

# Il “governo” della Magistratura e l’indipendenza del potere giudiziario in India

di Maria Sarah Bussi

**Abstract: Administration of the Judiciary and Judicial independence in India** – The paper analyses the independence of the Judiciary in India according with the development of the basic structure doctrine. The latter offers a key to interpreting the decisions taken by Supreme Court with regard to the appointments of Indian highest judiciary and the control over subordinate courts recognised to High Courts by article 235 of the Constitution. On this ground, one can appreciate both the fidelity to common law tradition and the tension towards a new constitutional identity that characterise Indian legal system.

**Keywords:** Indian legal system; Judicial review; Independent Judiciary; Judicial appointments and careers; Social justice.

*And I will pick the finest men of Athens,  
return and decide the issue fairly, truly –  
bound to our oaths, our spirits bent on justice*  
[Aeschylus, The Eumenides, 503-505, tr. R. Fagles].

5061

## 1. La giustizia in India tra *nīti* e *nyāya*. Il *judicial review* “volano” della rivoluzione sociale

Amartya Sen, nel presentare la propria teoria della giustizia attraverso un dialogo a distanza con l’opera rawlsiana, oppone alle visioni dominate da un “istituzionalismo trascendentale” una prospettiva centrata sulle “realizzazioni concrete”. Ne *L’idea di giustizia*, al fine di delineare la differenza tra i due approcci, viene richiamata la distinzione tra *nīti* e *nyāya* esistente negli antichi testi sanscriti: l’una che guarda «all’adeguatezza di un’organizzazione e alla correttezza di comportamento», l’altra orientata verso la «giustizia realizzata»<sup>1</sup>.

Tale costruzione teorica si rivela di grande interesse onde valutare come un principio cardine del costituzionalismo contemporaneo, quale quello dell’indipendenza della Magistratura, trovi la sua attuazione nell’ordinamento indiano.

---

<sup>1</sup> A. Sen, *The Idea of Justice*, London, 2009, trad. it., *L’idea di giustizia*, Milano, 2010, 35-37.

Esprimendo la sua forza espansiva ormai non più solo nel diritto interno, essendo da tempo riconosciuta anche in documenti internazionali<sup>2</sup>, si ritiene che l'indipendenza, ai fini di una sua effettiva garanzia, debba accompagnarsi (almeno nelle esperienze europee) all'istituzione di organi di autogoverno della magistratura<sup>3</sup>.

Appare però opportuno evidenziare che il prototipo di un "governo" del potere giudiziario affidato ad un Consiglio Superiore della Magistratura appartiene esclusivamente al costituzionalismo continentale, rintracciando le proprie origini nelle Costituzioni italiana, francese, portoghese e spagnola, per poi approdare nei paesi dell'area socialista<sup>4</sup>.

Nel panorama del diritto comparato, nell'intento di condurre un'analisi che abbia ad oggetto esperienze fuori dall'orbita della *western legal tradition*, un approccio che si limiti a considerare i profili *strictu sensu* istituzionali, o che dir si voglia "organici", dell'indipendenza della magistratura potrebbe risultare insoddisfacente. Al contrario, appare più proficuo fare riferimento a quei modelli che, in un'ottica di evoluzione storica, sono risultati essere espressivi di diverse interpretazioni del ruolo affidato a colui che è chiamato dall'ordinamento al *dicere ius*<sup>5</sup>.

In questo senso Giorgio Lombardi, nel rievocare le differenze intercorrenti tra il modello di giudice del *common law*, quello dell'*ancien régime* e l'archetipo "post-giacobino", osservava come il primo si caratterizzasse «per la mancanza di carriera, per un'indipendenza che si realizza più nella prassi dei fatti che non in proclamazioni giuridiche di principi, per una notevole capacità di resistere al potere ma con una limitazione di fondo rispetto alla volontà del Parlamento, considerata prevalente nella versione britannica, mentre nella sua declinazione statunitense conosce come limite essenziale soltanto la Costituzione – secondo la celebre frase del giudice Hugues – è quella che la Corte suprema dice che sia»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Dal riconoscimento contenuto nell'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite, il riferimento è anzitutto ai *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* adottati dal *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* del 1985 e approvati dall'Assemblea Generale con le risoluzioni 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985, nonché ai *Bangalore Principles of Judicial Conduct* del 2002.

<sup>3</sup> Si veda, sul punto, l'art. 13 della *Magna Carta of Judges*, adottata il 17 novembre 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) presso il Consiglio d'Europa.

<sup>4</sup> Come rilevato da G. Ruiz, R. Ruiz, *Indipendenza e governo del potere giudiziario. Indipendenza e imparzialità giudiziaria nell'ordinamento costituzionale spagnolo*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 175 ss.

<sup>5</sup> L'utilizzo dell'espressione *ius dicere*, considerata la sua etimologia, potrebbe apparire inattuale alludendo all'attività giurisdizionale nel tempo presente, a fronte della ruolo sempre maggiore acquisito dal potere giudiziario nelle democrazie contemporanee dagli anni '90 del Novecento in avanti. Della vastissima letteratura sul tema ci si limita qui a richiamare C.N. Tate, T. Vallinder (Eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York-London, 1995; R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; C. Guarnieri, P. Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 3<sup>a</sup> ed., 2011; M. Belov, *Courts, Politics and Constitutional Law. Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London, 2019.

<sup>6</sup> Così G. Lombardi, *La situazione attuale del potere giudiziario (Profili di diritto comparato)*, in S.

In virtù di tale premessa, è possibile constatare l'assenza nel sistema costituzionale indiano di un organo di autogoverno del potere giudiziario, almeno nel senso precedentemente inteso.

Con riguardo alle magistrature superiori, la carta dedica numerose norme alla nomina, alla cessazione delle funzioni e al trattamento economico dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts*, a cui si affiancano quelle relative ai trasferimenti dei secondi. Per quanto attiene, diversamente, alle *subordinate courts*, l'art. 235 della Costituzione attribuisce alle corti statali un potere di controllo sulle carriere dei magistrati che esercitano le proprie funzioni nella *lower judiciary*.

Tali previsioni si inseriscono tuttavia in un più ampio contesto costituito dal riconoscimento dell'indipendenza della magistratura quale principio funzionale alla garanzia, al contempo, della *rule of law* e della separazione dei poteri, canoni mutuati rispettivamente dalla esperienza britannica e statunitense<sup>7</sup>, ma con rielaborazioni e contaminazioni che riflettono l'intento dei costituenti di rendere il giudiziario «*a bastion of rights and of justice*»<sup>8</sup>.

Dal regime coloniale<sup>9</sup> l'India indipendente si avviò in effetti verso «un percorso di “affrancamento” che segnò il passaggio dal sistema giudiziario imposto dal colonialismo britannico, espressione del colonialismo stesso, ad un sistema giudiziario strutturato per l'attuazione del diritto indiano»<sup>10</sup>.

Gli articoli 50 e 368 della Costituzione, costituiscono invero riferimenti obbligati onde valutare il rapporto che intercorre tra giudiziario ed Esecutivo, in un caso, e Parlamento, nell'altro. Dall'analisi di queste disposizioni, in uno con quelle relative all'ordinamento giudiziario, è possibile desumere le ragioni che hanno condotto la giurisprudenza indiana a qualificare l'indipendenza come una *basic feature of the Constitution*, sebbene quest'ultima non abbia fatto proprio in maniera rigorosa il principio della separazione dei poteri<sup>11</sup>.

---

Gambino (a cura di), *op. cit.*, 43-44.

<sup>7</sup> Come rilevato da B.S. Tyagi, *Judicial Activism in India*, New Delhi, 2000, la Costituzione indiana ha fatto propria «*a golden mean between the supremacy of American judiciary and the supremacy of British parliament*» (*ivi*, 5-6).

<sup>8</sup> Secondo la definizione offerta da G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford-New Delhi, 1999, 175 ss. Si veda altresì G. Austin, *The Supreme Court and the Struggle for Custody of the Constitution*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, G. Subramaniam, R. Dhavan, R. Ramchandran (Eds), *Supreme but not Infallible. Essays in Honour of the Supreme Court of India*, New Delhi, 2004, 1 ss.

<sup>9</sup> Un regime coloniale definito da M. Torri, *Storia dell'India* in *Storia Universale*, volume 29, Milano, 2004, 388 ss., come “Giano Bifronte”.

<sup>10</sup> Così C. Petteruti, *Il sistema giudiziario indiano ed il controllo dei conti pubblici*, in D. Amirante, C. Decaro, E. Pföstel (a cura di), *La Costituzione dell'Unione Indiana. Profili introduttivi*, Torino, 2013, 150 ss. (151 per la cit.).

<sup>11</sup> In questo senso M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, Lucknow, 2010, A-51 ss., il quale sottolinea che, a differenza di quanto previsto dalla costituzione statunitense, «*Under the Indian Constitution only executive power is “vested” in the President while provisions are simply made for a Parliament and judiciary without expressly vesting the legislative and judicial powers in any person or body*». Sul punto, rispetto all'esperienza britannica e nell'ambito di una più ampia ricostruzione sugli “idealtipi del costituzionalismo occidentale”, S. Prisco, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Torino, 2014, ha osservato che in questo caso «la divisione dei poteri consiste in un loro concreto equilibrio

È stato d'altra parte rilevato come «l'architettura complessiva del sistema giurisdizionale indiano sia quella di un ordinamento di *common law* relativamente originale», in quanto mentre l'organizzazione degli organi di grado inferiore ricalca il modello delle corti inglesi, rispetto alle competenze della Corte Suprema si rintracciano analogie anche con il sistema canadese, in particolare con riferimento alla possibilità per il singolo di adire la *apex court* per l'*enforcement* di un diritto fondamentale<sup>12</sup>. La scelta di affidare alle giurisdizioni superiori indiane l'attuazione dei diritti fondamentali<sup>13</sup>, ha reso il potere giudiziario, nel complesso degli equilibri costituzionali, «*an arm of the social revolution*»<sup>14</sup>, per essere la magistratura un organo chiamato a concorrere alla promozione del *welfare* e a tutelare (in ultima istanza) un ordine sociale in cui, a mente dell'art. 38 della Costituzione, «la giustizia, sociale, economica e politica deve informare tutte le istituzioni della vita nazionale»<sup>15</sup>.

È da tale prospettiva che si svilupperanno, nelle pagine che seguono, alcune riflessioni sul valore che il principio dell'indipendenza riveste nell'ordinamento costituzionale dell'India contemporanea, guardando in particolare, per un verso, ai meccanismi di nomina dei giudici della *Supreme Court* e delle *High Courts*, e, dall'altro, al potere di controllo esercitato dalle seconde sulle corti di grado inferiore. Su questo terreno è possibile difatti apprezzare la tensione esistente tra fedeltà alla tradizione di *common law*, anzitutto derivante dall'esperienza inglese, che si è sviluppata intorno al dialogo tra *iurisdictio* e *gubernaculum*<sup>16</sup>, e una nuova

---

di fatto e secondo molti nemmeno è una preoccupazione di fondo del sistema affermarla, o comunque non lo è farne oggetto di attenzione teorica, ma semmai assumerla quale esito complessivo della vicenda evolutiva» (*ivi*, 10).

<sup>12</sup> In questo senso D. Amirante, *Giustizia costituzionale e affermazione della democrazia nell'Unione Indiana*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 758. G. Das, *The Supreme Court: an overview*, in B.N. Kirpal, A. H. Desai, et al. (Eds), *op. cit.*, 16 ss., a cui si deve una importante periodizzazione dell'attività della Corte Suprema indiana, evidenzia come la Corte Suprema statunitense e la *House of Lords* del Regno Unito abbiano rappresentato un modello per la prima.

<sup>13</sup> Invero, il diritto riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione, che va sotto la definizione di «*right to constitutional remedies*», non caratterizza esclusivamente la giurisdizione della Corte Suprema, in quanto l'art. 226 garantisce agli stessi fini l'accesso alle *High Courts* statali.

<sup>14</sup> Così G. Austin, *The Indian Constitution. Cornerstone of a Nation*, Oxford-New Delhi, 1999, 164.

<sup>15</sup> Il disposto dell'articolo 38 della Costituzione, nella sua formulazione successiva al *Constitution (Forty-fourth Amendment) Act, 1978* introduce alla tematica della *social justice*, termine che nel contesto indiano assume un duplice significato, implicando per un verso «*the rectification of injustice in the personal relations of the people*» e dall'altro, in senso più ampio, esprime l'intento «*to remove the imbalances in the political, social and economic life of the people*», *cf.* M. Saxena, H. Chandra (Eds), *Law and Changing Society*, New Delhi, 2007, 190. Sul ruolo della Corte Suprema e del potere giudiziario nel perseguimento della giustizia sociale si vedano, *ex plurimis*, G. Sharma, *Human Rights and Social Justice*, New Delhi, 2007 e N. Jain, *Judicial Activism in India with Special Reference to the Quest for Social Justice*, Delhi, 2013.

<sup>16</sup> La distinzione tra *iurisdictio* e *gubernaculum* si fa risalire a H. De Bracton, *De legibus et Consuetudinibus Angliae* ed è stata illustrata da C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca (New York), 1940, trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, 1990, come ricordato da A. Torre, *Dalla Corona alle Corti: Magna Carta e common law*, in A. Torre (a cura di), *Magna Carta e Rule of Law nell'ordinamento inglese*, Napoli, 2017, 112, alla cui bibliografia sul tema si rinvia.

“*constitutional identity*”<sup>17</sup>, che si coglie nella lenta ma costante costruzione della teoria della *basic structure of the Constitution*.

## 2. L'organizzazione giudiziaria indiana e le previsioni costituzionali sullo status dei giudici tra federalismo e parlamentarismo

La carta costituzionale indiana, con il suo carattere di costituzione lunga<sup>18</sup>, dedica al potere giudiziario numerose disposizioni che trovano la propria collocazione tanto nella Parte V, al capitolo IV (artt. 124-147) rubricato “*The Union Judiciary*”, che nella Parte VI dedicata agli Stati, al Capitolo V (artt. 214-232) e al capitolo VI (artt. 233-237).

Pur a fronte della natura federale dello stato, la giurisdizione risulta essere unitaria e il relativo sistema di organizzazione giudiziaria unico<sup>19</sup>, vedendo la presenza di una Corte Suprema, di venticinque *High Courts* statali e delle corti inferiori, le quali, pur non essendo subordinate alla prima, sono vincolate dai suoi pronunciamenti ai sensi dell'art. 141 della Costituzione, oltre che soggette alla *appellate jurisdiction*<sup>20</sup>.

Al settimo allegato della carta<sup>21</sup> è previsto che la costituzione e l'organizzazione della *Supreme Court* e delle *High Courts* spetti al Parlamento dell'Unione (nn. 77 e 78), mentre l'amministrazione della giustizia, come l'istituzione e l'organizzazione delle altre corti, è di competenza concorrente (n. 11-a), fermo restando che la giurisdizione e i poteri delle corti statali e di quelle di grado inferiore spetta all'Unione, agli Stati o ad entrambi seguendo il criterio della collocazione della materia nella rispettiva lista (n. 95 *List I*, n. 65 *List II* e n. 46 *List III*).

In un quadro particolarmente articolato derivante dalla concorrenza – almeno con riguardo alle corti di grado inferiore – della disciplina dell'Unione con quella statale, l'indipendenza viene garantita tramite un *corpus* di norme costituzionali le quali tradiscono, tuttavia, una “primazia” delle magistrature superiori nel complesso degli equilibri istituzionali.

Questa si evince non solo dalla ampiezza della giurisdizione attribuita alla Corte Suprema<sup>22</sup>, ma altresì, con riferimento alle *High Courts*, dal cosiddetto *power*

---

<sup>17</sup> Il riferimento è evidentemente alle opere di G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge-London, 2010 e di B. Chakrabarty, *India's Constitutional Identity. Ideological Beliefs and Preferences*, London-New York, 2019.

<sup>18</sup> Si veda, in merito, D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 66 ss.

<sup>19</sup> Cfr. N. Robinson, *Judicial Architecture and Capacity*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford-New Delhi, 2016, 330 ss., nonché G. Ajani, D. Francavilla, B. Pasa, *Diritto comparato. Lezioni e Materiali*, Torino, 2018, 324 ss.

<sup>20</sup> In questo senso, M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., 477. L'art. 141 della Costituzione stabilisce: «*The law declared by the Supreme Court shall be binding on all courts within the territory of India*».

<sup>21</sup> Il *Seventh Schedule* contiene, ai sensi dell'Art. 246, l'indicazione delle materie di competenza legislativa esclusiva del Parlamento dell'Unione (*List I*) e degli organi legislativi statali (*List II*) nonché le materie di competenza concorrente (*List III*).

<sup>22</sup> Con riguardo alla composizione e alle attribuzioni della Corte Suprema indiana si veda D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 187 ss. e C. Petteruti, *op. cit.*, ma altresì R. Vakil,

*of superintendence* che queste esercitano sulle corti e i tribunali dei rispettivi territori<sup>23</sup>, a cui si accompagna per entrambe il riconoscimento di un'autonomia amministrativa e finanziaria<sup>24</sup>.

Inoltre, con riguardo agli organismi giudiziari di vertice degli Stati, l'art. 235 riconosce ad essi un controllo sulla *subordinate judiciary* in ordine ad incarichi, trasferimenti e promozioni, nell'ambito del quale la giurisprudenza ha incluso altresì l'esercizio di poteri disciplinari<sup>25</sup>, sebbene al reclutamento provveda il Governatore dello Stato previa *consultation* della *High Court* di riferimento<sup>26</sup>.

Non da ultimo la rilevanza del ruolo delle magistrature superiori nell'ordito costituzionale indiano si desume dall'analisi delle disposizioni volte a disciplinare le nomine e la cessazione delle funzioni dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts* nonché il trasferimento dei secondi, in un contesto in cui è assicurata ai giudici di tutti i gradi della giurisdizione la *security of tenure*<sup>27</sup>.

L'art. 124 della Costituzione prevede che alla nomina dei giudici della Corte Suprema provveda il Presidente «*after consultation with such of the Judges of the Supreme Court and of the High Courts in the States as the President may deem necessary for that purpose*», ferma la necessità di consultare il *Chief Justice of India*.

Diversamente, per la nomina dei giudici delle *High Courts*, l'articolo 217 stabilisce che il Presidente vi provvederà previa consultazione del *Chief Justice of India*, del Governatore del relativo Stato e del *Chief Justice* della *High Court* di riferimento.

I giudici della Corte Suprema esercitano le proprie funzioni sino al compimento del sessantacinquesimo anno di età, mentre quelli delle *High Courts* fino al sessantaduesimo, tranne nel caso di dimissioni o rimozione. Quest'ultima avviene secondo la procedura prevista dalla *clause 4* dell'art. 124, che trova applicazione anche per i giudici delle *High Courts* in forza del rinvio contenuto nell'art. 218. A tal fine, «*on the ground of proved misbehaviour or incapacity*», è previsto che il Presidente emetta un *order* previo *address* proveniente da ciascuna Camera, votato a maggioranza dei componenti e da non meno dei 2/3 dei presenti<sup>28</sup>.

---

*Jurisdiction*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 367 ss., nonché, per quanto attiene alla *writ jurisdiction* di cui all'art. 32 della Costituzione, nel medesimo volume, G. Subramaniam, *Writs and Remedies*, 614 ss.

<sup>23</sup> Cfr. art. 227 della Costituzione.

<sup>24</sup> Cfr. 146 e 229 della Costituzione.

<sup>25</sup> Sul punto si veda N. Robinson, *op. cit.*

<sup>26</sup> Cfr. artt. 233 e 234 della Costituzione. Appare opportuno rammentare che attualmente per il reclutamento ogni Stato si avvale di un *Judicial service*, sebbene con il quarantaduesimo emendamento del 1976 sia stato modificato l'art. 312 della Costituzione ai fini dell'istituzione di un *All-India Judicial Service*, che però a tutt'oggi non è stato ancora creato. Il Governo ha tuttavia di recente annunciato la presentazione di un *bill* in tal senso. Su questa tematica si vedano le decisioni rese dalla Corte Suprema nei *All India Judges' Association cases*.

<sup>27</sup> M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., A-52 e A-53. Con riguardo al trattamento economico dei giudici delle magistrature superiori si vedano gli articoli 125 e 221 della Costituzione.

<sup>28</sup> Unitamente ad alcuni casi di dimissioni, il caso più noto di *impeachment* nei confronti di un giudice della Corte Suprema ha riguardato il *Justice V. Ramaswami*, il cui procedimento –

L'articolo 222 della Costituzione disciplina anche il trasferimento dei giudici delle *High Courts*, prevedendo che questo venga disposto dal Presidente a seguito di consultazione con il *Chief Justice of India*.

Le previsioni relative alle nomine poc'anzi richiamate, delineando nel loro contenuto procedure all'apparenza non particolarmente complesse, in realtà hanno dato avvio ad un contenzioso che ha condotto la Corte suprema all'adozione, a partire dagli anni '80, di una serie di decisioni tramite le quali è stato delineato, in chiave evolucionistica, lo statuto costituzionale della magistratura in India.

Il presupposto – prima storico, poi giuridico – di tale esito è rappresentato dallo scontro tra Esecutivo e giudiziario maturato con una virulenza senza eguali all'epoca del primo governo di Indira Gandhi<sup>29</sup>.

Quest'ultimo venne caratterizzato da una sterzata in senso fortemente populista e da un rafforzamento esasperato della *premiership* rispetto all'Esecutivo nel suo complesso, sebbene l'inizio della *emergency era*, con la sospensione delle garanzie democratiche, possa retrodatarsi di qualche anno rispetto alla formale proclamazione dello stato di emergenza del 1975, dettata, come da altri rilevato, anche dalle vicende giudiziarie che vedevano come protagonista il Primo Ministro e connesse alle elezioni del 1971<sup>30</sup>.

Negli anni tra il 1950 ed il 1967, la Costituzione aveva difatti subito ventuno emendamenti, circostanza che, avendo messo a rischio la democrazia sotto il profilo della stabilità della carta, ha condotto la Corte Suprema ad abbandonare una postura da spettatore silente di fronte ad un eccessivo ricorso al potere di revisione costituzionale<sup>31</sup>.

In un percorso intrapreso con la decisione resa nel caso *Golak Nath v. State of Punjab*, culminato nella pronuncia *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*<sup>32</sup> e

---

avviato in forza del *Judges Inquiry Act, 1958* – non ha portato all'adozione della relativa mozione a causa dell'imponente astensione avutasi in sede parlamentare. Si veda, con riguardo ad esso, F.S. Nariman, *The Ramaswami Case in V. Grover* (Ed.), *Political Process and Role of Courts*, New Delhi, 1997, 313 ss.

<sup>29</sup> Tale prospettiva di analisi, con riguardo alle sue premesse, è adottata anche da R. Abeyratne, *Upholding Judicial Supremacy In India: The Njac Judgment in Comparative Perspective*, in 49 *George Washington International Law Review* 569 (2017), disponibile in [ssrn.com/abstract=2827793](https://ssrn.com/abstract=2827793) (ultimo accesso: 19 settembre 2020), alle cui conclusioni tuttavia non si ritiene di poter aderire sulla scorta di quanto si dirà più avanti.

<sup>30</sup> D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 73 ss.

<sup>31</sup> In questo senso S.N. Jain, *Parliament and the Judiciary* in V. Grover (Ed.), *op. cit.*, 127.

<sup>32</sup> Con la pronuncia resa nel caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* trovava stabile consacrazione la *basic feature theory*, con la quale veniva affermato il principio per cui il potere parlamentare di emendare la carta non potesse spingersi fino ad incidere sulle caratteristiche fondamentali della stessa. Cfr. Supreme Court of India, *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461. Sul punto V. Grover, *Courts and the Political Process* in Id. (Ed.), *op. cit.*, 701 ss., ha osservato «no other constitution, not even that of the United States gives to the courts the power to review the constitutional amendments. The Supreme Court of India possesses such a power and it can strike down an amendment if, in its opinion, an amendment destroys or alters the basic structure of the Constitution» (*ivi*, 702-703). Alla definizione del *Kesavananda case* fecero immediatamente seguito le vicende relative alla nomina del giudice A.N. Ray quale *Chief Justice of India* dell'aprile del 1973, in contrasto con la convenzione sino a quel momento in essere che vedeva prevalere il principio della *seniority* nella scelta del soggetto chiamato a ricoprire tale carica tra i giudici della Corte Suprema. Una ricostruzione puntuale degli eventi è offerta da A.K.

conclusosi con quella relativa al *Minerva Mills case*<sup>33</sup>, vengono gettate le fondamenta ermeneutiche degli orientamenti espressi nei successivi giudizi noti come *Judges cases*.

Nel coro a più voci previsto dalle norme costituzionali ai fini delle nomine nelle magistrature superiori, l'elaborazione da parte della Corte Suprema della *basic structure doctrine*, definita come «*the high water mark of judicial activism*»<sup>34</sup>, ha disvelato nella dinamica tra poteri «*a deep inter-relationship between the two organs of the government*», ovvero il Parlamento ed il giudiziario<sup>35</sup>. Il susseguirsi di una serie di eventi in cui il complesso delle questioni afferenti alle carriere ha incrociato quella relativa ai poteri di revisione costituzionale spettanti al Parlamento e dunque, in ultima analisi, la funzione di *judicial review*<sup>36</sup>, ha dato avvio ad una nuova fase istituzionale caratterizzata da un mutato rapporto tra Corte Suprema ed Esecutivo rispetto a quello che aveva contraddistinto in precedenza la storia costituzionale indiana. Le disposizioni relative al potere giudiziario richiedono difatti di essere valutate nel più ampio contesto della forma di governo di questo ordinamento, che ha sposato il modello Westminster, pur a fronte di un sistema partitico dominato da un forte multipartitismo, in un esperimento costituzionale che è stato definito dalla dottrina italiana come modello *Westminster sui generis*<sup>37</sup>.

Come noto, seppur l'art. 53 della Costituzione stabilisca che «*the executive power of the Union shall be vested in the President*», il Presidente dell'Unione, quale capo dell'esecutivo è titolare di poteri esclusivamente formali, per essere il Consiglio dei Ministri, guidato dal Primo Ministro, pensato dai Costituenti «*to aid*

---

Chaudhuri, *Appointment of a Chief Justice: The Study of a Controversy in a New Perspective* in V. Grover (Ed.), *op. cit.*, 181-223, V.K. Gupta, *Decision making in the Supreme Court of India*, Delhi, 1995, 17 ss. e A. Kaushik, *Supersession of Supreme Court Judges in India: A Survey of Public Reactions*, in V. Grover (Ed.), *op. cit.*, 232-257.

<sup>33</sup> Si tratta dei giudizi *Golak Nath v. State of Punjab*, AIR 1967 SC 1643 e *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789. Per una approfondita ricostruzione di tale evoluzione giurisprudenziale si veda M. Mate, *Two Paths to Judicial Power: The Basic Structure Doctrine and Public Interest Litigation in Comparative Perspective*, in 12 *San Diego International Law Journal* 175 (2010), disponibile in [digital.sandiego.edu/ilj/vol12/iss1/7](http://digital.sandiego.edu/ilj/vol12/iss1/7) (ultimo accesso: 19 settembre 2020). G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge-London, 2010, 49 ss., nel ripercorrere le vicende del periodo emergenziale, conclude la propria analisi richiamando il noto passaggio della pronuncia *Minerva Mills Ltd v. Union of India*, espressivo delle elaborazioni a cui perveniva la Corte, ovvero: «*Amend as you may even the solemn document which the founding fathers have committed to your care, for you know best the needs of your generation. But, the Constitution is a precious heritage; therefore you cannot destroy its identity*» (*ivi*, 58).

<sup>34</sup> Così S.P. Sathe, *Judicial Activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*, New Delhi, 2003, 98.

<sup>35</sup> In questo senso S.N. Jain, *op. cit.*, 121, che individua tre fattori in virtù dei quali il ruolo del giudiziario assume rilevanza rispetto alle funzioni parlamentari: esso è chiamato ad interpretare la legislazione parlamentare, ha il potere di dichiarare l'eventuale incostituzionalità degli *statutes* ma anche di invalidare, se del caso, gli emendamenti costituzionali.

<sup>36</sup> Si veda R. Prakash, P. Sharma, *Constitution, Fundamental rights and Judicial Activism in India*, Jaipur, 1997, 231 ss., in cui gli Autori analizzano la questione degli *amending powers* dalla prospettiva della filosofia sociale che orienta la Costituzione indiana, nella tensione tra ideologia individualista e quella socialista.

<sup>37</sup> Secondo la definizione offerta da D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 129 ss.

and advise the President» (art. 74) e politicamente responsabile nei confronti della Camera del Popolo (art. 75)<sup>38</sup>.

In questo quadro, l'elaborazione della teoria delle *basic features* ha assunto un ruolo essenziale ai fini del superamento dell'emergenza costituzionale, nel corso della quale la Corte ha dimostrato di voler adempiere al ruolo affidatole dai Costituenti, che in tale istituzione avevano individuato «*the watchdog of democracy*», insistendo affinché in ogni aspetto della carriera dei giudici, dalle nomine al trattamento economico, l'Esecutivo avesse il minor peso possibile<sup>39</sup>.

### 3. Le nomine dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts*: dal *collegium system* ai fasti della *National Judicial Appointments Commission*

Nel corso della storia repubblicana e in particolare in seguito al periodo emergenziale, la Corte Suprema viene chiamata in più occasioni a definire il ruolo che l'Esecutivo riveste nelle carriere delle magistrature superiori, in un percorso giurisprudenziale che, nel corso di quasi un ventennio, consegna all'India una procedura per le nomine che trova ancor oggi applicazione, resistendo finanche alla prova di una riforma costituzionale.

In un tritico ermeneutico che condurrà al definitivo riconoscimento di una primazia del potere giudiziario rispetto al potere esecutivo, la pronuncia *S.P. Gupta v. Union of India*<sup>40</sup> pare aprire la strada ad una soluzione opposta, riconoscendo la Corte che «*The ultimate power of appointment rests with the Central Government and that is in accord with the constitutional practice prevailing in all democratic countries*»<sup>41</sup>.

Il riferimento privilegiato, nella prospettiva del diritto comparato che emerge dalla lettura dell'opinione di maggioranza redatta dal giudice P.N. Bhagwati, è rappresentato dal Regno Unito<sup>42</sup>, per cui la Corte, nell'interpretare il

<sup>38</sup> D. Amirante, *La democrazia dei superlativi*, cit., 133 evidenzia che, rivestendo il Presidente in sostanza un ruolo di garanzia dell'ordinamento costituzionale, i suoi poteri possano assumere la veste di poteri "attivi" solo in situazioni di emergenza.

<sup>39</sup> Il riferimento è all'intervento del costituente Shri M. Ananthasayanam Ayyangar, durante i dibattiti relativi al progetto di articolo 103, che osservava: «*The Supreme Court is the watchdog of democracy. It is the eye and the guardian of the citizen's rights. Therefore at every stage, from the stage of appointment of the judges, their salaries and tenure of office, all these have to be regulated now so that the executive may have little or nothing to do with their functioning*», cfr. *Constituent Assembly Debates*, Volume VIII, seduta del 24 maggio 1949, consultabili alla pagina web della *Lok Sabha* all'url [loksabhaph.nic.in/](http://loksabhaph.nic.in/).

<sup>40</sup> Si tratta della decisione resa nella controversia *S.P. Gupta v. President of India and Ors.*, AIR 1982 SC 149. Il caso perviene all'esame della Corte Suprema ai sensi dell'art. 139-A della Costituzione, a seguito della proposizione di numerosi ricorsi introdotti presso diverse *High Courts* aventi ad oggetto la medesima questione di diritto dotata di rilevanza generale, ovvero i meccanismi per la nomina ed il trasferimento degli *Additional judges* delle corti statali.

<sup>41</sup> Così al paragrafo 29 della pronuncia. Per un'analisi della decisione si veda U. Baxi, *Courage Craft and Contention. The Indian Supreme Court in the Eighties*, Bombay, 1985, in particolare la *Second Lecture* dal titolo "*The Myth and Reality of Judicial Independence: The Judges Case and All That*", 23 ss., nonché J. Cottrell, *The Indian Judges' Transfer Case*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, Issue 4, 1984, 1032-1045.

<sup>42</sup> Quella del Regno Unito viene riconosciuta come l'esperienza costituzionale da cui l'India ha ereditato il sistema di amministrazione della giustizia, sebbene vengano evocati altri paesi del *commonwealth* come Canada, Australia e Nuova Zelanda. Tale circostanza dimostra come il

termine “*consultation*” contenuto nella *clause 2* dell’articolo 124 e nella *clause 1* dell’art. 217 della Costituzione, richiama i meccanismi che prima della revisione costituzionale del 2005 prevedevano l’*advice* o comunque la *consultation* del Lord Chancellor per le nomine.

Nel definire il ruolo presidenziale viene infatti rievocata l’opinione resa dal giudice K. Iyer nella precedente decisione *Union Of India v. Sankal Chand Himatlal Sheth*<sup>43</sup>, secondo cui il dovere del Presidente di consultare il *Chief Justice* si sostanzia in primo luogo in uno scambio di informazioni tra gli stessi, al cui esito il primo renderà al secondo il proprio parere, chiarendo però che «*consultation is different from consentaneity*».

Con questa prima pronuncia la Corte, pur non allontanandosi dai paradigmi che appartengono al passato coloniale e riaffermando un legame con la tradizione di *common law* che affida all’Esecutivo le nomine, inizia a definire i contorni del principio dell’indipendenza della magistratura. Quest’ultima viene qualificata come una *basic feature of the Constitution* tenendo conto del ruolo che è chiamato a svolgere il potere giudiziario nella democrazia indiana e, dunque, del contesto economico-sociale di un paese «*which is marching along the road to social justice with the banner of democracy and the rule of law*»<sup>44</sup>.

Si inizia pertanto a delineare in essa la relazione esistente tra *rule of law, social justice* e indipendenza della magistratura, che costituisce la premessa per il riconoscimento di una funzione “creativa” in capo al potere giudiziario e che rintraccia il proprio substrato teorico nelle elaborazioni del giudice Krishna Iyer<sup>45</sup>.

Sarà infatti il principio di *non-arbitrariness*, quale connotato della *rule of law*, a guidare la Corte nel riconoscere successivamente una *primacy* all’opinione della magistratura in materia di nomine, in ipotesi di contrasto con l’*advice* reso al Presidente dal Governo<sup>46</sup>.

---

ricorso all’argomento comparativo nelle decisioni giudiziarie sia una pratica risalente in India. Su tale tematica si veda P. Martino (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2014, ma altresì T. Groppi, M.-C. Ponthoreau, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, 2013 e G.F. Ferrari (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary constitutional systems*, Leiden-Boston, 2019.

<sup>43</sup> Si tratta del caso *Union of India v. Sankal Chand Himatlal Sheth*, 1977 AIR 2328, nel quale tuttavia la Corte aveva affrontato la questione dalla prospettiva dell’art. 222 della Costituzione. Per uno studio sul *First Judge case* anche alla luce dei suoi precedenti si veda B.N. Srikrishna, *Judicial Independence*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 349 ss. e A.K. Ganguli, *Recovering Lost Ground. The Case of the Curious Eighties* in A. Sengupta, R. Sharma (Eds), *Appointment of Judges to the Supreme Court of India. Transparency, Accountability, and Independence*, New Delhi, 2018, *chapter 3*.

<sup>44</sup> Così al paragrafo 26 della decisione. La dinamica di interdipendenza esistente tra Costituzione e trasformazione sociale in India è analizzata da P. Ishwara Bhat, *Law and Social Transformation in India*, Lucknow, 2009, in particolare 167 ss.

<sup>45</sup> Sul contributo teorico del giudice Krishna Iyer in tema di giustizia sociale e indipendenza della magistratura si veda K.M. Sharma, *op. cit.*, V. Singh Jaswal, S. Jaswal, *Justice V.R. Krishna Iyer’s Concept of Social Justice*, New Delhi, 2011 e S. Khurshid, L. Malik, *Justice at Heart. Life Journey of Justice V.R. Krishna Iyer*, Lucknow, 2016.

<sup>46</sup> In questo senso M.P. Singh, *Securing the Independence of the Judiciary – The Indian Experience*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2000, 245-292. Per una

Nella pronuncia *Supreme Court Advocates on Record Association v. Union of India* il procedimento che conduce alle nomine delle magistrature superiori viene definito come un «*participatory consultative process*» ed il *Chief Justice of India* identificato come la figura di maggior rilievo tra i soggetti che il Presidente è tenuto a consultare<sup>47</sup>.

Affinché, tuttavia, l'opinione del *Chief Justice* risulti realmente espressiva della posizione del potere giudiziario è necessario, secondo la Corte, che essa sia il risultato di una determinazione assunta collegialmente. A detti fini, viene statuito che per la nomina dei giudici della Corte Suprema il *Chief Justice of India* sarà tenuto a consultare i due giudici più anziani della stessa, mentre per quelli delle *High Courts*, il *Chief Justice* della relativa corte statale dovrà tener conto dell'opinione di almeno due dei giudici più anziani<sup>48</sup>.

Non da ultimo, sul finire degli anni '90 la Corte, pronunciandosi nel *Third Judges case*<sup>49</sup>, conferma l'applicazione del *collegium system* e si spinge fino ad ampliare il numero dei giudici da consultare nell'ipotesi di cui all'art. 124 (2) della Costituzione, affermando che «*it is desirable that the collegium should consist of the Chief Justice of India and the four seniormost puisne Judges of the Supreme Court*»<sup>50</sup>.

Come da altri rilevato, l'iter giurisprudenziale sin qui delineato ha portato ad un netto ridimensionamento del ruolo dell'Esecutivo in favore del giudiziario, con

---

ricostruzione del principio della *rule of law* nella elaborazione anglosassone, dalle sue origini all'epoca attuale, si veda T. Bingham, *The rule of law*, London, 2011. Sulla complessità della nozione nel contesto indiano si veda A.K. Giri, *Rule of Law and Indian Society. Colonial Encounters, Post-Colonial Experiments and Beyond*, in *Jura Gentium*, Sezione tematica: Diritto e Politica nell'Asia postcoloniale, disponibile in [www.juragentium.org/topics/rol/en/giri.htm](http://www.juragentium.org/topics/rol/en/giri.htm) (ultimo accesso: 19 settembre 2020) e D. Gilmartin, *Rule of Law, Rule of Life: Caste, Democracy, and the Courts in India*, in *The American Historical Review*, Vol. 115, Issue 2, 2010, 406-427.

<sup>47</sup> Cfr. Supreme Court of India, *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (1993) 4 SCC 441, e, in particolare, il par. 80. M.P. Singh, "Merit" in the appointment of judges, in (1999) 8 SCC (Jour) 1, valuta positivamente la soluzione a cui è pervenuta la Corte Suprema in quanto idonea a garantire l'indipendenza rispetto alla posizione assunta nel *First Judges case*, rammentando sul punto che tra il 1983 e il 1991 sette nomine fossero state effettuate in senso difforme al parere espresso dal *Chief Justice*. Si veda altresì G. Bhatia, *The Primacy of Judges*, (March 8, 2016), disponibile in: [dx.doi.org/10.2139/ssrn.2744838](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2744838) (ultimo accesso: 19 settembre 2020), in cui l'Autore analizza il *Second Judges case* alla luce della successiva decisione relativa al *NJAC case*.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Si tratta della decisione *Special Reference No. 1 of 1998, In re*, AIR 1999 SC 1, a cui ha fatto peraltro seguito l'adozione da parte del Governo di due distinti *Memorandum of procedure* per le nomine. Per un commento della decisione alla luce del suo immediato precedente del 1993 si veda Lord Cooke of Thorndon, *Where Angels Fear to Tread*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, et al. (Eds), *op. cit.*, 97 ss.

<sup>50</sup> Così al paragrafo 19 della pronuncia. Al successivo par. 47 la Corte statuisce, distinguendo tra nomine dei giudici della Corte Suprema e delle *High Courts*: «*The Chief Justice of India must make a recommendation to appoint a Judge of the Supreme Court and to transfer a Chief Justice or puisne Judge of a High Court in consultation with the four seniormost puisne Judges of the Supreme Court. Insofar as an appointment to the High Court is concerned, the recommendation must be made in consultation with the two seniormost puisne Judges of the Supreme Court*». Sull'applicazione concreta che ha avuto il *collegium system* e riguardo alle sue criticità si veda A. Jaitley, *The Judicial Collegium. Issues, Controversies, and the Road Ahead*, in A. Sengupta – R. Sharma (Eds), *op. cit.*, chapter 4.

un'esaltazione del principio della *seniority* nella fase di consultazione e quello del merito nelle nomine<sup>51</sup>.

Tale quadro è stato però alterato *ratione temporis* dall'entrata in vigore del *Constitution (Ninety-ninth Amendment) Act, 2014*<sup>52</sup>. Si tratta di una riforma che, modificando numerose disposizioni costituzionali vigenti e introducendone delle nuove, era finalizzata all'istituzione di una *National Judicial Appointments Commission*. A tale organo si sarebbe demandata anzitutto la funzione di proporre delle personalità ai fini della nomina del *Chief Justice of India* e dei *Chief Justices* delle *High Courts* nonché dei giudici della Corte Suprema e delle corti statali, ma altresì quella di suggerire il trasferimento dei *Chief Justices* e degli altri giudici delle *High Courts*. Inoltre, in forza del disposto del nuovo articolo 124B della Costituzione, la *NJAC* avrebbe dovuto «ensure that the person recommended is of ability and integrity».

La sua composizione prevedeva la presenza del *Chief Justice of India* quale membro di diritto investito della carica di presidente, dei due giudici più anziani della Corte Suprema e del *Minister of Law and Justice*, anch'essi quali membri *ex officio*; a tali figure venivano affiancate due “*eminent persons*” individuate da un comitato costituito dal Primo ministro, dal *Chief Justice of India* e dal *leader* dell'opposizione o, in ogni caso, del maggiore partito di opposizione presso la *Lok Sabha* ai sensi dell'art. 124 A. È tuttavia proprio il disposto di tale nuovo articolo a portare la Corte a dichiarare incostituzionale la riforma nella sua interezza, in quanto in estrema sintesi essa non “conservava” il primato della magistratura in materia di nomine e trasferimenti, non garantendo una rappresentanza adeguata alla componente giudiziaria nella *NJAC*<sup>53</sup>.

Alcuni autori rispetto alla pronuncia resa nel *Fourth Judges case* hanno osservato che, diversamente da quanto potrebbe apparire ad una prima analisi,

<sup>51</sup> In questo senso D. Francavilla, *Diversity and the Judiciary in India: Supreme Court judges in Indian society*, in *Federalismi.it*, numero speciale 5/2018, 106-123.

<sup>52</sup> *The Constitution (Ninety-Ninth Amendment) Act, 2014* ha ricevuto l'assent presidenziale in data 31 Dicembre 2014 e il suo testo è consultabile all'url [www.india.gov.in/my-government/constitution-india/amendments/constitution-ninety-ninth-amendment-act-2014](http://www.india.gov.in/my-government/constitution-india/amendments/constitution-ninety-ninth-amendment-act-2014). Per una riflessione sul *Constitutional Amendment (120th Amendment) Bill, 2013* ed il *Judicial Appointments Commissioner Bill, 2013* si veda il *Working Paper No. 1/2014 “Recasting the Judicial Appointments Debate”*, a cura del *Centre for Law and Policy Research* disponibile in [clpr.org.in/wp-content/uploads/2014/02/Judicial-Appointments-Debate.pdf](http://clpr.org.in/wp-content/uploads/2014/02/Judicial-Appointments-Debate.pdf). Invero, l'ipotesi di una revisione del *collegium system* era stata già in precedenza presa in considerazione, *cfr. Report No. 214 della Law Commission of India “Proposal for Reconsideration of Judges Cases I, II and III”* del novembre 2008.

<sup>53</sup> A tale esito si è pervenuti con la decisione resa nel caso *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (2016) 5 SCC 808. R. Abeyratne, *op. cit.*, dopo aver ricostruito il percorso interpretativo seguito dalla Corte, partendo dal *First judges case*, alla luce delle vicende della *Emergency era*, ritiene che «*An institutional account, one that considers this judgment in light of the Supreme Court's role in India's political and historical context, is most persuasive (...) The NJAC Judgment can thus be understood in the broader context of the judiciary seeking to maintain institutional autonomy from the sort of undue political interference that it experienced in the 1970s and 1980s*» (*ivi*, 613). Si veda altresì il volume a cura di A. Sengupta, R. Sharma (Eds), *op. cit.*, che rende conto dei dibattiti scaturiti dall'adozione della pronuncia, offrendo altresì un'analisi in chiave comparata delle nomine nell'ambito di taluni ordinamenti di *common law*.

questa, lungi dal rappresentare una mera applicazione della risalente dottrina delle *basic features*, svelerebbe «*a significant departure from existing doctrine*»<sup>54</sup>. La ragione di tale allontanamento si rintraccerebbe nel fatto che la Corte non si è limitata ad individuare e garantire l'applicazione di un “meta-principio” che, quasi in un rapporto contenuto/contenitore, fa parte della *basic structure* della Costituzione, bensì si sarebbe spinta fino a definire il *quo modo* della realizzazione dello stesso, finendo per «esarcerbare potenziali separazioni tra testo costituzionale e pratiche costituzionali»<sup>55</sup>.

Inoltre, la circostanza che con la pronuncia sia stato “bocciato” un diverso sistema di nomine nella sua interezza, disponendo che tornasse ad essere applicata la procedura prevista in precedenza – in una sorta di reviviscenza – riporta l'attenzione su uno dei nodi gordiani che caratterizzano i dibattiti sul ruolo delle corti nelle democrazie contemporanee.

Rispetto a taluni *dicta* connotati da un certo *judicial activism* ci si domanda, invero, se questi assurgano agli estremi del *judicial overreach*<sup>56</sup>.

#### 4. L'art. 235 della Costituzione ed il controllo operato dalle *High Courts* sulle carriere dei giudici delle *subordinate courts*

La questione delle nomine nelle magistrature superiori indiane risulta intimamente connessa a quella relativa alle funzioni di controllo esercitate dalle *High Courts*, in quanto organi gerarchicamente superiori, in relazione alle carriere dei giudici delle corti di grado inferiore presenti sul territorio dello Stato.

Come in parte già accennato, l'articolo 235 della Costituzione stabilisce che «*The control over district courts and courts subordinate thereto including the posting and promotion of, and the grant of leave to, persons belonging to the judicial service of a State and holding any post inferior to the post of district judge shall be vested in the High Court (...)*».

Queste ultime rivestono evidentemente un ruolo determinante sia con riguardo alle nomine – le quali, pur affidate al Governatore del relativo Stato, richiedono la *consultation* della *High Court* di riferimento<sup>57</sup> – che ai trasferimenti e alle promozioni, ma anzitutto rispetto alla *disciplinary jurisdiction*, sebbene con modalità differenti rispetto alla figura dei *district judges* e agli altri giudici.

---

<sup>54</sup> C. Chandrachud, *Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and The Basic Structure Doctrine in India*, (September 2, 2017), disponibile in [ssrn.com/abstract=3031280](https://ssrn.com/abstract=3031280) (ultimo accesso: 19 settembre 2020), 15 ss., ora in R. Albert, B.E. Oder (Eds), *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, Berlin-Heidelberg, 2018.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Nel contesto dell'Unione indiana, i termini del dibattito venivano acutamente sintetizzati, già agli esordi degli anni Duemila, da B.S. Tyagi, *Judicial Activism in India*, New Delhi, 2000, il quale intitolava un capitolo del proprio volume “*Judicial Activism – boon or bane*”. Una risposta a tale interrogativo viene offerta anche da F.S. Nariman, *God Save the Hon'ble Supreme Court*, New Delhi, 2018, 125 ss.

<sup>57</sup> Sulle dinamiche delle nomine nelle magistrature subordinate si veda N. Robinson, *op. cit.*, che richiama la pronuncia Supreme Court of India, *M.M. Gupta v. State of Jammu & Kashmir*, (1982) 3 SCC 412.

Sotto questo profilo, nell'ambito degli Stati, il *judicial service* è suddiviso di regola tra *regular judicial service* and *higher judicial service*, distinzione che è espressiva peraltro del livello di anzianità<sup>58</sup>.

Come rilevato dalla dottrina indiana, dovendosi richiamare sul punto la decisione *Chief Justice of Andhra Pradesh v. L.V.A. Dixitulu*<sup>59</sup>, il controllo delle corti statali «*is exclusive in nature, comprehensive in extent and effective in operation*», essendo i termini “*posting*”, “*promotion*” and “*leave*” di cui alla lettera costituzionale non esaustivi delle funzioni esercitate<sup>60</sup>. Esso si manifesta difatti in molteplici settori e le sue modalità attuative emergono dall'analisi delle *Judicial Services Rules* di ciascuna *High Court*, a cui è demandata la relativa disciplina.

Per le promozioni, si fa ricorso ad esempio a criteri come quello del *merit-cum-seniority* accompagnato da un test di idoneità oppure coniugando l'anzianità di servizio in base al merito con meccanismi concorsuali ristretti, fermo restando che ai fini del reclutamento nell'*higher judicial service* una quota percentuale è riservata agli avvocati dotati dei requisiti di idoneità<sup>61</sup>.

Diversamente, per quanto attiene alle funzioni di natura disciplinare, il loro esercizio rappresenta il risultato di un riconoscimento avutosi anche per la via giurisprudenziale.

Nella recente pronuncia resa nel caso *Dr. P.S. Malik v. High Court of Delhi*<sup>62</sup> la Corte Suprema, partendo dalla risalente decisione *State of West Bengal v. Nripendra Nath Bagchi*, ha ricostruito sotto il profilo interpretativo la natura del controllo di cui all'art. 235 della Costituzione, riaffermando che quest'ultimo include poteri disciplinari nei confronti dei *District Judges* e degli altri giudici delle *subordinate courts*, trattandosi di una prerogativa volta a garantire l'indipendenza della magistratura.

Rifacendosi ai propri precedenti, l'organo di vertice della giustizia indiana ha inoltre ribadito la differenza intercorrente tra misure sanzionatorie quali *dismissal*, *removal*, *reduction in rank* o il *termination of services*, che richiedono l'adozione di un *order* da parte del Governatore dello Stato e rispetto alle quali la corte statale assume le vesti di *recommending authority*, e la sospensione, che rientra nei provvedimenti disciplinari che la *High Court* emette sulla scorta di poteri di cui quest'ultima è titolare in via esclusiva.

La connessione esistente tra la previsione dell'articolo 235 della Costituzione e il principio dell'indipendenza della magistratura quale sua *ratio* emerge anche dalla lettura della decisione *Madan Mohan Choudhary v. State Of Bihar*<sup>63</sup>, in cui la Corte, trattando proprio della funzione consultiva esplicita delle alte corti nei

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Cfr. Supreme Court of India, *Chief Justice of Andhra Pradesh and Others v. L.V.A. Dixitulu and Others*, (1979) 2 SCC 34.

<sup>60</sup> Così M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., 682 ss., che elenca in maniera dettagliata tutte le attività in cui si sostanzia questo potere.

<sup>61</sup> A titolo meramente esemplificativo si è fatto riferimento alle *Madhya Pradesh Judicial Services (Recruitment and Conditions of service) Rules*, 2017.

<sup>62</sup> Cfr. Supreme Court of India, *Dr. P.S. Malik v. High Court of Delhi & Anr.*, 2019 SCC Online SC 1070.

<sup>63</sup> Cfr. Supreme Court of India, *Madan Mohan Choudhary v. State Of Bihar*, AIR 1999 SC 1018.

confronti dei vertici dei governi statali, chiarisce che «*though the officers of subordinate judiciary are basically and essentially Government servants, their whole service is placed under the control of the High Court*».

Tale inquadramento consente di cogliere la differenza di *status* sussistente tra i giudici delle magistrature superiori e quelli appartenenti alle giurisdizioni di grado inferiore, che nel prisma del diritto comparato, come già accennato, ripropone modelli risalenti ad esperienze diverse, in parte anche divergenti.

In quest'ottica, la dialettica ancora esistente tra tradizione di *common law* e una diversa identità costituzionale, lungi dal rappresentare (in una riduttiva ottica post-coloniale) un approdo, pare piuttosto costituire l'epifania di una evoluzione che ancora non è giunta ad integrale compimento.

### 5. La Magistratura indiana tra spinte riformatrici e “*humane legality*”

Osservando il panorama ordinamentale dell'India contemporanea da Ovest, è possibile affermare, a mo' di conclusione, che la pronuncia resa nel *NJAC case* non sembra chiudere la strada a future modifiche volte all'introduzione di un organo a cui sia affidata la gestione delle carriere, in quanto il nucleo forte della riforma ritenuto confliggente con i valori indiani è da ricondursi anzitutto alla rinnegata *primacy* del potere giudiziario<sup>64</sup>.

Una simile considerazione verrebbe confermata dall'attenzione e dall'apertura mostrata dalla Corte con riferimento ai meccanismi di selezione previsti in alcune esperienze straniere, in ordine ai quali la stessa ha osservato che «*in the process of evolution of societies across the globe, the trend is to free the judiciary from executive and political control, and to incorporate a system of selection and appointment of Judges, based purely on merit*»<sup>65</sup>.

Upendra Baxi ha rilevato come in realtà la pronuncia ponga sul tavolo delicate questioni, *in primis* quella della trasparenza e della *accountability*, che richiedono di essere apprezzate in una più ampia riflessione, in primo luogo di matrice filosofica, sulla nozione di giustizia, tenendo peraltro conto dello sviluppo e del consolidamento in India di una «*demosprudential adjudicative leadership*»<sup>66</sup>.

In opposizione alla *jurisprudence* che delinea «principi, precetti, norme, dottrine, massime del diritto e il concetto di diritto», la *demosprudence*<sup>67</sup>, nel

---

<sup>64</sup> In questo senso U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism: The NJAC Decision and Beyond*, in 9 *NUJS Law Review* 153 (2016), disponibile all'url [nujslawreview.org/](http://nujslawreview.org/).

<sup>65</sup> Si veda il par. 171 e ss. della pronuncia *Supreme Court Advocates-on-Record Association v. Union of India*, (2016) 5 SCC 808 (par. 178 per la cit.). Sul punto la Corte richiama il lavoro di N. Garoupa, T. Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 444*, 2008.

<sup>66</sup> U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism*, cit.

<sup>67</sup> Il ordine a tale elaborazione teorica si veda U. Baxi, *Law, Politics, and Constitutional Hegemony. The Supreme Court, Jurisprudence, and Demosprudence*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 94 ss., ma altresì, dello stesso autore, Id., *Demosprudence versus Jurisprudence? The Indian Judicial Experience in the Context of Comparative Constitutional Studies*, in 14 *Macquarie Law Journal* 3 (2014).

contesto indiano, assume nuovi significati rispetto a quelli delineati dalle elaborazioni teoriche statunitensi, caratterizzando, da oltre trent'anni, un'epoca in cui «*Justices rediscover/remake people*»<sup>68</sup>, anzitutto tramite la *social action litigation*<sup>69</sup>.

Per altro verso le più recenti vicende istituzionali sembrano denotare una riacuita tensione tra politica e magistratura, ma probabilmente anche la presenza di talune criticità nei rapporti interni allo stesso potere giudiziario<sup>70</sup>.

Nella decisione relativa alla *Suo-Motu Contempt Petition (Civil) No. 1 of 2017*<sup>71</sup>, la Corte Suprema ha richiamato l'attenzione sulla necessità tanto di ripensare i processi di nomina a tutti i livelli della giurisdizione quanto di valutare l'introduzione di strumenti sanzionatori diversi dall'*impeachment* con riguardo ai giudici delle magistrature superiori.

Come rammentato da uno dei maggiori studiosi della carta costituzionale indiana, tra le tematiche che più preoccuparono l'Assemblea costituente vi fu quella della indipendenza delle corti<sup>72</sup>. Sotto questo profilo, la Costituzione «*has done everything possible to make the Supreme Court and the High Courts independent of the influence of the Executives*»<sup>73</sup>, sancendo espressamente, tra l'altro, nella parte contenente i principi direttivi della politica statale, la separazione del giudiziario dal potere esecutivo<sup>74</sup>.

A ben vedere, S.P. Sathe, nel concludere il proprio magistrale lavoro sull'attivismo giudiziario in India, osservava che «*the judiciary is the weakest organ of the State. It becomes strong only when people repose faith in it. Such faith of the people constitutes the legitimacy of the Court and of judicial activism*»<sup>75</sup>.

Esercitando la magistratura una funzione di «*counter-majoritarian check on democracy*»<sup>76</sup>, l'indipendenza, in quanto volta a tutelare il legame esistente tra

<sup>68</sup> Così U. Baxi, *Demosprudence and Socially Responsible/Response-able Criticism*, cit., 166.

<sup>69</sup> Sull'evoluzione e le peculiarità della *public interest litigation* in India si veda U. Baxi *Taking Suffering seriously: Social Action litigation in the Supreme Court of India*, in R. Dhavan, R. Sudarshan, S. Khurshid (Eds), *op. cit.*, 289 ss; M. Rao, *Public Interest Litigation in India: A Renaissance in Social Justice*, Lucknow, 2002; A.H. Desai, S. Muralidhar, *Public Interest Litigation: Potential and Problems*, in B.N. Kirpal, A.H. Desai, et al. (Eds), *op. cit.*, 159 ss.; A. Bhuwania, *Courting the People: Public Interest Litigation in Post-Emergency India*, New York, 2017. Tra la dottrina italiana si veda M. Caielli, *Governo debole, giudiziario forte: alcune riflessioni sull'azione di pubblico interesse in India*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 nov. 2012, disponibile in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e P. Viola, 'Giustizia sociale' e *Public Interest Litigation nell'evoluzione costituzionale di alcuni ordinamenti asiatici*, in *DPCE Online*, v. 37, n. 4, 2018, disponibile in [www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/585](http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/585) (ultimo accesso: 19 settembre 2020).

<sup>70</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla posizione assunta da quattro giudici della Corte Suprema il 12 gennaio 2018 nei confronti del *Chief Justice of India*, su cui in questa sede si ritiene sufficiente rinviare al resoconto offertone dalla stampa periodica.

<sup>71</sup> Cfr. Supreme Court of India, *Suo-Motu Contempt Petition (Civil) No. 1 of 2017, judgment* del 9 maggio 2017.

<sup>72</sup> G. Austin, *The Indian Constitution*, cit., 164.

<sup>73</sup> Così M.P. Singh, *V.N. Shukla's Constitution of India*, cit., A-53.

<sup>74</sup> Sul punto l'art. 50 della Costituzione stabilisce che «*The State shall take steps to separate the judiciary from the executive in the public services of the State*», il cui tenore letterale non ha evitato però il sorgere di dubbi di natura interpretativa.

<sup>75</sup> Così S.P. Sathe, *op. cit.*, 310.

<sup>76</sup> *Ibidem*. Rispetto alle elaborazioni di tale autore che risalgono agli anni Duemila, più di

potere giudiziario, *rule of law* e dimensione sociale, pare costituire uno dei tasselli della *constitutional identity* indiana, intesa nella sua accezione dinamica<sup>77</sup>.

Da questa prospettiva, uno dei principi cardine del costituzionalismo trova quindi nella dimensione particolare nuove narrative dominate dalla giustizia sociale e dalla “*humane legality*”<sup>78</sup>, in una sorta di riconciliazione tra universalismo e localismo.

Maria Sarah Bussi  
Dip.to di Scienze politiche  
Università della Campania  
maria.bussi@unicampania.it

---

recente M. Mate, *The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India*, in 33 *Boston University International Law Journal* 169 (2015), il quale, offrendo una lettura dell'attivismo giudiziario dalla prospettiva della *elite institutionalism theory*, ritiene che «*judicial activism in courts around the world need not be viewed through the narrow lens of the counter-majoritarian versus majoritarian debate regarding the role of courts*», ma che «*the roots of judicial activism and assertiveness can be better understood by looking to the institutional context, and the professional and intellectual elite atmosphere of judicial decision-making*» (*ivi*, 224).

<sup>77</sup> Si veda G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, in S. Choudhry, M. Khosla, P.B. Mehta (Eds), *op. cit.*, 110 ss.

<sup>78</sup> Il riferimento è all'espressione utilizzata dal giudice K. Iyer nella pronuncia *Som Prakash v. Union of India*, il cui passaggio è integralmente riportato da M.P. Jain, *The Supreme Court and Fundamental rights*, in S.K. Verma, Kusum (Eds), *Fifty Years of the Supreme Court of India. Its Grasp and Reach*, New Delhi, 2000, 100.

