto a un equo processo non si riveli meramente teorico ma piuttosto "concreto ed effettivo"⁷, il caso deve poter essere esposto in modo adeguato e ciò deve avvenire senza svantaggio per alcuna parte, a prescindere dalle condizioni economiche⁸.

Trust v Registrar Genetic Resources and Others: Access to information, costs awards and the future of public interest environmental litigation in South Africa" in *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 2009, p. 338 e ss., nonché, per i profili legati strettamente alla giustizia ambientale, T. HUMBY, *The Bionatch Case: Major Advance in South African Law of Costs and Access to Environmental Justice: Trustees for the time being of the Bionatch Trust v Registrar, Genetic Resources and others (2009) Constitutional Court of South Africa, [2009]ZACC 14*, in *Journal of Environmental Law*, Volume 22, Issue 1, 2010, p.125 e ss..

³ Sul riferimento a modelli sovranazionali e internazionali nonché al sistema regionale europeo della CEDU nei sistemi giuridici africani, v., in dottrina, specificamente, R. SACCO, *L'Africa subsabariana*, in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., UTET, Torino, 2002, p. 554 ss.

⁴ Sul passaggio dalla Costituzione "ad interim" al costituzionalismo sudafricano *post-apartheid*, si v. R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «rainbow nation»*, Giappichelli, Torino, 1998.

⁵ V., specificamente, Corte cost. SA, *Bernstein v Bester* 1996 (2) SA 751 (CC).

⁶ Laddove si legge: "Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law".

⁷ In particolare, per prima in tal senso, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Airey v Ireland* 32 Eur Ct HR Ser A (1979).

⁸ Sul problema dell'accesso alla giustizia delle persone 'povere', v., più specificamente, J. DUGARD, *Courts and structural poverty in South Africa: To what extent has the Constitutional Court expanded access and remedies to the poor?* in D. Bonilla Maldonad (a cura di), *Constitutionalism of the Global South - The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge University Press, 2013, p. 293 e ss.

Per dirla insomma con le Corti sudafricane, il diritto alla risoluzione delle controversie “in applicazione del diritto”, previsto all’art. 34 Cost. - unitamente al “fair public hearing”⁹ - comprende anche il diritto alla rappresentanza legale o all’assistenza giudiziaria a spese statali, sebbene a determinate condizioni, cui corrisponde un “dovere dello Stato”, giacché altrimenti si verificherebbero “ingiustizie sostanziali” rispetto a coloro che non possono ragionevolmente sostenere le spese di difesa¹⁰. Questo diritto è d’altronde sancito espressamente all’art. 35, comma 3 lett. g) della Carta Costituzionale del Sudafrica, sia pure limitatamente alle ipotesi di fattispecie criminose¹¹. Il fatto però che “un elemento espressamente richiesto per un giusto processo penale non sia stato previsto in maniera altrettanto espressa nel caso di un giusto processo civile, non significa che sia implicitamente escluso nei processi civili (...) Proprio come per il processo penale, il diritto a un giusto processo ha una valenza ampia, non circoscrivibile al catalogo dei diritti specifici previsti nella Costituzione”¹².

Anche nei casi civili e benché non previsto *apertis verbis*, si può dedurre dall’art. 34 Cost, il diritto all’assistenza gratuita, in particolare nel caso di grave disagio economico.

Non è questa tuttavia la questione principale della sentenza qui annotata ma quella, pure in possibile connessione al tema del gratuito patrocinio, della refusione delle spese processuali.

Se la regola generale degli ordinamenti processuali – al pari di quello sudafricano come sostenuto anche dalla Corte costituzionale del Sudafrica in più occasioni e in particolare in questa pronuncia - è quella che vuole la condanna al pagamento delle spese di giudizio del soccombente, secondo il ragionevole principio di causalità, per cui è tenuto a sopportare l’onere delle spese di lite la parte che col suo comportamento ha provocato la necessità del processo, ogni ordinamento ha poi pure le sue eccezioni.

Nel nostro sistema, ad esempio, questo principio generale è derogabile secondo valutazione del giudice allorché ricorrano “giusti motivi esplicitamente indicati” (art. 92, comma 2, cod. proc. civ.), in ogni caso non

⁹ “Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum”.

¹⁰ Così, in particolare, il *Land Claims Court* – la Corte speciale, dotata dello stesso grado della *High Courts*, istituita nel 1996 ai fini della riaffermazione del diritto di proprietà - nella sentenza *Nkuzi Development Association v Government of the Republic of South Africa* 2002 (2) SA 733. In precedenza, per prima, anche la stessa Corte costituzionale SA in *S v Vermaas; S v Du Plessis* 1995 (3) SA 292 (CC)

¹¹ Più specificamente qui è: il diritto a “vedersi assegnato un avvocato dallo Stato e alle spese dello Stato, nel caso in cui altrimenti ne possa derivare un’ingiustizia sostanziale”.

¹² *Nkuzi Development Association v Government of the Republic of South Africa* 2002, cit.

incidendo sulla “tutela giurisdizionale del diritto di chi agisce o si difende in giudizio, non potendosi sostenere che la possibilità di conseguire la ripetizione delle spese processuali (ovvero, dei diritti e degli onorari di avvocato) consenta alla parte di meglio difendere la sua posizione e di apprestare meglio le sue difese”¹³.

Nell’ordinamento sudafricano l’eccezione può essere invece data dalla discussione di questioni di rilievo costituzionale.

Nel caso in esame, un gruppo di avvocati a tutela dei diritti umani (appartenenti ai “Lawyers for Human Rights” - LHR) è stato condannato alla refusione delle spese da parte della *High Court* a seguito del rigetto del ricorso intentato contro fatti risalenti all’8 maggio 2015, relativi al caso di numerosi cittadini non sudafricani – tra cui molti appartenenti alla suddetta associazione - che, in conseguenza della cosiddetta *Operation Fiela-Reclaim*, erano stati arrestati da agenti di polizia e militari senza alcun mandato giudiziario, in case private, nelle prime ore del mattino, in violazione – sostengono i ricorrenti - della Costituzione e, in particolare, del diritto alla *privacy*¹⁴ e della dignità umana¹⁵, nonché di alcune disposizioni di procedura penale.

Vistasi respinta dalla *High Court* l’autorizzazione necessaria nel sistema di giustizia africana per proporre appello innanzi all’organo di grado superiore – qui la *Supreme Court of appeal* - prima contro la sentenza in generale, poi anche contro la sola pronuncia di condanna alle spese alla luce del *Biowatch principle*, i LHR si sono allora rivolti direttamente alla *Constitutional Cort of South Africa*¹⁶: secondo l’art. 19 del Regolamento del 2003 la parte che intende opporsi alla sentenza che la vede soccombente può rivolgersi alla Corte Costituzionale per chiedere l’autorizzazione a ricorrere in appello quando la decisione impugnata, emessa da

¹³ Corte cost. it., 30 luglio 2008, n. 314.

¹⁴ Secondo l’art. 14 Cost.: “Everyone has the right to privacy, which includes the right not to have: a) their person or home searched; b) their property searched; c) their possessions seized; or d) the privacy of their communications infringed”.

¹⁵ L’art. 10 Cost. intitolato “Human dignity”, puntualizza che: “Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected”.

¹⁶ Dalla fine dell’*apartheid*, il Sudafrica non ha avuto un unico giudice supremo. La Corte Costituzionale è la più alta corte in tutte le questioni costituzionali, mentre la Suprema corte di appello (Corte di Cassazione) è la più alta corte in tutte le altre questioni. Un caso può essere proposto innanzi alla Corte Costituzionale per le “sole questioni costituzionali e questioni legate alle decisioni in materia costituzionale” (art. 167, comma 3, lett. b) attraverso diverse vie: a seguito di un ricorso contro una sentenza del Tribunale o della Corte di Cassazione; in via diretta alla Corte, quale giudice di prima e ultima istanza questioni di rilevanza costituzionale; in via incidentale, qualora un giudice sollevi una questione di legittimità costituzionale o infine qualora il parlamento chiede alla Corte costituzionale di valutare la costituzionalità di un progetto di legge. Vedi, su questo aspetto e sulla Corte in generale, H. CORDER and J. BRICKHILL, *The Constitutional Court*, in Cora Hoexter and Morne Olivier (a cura di), *The Judiciary in South Africa, Juta*, Cape Town, 2014, p. 355.

qualunque giudice – inclusa, per espressa disposizione, la *Supreme Court of Appeal* - riguarda una “constitutional matter”, ad esclusione delle questioni di legittimità costituzionale. Nel caso di specie – essi affermano – la questione principale riguarda senza dubbio un’ipotesi di violazione costituzionale. La doglianza dei ricorrenti ha allora per oggetto la connessa ingiusta condanna alle spese, contraria all’indirizzo giurisprudenziale – affermatosi per la verità la prima volta innanzi alla Corte costituzionale sudafricana nel 1995¹⁷ ma meglio chiarito nel 2009 nel cosiddetto *Biowatch case* - per cui i costi processuali non dovrebbero essere addebitati alle parti private non vincitrici del contenzioso qualora queste cerchino di far valere diritti costituzionali contro soggetti statali.

Considerate valide queste premesse, ben ritenendo che la “questione sull’addebito dei costi relativa a tematiche costituzionali sollevi di per sé anche un problema costituzionale”, la Corte costituzionale del Sudafrica ha deciso innanzitutto, sotto il profilo processuale, di accogliere l’appello. La questione dei costi sottende un problema di violazione del “diritto alla *privacy* e alla dignità umana” che “potrebbe riguardare interessi pubblici più ampi” e che inevitabilmente la vede competente. La Corte è passata così a pronunciarsi nel merito, sulla questione della condanna alle spese. Prima tuttavia di andare al cuore del problema, la *Constitutional Cort* ha voluto riaffermare l’importanza, sostenuta in particolare nel *Biowatch case* ma anche in qualche altro caso successivo¹⁸, di tutelare coloro che intendono difendere principi e diritti costituzionali e che perciò “non dovrebbero essere scoraggiati dal rischio di dover pagare i costi dei loro avversari statali semplicemente perché gli organi giudiziari respingono il ricorso”.

Nel merito e muovendo dal principio generale, applicabile – si sottolinea - a discrezione del giudice, per cui, come detto, i “costi seguono i risultati”, la *Court Constitutional of South Africa* si è poi interrogata sulla possibile invocazione del principio di esenzione dalla refusione delle spese.

Al fine di sciogliere il nodo gordiano circa l’applicazione del *Biowatch principle*, la Corte ha dovuto analizzare qui, seguendo la linea sviluppata in pochi anni, diversi elementi.

Il primo punto da cui ha preso avvio il ragionamento è stato ovviamente quello relativo alla “natura” delle questioni: l’ipotesi in esame rientra tra quei casi considerabili – parole della Corte - di ‘autentica importanza costituzionale’, sollevato nell’interesse pubblico?

¹⁷ *Ferreira v Levin NO and Others* [1995] ZACC 13

¹⁸ Vedi specificamente la richiamata sentenza *Helen Suzman Foundation v President of the Republic of South Africa* [2014] ZACC, punto 33.

La soluzione del dubbio passa dall'analisi degli elementi che possono consentire la definizione di questa natura.

Il primo dato certo, come meglio chiarito in passato dalla Corte nel *Biomatch case*, è che seppure indicativo, la natura costituzional-pubblicistica non può essere data dall'interesse – pubblicistico - in nome del quale il soggetto ricorrente agisce.

Non sarebbero, in pratica, i soggetti a determinare il “tono costituzionale” della questione, non escludibile *a priori* nel caso di soggetto individuale privato. È piuttosto l'oggetto della materia del contendere a definirla. In quest'ottica, si ritiene così che si è in un'ipotesi meritevole di uno *status* privilegiato qualora il caso stesso, sotteso alla condanna al pagamento delle spese di lite, consenta di “promuovere un avanzamento della giustizia costituzionale” (*Biomatch case*).

L'altro punto di partenza è che la controversia costituzionale deve essere mossa non tanto contro soggetti privati – pure non escluso in via di principio ma trovando poco sviluppo – quanto piuttosto contro i poteri statali.

In quest'ultimo caso, negli ultimi tempi, si è andato affermando un principio che mitiga la regola generale stabilendo che in un “contenzioso costituzionale” contro lo Stato, quest'ultimo sopporta le spese di entrambi se perde, mentre paga solo le proprie se vince. La *ratio* del principio è chiaramente quella di attenuare l'effetto negativo deterrente dell'addebito delle spese per le parti che cercano di tutelare diritti costituzionali.

Tutto questo però – avverte prontamente la Corte, lasciando in qualche modo presagire una conclusione non proprio favorevole al ricorrente - non vuol dire certamente “contenzioso costituzionale privo di rischi”.

Non si tratta insomma di un'eccezione vincolante. Tutt'altro, essendo molto criticato in dottrina, quanto alla sua applicazione, proprio l'alto grado di discrezionalità del giudice di primo grado agli orientamenti del quale, in qualche modo, sono portati ad attenersi, salvo ‘buone ragioni’ – come dirà poi anche la Corte - i giudici di grado successivo. Né tanto meno può ritenersi un'eccezione assoluta, potendo a sua volta subire delle eccezioni.

Al fine di valutare se può trovare applicazione il *biomach principle*, la Corte passa ad accertare altri due criteri, che, se presenti, non ne consentiranno l'utilizzo, attinenti, l'uno, al “carattere del contenzioso”, l'altro al comportamento del ricorrente. Quanto al primo profilo, i motivi non devono rivelarsi futili o vessatori mentre, per il secondo aspetto, il ricorrente non deve agire sulla base di motivi inadeguati.

Futili, si chiarisce, sono tutti quei motivi senza fondamenti seri, mentre vessatorie sono quelle azioni avviate senza un motivo probabilmente fondato da chi in mala fede agisce solo per arrecare fastidio all'altra parte.

Il criterio particolarmente rilevante sembra essere tuttavia quello della “inadeguatezza della procedura”.

Pur non considerabile come futile o vessatoria ma neanche come “inadeguata”, quanto ai motivi, la domanda può lo stesso rientrare in quest'ultima ipotesi sotto altro aspetto. Può ciò essere ritenuta “manifestly inappropriate” se “manifestamente irragionevole” oppure – introducendosi qui una novità - laddove la procedura seguita si dimostri ‘estranea’ allo scopo perseguito. È questa peraltro l'ipotesi ravvisata dalla Corte nella sentenza annotata laddove apostrofa il caso esaminato come ipotesi di ‘abuso’ del procedimento, verificabile - afferma lapidaria la Corte – “quando le procedure consentite dalle regole della Corte per facilitare il perseguimento della verità sono invece utilizzate per uno scopo estraneo a tale obiettivo”.

Nel caso di specie, per stabilire *l'appropriateness* procedurale la *Court Constitutional* ha ritenuto di dover esaminare le circostanze che hanno accompagnato la procedura: orbene qui l'inadeguatezza è dimostrata dal fatto che il ricorso contro le vicende oggetto del contenzioso, pur dichiarato “urgente” dalla parte ricorrente, è stato proposto con ritardo, sei settimane dopo il termine dell'operazione contestata. Questa è stata, d'altronde, la motivazione che ha spinto la *High Court*, esercitando il suo potere discrezionale nell'ambito del proprio processo, ad addebitare le spese ai LHR. Su questa discrezionalità, proclama a chiare lettere la Corte, non si può intervenire “a meno che non sia stata esercitata ingiustamente o in virtù di un principio errato”. Non sembrano tuttavia queste le ipotesi, i ricorrenti non essendo riusciti a dimostrarle e al contrario avendo “abusato” del *Biowatch principle* per “evitare il normale *iter* processuale giudiziario”. Seguendo questa linea, si giunge così ad affermare che il ‘ritardo’ è da ritenersi non semplicemente “imprudente” ma addirittura “scorretto”.

La conclusione è allora che, benché la causa o la motivazione potessero considerarsi “degne” di protezione, non si può autorizzare l'appello e contestare la condanna alle spese stabilita dalla *High Court* giacché, mancando l'ingiustizia (!) o l'errata applicazione di principi, è “impossibile criticare l'esercizio del suo potere discrezionale”.

Il potere accordato alla Corte se non le consente di intervenire sul merito delle decisioni altrui, può (quantomeno) servire ad attutire il ‘colpo’ non condannando alle spese i ricorrenti pure respinti: i LHR – se non altro qui, verrebbe da aggiungere - non hanno “agito in modo frivolo o inappropriato nel cercare di

ottenere l'autorizzazione innanzi a questa Corte per ottenere l'annullamento della pronuncia sulle spese emessa dalla Corte Suprema”.

Resta così la pronuncia di condanna della *High Court*, il differimento di sei settimane nell'avvio del processo essendo ritenuto eccessivo e quindi non scusabile.

Per questa via, riconoscendosi con maggiore fermezza – rispetto al precedente *Biomach case* - che la discrezionalità esercitata dai giudici di primo grado può essere difficilmente messa in discussione in appello, si finisce con l'attribuire al principio di esenzione dall'onere delle spese per questioni di tutela costituzionale una notevole elasticità, fatto qui inevitabile anche se poi si sostiene, in un impeto di probabile consapevolezza in tal senso, che comunque questa pronuncia di condanna non avrà lo "effetto di raffreddamento" sui contenziosi futuri.

Lo spostamento di posizione in senso meno favorevole all'approccio sviluppato dalla medesima Corte costituzionale sudafricana può del resto apparire più evidente se si legge, a proposito della stessa questione, il pensiero espresso dalla Corte nel 2009: colà pur ammettendosi che “la discrezionalità non è una discrezionalità in senso stretto” si aggiungeva, con chiaro atteggiamento possibilista, che “ci possono essere ancora valutazioni che potrebbero comportare che un tribunale di appello interferisca nell'esercizio di tale discrezionalità”. Oggi, invece, il tono decisamente perentorio insieme all'allargamento della lista dei criteri ostativi all'applicazione del principio – tra cui, appunto l'inadeguatezza della procedura - sembrano voler far regredire il principio da generale a regola ‘ancillare’, mostrando un'indubbia deviazione dalla rotta precedente.

Per questa via, il punto d'arrivo è che il “nuovo dovere della Corte per favorire la rivendicazione dei diritti costituzionali”¹⁹ nell' “interesse della giustizia”²⁰ - e, con questo, la logica sottesa al *Biomach principle* concernente, oltre all'incoraggiamento dei ricorsi a tutela dei diritti costituzionale, l'estensione degli eventuali effetti positivi ad altri soggetti interessati e l'affermazione della responsabilità principale dello Stato per un'azione o una norma *contra* Costituzione – finisce con il perdere forza, svilito a mera possibilità derogabile.

¹⁹ *Biomatch Trust v Registrar: Genetic Resources and Others* 2009, cit.

²⁰ *Ibidem*. Su questo punto, v, nelle osservazioni conclusive, L. KOTZE – L. FERIS, *Trustees for the time being of the Biomatch Trust v Registrar Genetic Resources and Others: Access to information, costs awards and the future of public interest environmental litigation in South Africa*, cit., p. 344.



Per questa via, lo spettro del “balsamo curativo dei costi”²¹ sembra in qualche modo tornare, con buona pace degli stessi diritti costituzionali.

emma a. imparato

²¹ L’espressione “healing balm of costs” è utilizzata, nella propria difesa, dalla Monsanto che accusa la *Bionwatch* di non investire realmente in politiche a sostegno dell’agricoltura sostenibile. Su questa citazione, v. R.P. WYNBERG - D. FIG, *Realising Environmental Rights: Civic Action, Leverage and Litigation*, in Langford, M., B. Cousins, J. Dugard and T. Madlingozi (a cura di), *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 328.