

Indipendenza e imparzialità dei giudici nelle esperienze di *common law* (Australia, Irlanda, Stati Uniti): la *bias rule* e la *judicial legitimacy*

di Benedetta Barbisan

Abstract: *Independence and impartiality of judges in common law experiences (Australia, Ireland, USA): the bias rule and judicial legitimacy* – The article discusses the issue of judicial independence and impartiality from political powers in three selected common law jurisdictions. The text takes into account appointment procedures in Australia, Ireland and the United States of America to highlight the extent to which different mechanisms of appointment affect judicial legitimacy in the selected jurisdictions.

Keywords: Common law; Bias rule; Judicial independence; Judicial legitimacy.

1. Quale indipendenza?

Riflettere sull'indipendenza delle Corti dai poteri politici nei principali sistemi di *common law* esige una premessa. Occorre, infatti, spiegare che cosa si possa intendere per indipendenza delle Corti dai poteri politici in democrazie mature e solide come quelle di cui vi potrò dire nel tempo che mi è concesso, ovvero Australia e Stati Uniti, ordinamenti che non rivelano patologie del principio di separazione dei poteri, che non conoscono deliberati interventi legislativi atti a indebolire l'autonomia delle Corti, che, insomma, non manifestano segnali di cedimento sul fronte della indipendenza *istituzionale* delle Corti, alludendo con essa alla capacità del potere giudiziario di resistere agli sconfinamenti intentati dal Legislativo o dall'Esecutivo.

Una prima accezione è quella di indipendenza *istituzionale*, che riguarda la resistenza che ogni potere è in grado di offrire ai tentativi perpetrati da altri poteri di violarne le prerogative, di condizionarne l'operato, di usarne i mezzi per raggiungere finalità altre rispetto a quelle fatte proprie dalla funzione. L'attentato alla indipendenza istituzionale è quello che va in scena tipicamente quando chi agisce per investitura popolare, dando voce alla democrazia maggioritaria, mal tollera chi, d'altra parte, resta estraneo al circuito di legittimazione politica a tutela delle garanzie della *rule of law*. La tensione fra queste due polarità, che abbiamo visto in azione, con esiti alterni, anche in ordinamenti astrattamente immuni si traduce piuttosto ritualmente nella volontà da parte del Governo di mettere a tacere o manipolare il libero assolvimento del potere di controllo

sulle leggi, per sua natura contromaggioritario¹ e, pertanto, di intralcio a una declinazione della democrazia ridotta alla sua componente elettorale/popolare. La minaccia all'indipendenza istituzionale, insomma, rivela la convinzione del potere esecutivo che i giudici che esercitano la *constitutional adjudication* siano 'the most dangerous branch'². Si tratta di una accezione che si attaglia poco alle *established democracy* di *common law*: per quanto sia sempre possibile che a tratti siano insofferenti nei confronti del controllo di costituzionalità delle leggi, esse non dimostrano cedimenti né danno motivo di intuire eventuali crolli nel prossimo futuro.

Una seconda accezione è quella di indipendenza *decisionale*, vale a dire la capacità di ogni singolo giudice, individualmente preso, di prendere parte alla decisione dei casi dibattuti davanti alla Corte senza essere tenuti o senza volersi legare all'obbedienza a una *judicial ideology*, vale a dire a una visione del mondo – per fare qualche esempio: il *laissez-faire*, il collettivismo, il clericalismo, l'imperialismo e la missione civilizzatrice, la conservazione o promozione di un certo ordine sociale – capace di distorcere il proprio ruolo, esercitato a servizio di quella ideologia anziché della imparziale amministrazione della giustizia e del giudizio sulle leggi. Mentre l'indipendenza istituzionale concerne l'*organo*, l'indipendenza decisionale attiene al *singolo giudice*; mentre la prima riguarda strutturalmente l'operato della Corte, la seconda si può misurare caso per caso.

Una caratteristica rilevante della indipendenza decisionale è di poter essere messa in pericolo tanto da forzature e condizionamenti esterni quanto dai giudici stessi per convincimento proprio o per l'utilità di conformarsi all'opinione pubblica³. In ciascuno di questi casi, essi mancano di usare il discernimento necessario a distinguere un sistema di pensiero da una ideologia, non limitandosi a riconoscersi in un metodo di interpretazione della Costituzione – l'*originalismo*, l'idea della Costituzione come *living document*... – ma esasperandone l'applicazione fino a farne il mezzo con cui perseguire una visione del mondo – una ideologia appunto – in grado di oscurare i fatti del caso e la stessa norma⁴. Allora, anche in un ordinamento solidamente democratico e immune da attentati all'indipendenza istituzionale delle Corti, l'indipendenza decisionale è un aspetto che merita di essere osservato perché contribuisce all'equa separazione dei poteri ma non meno alla *percezione* che della giustizia ha la società che ne è destinataria.

¹ Se si possa davvero parlare di una vocazione *countermajoritarian* della Corte Suprema degli Stati Uniti e, per analogia, di altre Corti che amministrano il sindacato di costituzionalità sulle leggi è quanto si è chiesto R.A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. L.* 279 (1957).

² In questa chiave, si veda in particolare W. Sadurski, *A Pandemic of Populist*, Cambridge, 2022, soprattutto 106-142.

³ In quest'ottica, P.T. Spiller e R. Gely, *Strategic Judicial Decision-Making*, in K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira (Eds), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, 2008, 34.

⁴ Sull'allineamento delle *policy* della Corte Suprema degli Stati Uniti, per esempio, con le preferenze di altri attori istituzionali, si veda L. Epstein, J. Knight, *The Choices Justices Make*, Washington D.C., 1997; sul processo decisionale dei giudici, è interessante l'analisi combinata di un giurista, un economista e un giudice in L. Epstein, W.M. Landers, R.A. Posner, *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge (Mass.), 2013.

L'indipendenza istituzionale dei giudici, strettamente connessa al principio di separazione dei poteri e prodotta dalle intese fra politici e giudici, 'is ultimately a political achievement'⁵, vale a dire che la sua garanzia non può prescindere dall'impegno di legislatori e governanti. L'indipendenza decisionale discende certamente in parte da quella istituzionale, ma ha a che fare con le condizioni per così dire interne che definiscono il grado di libertà dei giudici dalle influenze che possono venire dagli altri come dai loro stessi preconcetti. L'indipendenza decisionale è garanzia della loro imparzialità etica (che riguarda i possibili conflitti di interessi della più varia natura: da quelli economici fino a quelli culturali e sociali) e politica (nel rapporto con gli altri poteri). L'imparzialità, a sua volta, è condizione della loro legittimazione, giacché quest'ultima esiste e si rafforza in relazione crescente con la *fiducia* che i cittadini sentono di poter accordare al potere giudiziario che li riguarda. Parafrasando il *judicial trilemma*⁶ costruito per le Corti internazionali, dunque, potremmo azzardare che questi tre caratteri si combinano in una *judicial pyramid*, una costruzione, cioè, pensata non in senso coordinato ma ordinato che colloca alla base, come presupposto fondamentale, l'indipendenza dei giudici e, a salire, in un rapporto causale, l'imparzialità e infine la legittimazione. Ognuno di questi elementi assicura i termini necessari al consolidamento dei successivi; riferirsi a uno di questi elementi allude necessariamente agli altri due.

In sistemi nei quali l'indipendenza istituzionale non sia messa in pericolo, in cui non siano in atto deliberate politiche di 'impacchettamento' delle Corti, di neutralizzazione del loro giudicato o di soggezione al volere della maggioranza politica al potere, non è detto che l'indipendenza decisionale sia, però, altrettanto acquisita e che lo sia costantemente e per tutti. Il giudizio sulle leggi è indipendente e appare come tale, dunque, quando contestualmente sia la Corte che i singoli giudici diano prova di essere liberi da influenze esterne, dirette o indirette, personali o funzionali. In questa combinazione si può riconoscere la descrizione che del lavoro dei giudici chiamati a mettere in pratica nei vari sistemi il sindacato di costituzionalità sulle leggi ha dato Kate O'Regan, giudice emerita della Corte costituzionale del Sudafrica. In una sua recente *lecture* all'Università di Cambridge⁷, ella ha proposto la nozione di *craft of constitutional adjudication* (a sua volta mutuandola da Karl Llewellyn, uno dei fondatori del realismo

⁵ Così G. Gee, R. Hazell, K. Maleson, P. O'Brien, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge, 2015, 252.

⁶ Il riferimento è a J.L. Dunoff, M.A. Pollack, *The Judicial Trilemma*, in 111 *Am. J. Int'l L.* 225 (2017), nel quale è esposta la logica del *judicial trilemma* inteso come la combinazione di *judicial independence* (la libertà dei giudici di decidere i casi basandosi unicamente sui fatti e la legge), *judicial accountability* (i meccanismi che presiedono al rinnovo della nomina o l'elezione dei giudici) e *judicial transparency* (gli istituti che permettono l'identificazione delle posizioni dei singoli giudici attraverso l'accesso a opinioni individuali).

⁷ K. O'Regan, *The Craft of Constitutional Adjudication*, Sir David Williams Lecture 2023, 4 maggio 2023 (l'audio e il video sono disponibili alla pagina <https://www.cpl.law.cam.ac.uk/sir-david-williams-lectures/professor-kate-oregan-craft-constitutional-adjudication#:~:text=Craft%20may%20seem%20a%20quaint,not%20only%20individuals%20who%20adjudicate>).

giuridico, che ne ha scritto rispetto al ruolo dei giudici nelle U.S. Court of Appeals⁸), vale a dire il *mestiere artigianale* (*craft* appunto) del giudice costituzionale o supremo: come degli artigiani, infatti, i giudici esercitano la loro funzione dispiegando qualità, competenze, ingegno e cultura personali ma, proprio come gli artigiani nelle botteghe rinascimentali, essi formano e sono a propria volta formati da una *transgenerational professional community*, al cui interno concorrono al perseguimento di una *communal enterprise*. L'indipendenza decisionale, dunque, combina il necessario individualismo dei giudici, declinato nel pieno rispetto dei colleghi e dei limiti del proprio ruolo, con la loro appartenenza a qualcosa che li trascende, che li comprende e li definisce. L'indipendenza decisionale spiegata in questi termini potremmo anche chiamarla *judiciousness*, caratteristica che, dunque, tiene i giudici alla larga dalla partigianeria politica che finirebbe per danneggiare rovinosamente la stessa legittimità della Corte e, più in generale, della potestà giurisdizionale.

Questa *judiciousness* ricorre *passim* nei *Bangalore Principles of Judicial Conduct*⁹, il documento che l'Economic and Social Council delle Nazioni Unite ha approvato nel 2006 in ordine ai valori che ogni giudice è obbligato a onorare nell'esercizio della sua professione: fra le varie raccomandazioni, l'ECOSOC ha evidenziato che il giudice deve affidarsi alla valutazione dei fatti, a una 'conscientious understanding of the law' e deve provarsi libero da 'extraneous influences'¹⁰. Egli deve altresì apparire libero a un 'reasonable observer'¹¹ e tenere una condotta, dentro e fuori la Corte, in grado di 'enhance the confidence of the public'¹².

La formulazione universalistica di questi valori che esaltano l'importanza della effettiva indipendenza di giudizio del giudice e l'obiettivo di coltivare la fiducia del pubblico dimostra la valenza globale di un principio antico e ricorrente negli ordinamenti di *common law*, la cosiddetta *bias rule*, le cui origini vengono fatte risalire addirittura al Quattordicesimo secolo e il cui valore sacro fu affermato già nel fondativo *Dr Bonham's Case* del 1610¹³ e poi confermato da decisioni coeve¹⁴. Se nei secoli precedenti era frequente che i giudici fossero portatori di un interesse direttamente coinvolto nella controversia in giudizio, dall'inizio del Diciassettesimo secolo le Corti inglesi presero a reputare tali conflitti di interesse 'against right and justice and against natural equity'¹⁵, anche se una applicazione automatica della regola

⁸ K.N. Llewellyn, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston, 1960.

⁹ *Strengthening Basic Principles of Judicial Conduct*, ECOSOC 2006/23. I sei valori in esso contenuti e raccomandati ai giudici per il corretto esercizio della loro funzione sono *independence, impartiality, integrity, propriety, equality, competence and diligence*.

¹⁰ Value 1, *Independence*, 1.2.

¹¹ Value 1, *Independence*, 1.3.

¹² Value 2, *Impartiality*, 2.2.

¹³ *Ebner v. Official Trustees in Bankruptcy*, [2000] 205 CLR 337 (Kirby J.).

¹⁴ Sia *Earl of Derby's case* (1613), 12 Co Rep 114; 77 ER 1390 che *Brookes v Rivers (Earl of)* (1655-69) Hardes 503; 145 ER 569 affermarono il principio in base al quale la decisione di una Corte era da mettere da parte e a un giudice fatto divieto di presiedere di fronte alla constatazione della sua mancanza di imparzialità.

¹⁵ *Day v Savadge* (1614) Hob 65; 80 ER 235, p. 235: una violazione di domicilio era stata esaminata dai funzionari comunali contro i quali era stata presentata la richiesta di risarcimento. La decisione venne annullata a causa del conflitto intrinseco in cui si trovavano i funzionari comunali.

della *disqualification* per interessi economici si consoliderà solidamente solo alla metà del Diciannovesimo¹⁶.

Ma l'avvento della più generale *bias rule*, però, di ben più ampia portata rispetto ai conflitti di natura pecuniaria dei secoli moderni, risale all'enunciazione del *Lord Chief Justice of England* Hewart secondo cui 'justice should not only be done, but *seen* to be done'¹⁷. In quest'ottica, la percezione di ciò che viene deciso e di come sia deciso è determinante, il che implica non solo che la giustizia sia impartita equamente, ma che tutto contribuisca a farla apparire tale. Pertanto, l'idea di indipendenza e di imparzialità¹⁸ che si situa al cuore della *bias rule* e che si imprime nel pubblico a partire da ciò che i giudici decretano alimenta o attenua la fiducia che essi rivolgono alle Corti. In altre parole, la *bias rule* può spiegarsi come la tensione a far sì che la generalità dei cittadini abbia fiducia nella amministrazione della giustizia, il che avviene solo a condizione che il giudice sia visto come libero da interessi, pregiudizi o posizioni ideologiche nell'esercizio del suo mestiere. Il giudice,

¹⁶ Così H. Woolf, J. Jowell, A. Le Sueur, *De Smith's Judicial Review*, Londra, 2007, 501-502, mentre A. Olowofoyeku, *The Nemo Jude's Rule: The Case Against Automatic Disqualification*, *Public Law* 456 (2000), 456-458 sostiene che è avvenuto all'inizio del Ventesimo secolo.

¹⁷ *R v Sussex Justices; Ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, p. 259 (corsivo aggiunto). Similmente, anche Aitkin LJ notò in *Shrager v Basil Dighton Ltd*, [1924] 1 KB 274, p. 284: 'next to the tribunal being in fact impartial is the importance of its appearing so'.

¹⁸ Quando si parla di *bias rule*, si parla di indipendenza o di imparzialità del giudice? La *High Court* australiana, per esempio, ha spiegato che 'bias, whether actual or apparent, connotes the absence of impartiality' (*Ebner v Official Trustee* [2000] 205 CLR 337), ma ha anche precisato che '[bias] may not be an adequate term to all cases of the absence of independence' (p. 348). Anche la Baronessa Brenda Hale, Chief Justice della Corte Suprema britannica, ha puntualizzato in *Gillies v Secretary of State for Works and Pensions* [2006] 1 All ER 721 che '(i)mpartiality is not the same as independence, although the two are closely linked. Impartiality is the tribunal's approach to deciding the cases before it. Independence is the structural or institutional framework which secures this impartiality, not only in the minds of the tribunal members but also the perception of the public'. Simili sono anche le ricostruzioni in ambito canadese: si veda L. Sossin, *The Uneasy Relationship Between Independence and Appointments in Canadian Administrative Law*, in G. Huscroft, M. Taggart (cur.), *Inside and Outside Canadian Administrative Law*, Toronto, 2006, 51-56. Ciò che si ricava da questi brevi cenni è che 'impartiality is a concept generally directed to *specific instances* of decision-making, while independence is an *institutional* concept that governs the wider structures within which decision-makers act' (M. Groves, *The Rule against Bias*, in 39 *Hong Kong L.J.* 485, 489 (2009)). La giurisprudenza britannica imperniata sulla *bias rule*, allora, può essere classificata secondo questa differenza fra *personal* e *institutional* – che ricalca la distinzione premissa in questo contributo fra indipendenza istituzionale e indipendenza decisionale: sotto la prima categoria ricade, per esempio, *Lawal v Northern Spirit*, [2004] 1 All ER 187; nella seconda *R (Al-Hasan) v Secretary of State for the Home Department*, [2005] 1 All ER 927 (HL) o *Helow v Secretary of State for the Home Department (Scotland)*, [2008] 1 WLR 2416. La stretta contiguità fra *personal* e *institutional* è stata lumeggiata da Lord Hope sempre in *Gillies v Secretary of State for Work and Pensions*, chiarendo che l'imparzialità personale è inestricabilmente legata al contesto istituzionale circostante. Che non sia facile distinguere fra indipendenza e imparzialità è sostenuto da W. Lucy, *The Possibility of Impartiality*, in 25 *Oxford J. Legal Stud.* 3 (2003): basti riprendere *FB v Director of Immigration*, [2008] (HCAL51/2007, 5 dicembre 2008, in cui il giudice Saunders osservò che la mancanza di indipendenza può inficiare l'indipendenza del giudizio.

insomma, non deve solo essere giusto, ma deve anche *sembrare* giusto agli occhi di chi osserva il suo operato.

Ma quale standard si applica per appurare la sussistenza di tale percezione da parte della collettività? Per lungo tempo, l'invocazione della *bias rule* è stata connessa a un approccio *soggettivo*: Lord Goff della House of Lords lo spiegò dicendo che non era necessario, per la *bias rule*, 'to require that the court should look at their matter through the eyes of the reasonable man, because the court [...] personifies the reasonable man'. Non solo i giudici sanno incarnare l'uomo ragionevole, ma lo fanno conoscendo il caso e la legge molto meglio dell'opinione pubblica anche più attrezzata¹⁹. I giudici, quindi, in forza del metodo giuridico che impiegano e della competenza tecnica di cui si servono, incarnano essi stessi il prototipo ideale per valutare la percezione sul loro lavoro. La *High Court* australiana ha, invece, contraddetto questo indirizzo suggerendo uno standard *oggettivo*, incentrato sulla 'reasonable apprehension on the part of a fair-minded and informed observer', rivolgendosi così alla reazione di un ipotetico cittadino medio di fronte alla decisione della Corte, che non si può presumere sia equipaggiato delle nozioni tecniche necessarie a penetrare le complessità del caso²⁰. Si tratta, ovviamente, di un'astrazione, ma almeno è servita a spostare dall'interno all'esterno dell'organo giurisdizionale lo standard su cui fondare la percezione di indipendenza e imparzialità e, dunque, la legittimazione delle Corti. Secondo questo test soggettivo, dunque, la giustizia fatta è anche vista dall'opinione pubblica quando i giudici dimostrino di essere impermeabili a contaminazioni politiche o ideologiche, di pensiero o culturali che ne possono minare l'indipendenza, l'imparzialità e ferirne la legittimazione. Quanto più i giudici sono capaci di indipendenza decisionale con cui resistere alle pressioni o alle circostanze che li vorrebbero politicizzati o polarizzati tanto più la *bias rule* è rispettata.

Fra i numerosi fattori che più pesano sulla indipendenza decisionale dei giudici e sulla percezione della loro imparzialità quello forse più immediato *pour cause* attiene alle modalità con cui essi vengono designati. Il processo con cui i candidati alla scranna di giudice vengono individuati, selezionati e nominati e gli attori istituzionali a cui questo potere è affidato determinano la relazione che intercorre con gli altri poteri, in special modo con quello Esecutivo, se coinvolto nelle procedure di scelta dei giudici. Intuitivamente, tanto più la scelta dei giudici risiede nei pressi del Governo e delle forze politiche che detengono il potere al momento della nomina quanto più sarà inevitabile interrogarsi sulla possibilità dell'esistenza di un vincolo o di una sintonia fra nominante e nominato in grado di proiettare la sua influenza sui lavori della Corte per tramite di un *vulnus* alla indipendenza decisionale del giudice. Altrettanto intuitivamente, dalla mera possibilità che questo vincolo o questa sintonia possano manifestarsi dipende la percezione

¹⁹ *R v Gough* [1993] 2 AC 646, pp. 668-670 (Goff LJ).

²⁰ *Webb v The Queen* [1994] 181 CLR 41 (Mason CJ e McHugh J). Essi hanno chiarito che 'the public perception of the judiciary is not advanced by attributing to a fair-minded member of the public a knowledge of the law and the judicial process which ordinary experience suggest is not the case' (p. 52). Ciò nonostante, '(t)he fair-minded and informed observer would place great weight on the judge's view of the facts. Indeed, in many cases the fair minded observer would be bound to evaluate the incident in terms of the judge's findings' (*ibidem*).

che della imparzialità dell'organo maturino i cittadini e la persistenza della loro fiducia nell'operato dei giudici – in una parola, la *judicial legitimacy*.

Fra le principali esperienze di *common law*, sono tre i modelli che riguardano le procedure di designazione dei giudici rappresentati da altrettanti ordinamenti. Il primo è quello in cui le nomine avvengono tutte sostanzialmente all'interno del potere esecutivo; il secondo è quello in cui, a fianco del ruolo del Governo, partecipa un organo consultivo e tecnico come filtro e cerniera con il mondo forense e giudiziario; il terzo, infine, è quello in cui le prerogative del Governo incontrano un bilanciamento nella partecipazione di un altro potere, segnatamente quello legislativo. ma ciò che è rilevante verificare ai fini delle premesse di questo lavoro è se e quanto il peso giocato dalle influenze politiche agite attraverso il coinvolgimento del potere esecutivo nel processo di designazione dei giudici possano avere un effettivo impatto sulla indipendenza decisionale dei giudici e, conseguentemente, sulla percezione della loro terzietà e sulla fiducia di cui i cittadini investono le Corti.

Il primo modello è pienamente esemplificato dal sistema in vigore in Australia, dove, lo vedremo nelle prossime pagine, di fatto la scelta dei giudici risiede a tutt'oggi nelle mani del Primo Ministro: non è previsto l'intervento di esponenti del mondo professionale forense o giudiziario né si conoscono i passaggi e le valutazioni che conducono alla selezione del candidato per la nomina. Il caso australiano, dunque, è ad oggi quello che esprime il modello di designazione più verticalizzato, il che lascerebbe supporre che esista un dibattito sui pericoli di contaminazione fra volontà della maggioranza e orientamento dei giudici.

Il secondo modello può essere efficacemente rappresentato dal sistema irlandese, peraltro sottoposto a recentissime revisioni, introdotte, come vedremo, non senza qualche tensione istituzionale: si tratta di un meccanismo in qualche misura *ibridato*, perché, in analogia con quanto attuato in Inghilterra e Galles e, più limitatamente, in Scozia e in Irlanda del

Nord²¹, in Canada²² e in India²³, anche in Irlanda le nomine dei giudici avvengono, sì, da parte del Governo, ma congiuntamente a una commissione indipendente composta da giudici e da membri selezionati dalle professioni legali che svolge una fase di raccolta e vaglio sulla base del merito dei candidati che concorrono all'assegnazione della posizione vacante. L'esperienza dell'Irlanda, come vedremo più avanti, illustra un percorso eloquente con cui si è giunti alla costituzione del *Judicial Appointments Advisory Board* prima e, proprio nel 2023, della *Judicial Appointments Commission* proprio per scongiurare una concentrazione di discrezionalità

²¹ La *Judicial Appointments Commission* (JAC) è stata istituita il 3 aprile 2006 secondo quanto disposto dal *Constitutional Reform Act 2005*, è formata da quindici membri, dodici dei quali selezionati e designati dopo un processo di selezione pubblica a cui possono partecipare avvocati, *non-legally qualified officer holders* e comuni cittadini, mentre gli altri tre sono scelti o dal *Judges' Council* o dal *Tribunals' Council*. Anche le nomine alla Corte Suprema del Regno Unito è supervisionata da una commissione indipendente, composta da almeno cinque membri: il Presidente della Corte Suprema stessa, un *senior judge* nominato dal Presidente ma che non faccia parte della Corte Suprema, un membro della *Judicial Appointments Commission*, un membro della *Judicial Appointments Board of Scotland* e uno della *Northern Ireland Judicial Appointments Commission*. Viene lanciato un bando pubblico alla ricerca di candidati, il *Lord Chancellor*, il Primo Ministro scozzese, quello del Galles, la *Northern Ireland Judicial Appointments Commission* e i *senior judge* di tutto il Regno Unito vengono consultati e viene stilata una *short list* dei candidati. A quel punto, i candidati vengono intervistati e la commissione ne riporta gli esiti al *Lord Chancellor*, indicando il nome di chi sia stato giudicato più idoneo. Il *Lord Chancellor* può, sentiti il Primo Ministro scozzese, quello gallese, la *Northern Ireland Judicial Appointments Commission* e i *senior judge*, accogliere la raccomandazione, rigettarla o chiedere alla commissione di rivalutare, ma queste due ultime occorrenze sono praticabili unicamente in alcune circostanze definite. Al termine di questo percorso, il nome è notificato al Primo Ministro e da questi al Monarca, che procede alla formalizzazione della designazione.

²² Nel caso della Corte Suprema, un *Independent Advisory Board for Supreme Court of Canada Judicial Appointments* è stato istituito a partire dal 2016 ed è stato convocato dal Primo ministro in quell'anno, nel 2017, nel 2019 e nel 2021 per raccomandare candidati alla nomina delle posizioni vacanti. L'*Advisory Board*, che offre pareri non vincolanti ed interamente fondati sul merito delle candidature, è composto da tre membri, di cui almeno due diversi da avvocati e *barrister*, nominati dal Ministro della Giustizia, un avvocato indicato dalla *Canadian Bar Association*, uno dalla *Federation of Law Societies of Canada*, uno dalla *Indigenous Bar Association*, un giudice in congedo da una superior court scelto dal *Canadian Judicial Council* e un professore designato dal *Council of Canadian Law Deans*.

²³ A partire dal 1993, la nomina dei giudici alla Corte Suprema indiana e alla *High Court* avviene con decreto del Presidente, il quale sceglie il candidato da una lista che gli viene raccomandata dal *Chief Justice* e dai due giudici *senior* della stessa Corte Suprema, che insieme formano l'*Indian Judicial Collegium*. Questo sistema di nomina è il prodotto di tre sentenze emesse dalla Corte Suprema, note come i *Three Judges Cases* (*S.P. Gupta v. Union of India*, AIR 1982 SC 149, anche noto come *Judges' Transfer Case*; *Supreme Court Advocates-on Record Association v. Union of India*, AIR 1994 SC 268; *In Re Special Reference 1 of 1998*, AIR 1999 SC 1: quest'ultima, a dire il vero, non è una sentenza, ma un'opinione resa in risposta a un quesito presentato dall'allora Presidente dell'India K.R. Narayanan), attraverso le quali essa ha sviluppato il principio di indipendenza del potere giudiziario nel senso di respingere l'ipotesi che qualsiasi altro potere dello Stato possa intervenire nelle procedure di nomina dei giudici. Prima dell'istituzione dell'*Indian Judicial Collegium*, i giudici venivano designati dal Presidente dietro suggerimento del Governo federale.

presso il potere esecutivo. Anche in questo caso, sarà interessante verificare quanto questa evoluzione normativa sia sintomo della percezione di una giustizia politicamente orientata e se questo abbia condotto a una perdita di fiducia nelle Corti.

Infine, il terzo modello è incarnato al meglio dal sistema degli Stati Uniti, comunque una realtà forse inaggirabile quando si voglia riflettere sulla prossimità fra democrazia maggioritaria e potere dei giudici, date le vicende che, negli ultimi anni, hanno intensamente drammatizzato la designazione di quattro giudici alla Corte Suprema federale. Il caso degli Stati Uniti è inevitabile anche perché suscettibili di provocare reazioni controintuitive rispetto alle procedure con cui i giudici federali vengono nominati, trattandosi, almeno *de jure*, del sistema più equilibrato fra i poteri, coniugando l'indicazione dei candidati da parte del Presidente e la necessità di una loro conferma da parte del Senato.

2. Nomine esclusivamente governative: oltre l'omogeneità geografica, etnica e culturale dei giudici della *High Court* australiana

Come noto, la *High Court* australiana è fra le più stimate e citate fra gli ordinamenti di *common law*, dunque la sua autorevolezza e legittimità valica i confini nazionali, quantunque, come vedremo, non tutto quello che la riguarda è pacifico e definitivo. Essa occupa l'apice del potere giudiziario da centoventi anni e la sua indipendenza e imparzialità, come ha osservato il *Chief Justice Murray Gleeson*²⁴, non sono diritti soggettivi dei giudici, ma diritti dei cittadini, risiedendo la sua legittimità nella capacità di mantenere la fiducia di cui la investe il popolo australiano.

Per la nomina dei giudici della *High Court*, la Costituzione australiana dispone solamente alla Sezione 72 (i) che essi siano indicati dal *Governor-General*, che rappresenta il Monarca britannico, all'interno del *Federal Executive Council*, a cui la Sezione 62 della Costituzione assegna il compito di consigliare il *Governor-General* nel governo del *Commonwealth*. Il *Council* è composto da membri designati dallo stesso *Governor-General* (che lo presiede ma non ne fa parte) e rimangono in carica fino alla revoca da parte dello stesso previa consultazione con il Primo Ministro. In ottemperanza a quanto prevede la Sezione 64 della Costituzione, tutti i Ministri in carica sono membri di diritto del *Council* e, nel caso di nomine di tale portata, prima di pronunciarsi i Ministri sono tenuti a scrivere al Primo Ministro per raccogliere la sua personale approvazione del candidato.

La Sezione 6 del *High Court of Australia Act 1979* dispone che, prima di concludere una nomina, a nome del *Council* sia l'*Attorney-General* a consultarsi con gli *Attorney-General* degli Stati, ma nessuna menzione è fatta di quelli dei Territori interni e, soprattutto, dei Territori esterni sparsi per l'Oceano Pacifico e tutti con un proprio sistema di autogoverno. Questi ultimi possono essere sentiti informalmente – e ogni *Attorney-General* decide

²⁴ M. Gleeson, *Public Confidence in the Judiciary*, in 76 *Austl L.J.* 558, 562 (2002), 562. Alla stessa stregua si erano pronunciati alcuni suoi predecessori: per esempio, Sir Anthony Mason, *The Appointment and Removal of Judges*, in H. Cunningham (Ed.), *Bastion: Judicial Independence in the Nineties and Beyond*, 1997, 7-8.

se e come condurre gli incontri –, così come il *Chief Justice* della stessa *High Court*, i rappresentanti di organismi come il *Law Council*, la *Bar Association* e la *Law Society*, ma non c'è traccia di consultazioni svolte con gli esponenti dell'opposizione al governo federale. In ogni caso, le raccomandazioni poi formulate dall'*Attorney-General* al *Cabinet* non necessariamente conducono il Governo a indicare quel candidato. Nei pochissimi casi in cui questo sia avvenuto e di cui rimanga qualche prova, il suggerimento dell'*Attorney-General* deve essere stato influenzato dall'orientamento politico, dallo Stato di origine, da vincoli personali o dall'opinione in merito degli altri giudici della *High Court*²⁵.

È evidente come questo procedimento sia interamente racchiuso nell'ambito del potere esecutivo, il che autorizza a notare come la nomina dei sette giudici della *High Court* scaturisca interamente dal governo al momento in carica. Di fatto, il *Governor-General* non partecipa sostanzialmente alla nomina e la scelta risiede tutta nelle mani di una cerchia molto ristretta all'interno dell'Esecutivo. Peraltro, nulla di questo procedimento è reso intelligibile all'esterno: né come i candidati siano individuati, né le forme che assumono le consultazioni fra *Governor-General* e *Council* e fra l'*Attorney-General* e i suoi omologhi statali, escluse da ogni mezzo di pubblicità, né le competenze o le esperienze che preferibilmente qualificano i candidati. Non è un caso che le nomine dei giudici alla *High Court* siano state descritte come 'il regalo' del governo al potere²⁶.

L'attuale testo della Sezione 72 della Costituzione è l'esito di un emendamento prodotto dalla approvazione di un referendum, il *Constitution Alteration (Retirement of Judges) 1977*, che ha fissato al compimento dei settant'anni il termine del mandato dei giudici della *High Court* e di ogni altra Corte istituita dal Parlamento. L'intento del *Senate Standing Committee on Constitutional and Legal Affairs* che raccomandò questa misura era di corrispondere a un sentimento diffuso sulla necessità di stabilire un'età massima per i giudici al fine di mantenere il potere giudiziario dinamico e nel pieno delle forze, di consentire anche a più giovani brillanti operatori del diritto di nutrire aspirazioni e di evitare l'incresciosa occorrenza di dover rimuovere un giudice per l'intervenuta impossibilità di svolgere la sua funzione a causa degli inconvenienti dell'anagrafe. Niente, però, la Costituzione precisa in ordine ai requisiti che i candidati debbano possedere per accedere alla *High Court*. Solo la Sezione 7 dell'*High Court of Australia Act 1979* puntualizza che i candidati possono essere selezionati fra i giudici in carica di Corti statali o federali o fra coloro che praticano la professione di avvocato da almeno cinque anni. Anche sul fronte delle qualifiche necessarie, quindi, siamo di fronte a un percorso a dir poco *opaco*, completamente imperscrutabile da parte dell'opinione pubblica e sottratto a qualsiasi scrutinio.

²⁵ T. Simpson, *Appointments that Might Have Been*, in T. Blackshield, M. Cooper, G. Williams (Eds), *The Oxford Companion to the High Court of Australia*, Oxford, 2001, 23.

²⁶ Così T. Blackshield, *The Appointment and Removal of Federal Judges*, in B. Opeskin, F. Wheeler (Eds), *The Australian Federal Judicial System*, Melbourne, 2000, 426, ma anche S. Evans, *Appointment of Justices*, in T. Blackshield, M. Cooper, G. Williams (Eds), *The Oxford Companion to the High Court of Australia*, cit., 19-21.

Chi siano i giudici è altrettanto misterioso. Cominciamo col dire che, malgrado un procedimento di selezione e nomina così concentrato nelle mani dell'Esecutivo, sono stati pochissimi i giudici con una precedente esperienza parlamentare. In ogni caso, l'ultimo di questi in ordine di tempo risale agli anni Settanta del Novecento. Quattro fra di loro, però, avevano ricoperto il ruolo di *Attorney-General* (e sono tutti diventati *Chief Justice* della *High Court*) e uno di *Attorney General* del New South Wales, per cui la loro nomina non smentirebbe quanto è stato confermato più volte come il criterio essenziale per la scelta dei giudici, vale a dire il *merito*. Lo ha ribadito l'*Attorney-General* George Brandis nel 2015 durante la cerimonia di investitura del *Chief Justice* Geoffrey Nettle ('Your selection was based upon one criterion and one criterion alone, your outstanding ability as a lawyer and as a Judge') e, ancora prima, lo avevano dichiarato gli *Attorney-General* Daryl Williams e Philip Ruddock rispettivamente nel 2002 e nel 2003.

Neppure i motivi di merito dei candidati, però, sono oggetto di divulgazione pubblica: infatti, le informazioni che descrivono le qualifiche e le esperienze dei candidati sono minime. I comunicati del Governo che annunciano le nomine sono accompagnati da un generico *curriculum vitae* e lo stesso sito della *High Court* non riporta che scarni dettagli della carriera. Rare sono le interviste e le pubblicazioni da cui trarre informazioni circa l'eventuale *judicial philosophy* del giudice. La *judicial biography*, cioè la letteratura dedicata a studiare le biografie personali e intellettuali dei giudici, ha saputo raccontare meglio i giudici dell'era coloniale, ma di certo non è un genere diffuso in Australia proprio a causa delle difficoltà che gli eventuali biografi incontrerebbero a consultare i materiali d'archivio o a intervistare gli assistenti di corte, fonti tutte inaccessibili a motivo della classica cultura giuridica australiana ispirata alla massima riservatezza²⁷. Le uniche circostanze in cui i giudici potrebbero pronunciarsi sulla propria *judicial philosophy* sono i discorsi che tengono in occasione del loro giuramento²⁸, che un nuovo filone di studi sta usando per ricavarne l'orientamento su alcuni temi. Il fatto stesso che i giudici decidano *seriatim* nella più classica delle tradizioni anglosassoni non è comunque avvertito dai giudici come un canale per indugiare oltre il necessario sulla personale *judicial philosophy*. Se è possibile, nella storia della *High Court*, distinguere tendenze interpretative e metodi di giudizio diversi, lo è sempre collegialmente e non per protagonismo di alcuni su altri.

Anche se è stato scritto che l'ordinamento giudiziario in Australia è 'the last empire of governmental individualism'²⁹, esistono numerosi casi in cui alcuni giudici che in casi precedenti avevano espresso opinioni di minoranza si sono rifiutati di avvantaggiarsi del cambio di maggioranza nel frattempo intervenuto all'interno della *High Court* per far prevalere il loro orientamento. È accaduto, per esempio, con i giudici Gibbs e Stephen: nella decisione *Western Australia v. Commonwealth* [1975] HCA 46 (*First Territory Senators Case*), essi erano contrari alla decisione della maggioranza di

²⁷ T. Josev, *Judicial Biography in Australia: Current Obstacles and Opportunities*, 40 *UNSW L.J.* 842 (2017).

²⁸ R. Cahill-O'Callaghan, H. Roberts, *Hidden Depths: Diversity, Difference and the High Court of Australia*, 17 *Int'l J.L. Context* 494 (2021).

²⁹ M. Kirby, *Judicial Activism*, in 27 *U. W. Austl L. Rev.* 1 (1997).

riconoscere la costituzionalità della legge che assegnava la rappresentanza in Senato a due Territori. Due anni più tardi, nel caso *Queensland v. Commonwealth* [1977] HCA 60 (*Second Territory Senators Case*), essi decisero di non ribaltare il precedente pur avendone modo, perché non sembrava loro motivo sufficiente per l'*overruling* una diversa composizione della Corte. E fu così che una maggioranza, pur convinta della sua incostituzionalità, confermò la legittimità della legge. 'For both Justices, the duty to follow the earlier decision was determined by a number of factors, but avoidance of the confusion and disappointed expectations of the peoples of the territories caused by a reversal was of great significance'³⁰.

Già alla fine degli anni Ottanta, si è cominciato a dibattere come poter rendere più trasparente il procedimento di nomina dei giudici della High Court analogamente a quanto accaduto in altri sistemi di *common law*, a partire dalla riforma introdotta nel Regno Unito con il *Constitutional Reform Act 2005* con cui si è creata la Corte Suprema: per quanto la nomina ultima dei giudici britannici assuma comunque la forma di una raccomandazione del Primo Ministro al Sovrano, è centrale la presenza di una Judicial Appointments Commission, formata da quindici membri, dodici dei quali scelti attraverso un bando pubblico esteso a giudici, avvocati nonché individui al di fuori del mondo forense. Ma, anche se molti cambiamenti sono stati apportati in Australia al livello delle Corti statali, per esempio sollecitando spontanee manifestazioni di interesse da parte di potenziali candidati, non si è trovata la strada³¹ per rendere più decifrabile le procedure di nomina dei giudici della *High Court*. Neppure quando, nel 2008, l'*Attorney-General* laburista Robert McClelland annunciò e realizzò importanti riforme, conclusesi nel 2013, per rendere più trasparente la nomina dei giudici federali, per assicurare apertamente l'applicazione del criterio meritocratico e per consentire a chiunque interessato e qualificato di potersi candidare. Secondo McClelland, era una questione vitale per tenere alta la fiducia dei cittadini nel proprio sistema giurisdizionale nazionale. Ma la *High Court* rimase deliberatamente tenuta fuori da questa politica di ammodernamento³².

Se la *High Court* è al centro di un dibattito scientifico e pubblico in Australia è, invece, per essersi aperta tardi e ancora troppo modestamente alla *diversità*. A tutt'oggi, è una Corte ancora percepita come troppo omogenea, e la mancanza di omogeneità implica una cultura dominante all'interno della Corte che ne pregiudica la percezione di indipendenza se guardata dalla prospettiva di chi di quella cultura dominante non è parte (le donne, le minoranze etniche, i gruppi con ascendenza diversa da quella anglosassone, le minoranze religiose). La prima donna a farne parte, Mary Gaudron, è stata nominata nel 1987 ed è rimasta la sola fino al 2005, quando fu designata Susan Crennan. Oggi le donne sono tre, fra cui la *Chief Justice*

³⁰ A. Lynch, *Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia*, in 27 *Melbourne U. L. Rev.* 724, 751 (2003).

³¹ G. Williams, *High Court Appointments: The Need for Reform*, in 30 *Sydney L. Rev.* 161 (2008).

³² Molto accurata la ricostruzione in E. Handsley, A. Lynch, *Facing Up to Diversity? Transparency and the Reform of Commonwealth Judicial Appointments*, in 37 *Sydney L. Rev.* 187 (2015).

Susan Kiefel³³, ma una di queste, Jacqueline Gleason, è figlia di Murray Gleason, che è stato *Chief Justice* fino al 2008. Si danno anche esempi di coniugi che hanno entrambi servito nella *High Court*³⁴.

Geograficamente, le cose non vanno meglio: il primo giudice proveniente da uno Stato diverso dai tre più popolosi della costa orientale (New South Wales, Victoria e Queensland) è stato Sir Ronald Wilson nel 1979 e da allora solo altri cinque sono seguiti, mentre nessuna nomina è mai arrivata dalla Southern Australia o dalla Tasmania, dai Territori interni e tantomeno dalle isole. I giudici sono (immancabilmente) di ascendenza anglosassone e caucasici: mai nessun giudice di origine asiatica o aborigena. Quanto alla affiliazione religiosa, le origini anglosassoni lasciano intendere che le confessioni protestanti siano decisamente maggioritarie, ma la scarse informazioni divulgate sul conto dei giudici non consentono di fare una stima puntuale.

La *High Court* australiana non sembra avere un problema di legittimità. L'opacità nelle procedure di nomina, dunque, non sembra interferire con l'indipendenza decisionale dei giudici, ma il suo profilo più critico, capace di indebolire la fiducia che i cittadini ripongono in lei, è l'*omogeneità* di segno maggioritario della Alta Corte, con riferimento al retroterra geografico, etnico, culturale di cui la larghissima parte dei giudici è espressione. Dentro la *High Court*, l'indipendenza decisionale non sembra messa a repentaglio dalla *judicial philosophy* dei giudici e dal loro eventuale individualismo di pensiero e di posizione, ma dalla loro appartenenza a un gruppo sociale culturalmente e storicamente prevalente. La polarizzazione, in questo caso, non segue le linee programmatiche dei partiti politici al governo che pure nominano i giudici, ma una caratteristica immanente del sistema, bloccato nella fissità di formazione e di prospettiva che viene dalle convenzioni dettate e mantenute in vigore dal gruppo sociale bianco, cristiano e anglosassone che esprime i giudici.

3. Nomine governative 'ibride': alla ricerca della diversità nella composizione delle Corti

Il sistema giurisdizionale in Irlanda si è sviluppato in due fasi: una prima lunga stagione, immediatamente susseguente alla proclamazione dell'indipendenza dal Regno Unito nel 1922 e protrattasi fino agli anni Novanta del secolo scorso, in significativa continuità con l'assetto originario e la seconda, inaugurata con alcune riforme politiche e tecniche rese necessarie per superare alcune specifiche criticità del sistema. La struttura dell'ordinamento giudiziario procede secondo una articolazione gerarchica disposta già nella Costituzione del 1922 e confermata in quella del 1937 che muove dalla *District Court* per arrivare all'apice della Corte Suprema attraverso la *Circuit Court*, la *High Court* e la *Court of Appeal*. Tradizionalmente, tutte le funzioni che presiedono alla amministrazione

³³ R. Davis, G. Williams, *Reform of the Judicial Appointments Process: Gender and the Bench of the High Court of Australia*, in 27 *Melb. U. L. Rev.* 819 (2003).

³⁴ Per esempio, Michelle Gordon, nominata nel 2015, è entrata alla *High Court* in sostituzione di suo marito, Kenneth Hayne.

delle Corti, alla nomina dei giudici, alle regole della loro disciplina, ai requisiti in ordine alla loro formazione e provenienza sono state gestite attraverso un meccanismo informale di consultazioni e negoziati condotti dal Governo in maniera riservata e imperscrutabile all'esterno, secondo un modello che è stato descritto come 'presidenziale'³⁵. Prima degli anni Novanta, anche lo stesso personale amministrativo assegnato alle Corti dipendeva dal Dipartimento della Giustizia. Solo nel 1999 è stata creata una agenzia statale chiamata *Courts Service* a cui è stata affidata la competenza, fra le altre, di gestire le Corti, fornire servizi di supporto ai giudici e informare il pubblico sul funzionamento del sistema giudiziario³⁶.

In linea con tale tradizione, anche la nomina dei giudici si è sempre consumata rigorosamente dentro il perimetro politico comprendente il Presidente e l'Esecutivo. L'art. 35, co. 1 della Costituzione prevede che i giudici della Corte Suprema, della *Court of Appeal*, della *High Court* e di ogni altra Corte stabilita dall'art. 34 siano nominati dal Presidente della Repubblica, eletto direttamente attraverso un sistema proporzionale basato sul *single transferable vote* – voto che si traduce nell'espressione di un ordine di preferenza fra i candidati in corsa. Questa prerogativa del Presidente, come ogni altra che la Costituzione gli assegna, deve essere esercitata 'only on the advice of the Government' secondo quanto disposto dall'art. 13, co. 9, principio ulteriormente confermato dal comma 11 dello stesso articolo ('No power or function conferred on the President by law shall be exercisable or performable by him save only on the advice of the Government'). Nella prassi, le nomine sono sempre state concordate dal Taoiseach (Primo Ministro) con il Ministro della Giustizia e l'*Attorney General*, per poi essere condivise con il *Cabinet*. Al Presidente giungevano le indicazioni delle figure prescelte per la nomina, che avveniva con un atto solo formalmente presidenziale ma sostanzialmente governativo. A sua volta, la decisione del Governo era anch'essa solo formale, trattandosi di un accordo riguardante solo i suoi esponenti apicali. Possiamo concludere, pertanto, che, a questa doppia formalità della designazione, tanto a livello governativo quanto presidenziale, corrispondeva una sostanziale verticalizzazione nelle mani del *Taoiseach*.

Eppure, il *political patronage* sembra aver giocato un ruolo nelle nomine meno scontato di quanto si potrebbe pensare data una simile imputazione pressoché esclusiva nelle mani del Capo dell'Esecutivo. È convincimento trasversale e diffuso, infatti, che la selezione dei giudici sia avvenuta prevalentemente e primariamente sul piano del merito, per quanto l'affiliazione politica possa esser risultata decisiva nel caso di candidature equipollenti³⁷. Va altresì riportato, tuttavia, quanto osservato in un classico della letteratura giuridica irlandese, vale a dire che 'many of those appointed to judicial office have had connections, to some extent or another, either with the political party or parties whose members form the Government of the

³⁵ J. O'Dowd, *Speaking to Power: Mechanisms for Judicial-Executive Dialogue*, in L. Cahillane, J. Gallen, T. Hickey (Eds), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester, 2017, 155.

³⁶ Così dispone il paragrafo 5 del *Courts Service Act 1998* (consultabile alla pagina <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1998/act/8/enacted/en/html>).

³⁷ Così J. Carroll MacNeill, *The Politics of Judicial Selection in Ireland*, Dublin, 2016, 105-106.

day or have become known to the Government in some way'³⁸. Anche nel caso di governi di coalizione parrebbe essere esistito un accordo di massima su come distribuire le nomine, in un tempo, comunque, in cui l'indebolimento delle appartenenze politiche potrebbero interessare non solo l'elettorato in genere, ma anche le figure considerate idonee per rivestire posizioni in qualità di giudici³⁹, come si vedrà *infra*.

Questa impostazione, lo si diceva *supra*, descrive le dinamiche precedenti alle riforme che sono state introdotte a partire dalla metà degli anni Novanta. Abbiamo già detto della istituzione del Courts Service ma, sul fronte delle nomine dei giudici, la novità più vistosa è stata l'istituzione con il *Courts and Court Officers Act 1995* del *Judicial Appointments Advisory Board* (JAAB), un'autorità indipendente avente lo scopo di individuare i candidati più adatti alla designazione come giudice e di informarne il Governo, come già raccomandato dal Consiglio d'Europa⁴⁰. L'istituzione del JAAB seguì i fatti incresciosi che coinvolsero l'*Attorney General* di allora, Harry Whelehan, forzato a dimettersi a causa del ritardo di nove mesi con cui il suo ufficio aveva emanato un mandato di estradizione a carico di un sacerdote sospettato di pedofilia e subito nominato alla Presidenza della High Court. Ne derivò una tale crisi da provocare la caduta del governo di coalizione Fianna Fáil-Labour e la stessa creazione del JAAB⁴¹.

Il JAAB era formato da undici membri: il *Chief Justice* della Corte Suprema, i Presidenti della *Court of Appeal*, della *High Court*, della *Circuit Court* e della *District Court*, l'*Attorney General*, un *barrister* nominato dal *Chairman* del *Bar of Ireland*, un *solicitor* indicato dal Presidente della *Law Society* e tre componenti scelti dal Ministro della Giustizia per le competenze di cui abbiano esperienza e di cui si occupa usualmente il potere giudiziario. La sezione 16(7) del *Courts and Court Officers Act 1995* indica i criteri sulla base dei quali il JAAB formulava le sue raccomandazioni al Governo: il soggetto che segnalava la sua candidatura doveva aver mostrato, nella pratica della sua professione come *barrister* o come *solicitor* una competenza e un grado di integrità adeguati al ruolo e un carattere e un temperamento idonei. È stato notato che tali criteri sarebbero 'ill-defined and open to an overly subjective interpretation at present'⁴², specialmente se comparati con i termini introdotti in quel periodo in altri ordinamenti di *common law* come, per esempio, la Nuova Zelanda – dove i criteri, pur variando a seconda delle

³⁸ Si veda R. Byrne, J.P. McCutcheon, *The Irish Legal System*, 4a ediz., Dublin, 2005, 112.

³⁹ J. Carroll MacNeill, *The Politics of Judicial Selection in Ireland*, cit., 107-108 ma anche 137-138.

⁴⁰ COE Recommendation No. R (94) 12: '[T]here should be guarantees to ensure that the procedures to appoint judges are transparent and independent in practice and that the decisions will not be influenced by any reasons other than those related to the objective criteria mentioned above. These guarantees could be, for example, one or more of the following: i. a special independent and competent body to give the government advice which it follows in practice; or ii. the right for an individual to appeal against a decision to an independent authority; or iii. the authority which makes the decision safeguards against undue or improper influences'.

⁴¹ D.G. Morgan, *Selection of Superior Judges*, in 22 *Irish Law Times* 42 (2004).

⁴² I. Bacik, C. Costello, E. Drew, *Gender inJustice: Feminising the Legal Professions?*, Dublin, 2003, 337.

esigenze di ciascuna Corte, mirano a verificare la *legal ability*, le caratteristiche personali (onestà, integrità, apertura mentale, imparzialità, *courtesy*), le capacità tecniche (comunicazione, agilità mentale, organizzazione) e l'attitudine a lavorare affinché la Corte rifletta la comunità che serve secondo una 'diversity of experience, in terms of gender, ethnicity, socio-economic background, and life experience' – o il Canada, dove il ruolo dei Federal Judiciary Advisory Committee ha costruito negli anni sin dalla adozione del *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1 un sistema di designazione dei giudici quantomeno fra i più trasparenti.

Mentre il JAAB era tenuto a trasmettere al Governo ogni candidatura pervenuta e comunque a segnalare almeno sette candidati per ogni posizione da assegnare, il Governo non era obbligato ad attingere da queste candidature per la nomina, cosicché la sua discrezionalità è rimasta negli anni sostanzialmente invariata. Le stesse procedure seguite all'interno del JAAB sono rimaste decisamente opache: seppure la legge gli conferisca la facoltà di convocare e intervistare i possibili candidati, il JAAB ha sempre e solo svolto il suo scrutinio sulla carta, soppesando le qualità dei candidati sulla base di quanto da essi prodotto (una domanda di partecipazione e un CV allegato) a suffragio della propria richiesta. L'uso prevede che il *Chief Justice* apra la discussione su un candidato e che gli altri giudici intervengano in ordine di anzianità, con un'attenzione speciale riservata al Presidente della Corte per la quale si sta scegliendo il candidato. Una volta che la lista è stata compilata, vengono contattati gli ordini professionali per raccogliere un'impressione sulla loro statura. A quel punto, la lista viene trasmessa al Ministro della Giustizia⁴³.

Se nei primi anni di attività aveva preso piede la pratica del Governo di operare la scelta dentro il novero di candidati segnalati⁴⁴, adeguandosi al vincolo più stringente derivante dalla legge, dai primi anni Duemila è stato lo stesso JAAB a restringere la portata del suo intervento, limitandosi a segnalare un numero di candidati tutti giudicati idonei alla posizione vacante. Questo per timore di imporre all'Esecutivo un vincolo troppo stringente e potenzialmente in odore di incostituzionalità. A questo si aggiunga che il JAAB non è coinvolto nella promozione dei giudici a una giudicatura superiore: se si pensa che la larga maggioranza dei giudici della Corte Suprema proviene da Corti inferiori, se ne ricava un procedimento di nomina non solo concentrato interamente nelle mani del Taoiseach, ma decisamente imperscrutabile. Qualunque sia, in ogni caso, la selezione operata dal JAAB, non sono pubblici i criteri, se ne esistono, per i quali il Governo opti per uno dei candidati segnalati anziché per altri. Se il JAAB ha preso l'abitudine di pubblicare relazioni annuali sin dal 2002, questi ovviamente riguardano solamente la prima parte del processo di nomina, cioè l'identificazione dei candidati, laddove l'Esecutivo non rende nota nulla delle considerazioni che l'hanno indotto a quelle designazioni.

⁴³ Una così accurata e inedita ricostruzione della procedura si trova in J. Carroll MacNeill, *The Politics of Judicial Selection in Ireland*, cit., 113-116.

⁴⁴ La sezione 16(5) del *Courts and Court Officers Act 1995* richiede solo che il Governo prenda in considerazione i candidati raccomandati dal JAAB prima di contemplarne altri.

Negli anni, sono avvenuti diversi episodi che hanno scosso il mondo giudiziario e propagato un'aria di scandalo nell'opinione pubblica. È accaduto nel 1999, in occasione del cosiddetto *Sheedy affair*: Philip Sheedy era stato dichiarato colpevole dalla *Circuit Court* di guida pericolosa e omicidio stradale, quando un giudice della Corte Suprema, Hugh O'Flaherty, senza alcuna motivazione d'ufficio, chiese al *Circuit Court Registrar* di rimettere in discussione il caso non più davanti al giudice che lo aveva condannato, ma davanti a un altro, Cyril Kelly, il quale, sulla base di una fantomatica perizia psichiatrica, lo rimise in libertà. Per accidente, la famiglia della vittima ne venne a conoscenza, ne seguì un'investigazione da parte del *Chief Justice* e, dopo diversi tentennamenti, entrambi i giudici coinvolti nel riesame della sentenza vennero indotti alle dimissioni. Il fatto divenne di interesse generale soprattutto perché Sheedy aveva rapporti col partito conservatore Fianna Fáil, il cui governo aveva nominato sia O'Flaherty che Kelly⁴⁵.

Il secondo fatto, il più vicino all'*impeachment* di un giudice con tanto di creazione di uno *special joint committee* dell'*Oireachtas* per esaminare le prove a carico e il coinvolgimento della *High Court* e della Corte Suprema, ha investito ancora una volta un membro della *Circuit Court*, Brian Curtin, accusato di possedere una collezione di immagini pedopornografiche ma mai sottoposto a giudizio a motivo del fatto che, al momento del prelievo del suo computer, il mandato che ne autorizzava il sequestro non era più valido. Evitò le dimissioni in attesa di raggiungere nel 2006 l'età in cui percepire la pensione.

Nel 2003, le vicende investirono direttamente la massima carica, il Chief Justice della Corte Suprema John Murray, coinvolto in un giudizio favorevole a uno studio di architetti di cui faceva parte suo fratello. La vertenza venne riesaminata da altri tre giudici, i quali conclusero che Murray avrebbe dovuto ricusare il caso, sembrando implausibile che non fosse a conoscenza del vantaggio che ne avrebbe ricavato suo fratello, e la decisione venne ribaltata nel 2007.

Taluni hanno sostenuto che le modalità di nomina dei giudici producevano due conseguenze indesiderabili: che il governo del giorno presenti le sue designazioni come *fait accompli*, senza alcuna intelligibilità del processo, pur con il coinvolgimento del JAAB, e che gli *Attorney General* tendano a essere promossi a giudice, fenomeno che, dal 1922 fino agli anni Dieci, è accaduto per circa la metà dei trenta che hanno servito in quel ruolo⁴⁶. Il politico indipendente e già giornalista e attivista Shane Ross che nel 2017, in cambio della sua partecipazione alla coalizione di governo, chiese l'approvazione di un disegno di legge volto a emendare la procedura di

⁴⁵ A seguito dello *Sheedy affair*, le criticità emerse sono state oggetto di diverse analisi: si pensi al Working Group on the Courts Commission, *Working Group on the Courts Commission Report*, Dublin, 1998; The All-Party Oireachtas Committee on the Constitution, *Fourth Progress Report: The Courts and the Judiciary*, Dublin, 1999; The Committee on Judicial Conduct and Ethics, *Committee on Judicial Conduct and Ethics Report*, Dublin, 2000.

⁴⁶ Su questo tono, si veda, per esempio, M. Williams, *Reforming the Irish Judiciary*, in 99 *Studies: An Irish Quarterly Review* 437 (2010).

nomina⁴⁷, è stato un vociante detrattore della ‘casta’ dei giudici⁴⁸, ma nel segno di una più generale critica acida verso i ‘poteri forti’ che, dalle loro rendite di posizione, decreterebbero il fallimento dell’Irlanda⁴⁹.

Malgrado il meccanismo di nomina dei giudici riveli un bilanciamento quantomeno imperfetto fra *democratic accountability* e *judicial independence*⁵⁰, malgrado la designazione a giudice corrisponda più a un’onorificenza per i meriti acquisiti che per un servizio da prestare nel futuro, le divisioni fra partiti che pure sono tradizionalmente radicali si sono tradotte in minime differenze ideologiche, il che potrebbe spiegare perché le Corti siano rimaste generalmente impermeabili alla politicizzazione⁵¹.

Proprio al fine di rafforzare l’indipendenza del potere giudiziario e di sottrarre le nomine dei giudici alla possibile influenza delle pressioni politiche, nel dicembre 2023 è entrato in vigore il *Judicial Appointments Commission Act 2023*, con il quale il JAAB è stato sostituito dalla *Judicial Appointments Commission* (JAC). Essa è formata da nove membri, di cui uno non votante (l’*Attorney General*): quattro giudici (il *Chief Justice* e il Presidente della *Court of Appeal* più due membri del *Judicial Council*) e quattro cittadini comuni propriamente qualificati (sezione 13(3)(a)). La JAC è incaricata di indicare una *short list* di soli tre candidati per ogni seggio vacante e il Governo è obbligato a scegliere unicamente fra i nomi di questa rosa. Ai giudici che intendano proporsi per una promozione ad altra Corte è ora richiesto di sottoporre la propria candidatura al vaglio del JAC⁵².

⁴⁷ Il *Judicial Appointments Commission Bill 2017* prevedeva la sostituzione del JAAB con una commissione composta da tredici membri, di cui solo tre appartenenti alle magistrature (il *Chief Justice*, non più incaricato di presiedere come accadeva nel JAAB, il Presidente della *Court of Appeal*, il Presidente della *High Court*), a cui venivano affiancati, oltre all’*Attorney General* e a un *barrister* e un *solicitor*, sei comuni cittadini. Dopo mesi di *filibustering*, il disegno di legge è venuto meno con lo scioglimento della Dáil per le elezioni del 2020.

⁴⁸ S. Ross e N. Webb, *The Untouchables: The People Who Helped Wreck Ireland – and Are Still Running the Show*, Dublin, 2011.

⁴⁹ In questo stesso solco, S. Ross, *The Bankers: How the Banks Brought Ireland to Its Knees*, Dublin, 2009 e Id., *Wasters*, Dublin, 2010.

⁵⁰ Così la Vice-direttrice dell’*Irish Council for Civil Liberties* T. Ward, *Independence, Accountability and the Irish Judiciary*, in *Judicial Studies Institute Journal* 1 (2008), che rimanda a Ead, *Justice Matters*, Dublin, 2007.

⁵¹ R. Elgie, A. McAuley ed E. O’Malley, *The (Not-so-surprising) Non-partisanship of the Irish Supreme Court*, in *33 Irish Pol. Stud.* 88 (2017).

⁵² L’approvazione del *Judicial Appointments Commission Act 2023* è stata tutt’altro che pacifica. Intanto, il *Chief Justice* Donal O’Donnell ha espresso la sua contrarietà in ordine a due aspetti: la mancata previsione di una maggioranza di giudici fra i componenti del JAC e il mancato ascolto del parere dei giudici sulla riforma in preparazione. Il Presidente della Repubblica Michael Higgins, dopo insolita consultazione del Consiglio di Stato *ex art.* 26(1), ha poi adito la Corte Suprema perché giudicasse della costituzionalità della legge, già approvata da entrambe le aule del Parlamento ma accusata di interferire illegittimamente con le prerogative del Governo. Infine, l’8 dicembre 2023 la Corte Suprema, relatrice la giudice Elizabeth Dunne, ha concluso fra le altre cose che, seppure la sezione 51 della legge obbliga il Governo a suggerire al Presidente uno dei nomi della rosa compilata dal JAC, il Governo può ancora esercitare la scelta di non procedere con questa indicazione. In questo caso, il procedimento dovrebbe tornare al JAC e ripartire daccapo. Il giorno stesso, il Presidente ha firmato la legge.

Se è vero che, negli anni della crisi economico-finanziaria, le retribuzioni dei giudici, fra le più elevate del mondo, furono al centro di un fervente dibattito politico in una stagione di tagli e sacrifici generalizzati⁵³, la legittimità delle Corti e, in specie, della Corte Suprema – chiamata ad amministrare un *judicial review* sulle leggi dell'*Oireachtas* già previsto in Costituzione, ma divenuto autorevole e forte negli anni Sessanta con la prima generazione di giudici interamente affrancati dalla tipica formazione britannica in ossequio alla sovranità del Parlamento di cui la *Ryan doctrine*⁵⁴ è ben indicativa – non è mai stata messa in discussione. Che neppure il massimo attivismo della Corte Suprema ha suscitato critiche alla legittimità del suo operato è un dato davvero degno di nota. È vero che nel tempo sono stati indetti numerosi referendum al fine di convalidare o di tentare di rovesciare decisioni della Corte Suprema e che pertanto l'architettura della Costituzione del 1937, cioè la sovranità popolare, ha assimilato e legittimato le decisioni più espansive della Corte Suprema; tuttavia, la politica non ha mai subito la tentazione di sfidare quell'attivismo. L'esempio irlandese, dunque, sembra confermare che una *independence culture*, che scaturisce dalla combinazione di svariati fattori ambientali e tradizionali, fa premio sulle procedure formali di designazione dei giudici, anche quando esse potrebbero essere abusate dall'Esecutivo che ne detiene pressoché esclusivamente le redini. Una modalità per le nomina ad alta concentrazione governativa come quella irlandese in verità non equivale a un controllo sul potere giudiziario né a un condizionamento dei giudici nella loro indipendenza decisionale. E, a guardare i dati elaborati nel *World Economic Survey Global Competitiveness Survey* fra il 2000 e il 2017, l'Irlanda ha sempre totalizzato fra il 6,3 e il 6,4 su un massimo di 7 come indicatore della percezione dell'indipendenza del potere giudiziario, classificandola a livello mondiale fra i primissimi posti, oscillanti fra il terzo e l'ottavo⁵⁵.

Conferme in questo senso vengono, per esempio, anche dalle ultime rilevazioni dell'Eurobarometro: alla voce *Perceived Independence of Courts and Judges Among the General Public*, gli irlandesi interpellati esprimono un *fairly good* al 59 e un *very good* al quattordici per cento, in entrambi i casi assestandosi sensibilmente al di sopra della media dei ventisette paesi dell'Unione europea. Le percentuali dei giudizi meno soddisfatti sono a loro volta molto al di sotto della stessa media, restituendo il quadro di un deciso apprezzamento rispetto all'indipendenza percepita del giudiziario. Quasi il settanta per cento riconosce fra i motivi di un simile favore verso i giudici la

⁵³ J. O'Dowd, *Judges in Whose Cause? The Irish Bench After the Judges' Pay Referendum*, in 48 *Irish Jurist N.S.* 102 (2012).

⁵⁴ Con la sentenza *Ryan v Attorney General*, [1965] IR 294, la Corte Suprema deliberò il potere dei giudici di rinvenire nella lettera dell'art. 40, co. 3 della Costituzione ("The State guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of citizens") una 'clausola di apertura' a favore della tutela di diritti personali 'unenumerated'. Per questa via, si inaugurò una stagione di attivismo giudiziario con il quale si riformarono i rapporti fra il cittadino e lo Stato in materie come, per esempio, il diritto alla vita privata e a quella familiare.

⁵⁵ P. O'Brien, *Never Let a Crisis Go to Waste: Politics, Personality and Judicial Self-Government in Ireland*, in 19 *German L.J.* 1871, 1883 (2018).

mancanza di interferenze e di pressioni da parte del Governo e del mondo politico⁵⁶.

Sullo stesso tenore anche le rilevazioni dell'OCSE: l'Irlanda è fra i Paesi che esprimono per il settanta per cento un *high or moderately high trust* nel sistema delle Corti, superata solo dalla Danimarca, il Lussemburgo e la Norvegia. Invece, rispetto alla percezione dell'uguaglianza di genere fra i giudici in generale e negli specifici gradi di giurisdizione, l'Irlanda mostra un severo grado di insoddisfazione: in entrambi i casi, si posiziona al terz'ultimo posto fra i ventiquattro Paesi censiti, di gran lunga al di sotto della media OCSE. Il gradimento sale di qualche posizione soltanto se si considera unicamente l'uguaglianza di genere dentro la Corte Suprema⁵⁷.

L'esperienza irlandese avvalorava l'importanza delle coordinate *culturali* intese *lato sensu* per mantenere l'indipendenza delle Corti. Nonostante la prevalenza indiscussa del potere esecutivo nella selezione dei giudici e il rischio di un *political patronage*, 'there is nonetheless a robust culture of *individual* judicial independence once judges have been appointed'⁵⁸. Già alla fine degli anni Settanta, però, uno studio fondamentale sulla composizione delle Corti irlandesi tratteggiava uno scenario di sostanziale omogeneità fra i cinquantasette giudici che vennero presi in considerazione⁵⁹. Il ritratto che ne emerse raccontava di giudici uomini (nel gruppo figurava una sola donna), provenienti dalla *upper* o al massimo *middle class*, nati in territori urbani (quasi il settanta per cento di essi risiedeva a Dublino al momento della loro designazione e, nel caso dei giudici di *High Court* o della Corte Suprema, il numero saliva al 94 per cento), provenienti dalla professione di *barrister*, con una qualche forma di impegno politico alle spalle, genericamente di tendenza conservatrice.

Una ricerca simile⁶⁰ è stata condotta oltre tre decenni più tardi, nel 2004, con esiti non drammaticamente dissimili rispetto alla prima rilevazione: anche in questo caso, infatti, il giudice delle Corti superiori è prevalentemente maschio, nato a Dublino e cresciuto in ambito urbano,

⁵⁶ Flash Eurobarometer 489, *Perceived Independence of the National Justice Systems in the EU among the General Public*, Ireland, 2021 (accessibile alla pagina <https://webgate.ec.europa.eu/ebsm/api/public/deliverable/download?doc=true&deliverableId=77050>).

⁵⁷ OECD, *Government at a Glance 2023* (2023), rispettivamente Capitolo 2, *Levels of Trust in Public Institutions* e Capitolo 12, *Gender Equality in Public Sector Employment* (disponibili rispettivamente alla pagina https://www.oecd-ilibrary.org/sites/3d5c5d31-en/1/3/2/1/index.html?itemId=/content/publication/3d5c5d31-en/1/3/12/2/index.html?itemId=/content/publication/3d5c5d31-en&_csp=6a6aa038f2496de10696e78b24488941&itemIGO=oecd&itemContentType=book).

⁵⁸ P. O'Brien, *Never Let a Crisis Go to Waste: Politics, Personality and Judicial Self-Government in Ireland*, cit., 1871.

⁵⁹ Lo studio è, in verità, di un professore statunitense: Paul C. Bartholomew, *The Irish Judiciary*, South Bend (IN), 1971. La ricerca coinvolse nove giudici della Corte Suprema, otto della *High Court*, dieci della *Circuit Court* e diciassette dei trentacinque della *District Court*.

⁶⁰ J. Carroll, *You Be the Judge, Part I*, in 10 (5) *Bar Review* 153 (2005) e Ead, *You Be the Judge, Part II*, in 10 (6) *Bar Review* 182 (2005).

residente nella capitale e praticante il ruolo di *Senior Counsel* al tempo della nomina, avvenuta dopo i quarantacinque anni di età, ma per lo più dopo i cinquanta, laureato allo *University College* Dublin, non necessariamente appartenente a una famiglia dedita alla professione forense⁶¹, che si riconosce appartenente alla *middle class*, per quanto sia diventato più difficile orientarsi secondo classi nella società irlandese. Mentre nel 1969 solo il dodici per cento di essi dichiarava di non avere alcuna affiliazione politica, nel 2004 la percentuale è salita al quasi settanta per cento. Infine, dal punto di vista etnico, oltre il 93 per cento si definiva di pura ascendenza irlandese ('pure Irish ethnicity').

Nel 2016, dei 161 giudici fra *District Court*, *Circuit Court*, *High Court* e Corte Suprema, oltre il trentatré per cento era costituito da donne⁶². Per quanto questo dato denoti una traiettoria in decisa crescita e un distinto avanzamento rispetto ai dati del 1969, nella comparazione con la Francia, per esempio, dove nel 2003 risultava un ottanta per cento di donne reclutate in magistratura al punto da indurre il Ministero della Giustizia a ipotizzare 'quote azzurre' per ristabilire un rapporto più bilanciato fra i generi⁶³, i risultati della presenza femminile nella giurisdizione irlandese appaiono meno rivoluzionari. Ancora meno se accostati alla sostanziale conferma delle altre caratteristiche medie (appartenenza urbana dei giudici, laurea allo *University College* Dublin, retroterra familiare *upper* o *middle class*⁶⁴).

La *judicial legitimacy* è, dunque, contestata per la ancora insoddisfacente *diversità* che si riscontra nella composizione delle Corti irlandesi. Non è la partigianeria politica a minarne l'autorevolezza, ma una omogeneità sociale, formativa, reddituale, territoriale, di genere, professionale. Il riscontro di una tale diversità concorre a stabilire e mantenere l'autorevolezza delle Corti quanto la sua mancanza sembra capace di minare la loro legittimità democratica.

4. La *Rule XXII*, la *nuclear option* e il *party-line vote* per le nomine della Corte Suprema degli Stati Uniti: problemi di *judicial legitimacy*

⁶¹ È vero che, dal 1969 al 2004, i giudici con un retroterra familiare giuridico erano diminuiti del trenta per cento, ma in ogni caso il quaranta per cento di essi aveva ancora questa provenienza.

⁶² L'incremento di donne in magistratura ha seguito la curva seguente: 0 per cento nel 1969, 3 per cento nel 2004, 33,5 per cento nel 2016 così suddivise: trenta per cento di queste assise alla Corte Suprema, il venti alla *Court of Appeal*, il 28,5 alla *High Court*, il 44 alla *Circuit Court* e il trentadue alla *District Court*. Si veda L. Cahillane, *Judicial Diversity in Ireland*, in 6 *Irish J. Legal Stud.* 1 (2016), 3.

⁶³ Uno per tutti, si veda E. Rackley, *Women, Judging and the Judiciary: From Difference to Diversity*, Abington, 2013, *passim*.

⁶⁴ Judicial Appointment Review Committee, *Preliminary Submission to the Department of Justice and Equality's Public Consultation on the Judicial Appointments Process*, 30 gennaio 2014 (consultabile alla pagina [http://www.supremecourt.ie/SupremeCourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/51E71A71B9961BD680257C70005CCE2D/\\$FILE/A%20Preliminary%20Submission%20of%20J.A.R.C.%2030.01.2014.pdf](http://www.supremecourt.ie/SupremeCourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/51E71A71B9961BD680257C70005CCE2D/$FILE/A%20Preliminary%20Submission%20of%20J.A.R.C.%2030.01.2014.pdf)).

Se comparata con quanto appena evidenziato della *High Court* australiana, la Corte Suprema degli Stati Uniti pare la versione più virtuosa fra i tre modelli che riassumono le modalità di designazione ricorrenti fra i sistemi di *common law*: equa divisione del potere di nomina fra Presidente e Congresso, equilibrio fra potere federale e rappresentanza equipollente degli Stati nel Senato, massimo grado di pubblicità e coinvolgimento del pubblico. Ma, in oltre due secoli di storia, per quanto le laconiche disposizioni costituzionali siano rimaste invariate, alcuni passaggi del processo sono cambiati.

Né la Costituzione degli Stati Uniti né la legislazione federale fissano dei requisiti per la nomina a giudice della Corte Suprema: se guardassimo retrospettivamente a tutti i 165 giudici designati dalle origini ad oggi, infatti, l'unico punto in comune che troveremmo fra di essi è la laurea in giurisprudenza. La Costituzione non esige neppure che i candidati vengano ascoltati dal Senato che li deve confermare. Dal 1868, quando venne stabilito il deferimento dei candidati al *Senate Judiciary Committee*⁶⁵, già costituito nel 1816, i lavori si erano sempre tenuti rigorosamente a porte chiuse e i componenti erano liberi di confrontarsi e votare palesemente sul candidato. Solo nel 1916, per la prima volta, le audizioni furono aperte al pubblico: accadde in occasione della nomina di Louis D. Brandeis, già leader del movimento progressista e coinvolto in numerose battaglie per la giustizia sociale contro i monopoli della ferrovia, il capitalismo sfrenato e a favore della legislazione a tutela dei diritti dei lavoratori. Per questo – e in parte anche per il suo essere ebreo – Brandeis era ferocemente osteggiato e per la prima volta vennero ammessi degli esterni a testimoniare sia a sostegno che contro la sua candidatura. Dopo Brandeis, le audizioni pubbliche divennero una pratica prima prevalente dal 1925 al 1946 e poi, dal 1949, regolare per ogni candidato⁶⁶. Dal 1987, cioè dalle audizioni del nominato e non confermato candidato del Presidente Reagan Robert Bork, le audizioni sono anche trasmesse dal *Public Broadcasting Service* (PBS).

⁶⁵ U.S. Congress, Senate Committee on the Judiciary, *History of the Committee on the Judiciary, United States Senate, 1816-1981*, Sen. Doc. No. 97-18, 97th Congress, 1st sess., Washington, 1982, IV; U.S. Senate, *History of the Committee on Rules and Administration – United States Senate* (a cura di F.M. Riddick), 96th Congress, 1st. sess., s. Doc. No. 96-27, Washington, 1980.

⁶⁶ Solo quattro dei quarantuno giudici designati dal 1949 a oggi non sono stati sottoposti a audizioni in Senato: il primo, nel 1954, fu John M. Harlan II, la cui nomina giunse a meno di un mese dalla chiusura della legislatura, fu ascoltato all'avvio della successiva. Nel secondo e terzo caso, rispettivamente John Roberts e Harriet Miers, il Presidente ritirò la loro nomina prima che potessero comparire davanti al *Judiciary Committee* (Roberts sarà di lì a breve rinominato, questa volta come Chief Justice, e regolarmente audito). L'ultimo è il caso di Merrick Garland, nominato dal Presidente Obama ma mai comparso in Senato per il rifiuto da parte del *majority leader* del Senato, il repubblicano Mitch McConnell, di mettere all'ordine del giorno le audizioni allo scopo di lasciare che il seggio resosi vacante con la scomparsa di Antonin Scalia venisse assegnato dal Presidente che sarebbe stato eletto di lì a pochi mesi. McConnell si rifaceva alla cosiddetta *Biden Rule*, cioè l'invito che, nel 1992, quando era Presidente del Senate Judiciary Committee, Biden pronunciò per fermare la nomina di un giudice alla Corte Suprema in un anno di elezioni presidenziali. Pur vantando la più lunga permanenza in carica in una Corte federale, Garland non venne mai convocato e la sua nomina venne meno con la chiusura della legislatura del Congresso il 3 gennaio 2017. Non era mai accaduto prima.

Le quattro nomine avvenute durante le Presidenze Trump e Biden (Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett e Ketanji Brown Jackson) sono state approvate da maggioranze ben al di sotto di sessanta senatori. Non si trova, nell'intera storia della Corte Suprema, una sequenza così lunga di candidati confermati così di misura, né c'è un precedente rispetto alla conferma di Kavanaugh avvenuta con il voto di appena 50 senatori. Con l'eccezione di Samuel Alito nel 2005 e di Clarence Thomas nel 1991, bisogna risalire agli anni Quaranta per trovarne (Sherman Minton nel 1949) e poi al 1930 con Charles Hughes. È evidente, dunque, che attualmente la *judicial philosophy* dei giudici nominati (se non la loro *judicial ideology*) è vista come l'espressione del partito del Presidente che ha confermato la nomina. Una simile coincidenza si traduce in un sospetto di leziona alla loro indipendenza decisionale, una possibile violazione della *bias rule* e un danno alla *judicial legitimacy* della Corte.

Nessuna delle quattro ultime nomine avrebbe riscosso la conferma se non fosse stato per la modifica di una norma regolamentare del Senato. Pur non essendo stata modificata, cioè, la procedura di nomina dei giudici, la radicalizzazione politica del momento, riverberatasi nella scelta di candidati indigeribili alla parte politica avversa al Presidente in carica, ha cercato il *party-line vote* attraverso una piccola ma muscolosa modifica delle norme regolamentari del Senato. Tale modifica è stata metaforicamente chiamata, non a caso, *nuclear option* ed è la procedura con cui si è intervenuti a modificare un istituto che si chiama *cloture*, previsto dalla *Rule XXII* del Senato⁶⁷.

La *cloture* è lo strumento con cui si cerca di superare il *filibustering*⁶⁸, vale a dire il diritto di ciascun senatore di pronunciare discorsi anche di

⁶⁷ Dal 1953 fino al 1975, proposte di riformare la *Rule XXII* (così frequente da essere definita la *constitutional option*) sono state avanzate ogni due anni, all'inizio di ogni legislatura, su iniziativa soprattutto di quei senatori avviliti dall'insormontabile opposizione verso la legislazione in materia di diritti civili e sociali. L'inizio della legislatura sembrava un tempo costituzionalmente peculiare, dal momento che l'Articolo 1, Sezione 5 della Costituzione degli Stati Uniti recita che ogni Camera determina le norme che governano i suoi lavori, implicitamente alludendo a norme deliberate a maggioranza semplice, nulla di diverso specificando. Coloro che si opponevano alla *constitutional option* replicavano che il Senato è un *continuing body* e così sono i suoi regolamenti. Ma la soglia dei due-terzi in vigore prima del 1975 era comunque sospettata di illegittimità costituzionale per l'impedimento che costituiva a carico della maggioranza del Senato di modificare le sue stesse regole. Fu così che, nel 1957, venne chiesta una *advisory opinion* al Presidente del Senato in carica, il Vice Presidente Richard Nixon, il quale rispose che (a)ny provision of Senate rules adopted in a previous Congress which has the expressed or practical effect of denying the majority of the Senate in a new Congress the right to adopt the rules under which it desires to proceed is, in the opinion of the Chair, unconstitutional. The Chair emphasizes that this is only his opinion, because under Senate precedents, a question of constitutionality can only be decided by the Senate itself, and not by the Chair' (CRS Report R44709, W.J. Oleszek, *Changing the Senate Cloture Rule at the Start of a New Congress*).

⁶⁸ Per quanto episodi di ostruzionismo si siano presentati già durante la prima legislatura del Senato, allora pensata come misura di protezione delle minoranze politiche dalla tirannia della maggioranza, il termine *filibuster* fece la sua comparsa alla metà del Diciannovesimo secolo, derivato dallo spagnolo *filibusteros*, usato per descrivere i pirati delle isole caraibiche. A quel tempo, infatti, la pratica perse i nobili

illimitata durata per protrarre *ad libitum* la discussione sulla questione all'ordine del giorno dei lavori per impedirne così il voto. La deriva di tempi tanto dilatabili può essere fermata con la presentazione di una mozione di *cloture*⁶⁹ al fine di mettere ai voti la chiusura del dibattito. La mozione di *cloture* viene messa all'ordine del giorno e votata entro i due giorni successivi. Se la maggioranza dei tre quinti dei senatori la approva, allora restano solo trenta ore per concludere la sessione di voto e decidere il tema all'ordine del giorno. Raggiungere la maggioranza per ottenere la *cloture* significa, allora, poter superare l'ostruzionismo e andare finalmente alla conta.

Secondo la *Rule XXII*, dunque, per chiudere il dibattito intorno alla conferma di un candidato alla Corte Suprema occorrono almeno sessanta senatori, mentre per confermarne la nomina è sufficiente una maggioranza di cinquanta. Non stupisce, allora, che, nel corso dell'ultimo mezzo secolo, le maggioranze con cui approvare una mozione di *cloture* siano cambiate: prima del 1975, la maggioranza richiesta era addirittura di due-terzi. Dal 1975, è stata abbassata ai tre quinti – una maggioranza più accessibile ma ancora superiore a quella necessaria alla conferma della nomina. Raccogliere i consensi per superare il *filibustering* ed evitare di andare al voto sulla nomina del giudice alla Corte Suprema restava più difficile che ottenere i voti per convalidare quella stessa nomina alla Corte Suprema. In circostanze in cui diventa sempre meno percorribile la strada che porta a un voto trasversale e, invece, è solo un voto per disciplina di partito che si riesce a esercitare, è evidente la difficoltà di avere i numeri (cinquanta senatori) per convalidare un candidato alla Corte Suprema, ma non averli per chiudere il dibattito (sessanta senatori) e poter andare al voto.

Ecco perché è dirimente ricostruire quanto accaduto nel 2017, in occasione della conferma della nomina di Neil Gorsuch, il primo candidato designato dal Presidente Trump all'indomani della scomparsa di Antonin Scalia. Per capire quello che successe in quel frangente, però, occorre fare un passo indietro, risalendo al momento in cui si affermò un fondamentale precedente che, senza volerlo, segnò uno spartiacque.

Il precedente è del novembre 2013, quando l'allora *majority leader* democratico Harry Reid, allo scopo di sbloccare il *filibustering* dei Repubblicani su alcune nomine governative dell'amministrazione Obama, ricorse alla *nuclear option*, vale a dire la procedura con cui si può chiedere di

intenti delle origini e divenne più frequentemente una tecnica dilatoria e di contrasto all'approvazione delle misure governative. Nel 1917, sull'onda di una crescente frustrazione per il rallentamento dei lavori e su sollecitazione del Presidente Wilson, i senatori adottarono la *Rule XXII*, messa alla prova per la prima volta due anni più tardi, quando venne invocata per porre fine all'ostruzionismo contro il Trattato di Versailles. Tuttavia, la *Rule XXII* richiedeva una maggioranza dei due terzi, soglia troppo alta per riuscire a scongiurare il *filibustering*. Prova ne sia che, nei successivi quarant'anni, la *cloture* fu invocata solo cinque volte, ed ecco perché nel 1975 si passò ai tre-quinti.

⁶⁹ E. Rybicki, CRS Report RL31980, *Senate Consideration of Presidential Nominations: Committee and Floor Procedure*; V. Heitshusen, R.S. Beth, CRS Report RL30360, *Filibusters and Cloture in the Senate*. A dire il vero, la *cloture* può essere invocata anche nel caso di nomine dal 1949. Prima di allora, sin dal 1917, quando la *cloture rule* è stata introdotta, le mozioni potevano essere presentate solo nel corso dell'*iter legis*. Si veda R.S. Beth, E. Rybicki, M. Greene, CRS Report RL32878, *Cloture Attempts on Nominations: Data and Historical Development Through November 20, 2013*.

modificare una norma del Regolamento del Senato a maggioranza semplice e non con la *supermajority* dei due terzi normalmente richiesta. Nel caso di Reid, egli chiese di sottoporre al voto i termini della *cloture* secondo la *Rule XXII*, abbassando dalla maggioranza dei tre-quinti a quella semplice la soglia per ottenere la chiusura dei dibattiti – e, quindi, la fine del *filibustering* – per tutte le nomine federali, sia nell'Esecutivo che nella giurisdizione, al di sotto di quelle alla Corte Suprema. La *nuclear option*, in altre parole, è la mozione con cui un senatore può chiedere di mettere ai voti la proposta di modifica di una norma regolamentare che si intenderà approvata con il favore della sola maggioranza semplice e non di quella dei due terzi usualmente richiesta. La mozione di Reid venne messa ai voti e approvata. In questo modo, avendo ottenuto di cambiare i termini della *cloture* abbassando la maggioranza necessaria da quella dei due terzi a quella semplice, i Democratici si assicuravano di poter porre fine al *filibustering* su tutte le nomine federali promosse dall'amministrazione Obama salvo quelle eventuali alla Corte Suprema. L'iniziativa di Reid rivelava che, di fronte a una polarizzazione via via più accentuata, l'interesse dei Democratici a concludere accordi trasversali era venuto meno⁷⁰ ed era stato rimpiazzato dalla determinazione di usare la forza della maggioranza semplice in tutti quei casi in cui l'opposizione avrebbe potuto bloccare le nomine presidenziali. La riforma della *cloture* non provocò grande rumore fra i commentatori politici e nell'opinione pubblica proprio perché Reid fu sufficientemente accorto da chiedere l'abbassamento del *quorum* per tutte le nomine federali fatti salvi i giudici della Corte Suprema – il che induce a comprendere quale tensione e intensità circondano la designazione di un candidato al massimo scranno.

Ritorniamo ora all'aprile 2017, ai tempi della conferma di Gorsuch: i Repubblicani non riuscivano a far passare la mozione di *cloture* per l'impossibilità di raggiungere la maggioranza prevista dei tre-quinti. Allora, analogamente a quanto Reid era riuscito a far approvare quattro anni prima, il *majority leader* repubblicano, Mitch McConnell, avanzò la sua *nuclear option*, chiedendo che i potesse votare a maggioranza semplice e non dei tre quinti un emendamento alla *Rule XXII* che estendesse anche alle nomine della Corte Suprema la maggioranza semplice per approvare la *cloture*. Anche in questo caso, come era accaduto nel 2013 per i Democratici, i Repubblicani potevano contare sulla maggioranza semplice per modificare la *Rule XXII*, per chiudere il dibattito su Gorsuch e per convalidarne la nomina. Così, una maggioranza monocolore diventava sufficiente a superare il *filibustering* anche per le nomine alla Corte Suprema. E, infatti, la nomina di Gorsuch fu approvata il giorno successivo con cinquantaquattro voti favorevoli.

Il dettaglio di questi eventi congressuali è importante perché è la conferma della politicizzazione ormai radicale, in difetto di ogni spazio di dialogo e di convergenze trasversali, a cui sono esposte le procedure di nomina dei giudici alla Corte Suprema: il superamento del *filibustering* mediante la riforma a maggioranza semplice della *cloture* rimuove l'ultimo ostacolo sulla strada di un voto completamente schierato sulla divisione fra gruppi parlamentari. Anche solo riuscire ad arrivare a sessanta senatori,

⁷⁰ D. Mayhew, *The Senate and the Nuclear Option*, Yale Institution for Social and Policy Studies, disponibile alla pagina <https://isps.yale.edu/news/blog/2013/11/the-senate-and-the-nuclear-option>.

come la *Rule XXII* richiedeva prima dell'emendamento del 2017, è, con la polarizzazione politica odierna, impensabile. E, del resto, le stesse audizioni davanti al Senate Judiciary Committee sono usate strumentalmente da entrambi i partiti per esaltare o per debilitare il merito di un candidato davanti a un uditorio nazionale, mentre gli stessi candidati sono portati a dare risposte troppo generiche perché se ne possa ricavare qualche affermazione davvero vincolante rispetto al loro posizionamento futuro quando sono poste loro domande volte esplicitamente a farli esporre su un tema, tipicamente quello dell'aborto, su cui l'opinione pubblica è ormai abituata a misurare lo schieramento ideologico dei giudici. Non è eccessivo, allora, trovarsi a considerare che l'intera procedura di nomina dei giudici alla Corte Suprema è divenuta oggi un affilatissimo strumento politico, fagocitato dalle ostilità tetragone dei due schieramenti che assediano Presidenza e Congresso. La Corte è ormai 'a political football [...] in which each nominee can be expected to predictably vote along ideological lines that track partisan affiliation'⁷¹. La *judicial philosophy* dei giudici, che non necessariamente significa la deriva verso una *judicial ideology*, è estremizzata e letta tutta in chiave politica. In occasioni di sentenze divisive, come è accaduto molteplici volte soltanto a considerare l'ultimo anno, tale estremizzazione lavora contro la percezione dell'indipendenza decisionale dei giudici e comporta una erosione della *judicial legitimacy* della Corte.

5. Conclusioni

I tre modelli di Australia, Irlanda e Stati Uniti che si sono proposti nelle pagine precedenti illustrano le tre modalità ricorrenti con cui vengono designati i giudici delle Corti superiori o supreme negli ordinamenti di *common law*. Esse comprendono uno spettro di soluzioni che si situano agli antipodi (Australia e Stati Uniti) con il modello rappresentato dall'Irlanda che mostra la via adottata da molti sistemi (Regno Unito, Canada, India). La High Court australiana è difforme rispetto alle principali esperienze per la resistenza a rivederne in senso più trasparente e accessibile i termini di selezione e designazione dei propri giudici. Quantunque la sua *judicial legitimacy* non sia oggetto di contestazioni pubbliche né di prese di posizione accademiche, lo scollamento che emerge fra l'omogeneità della composizione dell'Alta Corte in ossequio a una secolare e dominante tradizione anglosassone e la variegata società australiana contemporanea solleva più di qualche perplessità sul grado di *diversità* dei giudici intesa nelle sue molteplici declinazioni e, dunque, sulla cultura che prevale fra di essi. La *bias rule* secondo cui giustizia non deve essere soltanto fatta, ma anche *vista* affinché i cittadini continuino a fidarsi del proprio sistema giurisdizionale corre il rischio di infrangersi oggi in Australia contro l'egemonia di un gruppo sociale che stolidamente mantiene il controllo in particolare della High Court, ultimo fortilizio fra tutte le Corti federali e statali in cui resiste ininterrotta una continuità con il passato. Dei giudici della High Court, dunque, si sa poco forse perché si sa già molto anche soltanto guardando alla loro provenienza geografica, etnica, culturale. L'indipendenza decisionale

⁷¹ D. Epps, G. Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, in 129 *Yale L.J.* 148 (2019), 152.

non è messa a repentaglio dal protagonismo dei giudici, ma dalla loro comune affiliazione a un blocco di pensiero che trova nella ascendenza britannica la sua principale caratteristica. Le istanze di riforma che sono emerse negli ultimi lustri al fine di allineare la High Court all'apertura che via via si è affermata nelle altre magistrature guardano alle esperienze che, a partire dal Regno Unito, mirano a intercettare candidature da ambienti che non siano solo quelli *mainstream*.

Nel caso delle Corti superiori dell'Irlanda, il gradimento al di sopra della media europea e occidentale che i cittadini confermano nei confronti dei giudici prova che il sospetto nei confronti della concentrazione del processo di nomina nelle mani del Taoiseach con la possibilità di una conseguente perdita di fiducia nei confronti della indipendenza e imparzialità dei giudici è stato neutralizzato in parte dalla introduzione di commissioni indipendenti intermedie che hanno ibridato con una componente tecnica il meccanismo politico di nomina, ma soprattutto da una *independence culture* che contraddistingue tradizionalmente il sistema irlandese. L'indipendenza *de jure* che affiora dal procedimento formale di nomina conta decisamente meno della indipendenza *de facto*, generata dalla cultura del contesto che fa da sfondo alla selezione e alla designazione dei giudici.

Anche per la Corte Suprema degli Stati Uniti si potrebbe contestare la costanza di una omogeneità accademica fra i giudici i quali, a dispetto delle loro differenze personali, si sono tutti immancabilmente formati nelle stesse poche università di élite. Ma, ove mai se ne discutesse, questo tema non finirebbe per ledere la *judicial legitimacy* della Corte (non lo ha davvero mai fatto) quanto fa la angosciosa polarizzazione politica dei giudici, anche ben oltre quanto essi stessi manifestino nell'esercizio della loro funzione: nei momenti politicamente più esasperati, infatti, è possibile che i giudici avvertano su di loro la pressione di sacrificare la *legal legitimacy* al fine di preservare la *sociological legitimacy* della Corte come organo⁷². L'irriducibile contrapposizione politica formalizzata dalla necessità di votare a maggioranza semplice l'interruzione del *filibustering* come è avvenuto con la *nuclear option* conferma un clima senza precedenti, considerando come si sono svolte le audizioni degli ultimi quattro giudici e alcuni eventi di contorno che hanno inasprito e ulteriormente radicalizzato il contrasto fra Democratici e Repubblicani. Non va dimenticato, infatti, che, nel 2016, all'indomani della scomparsa di Antonin Scalia, il *majority leader* al Senato, il repubblicano Mitch McConnell si rifiutò di mettere all'ordine del giorno il dibattito per la conferma di Merrick Garland, allora giudice della *U.S. Court of Appeals for the District of Columbia* e oggi *U.S. Attorney General*. Seppur Garland si presentasse come il candidato con la più lunga permanenza in carica in una Corte federale dell'intera storia americana, il rifiuto di McConnell di prenderlo in considerazione fu reiterato per i 293 giorni che intercorsero fino al 3 gennaio 2017, quando la sua nomina venne meno con la conclusione della legislatura. Mai prima era accaduto una dilazione simile nel processo di convalida di un candidato alla Corte Suprema. Subito dopo, appena insediatosi alla Casa Bianca, Donald Trump nominava Neil Gorsuch, la cui conferma dal Senato giunse nell'aprile dello stesso anno con una

⁷² T.L. Grove, *The Supreme Court's Legitimacy Dilemma*, in 132 *Harv. L. Rev.* 2240, 2245 (2019).

maggioranza di 54 a 45, di poco superiore a quelle con cui sono stati convalidati Brett Kavanaugh (50-48) e Amy Coney Barrett (52-48). Nel caso di Kavanaugh, poi, come si ricorderà, tre donne lo accusarono rispettivamente di tentato stupro (Christine Blasey Ford), violenza sessuale (Deborah Ramirez) e stupro di gruppo (Julie Swetnick). Il margine di due soli voti di vantaggio per la conferma di Kavanaugh è stato fra i più ristretti della storia⁷³.

A questo inasprimento del clima, si aggiunge l'episodio a dir poco deplorabile del cosiddetto *Dobbs leak*, la trafugazione a tutt'oggi ancora misteriosa malgrado i ripetuti interrogatori di tutto il personale della Corte e la divulgazione da parte del magazine *Politico* nel maggio 2022 delle bozze della sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (597 U.S. 142 (2022)), a giudizio della stessa Corte Suprema 'one of the worst breaches of trust in its history'⁷⁴. Infine, il 29 giugno 2023, al termine di una conferenza stampa seguita alla pubblicazione della decisione sulle *affirmative action Students for Fair Admissions v. Harvard College* (600 U.S. ___ (2023)), alla domanda 'Is this a rogue Court?', il Presidente Biden ha risposto d'un fiato: 'This is not a normal Court'.

Il confronto fra questi modelli di Corti sfida le nostre prime intuizioni: quelle della High Court sono procedure interamente nelle mani del potere esecutivo e, dunque, almeno sulla carta, sembrerebbero l'*humus* ideale per una politicizzazione dei giudici, specie in un contesto come quello australiano in cui l'*Australian Labor Party* (ALP) e il *Liberal Australian Party of Australia* (LPA) si alternano al governo. L'affiliazione dei giudici a uno dei due partiti sembrerebbe effetto scontato di questa procedura e si immaginerebbe facilmente il *vulnus* che ne deriverebbe alla *bias rule*. Invece, come ha osservato Jacqueline Gleeson, attuale membro della *High Court* australiana, se di *judicial legitimacy* si discute in Australia, lo si fa esclusivamente in senso *profilattico* e non difensivo⁷⁵. In chiave, almeno in astratto, piuttosto contro-intuitiva, la derivazione governativa dei giudici della *High Court* costituisce un problema in termini di eccessiva affinità culturale dei giudici: invece che essere riconducibili alla parte politica che li ha selezionati, i giudici si caratterizzano per una omogeneità poco in sintonia con uno scenario composito e dinamico quale è l'Australia contemporanea. Si badi bene: la *High Court* ha avuto stagioni di maggiore formalismo giuridico – una per tutte, sotto la Presidenza del *Chief Justice* Sir Owen Dixon negli anni

⁷³ Solo nel 1881 la conferma del giudice Stanley Matthews finì 24 a 23, ma si trattava di un candidato proposto dal Presidente Hayes che il Senate Judiciary Committee neppure volle prendere in esame per i suoi rapporti con le industrie delle ferrovie. Successivamente il suo nome venne reiterato dal Presidente Garfield: in questo caso il Senate Judiciary Committee raccomandò di non confermarne la nomina, ma il Senato votò con un solo voto di scarto (S. Gilbert, *A Look at the Closest Court Confirmation Ever*, National Constitution Center: Constitution Daily, 6 ottobre 2018).

⁷⁴ Supreme Court of the United States, *Statement of the Court Concerning the Leak Investigation*, 19 gennaio 2023 (disponibile alla pagina <https://s3.documentcloud.org/documents/23578619/dobbs-public-report.pdf>).

⁷⁵ J. Gleeson, *Advancing Judicial Legitimacy: The Stakes and the Means. Speech for the Commencement of the National Judicial Orientation*, aprile 2022, 5. Si veda altresì M. Gordon, *The Integrity of Court: Political Culture and a Culture of Politics*, in 44 *Melb. U. L. Rev.* 863 (2020).

Cinquanta del Novecento – a cui è succeduto un approccio più realista del diritto con Sir Anthony Mason a partire dagli anni Sessanta, ma si è trattato di evoluzioni dell'intera Corte, come un corpo integrale, cosa che avvicina la *High Court* a Corti costituzionali di stampo kelseniano piuttosto che a Corti apicali di *common law*.

In Irlanda, nonostante procedure di designazione essenzialmente governative che indurrebbero ad aspettarsi un diffuso e persistente *political patronage*, non si sono date circostanze nelle quali la legittimità delle Corti e l'affidamento pubblico alla loro funzioni siano state scosse dal convincimento che l'indipendenza decisionale dei giudici fosse indebolita. Quantunque diversi scandali, e non di poco conto, abbiano esposto comportamenti per nulla commendevoli della magistratura e i sacrifici imposti dalla crisi economica abbiano acceso i riflettori sui privilegi intonsi dei giudici, il dibattito nella letteratura specialistica così come nella pubblica opinione non ha mai denunciato il pericolo o la realtà di un controllo politico sulle Corti, fatto comprovato dai livelli di fiducia nella magistratura fra i più alti del mondo. L'introduzione, poi, di commissioni indipendenti come la JAAB o la JAC hanno rappresentato una affermazione orgogliosa della autonomia del giudiziario rispetto al potere esecutivo e contaminano, come accaduto in altri ordinamenti, la variabile politica della designazione con un filtro tecnico-professionale.

Quello che emerge dalla letteratura più critica è che il potere giudiziario sia, non meno degli altri poteri, una istituzione politica⁷⁶ e che i giudici di ogni grado non siano estranei a una certa idea di *representativeness* ovviamente diversa dalla rappresentatività degli organi elettivi e più vicina al fine di *riflettere* la fisionomia della comunità⁷⁷. La *democratic legitimacy* delle Corti è legata all'idea che il potere giudiziario debba dimostrarsi 'reflective of society' per non rischiare di essere *out of touch* rispetto alle istanze del mondo reale e alla sensibilità media: per conquistare la fiducia dei cittadini, i giudici devono essere in qualche modo *rappresentativi* della comunità nel suo complesso piuttosto che apparire 'mainly male, overwhelmingly white, largely the product of a limited range of educational institutions and social backgrounds'⁷⁸.

Le procedure di nomina per la Corte Suprema degli Stati Uniti furono disegnate in regime di separazione dei poteri proprio al fine di costituire un bilanciamento e un mutuo contenimento degli organi coinvolti, vale a dire Presidenza e Congresso, ed è il Senato a esprimersi per dare lo stesso peso a tutti gli Stati, grandi e piccoli. Un tale equilibrio, accompagnato dalla massima trasparenza dei processi di selezione, designazione e discussione dei

⁷⁶ K. Maleson, *Justifying Gender Equality*, in *Feminist Legal Studies* 1 (2003), 18: 'judges at all levels are exercising power and so are engaged in politics as widely defined. As such, the demands of democratic principles and the need for legitimacy apply to the judiciary as much to any other institution of power'. Non troppo dissimile la voce autorevole della già Presidente della Corte Suprema del Regno Unito, Baroness B. Hale, *Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges?*, in 3 *Publ. L.* 489 (2001).

⁷⁷ E. Rackley, *Women, Judging and the Judiciary: From Difference to Diversity*, Abingdon, 2013, 24.

⁷⁸ H. Genn, *Paths to Justice: What People Do and Think about Going to Law*, Oxford, 1999, 241.

candidati sembrerebbe – sempre sulla carta – attenuare il pericolo di politicizzazione dei giudici: intanto, perché sono l'esito di un atto congiunto fra Presidente e Senato, poi perché le fasi istruttorie della loro conferma, svolte davanti al *Senate Judiciary Committee*, sono pubbliche e dei giudici moltissimo è ciò che si conosce sia sul piano biografico che di pensiero. Eppure, a giudicare dalla spirale in cui si è avvitata la forma di governo americana, si potrebbe dire, parafrasando von Clausewitz, che le nomine dei giudici alla Corte Suprema sono la continuazione della politica con altri mezzi. Il che contrasta pesantemente con la *bias rule*, producendo malesseri diffusi circa la *judicial legitimacy* della Corte.

Quale conclusione è possibile trarre da queste riflessioni? Una su tutte sembrerebbe quella secondo cui, in ordinamenti di *common law* caratterizzati da regimi di democrazia stabile e operativa, quello che conta non è tanto il meccanismo *de jure* di selezione dei giudici, quanto la *selection culture de facto* in cui le nomine accadono. La *selection culture* è un carattere del sistema politico e *lato sensu* culturale suscettibile di cambiare nel tempo: mentre le regole di designazione possono restare immutate, la *selection culture* può avere una sua immanenza o, più verosimilmente, seguire l'evoluzione delle dinamiche politiche del sistema. Le procedure in Australia che erano pienamente compatibili con la percezione collettiva fino a non molti anni fa oggi mostrano il loro limite al cospetto di una sensibilità capillare nei confronti delle tante dimensioni di diversità che percorrono il Paese.

In Irlanda, un Paese culturalmente, religiosamente, storicamente omogeneo e unitario, se mai ne sia esistito uno, la diversità del retroterra dei giudici si fa condizione della loro prossimità alla comunità che nei giudici deve poter credere, per cui, se qualche esitazione in ordine alla fiducia loro accordata esiste, questa riguarda non tanto l'ingerenza della politica nella indipendenza decisionale dei giudici quanto il loro stesso apparato di idee e visioni, capaci di contraddire la *bias rule*.

Infine, la *nuclear option* di cui abbiamo trattato nel caso statunitense è espressione di una *selection culture* davvero peculiare, anche per la storia burrascosa della Corte Suprema, una *selection culture* volta a traslare sul piano normativo un avvistamento politico irriducibile altrimenti. Sembrerebbe così confermato ciò che emerge dagli studi di scienza politica sul tema, vale a dire che la Corte Suprema degli Stati Uniti primeggia fra le Corti come quella più politicizzata, seguita a molte distanze dalla *High Court* australiana, che, per esempio, risulta esserlo più della Corte Suprema canadese⁷⁹. Ma si tratta di una primazia che non possiamo ricondurre semplicemente al modo in cui i giudici sono scelti quanto piuttosto alle circostanze che di quei modi si servono per perseguire le finalità in agenda. Nelle democrazie mature e immuni dagli attentati all'indipendenza istituzionale delle Corti, le procedure di per sé non sono sufficienti a descrivere le dinamiche con cui si garantisce l'indipendenza decisionale dei giudici, il rispetto della *bias rule* e la garanzia della *judicial legitimacy*. La *independence culture* e la *selection culture* sono, in conclusione, più importanti delle regole formali, che equivale a dire che le garanzie *de jure* per l'indipendenza decisionale e l'imparzialità dei

⁷⁹ D.L. Weiden, *Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia*, in 64 *Pol. Rsch. Q.* 335 (2011).

giudici sono meno decisive delle coordinate ambientali, politiche e culturali
de facto.

Benedetta Barbisan
Dip.to di Sc. Pol., della Comunicazione e delle Rel. Int.
Università di Macerata
benedetta.barbisan@unimc.it

