



*Università degli Studi di Firenze*

DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO COMPARATO

CICLO XXIV

COORDINATORE Prof. Vittoria Barsotti

***Tra Diritto e Politica  
Esperienze di selezione dei giudici  
negli Stati Uniti ed in Europa***

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

**Dottorando**  
Dott. Cordelli Camilla

**Tutor**  
Prof. Barsotti Vittoria

Anni 2009/2012

## INDICE

Premessa	p. 1
----------	------

### CAPITOLO I

#### *Corti, Diritto e Politica.*

1. Introduzione. Quando diritto e politica si incontrano.	p. 3
2. Indipendenza e responsabilità dei giudici. La ricerca di un difficile equilibrio di valori.	p. 20
3. L'indipendenza del potere giudiziario e l'importanza del contesto culturale ed istituzionale.	p. 25
4. In dettaglio. La selezione dei giudici. Modelli culturali a confronto.	p. 35
4.1. La selezione dei giudici nazionali.	p. 37
4.2. La selezione dei giudici sovranazionali ed internazionali.	p. 40

### CAPITOLO II

#### *La selezione dei giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti. Un processo politico.*

1. Introduzione.	p. 44
2. La selezione dei giudici dalla dominazione britannica ai giorni nostri.	p. 57
2.1. Premessa.	p. 57
2.2. Il periodo precedente la Convenzione di Philadelphia.	p. 63
2.3. La Convenzione di Philadelphia.	p. 67
2.4. Il dibattito in tema di selezione dei giudici federali.	p. 70
3. La modernità di antiche questioni. Un dialogo mai interrotto con i Padri Fondatori sulla selezione dei giudici federali.	p. 82
4. Le scelte del Presidente.	p. 87
5. <i>Advice and Consent</i> . Alla ricerca del significato originale dell'espressione.	p. 92

5.1. <i>Confirmation Hearings</i> . Dalla segretezza a fenomeno mediatico.	p. 94
6. <i>Diversity</i> . La rappresentatività dei giudici della Corte Suprema. Un concetto in evoluzione.	p. 95

### CAPITOLO III

#### *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed i giudici degli Stati membri.*

1. Premessa. La composizione delle corti sovranazionali ed internazionali tra cessione di sovranità ed interessi nazionali.	p. 101
2. La selezione dei giudici europei e lo scarso interesse mostrato dalla dottrina.	p. 107
3. La selezione dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea.	p. 112
3.1. La legittimazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea.	p. 112
3.2. Dall'accordo informale alla regola inserita nei trattati. Un giudice per Stato Membro.	p. 119
3.3. Tentativi di riforma del procedimento di nomina.	p. 137
4. Il nuovo comitato. Prospettive e limiti della sua azione.	p. 148
5. La Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un dibattito aperto.	p. 156

<i>Indice delle opere citate</i>	p. 163
----------------------------------	--------

<i>Indice dei casi citati</i>	p. 180
-------------------------------	--------

## PREMESSA

Le moderne democrazie liberali hanno da tempo acquisito piena consapevolezza delle interazioni tra fenomeno giuridico e fenomeno politico. L'ideale di giudice neutrale, mero applicatore del diritto ha ormai lasciato il posto ad una più realistica visione del giudice quale soggetto attivo dotato di una capacità di *policy-making*.

La considerazione di diritto e politica quali fenomeni distanti e non comunicanti è stata progressivamente sostituita da un crescente interesse, manifestatosi dapprima negli Stati Uniti e poi anche in Europa, nei confronti dello studio di quella che viene comunemente definita come *judicial politics*.

In un quadro di sempre maggiore attivismo giudiziario si pongono con forza alla nostra attenzione i problemi dell'indipendenza dei giudici, nazionali, sovranazionali ed internazionali, e quello della tensione tra indipendenza e l'altrettanto basilare principio della responsabilità.

I sistemi di selezione e nomina dei giudici costituiscono un efficace indicatore circa la cultura dell'indipendenza giuridica sviluppata da un ordinamento e circa il rapporto tra il potere giudiziario e gli altri poteri costituzionali. Le interazioni tra diritto e politica si fanno quanto mai evidenti nel momento della definizione della composizione di un organo giudiziario.

Il presente lavoro prende in esame le esperienze in merito alla selezione dei giudici di Stati Uniti d'America ed Unione Europea. La scelta di operare una comparazione tra uno Stato nazionale ed una organizzazione

sovranaZIONALE è dettata dal riscontro di una similitudine di problematiche che verranno progressivamente messe in luce pur mantenendo ferme le distinzioni fondamentali tra le due realtà.

Particolarmente, il confronto è reso interessante dall'essere quella americana l'esperienza che fornisce il modello per la riflessione sui rapporti tra diritto e politica e che ha prodotto la più ampia letteratura riguardante la *judicial selection*. Al contrario, in Europa solo in tempi più recenti la dottrina si è fatta carico del tema della selezione dei giudici della Corte di Giustizia, fornendo i maggiori spunti per il futuro. Il dibattito è quanto mai attuale ed aperto per quanto concerne l'Unione Europea, in ragione in particolare dell'attesa adesione della stessa al Consiglio d'Europa. La Convenzione dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo pongono infatti nuovi requisiti cui le istituzioni dell'Unione saranno chiamate ad adeguarsi e che inevitabilmente si rifletteranno anche sulle procedure di *judicial selection* interne all'Unione Europea.

In generale, il tema della composizione delle corti sovranazionali ed internazionali si può ragionevolmente asserire costituirà il futuro del dibattito in tema di procedure di selezione dei giudici. In particolare, sotto i profili della trasparenza delle procedure nazionali di nomina dei giudici internazionali e di rappresentatività degli stessi rispetto alle comunità soggette alla giurisdizione di tali corti.

## CAPITOLO I

### *Corti, Diritto e Politica.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Quando diritto e politica si incontrano - 2. Indipendenza e responsabilità dei giudici. La ricerca di un difficile equilibrio di valori. - 3. L'indipendenza del potere giudiziario e l'importanza del contesto sociale e culturale. - 4. In dettaglio. La selezione dei giudici. Modelli culturali a confronto. - 4.1. La selezione dei giudici nazionali. - 4.2. La selezione dei giudici sovranazionali ed internazionali.

#### **1. Introduzione. Quando diritto e politica si incontrano.**

Al confine tra il mondo del diritto, con il suo contenuto di regole formali, ed il mondo della politica, intesa come complesso di scelte collettive compiute in nome dell'interesse comune, si trova la giustizia<sup>1</sup>.

Affrontare uno studio sulle corti e sui giudici che le compongono richiede la consapevolezza delle connessioni che esistono tra fenomeno giuridico e fenomeno politico. Il grado di coinvolgimento dell'uno nell'altro dipenderà dalle peculiarità degli ordinamenti presi in esame.

Sebbene, come ricordano Guarnieri e Pederzoli, diritto e politica costituiscano *“due ambiti trattati da discipline diverse e spesso poco*

---

<sup>1</sup> Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Bari - Roma, Laterza, 3<sup>a</sup> ed., 2011, p. 3.

*propense a comunicare tra loro*"<sup>2</sup>, le scienze giuridiche, ma soprattutto le scienze sociali sono state in grado di creare un dialogo tra discipline e attraverso un approccio multidisciplinare affrontare lo studio delle interazioni tra diritto e politica secondo un metodo che viene anche definito come *judicial politics*.

La possibilità di un tale dialogo si è precocemente mostrata negli Stati Uniti, dove le interazioni tra corti, diritto e politica risultano particolarmente visibili e socialmente accettate<sup>3</sup>. La Corte Suprema degli

<sup>2</sup>Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, *supra* nota 1, p. 3. Inoltre si veda Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira, *The Study of Law and Politics*, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2010, p. 4.

<sup>3</sup> Già nel 1971 scrivevano Grossman e Sarat " *The reciprocal and constant interaction between the judiciary and the political system no longer seems open to question. The idea that, somehow, law and legal institutions operate separately and distinct from politics is impossible to maintain.*" Joel B. Grossman, Austin Sarat, *Political Culture and Judicial Research*, in 1971 Wash. U. L. Q. 177 (1971), p. 177. La consapevolezza delle dinamiche di comunicazione e scambio tra il fenomeno giuridico ed il fenomeno politico ha radici profonde e risalenti nel tempo nell'ordinamento americano, che affondano nel concetto stesso di separazione dei poteri. Questo costituisce l'architrave su cui poggiano la relazione tra i poteri dello stato e, per quello che qui più ci interessa, il principio cardine di indipendenza. La consapevolezza di tali connessioni tuttavia appartiene prima ancora che alla scienza giuridica alla scienza politica. Come sottolinea infatti Russel analizzando la teoria dell'indipendenza della magistratura " *The perspectives of political science are well suited for the analysis of a concept such as judicial independence. It is the province of political science to study the connections between different elements of the political system. Judicial independence is first and foremost concept about connections – or, more precisely, the absence of certain connections – between the judiciary and other components of the political system. The traditional legal scholarship that has dominated the literature on judicial independence tends to be doctrinal and parochial, deriving its ideas from the precedents and practices of particular legal traditions.*

*By way of contrast, political science [...] brings to the study a healthy skepticism about judicial independence and its sister concept, judicial impartiality. From the perspective of political science, everything in the political system is connected to everything else and nothing in the political system is without bias.*" Peter H. Russel, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in Peter H. Russel, David M. O'Brien (eds.), *Juicial Independence in the Age of Democracy. Critical Perspectives from around the World*, Charlottesville and London, University Press of Virginia, 2001, p. 2. Il tema oggetto del presente lavoro non potrà pertanto essere affrontato senza un costante ricorso incrociato a studi di scienziati giuridici e scienziati politici. Anche da un punto di vista metodologico pertanto diritto e politica mostrano di essere strettamente connesse.

Stati Uniti, in particolare, ha rappresentato l'asse portante degli studi che si sono sviluppati attorno ai concetti di *law and politics*.

In Europa, al contrario il fenomeno si presenta come relativamente recente e sebbene abbia risentito dell'influsso della dottrina americana, lo studio delle corti, non come semplici applicatori delle norme giuridiche, ma come soggetti attivi nel processo di creazione del diritto, ha assunto connotazioni del tutto peculiari che riflettono una matrice culturale diversa da quella statunitense<sup>4</sup>.

L'idea di un giudice creatore del diritto appartiene alla tradizione di *common law*, fino dalle sue origini. La critica di Jeremy Bentham all'amministrazione della giustizia inglese muoveva dal riconoscimento che dietro l'attività dichiarativa del diritto, si celasse in realtà una vera e propria creazione del diritto da parte dei giudici inglesi<sup>5</sup>. Lo stesso dibattito

<sup>4</sup> Lo studio delle interazioni dei fenomeni giuridico e politico sulla giustizia non può non suscitare l'interesse del comparista. Meritano in particolare attenzione le ragioni che hanno condotto allo svilupparsi di idee sulle funzioni dei giudici e delle corti originariamente agli antipodi. Differenze che si sono ridotte solo in tempi più recenti. E' sulla scorta di tali idee che si determina la concezione del potere giudiziario che ogni ordinamento sceglie di adottare nel quadro del proprio sistema di valori costituzionali ed è in ragione di tale concezione che i modelli di reclutamento dei giudici, di cui si è scelto di occuparsi nel presente lavoro, avranno specifiche caratteristiche. Diventa pertanto rilevante, prima di affrontare uno studio specifico sul tema, capire quale funzione si riconosce al giudice all'interno dell'ordinamento e in particolare quale spazio è riservato al potere giudiziario nei rapporti con gli altri poteri. Da ciò discende la legittimazione riconosciuta e il potere che lo stesso giudice si riconosce. Tra i primi ad aver offerto una prospettiva comparata sul tema Walter F. Murphy, Joseph Tanenhaus, *The Study of Public Law*, New York, Random House, 1972; Glendon A. Schubert, David J. Danelski (eds.), *Comparative Judicial Behavior: Cross-Cultural Studies of Political Decision Making in East and West*, New York, Oxford University Press, 1969; Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981; Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France*, New York, Oxford University Press, 1992; Mary Volcansek, *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London, Cass, 1992.

<sup>5</sup> "Il giudice, benchè come si dice, nominalmente non faccia altro che dichiarare il diritto esistente, può affermarsi essere in realtà creatore del diritto". Così Cappelletti riporta le parole del Chief Justice dell'Australia e allora presidente del Bentham Club, Sir Garfield Barwic. Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 7. Si veda inoltre, Jeremy Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, (a cura di) Eugenio Lecaldano, Torino, UTET, 1998.



sull'attività del giudice quale creatore di norme si ritrova negli Stati Uniti e procede di pari passo con la formazione e lo sviluppo dell'apparato giudiziario federale. Ciò che distingue il dibattito prodottosi negli Stati Uniti da quello che poi si svilupperà a partire dal secondo dopo guerra, contestualmente alla nascita dei moderni sistemi di giustizia costituzionale nell'Europa continentale, è questa precoce consapevolezza della funzione di *policy making* dei membri del potere giudiziario<sup>6</sup>.

Come sottolineava Cappelletti, *“l'espansione del ruolo giudiziario rappresenta invero il contrappeso, secondo me necessario in un sistema democratico di checks and balances, alla parallela espansione delle «branche politiche» dello stato moderno”*<sup>7</sup>, ed è in particolare in ragione dello specifico sistema di equilibrio tra i poteri fondato sul principio dei pesi

---

<sup>6</sup> Un riconoscimento il cui merito va in particolare ai teorici del cosiddetto realismo giuridico i quali hanno tentato di descrivere *“ciò che i giudici”*, di fatto costruendo *“un modello prescrittivo di ciò che i giudici dovrebbero fare”*. Giorgio Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 1993, p. 57. Il movimento realista riconosce e stimola l'attività creativa del giudice, sempre tuttavia nel quadro dei rapporti tra i poteri dello stato e riconoscendo i limiti stessi del potere giudiziario. Come infatti ricorda anche Guarnieri, *“il giudice svolge certamente un'attività legislativa, politica se si vuole, ma sempre «interstiziale», svolta cioè negli spazi lasciati aperti dagli altri poteri”*. La funzione svolta dal giudice americano non è dunque squisitamente politica, ma al contrario sarebbe, secondo la lettura tradizionale, una funzione subordinata a quella legislativa, che può intervenire a dare voce alle *“aspirazioni già largamente presenti nel pubblico e non [di] imporre nuove scelte”*. Accanto a questa impostazione tradizionale si è andata sviluppando tuttavia, a partire dagli anni '50 del secolo scorso una diversa impostazione secondo la quale il giudice svolgerebbe attività politica né più né meno come gli altri attori cui sono riconosciute funzioni politiche all'interno dell'ordinamento, in particolare membri del potere esecutivo e legislativo. Carlo Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, Cedam, 1981, pp. 42 e ss. Tra i primi autori a dare impulso ad una lettura politica dell'attività degli organi giudiziari ed in particolari delle sentenze dei giudici vi è stato Martin Shapiro. Il dibattito sulla politicità dell'attività giudiziaria si è da allora sviluppato senza soluzione di continuità. Raggiunta piena consapevolezza della politicizzazione dell'attività giudiziaria, l'attenzione si è piuttosto spostata sul grado di tale politicizzazione attraverso un'analisi delle decisioni dei giudici, in particolare dei giudici d'appello e dei giudici della Corte Suprema federale. Si veda ad esempio, Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman, Andres Sawicki, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2006.

<sup>7</sup> Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, *supra* nota 5, p. 9.

e contrappesi che è stato favorito l'affermarsi di un apparato giudiziario con caratteristiche del tutto peculiari e di una dottrina da subito attenta al rapporto tra giustizia e politica.

In Europa tale attenzione si sviluppa solo a successivamente e pur attingendo dall'esperienza americana, si sviluppa una prospettiva autonoma sul tema. Sebbene quello dell'espansione dell'attività giudiziaria sia un fenomeno che ha ben presto conosciuto diffusione nei sistemi di *common law* come in quelli di *civil law* permane per lungo tempo nell'osservatore europeo reticenza nel considerare le corti veri e propri soggetti politici, la cui azione trovi fondamento in scelte politiche. La dottrina europea sembra piuttosto aver a lungo dato lettura all'attività giudici in chiave diversa, cercando gli effetti politici del processo di espansione dell'attività giudiziaria<sup>8</sup>.

Al fine di rintracciare le ragioni di quanto sopra esposto occorre volgere lo sguardo indietro nel tempo. Fin dai primi giorni della federazione statunitense l'apparato giudiziario è stato considerato come il terzo potere di governo che si affiancava all'esecutivo e al legislativo. Quel giudice che secondo l'elaborazione teorica di Montesquieu era *bouche de la loi*, diventa a partire dalla Convenzione di Philadelphia del 1787, membro attivo dell'ordinamento giuridico. Il principio della separazione dei poteri viene declinato secondo il significato tutt'oggi racchiuso nell'espressione *checks and balances*<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France*, *supra* nota 4.

<sup>9</sup> Come meglio sarà spiegato nel successivo Capitolo II, l'adesione dei Padri Fondatori della Costituzione americana alla tradizione inglese, che a sua volta era stata ispirazione per Montesquieu, non significa che gli stessi avessero ben chiaro come interpretare il principio della separazione dei poteri. Ciò non di meno, il concetto di separazione dei poteri fu utilizzato come importante arma retorica che si è successivamente sviluppato fino a diventando asse portante del sistema costituzionale. Si vedano, Angioletta Sperti, *Corti Supreme e Conflitti tra Poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le*

Consiste quello dei pesi e contrappesi nel postulato teorico necessario per l'attribuzione al giudice di un potere "creativo" non solo di applicazione del diritto, ma anche di elaborazione giurisprudenziale dello stesso. Come conseguenza si ha l'affermarsi di una figura professionale totalmente in antitesi con quella frutto dell'impostazione teorica di cui è padre Montesquieu. Se sul continente americano infatti, anche sulla premessa dell'adesione alla teoria dichiarativa di matrice anglosassone, il giudice acquisisce una funzione creatrice prodromica all'attivismo giudiziario che sarà il fenomeno che accompagnerà lo sviluppo delle corti americane, in Europa, si idealizza la figura del giudice quale mero esecutore, attore indipendente chiamato all'applicazione neutrale del diritto, cui è negata alcuna funzione creativa del diritto in nome della separazione tra funzione giudiziaria e funzione politica<sup>10</sup>.

In conseguenza dell'adozione di questo modello teorico, sul continente europeo si afferma la tesi che il giudiziario in realtà non sia un autentico potere. Afferma infatti Montesquieu che il giudice eserciti "un

---

*tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2005; Scott Douglas Gerber, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606 – 1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011; John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 Harv. L. Rev 1139 (2011). Per utilizzare le parole di Tribe "Separation of powers commands and pervades american constitutional law". Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3th ed., volume I, New York, Foundation Press, 2000, pp. 118 ss.

<sup>10</sup> La diversa interpretazione della funzione giudiziaria nella tradizione di *civil law* ed in quella di *common law* viene espressa in maniera esemplare dalle parole di Shapiro e Stone. "There is a strong commitment in Western liberal-democratic political ideology to the separation of law and politics and to a vision of judges as independent, neutral law appliers rather than political policymakers". Martin Shapiro, Alec Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, Comparative Political Studies 26:4, (1994:Jan.), p. 397. Si vedano anche Giorgio Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, supra nota 6; John Henry Merryman, David S. Clark, John O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia, Cases and Materials*, Charlottesville, LexisNexis Matthew Bender, 1994.

*pouvoir de quelque façon nul*”<sup>11</sup>. Tale concezione sebbene non rispecchi la complessità della funzione giudiziaria e non rappresenti in particolare la particolare funzione esercitata dalla giustizia costituzionale<sup>12</sup>, ha di fatto influenzato a lungo la scienza giuridica europea ed ha dato vita al dibattito sulla qualificazione del giudiziario all'interno degli ordinamenti europei<sup>13</sup>.

Precisando che anche in questo campo, come in molti altri della scienza giuridica, le distinzioni nette hanno perso di rilevanza avendo prevalso la contaminazione tra istituti e teorie e sottolineando anche che un modello di separazione dei poteri puro non trova applicazione alcuna in epoca moderna<sup>14</sup>, avendo spaziato la dottrina dei *checks and balances* ben oltre i confini nazionali statunitensi, è tuttavia interessante dare lettura di alcuni articoli della Costituzione italiana, di quella francese del 1958 e della Costituzione degli Stati Uniti d'America ed operare un seppur limitato confronto.

L'articolo 104 (1) della Costituzione italiana statuisce che “La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere”<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Charles Louis Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979.

<sup>12</sup> Sull'importanza dell'avvento della giustizia costituzionale in Europa e l'incremento della partecipazione delle corti nel processo decisionale politico si veda Martin Shapiro, Alec Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, *supra* nota 10.

<sup>13</sup> Risulta opportuno ricordare il lavoro del maestro Cappelletti, in particolare Mauro Cappelletti, *Giudici legislatori?*, *supra* nota 5; Mauro Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"* in 35 *Cath. U.L. Rev.* 1 (1985); Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

<sup>14</sup> Stone Sweet scrive “*Traditional, Continental separation of powers doctrines are in deep crisis. Conceived as a set of prescriptions, they appear increasingly obsolete and inchoerent. Conceived as descriptions, they obscure more than they clarify what is actually going on in the world.[...]today judges legislate, parliaments adjudicate, and the boundaries separating law and politics – the legislative and judicial functions – are little more than academic constructions*”. Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 130.

Similmente, l'articolo 65 della Costituzione francese del 1958 inserito nel Titolo VII dedicato all'autorità giudiziaria contiene l'espressione "*ordre judiciaire*"<sup>16</sup>. Evidente appare la differenza con l'articolo III della

<sup>15</sup> Articolo 104, Costituzione della Repubblica Italiana. La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica.

Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione.

Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio. Il Consiglio elegge un vicepresidente fra i componenti designati dal Parlamento.

I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.

Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale.

<sup>16</sup> Article 65, Constitution de la République française (1958). Le Conseil supérieur de la magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée.

La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle comprend alors, outre les membres visés au deuxième alinéa, le magistrat du siège appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires qui les concernent. Elle comprend

Costituzione americana dove si fa espresso riferimento invece a “ *The judicial power of the United States* ”<sup>17</sup>. La differenza terminologica starebbe

---

alors, outre les membres visés au troisième alinéa, le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l’égard des magistrats du siège.

Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d’avis formulées par le Président de la République au titre de l’article 64. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice. La formation plénière comprend trois des cinq magistrats du siège mentionnés au deuxième alinéa, trois des cinq magistrats du parquet mentionnés au troisième alinéa, ainsi que le conseiller d’État, l’avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa. Elle est présidée par le premier président de la Cour de cassation, que peut suppléer le procureur général près cette cour.

Sauf en matière disciplinaire, le ministre de la justice peut participer aux séances des formations du Conseil supérieur de la magistrature.

Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique.

La loi organique détermine les conditions d’application du présent article.

<sup>17</sup> Article III, Constitution of the United States of America. Section 1. The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services a compensation which shall not be diminished during their continuance in office.

Section 2. The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;--to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls;--to all cases of admiralty and maritime jurisdiction;--to controversies to which the United States shall be a party;--to controversies between two or more states;-- between a state and citizens of another state;--between citizens of different states;--between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects.

In all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all the other cases before mentioned, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction, both as to law and fact, with such exceptions, and under such regulations as the Congress shall make.

The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury; and such trial shall be held in the state where the said crimes shall have been committed; but when not committed within any state, the trial shall be at such place or places as the Congress may by law have directed.

Section 3. Treason against the United States, shall consist only in levying war against them, or in adhering to their enemies, giving them aid and comfort. No person shall be convicted of treason unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court.

The Congress shall have power to declare the punishment of treason, but no attainder of treason shall work corruption of blood, or forfeiture except during the life of the person

dunque ad indicare anche una sostanziale distinzione riguardante i contenuti della funzione giudiziaria, dalla quale deriverebbe altresì un differente approccio al tema dell'indipendenza e la responsabilità dei giudici dei giudici. Se il tema dell'attivismo giudiziario è ormai dibattuto sia sul continente americano, come su quello europeo, ancora rimane evidente una diversa prospettiva.

Negli Stati Uniti la presa di consapevolezza del ruolo di *policy-making* delle corti ed in particolare della Corte Suprema federale è stata precoce ed ha consentito un graduale sviluppo del dibattito in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici<sup>18</sup>. La ricerca dell'equilibrio tra *independence* ed *accountability* è stata forgiata dall'accettazione della funzione creativa della giurisprudenza, dall'attribuzione ad ogni singolo giudice del potere di revisione delle costituzionalità delle leggi e dal valore di precedente vincolante riconosciuto alle sentenze.

Al contrario, le magistrature europee hanno a lungo vissuto nel postulato teorico di costituire meri esecutori della legge<sup>19</sup>. Tuttavia, tale stereotipo si è progressivamente andato sgretolando e ciò ha portato al riconoscimento dell'attivismo delle corti del continente europeo. Il dibattito sull'indipendenza della magistratura si è dunque aperto agli stimoli provenienti in particolare dall'ordinamento statunitense e dagli studi di politologi e scienziati giuridici americani. Definire il corpo giurisdizionale come potere o mero ordine è divenuta questione di secondaria importanza

---

attainted.

<sup>18</sup> Sebbene, come precisa Burbank, "*the words "judicial independence" nowhere appear in the U.S. Constitution*". Stephen Burbank, *The Architecture of Judicial Independence*, 72 S. Cal. L. Rev. 315 (1998-1999), p. 339.

<sup>19</sup> Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, Oxford Socio-Legal Studies, 2002, p. 68 ss.

essendo ormai evidente che, al di là del dato letterale, il ruolo cui erano stati originariamente confinati i giudici è stato da tempo ampiamente superato.

Quando si sceglie di affrontare lo studio dei rapporti tra politica e diritto con uno sguardo rivolto all'Europa non ci si può esimere dal considerare l'apporto al dibattito dato dall'Unione Europea e dalle sue istituzioni. La presenza di questa organizzazione politica sovranazionale che coinvolge la quasi totalità degli Stati europei e che ha creato un nuovo livello di *governance*, impone di spostare l'attenzione dal livello nazionale a quello sovranazionale e capire dunque quali siano gli scambi e le interazioni tra giustizia europea e politica nazionale e sovranazionale<sup>20</sup>.

In particolare si rende necessaria una riflessione sul profilo dell'indipendenza delle corti sovranazionali ed internazionali. Costituisce quest'ultimo un tema di dibattito su cui si è vista sempre maggiore concentrazione di attenzione da parte della dottrina e presumibilmente l'interesse non potrà che accrescersi di pari passo all'aumentare dell'importanza delle pronunce delle corti stesse<sup>21</sup>. Garantire l'indipendenza

---

<sup>20</sup> Quello delle interazioni tra corti nazionali ed internazionali costituisce argomento quanto mai attuale di dibattito tra gli studiosi di temi inerenti vari profili relativi all'amministrazione della giustizia. Sebbene in questo lavoro si faccia particolare riferimento all'Unione Europea e ai rapporti che si creano tra questa, il sistema giudiziario europeo e le giurisdizioni nazionali, il fenomeno delle relazioni di scambio che si vengono a creare tra corti nazionali ed internazionali coinvolge in maniera più ampia tutti gli organi istituiti a livello internazionale ai fini dell'esercizio di competenze giurisdizionali. Sul tema si veda ad esempio Yuval Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>21</sup> Come notano Mackenzie e Sands, il raggio di attività delle corti internazionali si è allargato ben oltre quanto immaginabile solo alla metà del secolo scorso. Le forme di giustizia internazionale ad oggi conosciute variano e si distinguono sotto vari profili, ma ciò che le accomuna è la potenzialità del ruolo ad esse affidato. Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, 44 *Harvard International Law Journal* (2003). L'importanza del diritto internazionale, in una società contemporanea sempre più globalizzata ed aperta a scambi culturali e commerciali su larga scala, non potrà quindi che accrescersi col passare del tempo e di conseguenza l'influenza delle corti internazionali e sovranazionali.



degli organi giudiziari sovranazionali ed internazionali assume infatti un rilievo particolare non soltanto nelle relazioni tra le organizzazioni e gli Stati, ma anche in ragione del progredire della globalizzazione economica e giudiziaria<sup>22</sup> degli scambi commerciali. Chi opera in un mercato globale richiede di poter far affidamento su organismi in grado di risolvere le dispute in modo efficiente e sicuro. In mancanza di fiducia negli organi giudicanti gli operatori economici si asterranno dall'agire in un determinato mercato con gravi conseguenze nello sviluppo dell'economia globale. La percepita mancanza di indipendenza dei giudici può essere uno dei motivi in grado di spingere gli attori dei processi commerciali all'astenersi dall'operare<sup>23</sup>.

La necessità di garantire l'indipendenza degli organi giudiziari sovranazionali ed internazionali non può tuttavia essere esclusivamente attribuita a necessità economiche e commerciali. Le corti sovranazionali ed internazionali giocano un ruolo fondamentale nei processi di sviluppo dei meccanismi di protezione diritti umani e delle libertà fondamentali. A livello dell'Unione Europea inoltre, la Corte di giustizia si è di fatto attribuita un ruolo fondamentale nella promozione del processo di integrazione europea<sup>24</sup>. Risulta quindi imprescindibile che sia gli organi giudicanti dell'Unione Europea che la Corte europea dei diritti dell'Uomo siano preservate da indebite influenze politiche e siano assicurate sotto il profilo dell'indipendenza. Ciò non di meno, si pone con riferimento a queste, come con riferimento alle corti nazionali, il problema di bilanciare l'indipendenza con il cosiddetto principio di *accountability*.

---

<sup>22</sup> Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France*, *supra* nota 4.

<sup>23</sup> H. P. Lee (ed.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2011, p. 3.

<sup>24</sup> Per una più approfondita trattazione si veda *infra* Capitolo III.

Le magistrature nazionali, sovranazionali ed internazionali attraverso le decisioni rese risultano di fatto esposte al giudizio collettivo. Spesso, data la rilevanza sociale dei casi trattati tale esposizione si può spingere fino al loro coinvolgimento, seppur involontario, nel dibattito politico. Risulta dunque essenziale la protezione dalla politicizzazione delle stesse. Tuttavia, la totale indipendenza non è un obiettivo realizzabile, né tanto meno auspicabile. Non soltanto infatti, ipotizzare l'esistenza di un organo giudiziario totalmente non influenzato da fattori esterni alla sua funzione è irrealistico<sup>25</sup>, ma sarebbe anche contrario ad un principio di responsabilità che deve sempre essere sotteso all'esercizio di qualsiasi funzione pubblica, compresa quella giudiziaria, onde evitare il crearsi di situazioni paradossali di eccesso di potere. Come sottolinea Burbank, *judicial independence* e *judicial accountability* sono due facce della stessa medaglia, due concetti necessari l'uno all'altro<sup>26</sup>. Spingerli su fronti opposti della discussione sarebbe un errore. Tuttavia, trovare un bilanciamento è dunque una questione spinosa e che solo in tempi recenti è divenuta oggetto di dibattito tra gli studiosi europei, in particolare con riferimento alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. Notevole spinta alla discussione deriva in particolare dal Consiglio d'Europa, il quale si è mostrato da tempo molto attivo nel promuovere a livello europeo una cultura di indipendenza e criteri per il raggiungimento della stessa<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Peter H. Russel, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, supra nota 3, p. 12.

<sup>26</sup> Stephen B. Burbank, Barry Friedman, *Reconsidering Judicial Independence*, in Stephen B. Burbank, Barry Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks [etc.], Sage Publications, 2002.

<sup>27</sup> Le raccomandazioni e gli strumenti per la promozione dell'indipendenza dei giudici sviluppati dal Consiglio d'Europa saranno discussi di seguito. Sull'importanza dell'azione del Consiglio d'Europa ed in particolare delle sentenze della Corte di Strasburgo si tornerà in seguito. *Infra* Capitolo III.

Precisato dunque che anche a livello europeo vi è una sempre maggiore attenzione a quello che è il rapporto tra corti e politica, quello della selezione dei giudici si presenta come un terreno particolarmente ricco di spunti e di suggestioni. Se nel presente lavoro si sceglie di operare un confronto tra l'esperienza americana e quella europea in tema di *judicial appointments*, il motivo risiede, come anticipato all'inizio, nella importante tradizione della dottrina statunitense che segna il passo per chiunque voglia dedicarsi allo studio di questo tema.

Che gli Stati Uniti rappresentassero un peculiare laboratorio di soluzioni politiche e giuridiche apparve in tutta chiarezza già sul finire del 1800 ad Alexis De Tocqueville, autore del celeberrimo *La democrazia in America*<sup>28</sup>. In apertura del capitolo dedicato al potere giudiziario egli scrive

*“Ciò che uno straniero comprende con maggior fatica negli Stati Uniti è l'organizzazione giudiziaria. Non vi è, per così dire, avvenimento politico in cui non si senta invocare l'autorità del giudice; dal che egli conclude che il giudice sia una delle principali forze politiche. Quando poi esamina la costituzione dei tribunali, non vi si scopre, in un primo momento, che attribuzioni e abitudini giudiziarie. Ai suoi occhi il magistrato sembra introdursi negli affari pubblici solo per caso; senonché, è un caso che si ripete tutti i giorni.”*<sup>29</sup>

L'incontro tra politica e diritto giurisprudenziale per tramite di controversie quotidianamente sollevate da privati cittadini è dunque un

---

<sup>28</sup> Alexis De Tocqueville, *La Democrazia in America*, Torino, UTET, 2007.

<sup>29</sup> *Id.* p. 122.

fenomeno che negli Stati Uniti d'America non assume i caratteri dell'evento straordinario. Al contrario, le parole di De Tocqueville ci dimostrano come la cosiddetta *judicialization of politics*, fenomeno che si comincia a conoscere come globale a partire dal secondo dopo guerra, affondi le sue radici molto indietro nel tempo<sup>30</sup>. Ancora una volta si capisce perchè l'ordinamento americano rappresenti un caso di studio così interessante e una pietra di paragone imprescindibile, considerato che fenomeni relativamente recenti in Europa sono noti ai politologi e agli scienziati giuridici statunitensi fin dagli albori della federazione. Si può concordare con chi sostiene che negli Stati Uniti le dispute giudiziarie costituiscano un'altra espressione della politica<sup>31</sup>. Se è vero, come affermano Guarnieri e Pederzoli, che i giudici in tutti i regimi democratici hanno conosciuto un progressivo ampliamento della loro funzione politica<sup>32</sup> questo fenomeno è stato sicuramente conosciuto e riconosciuto dagli Stati Uniti con un certo anticipo rispetto ad altri ordinamenti. In Europa si è a lungo sostenuto il

---

<sup>30</sup> Quanto affermato non deve indurre la considerazione, al contrario diffusa, che la cosiddetta *judicialization* della politica sia un fenomeno rilevabile esclusivamente negli Stati Uniti. Tale errata percezione è indotta dall'alto numero di studi in materia condotti da giuristi americani in confronto invece al ridotto ammontare di pubblicazioni sullo stesso tema ad opera di studiosi provenienti da altri paesi o interessati all'analisi di altri ordinamenti. Gli Stati Uniti costituiscono tuttora il riferimento principale in materia, ma non rappresentano più un'unicità, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso. Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11: 93-118 (2008). Si vedano anche John Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, 65 *Law and Contemp. Probs.* 41 (2002); Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002. Per un'analisi del fenomeno in Europa, Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, *supra* nota 14.

<sup>31</sup> Herbert Jacob, *Courts and Politics in the United States*, in Herbert Jacob, Erhard Balnkenburg, Herbert M. Kritzer, Doris Marie Provine, Joseph Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, New Haven and London, 1996.

<sup>32</sup> Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, *supra* nota 19, p. 6.

paradigma del giudice passivo, che tuttavia ormai non rispecchia più le caratteristiche degli organi giudiziari.

La funzione di *policy-making* sviluppata dalle corti americane ha forgiato il loro ruolo nell'ordinamento e ciò è avvenuto principalmente ad opera dei giudici che hanno preso parte alla funzione giudiziaria. Non si può tuttavia sostenere, con le dovute distinzioni che verranno specificate in seguito, che le corti europee -e nello specifico per quello che qui più ci concerne, la Corte di giustizia dell'Unione Europea- non abbiano conosciuto uno sviluppo simile. Il peso avuto dalla Corte nel processo di integrazione europea altro non è che un chiaro esempio di attivismo giudiziario sulla falsa riga di quanto noto all'ordinamento americano.

La presa di consapevolezza del ruolo politico delle corti pone tuttavia l'attenzione sull'indipendenza, nella duplice accezione di indipendenza interna ed esterna, dei giudici e degli organismi giudiziari. In un sistema in cui ordinamento politico ed ordinamento giuridico si intrecciano, occorre chiedersi come sia possibile preservare i giudici nell'esercizio della delicata funzione loro affidata. Da questo primo interrogativo ne discendono poi di ulteriori, riguardanti la responsabilità dei giudici ma anche la percezione esterna degli organi giurisdizionali. Come si avrà modo di osservare nell'avanzamento del presente lavoro, non basta lo svolgimento in maniera indipendente delle proprie funzioni, le corti devono altresì apparire indipendenti ed imparziali. Devono apparire quindi, per riprendere un'espressione usata dall'attuale *Chief Justice* Roberts nel corso dei propri *confirmation hearings* davanti al Senato, come *umpire*, arbitri, soggetti completamente terzi rispetto alle parti in causa, che non fanno le

leggi, ma le applicano<sup>33</sup>. Da come i giudici vengono percepiti dall'esterno, discende il senso di fiducia o la sfiducia nei confronti del sistema giudiziario. La fiducia è un elemento chiave nel corretto funzionamento di un ordinamento, in quanto è strettamente collegata al principio di legittimazione democratica delle corti. Si argomenterà pertanto come un'apparenza di indipendenza sia cruciale per il funzionamento dei tribunali sovranazionali ed internazionali, che maggiormente soffrono di un deficit di legittimazione.

Il metodo con cui si selezionano i giudici gioca un ruolo determinante nella creazione della fiducia nelle corti e nei giudici. Il coinvolgimento di organi politici risponde ad esigenze di *accountability*. L'opportunità di coinvolgere organi politici non è ormai solo riconosciuta negli Stati Uniti<sup>34</sup>, ma anche a livello sovranazionale<sup>35</sup>. Risulta quindi stridente il confronto con l'approccio della dottrina europea che a lungo ha dato l'impressione di voler negare qualsiasi rilevanza politica del procedimento di selezione dei giudici della Corte di giustizia.

---

<sup>33</sup> "Judges are like umpire.' [...] 'Umpire don't make the rules; they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules. But it is a limited role.'" Bruce Weber, *Umpire v. Judges*, The New York Times, 11 luglio 2009.

<sup>34</sup> Per dirla con le parole di Porto "Neither law without politics nor politics without law is appropriate in the selection of judges". Brian L. Porto, *May it Please the Court, Judicial Processes and Politics in America*, CRC Press, 2009, p. 133

<sup>35</sup> Si fa riferimento in particolare alla posizione espressa dalla Commissione di Venezia e si rimanda alle prossime pagine per un approfondimento.

## **2. Indipendenza e responsabilità dei giudici. La ricerca di un difficile equilibrio di valori.**

L'indipendenza della magistratura rappresenta un principio fondante per tutti i regimi liberal-democratici<sup>36</sup>. Il rapporto equilibrato tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato costituisce un tema centrale nel dibattito costituzionale degli ordinamenti democratici in quanto si inserisce non soltanto nel più ampio terreno di discussione riguardante i rapporti tra magistratura e sistema politico, ma anche in conseguenza dei riflessi di tale rapporto sull'assetto organizzativo interno della stessa magistratura.

L'indipendenza non può essere considerata esclusivamente come un fine il cui raggiungimento l'ordinamento si deve prefiggere. Essa non

---

<sup>36</sup> Carlo Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, *supra* nota 6, p. 2.

costituisce un “privilegio personale”<sup>37</sup>, ma al contrario un mezzo per permettere ai giudici l'effettivo svolgimento delle loro funzioni di guardiani dei diritti e delle libertà<sup>38</sup>.

Il principio dell'indipendenza necessita di essere considerato sotto il duplice profilo dell'indipendenza interna ed esterna. Occorre quindi tenere conto dei rapporti di potere e gerarchici interni all'organo giudiziario ed ai rapporti tra i giudici e l'ambiente esterno. In particolare importante è tenere conto delle relazioni tra il sistema giudiziario ed il potere politico<sup>39</sup>.

Altra distinzione che occorre avere presente quando si tratta il tema dell'indipendenza è quella tra indipendenza individuale ed indipendenza

---

<sup>37</sup> Il riferimento al termine privilegio personale è contenuto in un interessante documento pubblicato dalla Commissione di Venezia a seguito di uno studio sul tema dell'indipendenza delle magistrature. Si veda European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the independence of the judicial system. Part I: The Independence of judges*, Study No. 494 / 2008, CDL-AD(2010)004.

<sup>38</sup> Guarnieri distingue l'indipendenza come mezzo dall'indipendenza come fine specificando che la prima mira a garantire al giudice l'imparzialità e preservarlo dall'influenza delle parti in causa ma anche dalle altre strutture di governo, mentre il secondo è di per se stesso un aspetto dei rapporti tra sistema politico e sottosistema giudiziario. L'indipendenza del giudice dalle altre istituzioni politiche è condizione necessaria per assicurare l'imparzialità, per assicurare quindi che il giudice sia ed appaia terzo rispetto alle parti in causa. La percezione dell'imparzialità è importante quanto l'effettiva imparzialità ed incide in particolare su come i soggetti coinvolti nella disputa reagiranno all'imposizione dell'autorità del giudice. Assicurare quindi l'indipendenza della magistratura dagli altri poteri significa garantire imparzialità e fornire di legittimità la corte, presupposto fondamentale, come più volte sarà richiamato nel corso delle prossime pagine, per l'accettazione pacifica del verdetto. Tenuto conto inoltre dell'assenza di un reale potere coercitivo degli organi giudiziari si capisce quanto il riconoscimento di legittimazione assuma rilevanza. I giudici che dunque nella tradizione liberaldemocratica sono stati inglobati nell'apparato statale al fine di preservarli da illegittime influenze delle parti, rischiano tuttavia di subire le indebite influenze di coloro dai quali dipende la loro stessa carica. L'indipendenza gioca quindi la duplice funzione di rendere il giudice terzo ed equidistante dalle posizioni coinvolte nella controversia ed al tempo stesso dev'essere l'obiettivo da raggiungere con riferimento ai rapporti con gli altri organi istituzionali. Carlo Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, *supra* nota 6.

<sup>39</sup> *Id.* p. 2.



istituzionale<sup>40</sup>. L'indipendenza individuale, che fa riferimento al giudice come singolo operatore può essere a sua volta scomposta in indipendenza sostanziale e personale. L'indipendenza sostanziale (o decisionale) sta ad indicare che nel rendere le proprie decisioni i giudici sono sottoposti esclusivamente all'autorità della legge, mentre l'indipendenza personale tocca il profilo della durata dell'incarico e quindi con tale espressione si andranno ad indicare tutte quelle garanzie ed i meccanismi volti ad assicurare il giudice contro le scelte arbitrarie degli organi legislativo ed esecutivo.

L'indipendenza del singolo giudice non è tuttavia sufficiente ed ormai viene unanimemente riconosciuta l'importanza di un'altra componente che è quella dell'indipendenza istituzionale (o collettiva). Il giudice non dev'essere tutelato esclusivamente come singolo e preservato quindi da indebite influenze e da azioni che possano minarne l'imparzialità nello svolgimento delle proprie funzioni. L'individuo deve essere altresì garantito in quanto membro di un organo, nelle sue relazioni con le altre istituzioni statali.

Il principio di indipendenza della magistratura appare dunque composto di molteplici sfaccettature e tutte concorrono ad assicurare stabilità e legittimità all'azione dell'apparato giudiziario. Dall'indipendenza

---

<sup>40</sup> Si deve in particolare a Shetreet la classificazione quadripartita del concetto di indipendenza: individuale (del singolo giudice), istituzionale o collettiva (della magistratura nel suo complesso), esterna (sia collettiva che individuale) ed interna (solo individuale). Shimon Shetreet, *Judicial Independence new conceptual dimensions and contemporary challenges*, in Shimon Shetreet, Jules Deschênes (eds.), *Judicial Independence the Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985. Per una ricognizione sul tema più recente Shimon Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, in Shimon Shetreet, Christopher Forsyth, (eds.), *The Culture of Judicial Independence*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston, 2012, pp. 44 e ss.

deriva infatti anche la fiducia dell'opinione pubblica nei confronti dei giudici e del loro operato. Il sostegno diffuso della società civile è importante ai fini dell'esercizio della funzione giudiziaria. Come scriveva Hamilton nel *Federalist no. 78*, il potere giudiziario non detiene né la “spada”, né i “cordoni della borsa”, a differenza dell'esecutivo<sup>41</sup>. I giudici non sono dunque dotati della forza sulla comunità che invece esercita il Presidente, al cui aiuto, secondo Hamilton, dovranno ricorrere affinché i propri giudizi abbiano efficacia. Ecco dunque che la considerazione che dall'esterno si ha dell'operato dei giudici può facilitare l'accettazione dei giudizi e dunque l'esecuzione degli stessi.

Pertanto, l'indipendenza della magistratura non è soltanto un ideale alla cui realizzazione è opportuno e necessario ambire nell'architettura di un sistema giuridico, ma è anche un strumento per assicurare l'imparzialità reale e percepita dell'organo e quindi il riconoscimento di fiducia nello stesso. Ciò risulta molto importante sia a livello nazionale, che a livello internazionale. In particolare sarà maggiormente importante laddove l'efficacia dell'azione del giudice debba necessariamente passare attraverso la spontanea sottomissione all'autorità della corte e la volontaria attuazione delle pronunce emanate. In assenza di un complesso apparato di strumenti coercitivi, la collaborazione della società assume un'importanza primaria<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, *Il Federalista*, a cura di Gigliola Sacerdoti Mariani, Giappichelli Editore, Torino, 1997.

<sup>42</sup> Il punto verrà ampiamente ripreso in particolare con riferimento alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. Si vedrà infatti come uno degli argomenti a sostegno dell'attuale sistema di selezione dei giudici federali risieda nella necessità di trasferire all'apparato giudiziario parte della legittimità degli Stati tramite la selezione dei giudici che lo compongono. In Europa più che altrove la debolezza degli strumenti di attuazione delle sentenze rende necessaria la collaborazione dei singoli ai fini del successo dell'azione delle corti. Per tanto l'argomento a favore del mantenimento del vincolo di nazionalità nella scelta dei giudici europei continua ad esercitare un peso di cui non si può non dare conto. *Infra* Capitolo III.

Affinchè si generi un diffuso sostegno all'attività dei giudici è dunque importante trovare un equilibrio tra l'indipendenza e la responsabilità. La magistratura dev'essere percepita come un potere terzo ed imparziale ma allo stesso tempo capace di rimanere dentro i limiti del proprio mandato e di rispondere delle proprie decisioni. Tutto ciò in un contesto sociale dove sempre più frequentemente è chiesto alle corti di prendere posizione sulle questioni sociali più controverse e dove la distinzione classica tra funzione legislativa e funzione giudiziaria si fa a tratti più sfumata<sup>43</sup>. I limiti della rigida separazione dei poteri sono evidenti. La sfida per ogni sistema giuridico è quella di bilanciare indipendenza e responsabilità, di assicurare i giudici contro influenze esterne e costrizioni interne allo svolgimento della loro funzione e ugualmente circoscrivere le possibili derive dell'esercizio del potere giudiziario.

Trovare un equilibrio tra indipendenza e responsabilità è tuttavia una questione di non facile soluzione, come già rilevava Cappelletti nel celebre *The Judicial Process in Comparative Perspective*, esiste infatti una costante tensione tra questi due valori. Se da un lato infatti è opinione condivisa che l'esercizio di un potere renda necessaria la previsione di limiti e di forme di assunzione di responsabilità<sup>44</sup>, dall'altro è tuttavia difficile stabilire dove si trovi la linea di confine oltre la quale l'assunzione di responsabilità comporti una limitazione dell'indipendenza nello svolgimento della funzione assegnata<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, *supra* nota 14, p. 127.

<sup>44</sup> Così Merryman, come citato anche dallo stesso Cappelletti, "*Judges exercise power. With power comes responsibility. In a rationally organized society there will be a proportion between the two. The question of judicial responsibility accordingly becomes more or less significant, depending on the power of the judge in question*". John H. Merryman, *Judicial Responsibility in the United States* *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 41. Jahrg., H. 2 (1977), p. 322.

### 3. L'indipendenza del potere giudiziario e l'importanza del contesto culturale ed istituzionale<sup>46</sup>.

L'indipendenza della magistratura costituisce uno dei valori fondanti nell'amministrazione della giustizia. Ad esso si aggiungono la correttezza dei procedimenti, l'efficienza, l'accessibilità degli strumenti di tutela e dei

---

<sup>45</sup> Usando un argomento a contrario ci si può domandare se minori forme di responsabilità, quindi una più ampia immunità garantita ai giudici nell'esercizio delle proprie funzioni, assicurino anche maggiore indipendenza. Così Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, *supra* nota 13, pp. 69 e ss.

<sup>46</sup> Per questo paragrafo si farà in particolare ricorso al modello teorico elaborato dal Prof. Shimon Shetreet, cui si è scelto di aderire nella stesura della presente tesi. La scelta è dettata dalla consapevolezza della difficoltà di operare una comparazione tra oggetti di studio intrinsecamente, storicamente e culturalmente differenti quali l'ordinamento giuridico statunitense e l'organizzazione giudiziaria dell'Unione Europea. La comparazione non è in questo lavoro condotta su largo spettro ma con riferimento ad uno specifico momento individuato nella selezione dei giudici dell'organo di massima istanza tenuto conto della diversa struttura costituzionale e delle differenti entità politiche coinvolte. Al fine di sgombrare il campo da ogni dubbio circa la fattibilità dell'esercizio di comparazione si è ritenuto opportuno giustificare l'operazione alla luce del contesto culturale. Il modello elaborato da Shetreet consente di costruire un *framework* nel quale muoversi al fine di verificare l'esistenza di una cultura dell'indipendenza ed il grado di sviluppo. Elencando i requisiti necessari per la costruzione di una cultura che favorisca lo sviluppo dell'indipendenza si vogliono indicare quei profili che dovranno essere osservati, sia con riferimento agli Stati Uniti d'America, sia con riferimento all'Unione Europea per valutare quanto il valore dell'indipendenza della magistratura sia stato assimilato dalle due comunità. Poiché si considera quello della selezione dei giudici come un aspetto di dettaglio della più ampia tematica dell'indipendenza della magistratura, l'obiettivo sarà quello di capire come i meccanismi scelti dagli Stati Uniti e dall'Unione Europea per il reclutamento dei propri giudici si inseriscano nella cultura giuridica di riferimento. Tramite il modello teorico proposto da Shetreet si costruisce quindi una base comune sulla quale muoversi indipendentemente dal fatto che il confronto venga operato tra un apparato di corti federali nazionali ed un sistema di corti sovranazionali. Si vedano in particolare Shimon Shetreet, *Judicial Independence new conceptual dimensions and contemporary challenges*, *supra* nota 32, Shimon Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, *supra* nota 39.

rimedi, la fiducia riconosciuta alle corti e la previsione di adeguate garanzie costituzionali<sup>47</sup>.

Perchè vi sia un apparato giudiziario indipendente secondo i requisiti sopra definiti occorre che nell'ordinamento di riferimento si sia sviluppata una cultura dell'indipendenza giuridica. La costruzione di un apparato giudiziario indipendente è dunque un processo graduale che richiede in primo luogo l'esistenza della dottrina della separazione dei poteri e quindi la cooperazione controllata degli altri organi di governo. Ogni qual volta il sistema costituzionale si modifichi occorre ripensare questa cultura e modificare le relazioni tra poteri in modo tale da mantenere saldo il principio dell'indipendenza dei giudici. Ecco quindi che il contesto sociale e culturale acquista un peso importante nello sviluppo del valore dell'indipendenza. La cooperazione tra poteri è fondamentale, la mera dichiarazione di principio non è sufficiente ad assicurare che i giudici possano godere di reali garanzie di indipendenza.

Secondo il modello teorico proposto da Shetreet, la cultura giuridica dell'indipendenza si sviluppa in presenza di 5 elementi fondamentali. Si tratta dei fondamenti concettuali imprescindibili che devono modellare la struttura costituzionale, la cui presenza è particolarmente importante nei primi anni di formazione dei paesi di nuova indipendenza. Questo non significa tuttavia che una volta raggiunto un certo grado di maturità del sistema e delle sue istituzioni, anche dal punto di vista della separazione dei poteri e delle garanzie di indipendenza dei giudici, i 5 elementi che si andranno ad elencare perdano di importanza. Al contrario, come si è specificato, ogni qual volta l'assetto istituzionale venga modificato,

---

<sup>47</sup> Shimon Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, supra nota 39, p. 18.

conseguentemente dovranno essere ripensate le fondamenta dalla cultura giuridica.

Se gli Stati Uniti non possono essere considerati esperienza di nuova indipendenza, l'Unione Europea è invece relativamente giovane dal punto di vista istituzionale. In entrambi i casi, tuttavia, si dovrà valutare se siano state poste le basi per la costruzione della cultura dell'indipendenza giuridica e come questa si sia sviluppata.

Il primo elemento da prendere in considerazione consiste nella presenza di strutture istituzionali volte ad assicurare l'indipendenza, soprattutto con riferimento alle relazioni tra potere giudiziario e potere legislativo ed esecutivo. Ciò su cui occorre riflettere quando si osserva il rapporto tra politica e diritto in un dato ordinamento è fino a che punto possa spingersi la pretesa dei rappresentanti degli altri poteri, ed in particolare del potere legislativo, di controllare e discutere degli organi del potere giudiziario<sup>48</sup>.

La dottrina dei *checks and balances* impone un reciproco controllo dei poteri, gli uni sugli altri, che tuttavia non deve mai superare la linea demarcata dal principio della separazione dei poteri. Ciò su cui occorre riflettere è dove sia posizionata questa linea di confine e, di nuovo, quando la necessità di rendere i membri del potere giudiziario *accountable* derivi nel renderli privi della necessaria indipendenza.

Il tema dei *judicial appointments* assume particolare rilievo in questa riflessione. Come ampiamente detto, il gioco tra i poteri e gli intrecci tra politica e diritto si fanno particolarmente evidenti quando si tratta di selezionare dei giudici. L'attenzione in questi casi non deve però essere

---

<sup>48</sup> Shimon Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, *supra* nota 39, p. 22.

esclusivamente posta alle modalità attraverso le quali si procede alla nomina ed al conferimento dell'incarico, ma anche alla trasparenza di queste procedure. La partecipazione dei poteri esecutivo e legislativo ai procedimenti di nomina dei giudici sarebbe dunque opportuno nel senso di stimolare e sviluppare il dibattito pubblico e quindi anche creare legittimazione<sup>49</sup>. Tuttavia, la partecipazione può spingersi fino a diventare prevaricazione o strumento di forzatura<sup>50</sup>.

Pertanto, ai fini della valutazione della cultura giuridica dell'indipendenza occorre osservare quale sia la struttura istituzionale prevista e come, all'interno di essa, si contestualizzi e sia disciplinato il rapporto tra i poteri, anche con riferimento alla selezione dei giudici.

Il secondo dei cinque requisiti che devono coesistere affinché si possa creare una cultura giuridica fondata sul principio d'indipendenza del sistema giudiziario riguarda la struttura costituzionale. Se dunque il primo punto analizzato considerava le infrastrutture istituzionali, questo si

---

<sup>49</sup> Una posizione di favore verso la partecipazione degli organi esecutivi e legislativi nei processi di selezione dei giudici è stata adottata di recente anche dalla Commissione di Venezia, *supra* nota 36. Una scelta di favore verso tale partecipazione è inoltre quella che emerge dagli *Mt Scopus Standards of Judicial Independence*. Sia questi ultimi che il report della Commissione di Venezia saranno oggetto di più approfondita analisi nel proseguimento del presente paragrafo ed in quello dedicato al tema del reclutamento dei giudici delle corti internazionali. *Infra* § 4.2.

<sup>50</sup> Esempio in questo senso è il caso del *Court Packing Plan*, strategia che fu pensata – sebbene mai arrivata a concretizzarsi – dal Presidente Roosevelt come reazione alle posizioni che la Corte Suprema americana adottò all'epoca in senso contrario alle misure contenute nel pacchetto di riforme conosciuto come *New Deal*. Il Presidente Roosevelt, che si trovava ad affrontare l'emergenza della crisi economica del 1929, rese dunque noto il suo progetto di modificare le regole di composizione della Corte secondo una strategia che avrebbe, chiaramente, portato ad un ribaltamento di maggioranza in senso, egli sperava, a lui favorevole. La minaccia servì allo scopo, in quanto, di lì a poco, uno dei giudici della Corte modificò la posizione tenuta fino a quel momento, ribaltando così la maggioranza in senso favorevole a Roosevelt. Questi brevi cenni alla vicenda storica vorrebbero indurre la riflessione sulla relativa facilità con la quale un potere costituzionalmente riconosciuto potrebbe essere trasformato in strumento di pressione politica e di minaccia per l'indipendenza della Corte.

concentra sullo schema costituzionale. La presenza di strutture costituzionali e legislative a protezione del potere giudiziario fanno da architrave per l'esistenza di una cultura giuridica che promuova l'indipendenza. Per ciascun ordinamento studiato si dovrà dunque andare a verificare il modello costituzionale adottato e conseguentemente la presenza di norme costituzionali, o legislative, che facciano riferimento, esplicito o implicito<sup>51</sup>, al principio di indipendenza della magistratura.

Quello delle garanzie costituzionali o legislative costituisce il terzo elemento di valutazione. Occorre dunque osservare quelle che sono le disposizioni costituzionali volte a garantire tale principio<sup>52</sup>.

Il quarto elemento è invece individuato nella giurisprudenza e negli strumenti di aggiudicazione delle controversie<sup>53</sup>. Che attraverso le proprie sentenze le corti possano modellare ed influenzare anche il contesto culturale di riferimento è un dato che si può considerare acquisito dalla scienza giuridica e politica moderna. Sul tema dell'indipendenza particolarmente importante è la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come si avrà modo di analizzare nel Capitolo III, non soltanto indica agli Stati i parametri di riferimento ai fini di rendere gli apparati giudiziari nazionali conformi a quanto prescritto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma costituisce anche un costante confronto per gli organi giudicanti dell'Unione Europea. Si avrà modo di osservare dunque come nella formazione della cultura giuridica dell'indipendenza europea fondamentale importanza sia rivestito dal dialogo tra la Corte di giustizia e le altre istituzioni europee e la Corte di Strasburgo.

---

<sup>51</sup> Si ricorda infatti che la Costituzione degli Stati Uniti non contiene in alcuna sua parte riferimento all'indipendenza, pur essendo questo un principio costituzionalmente garantito.

<sup>52</sup> Shimon Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, *supra* nota 39, pp. 28 -29

<sup>53</sup> *Id.* p. 31.



Infine, quinto fondamento concettuale ai fini della creazione di una cultura dell'indipendenza è l'esistenza di una tradizione di valori etici ed una pratica di codici di condotta dei magistrati. Tutto quanto sopra esposto relativamente alla necessità non soltanto di agire secondo indipendenza ed imparzialità, ma anche di apparire all'esterno come in linea con tali principi, ai fini di ingenerare fiducia nella corte, rientra sotto questo ultimo punto. Perchè vi sia reale indipendenza dovranno pertanto essere previste regole etiche e di condotta volte ad assicurare che il giudice nell'esercizio della propria funzione possa essere esempio di indipendenza sostanziale<sup>54</sup>

Indicati quindi i cinque fondamenti che costituiscono l'architrave nella creazione di una cultura dell'indipendenza occorre tenere conto della presenza di questi requisiti negli ordinamenti di riferimento. Di alcuni aspetti si è già dato conto, di altri si provvederà a farlo nel corso della successiva esposizione, specificando tuttavia che il tema di dettaglio oggetto del presente lavoro richiede di limitare l'osservazione della cultura giuridica a quegli aspetti che riguardano particolarmente la selezione dei giudici.

Il motivo per cui si è scelto di offrire questa visione più ampia sull'indipendenza della magistratura e sulla cultura giuridica entro la quale questa può svilupparsi risiede nel ritenere quello del momento della nomina dei giudici un momento particolarmente delicato in cui, come più volte ricordato, politica e diritto entrano in profondo contatto. La partecipazione di attori politici alla selezioni dei membri dell'apparato giudiziario è da ritenersi legittima e anche auspicabile per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo in questo modo si attribuisce legittimità democratica all'organo giudicante e si garantisce maggiore stabilità alla sua azione, si da dunque

---

<sup>54</sup> Shimon Shetreet, *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, supra nota 39, p. 33.

spazio al concetto di *accountability*. In secondo luogo, i giudici che ricoprono incarichi presso le giurisdizioni superiori o presso corti nazionali o sovranazionali di fatto acquisiscono la capacità di esercitare una funzione politica in senso lato. Tramite la capacità di modellare e modificare il ruolo dell'organo giudiziario saranno capaci anche di regolare l'incidenza della propria attività sulla comunità sottoposta alla giurisdizione dell'organo stesso. Tutto questo è pacificamente accettabile laddove avvenga in un contesto dove l'indipendenza della magistratura ha assunto il livello di principio cardine dell'ordinamento, permeato da una cultura del rispetto della separazione dei poteri, delle prerogative dei singoli organi di governo e del rispetto della sovranità popolare. Quindi, soltanto laddove vi sia una sviluppata e condivisa cultura giuridica che abbia fatto dell'indipendenza un principio assoluto si potranno tollerare meccanismi di selezione che vedano entrare in gioco rappresentanti politici. Si potrà infatti essere certi che laddove la politica cerchi di prendere il sopravvento sul diritto vi saranno meccanismi volti a limitare gli eccessi. Ugualmente si potrà fare affidamento sul raggiungimento di un equilibrio tra necessità di schermare gli organi giudiziari dalle pressioni interne ed esterne e la necessità di rendere gli stessi responsabili di fronte alla società civile per tramite dei loro rappresentanti e degli strumenti di controllo, sanzione e reprimenda che gli stessi potranno applicare.

Emerge da quanto esposto che responsabili dello sviluppo della cultura giuridica e dell'assimilazione del valore dell'indipendenza come valore fondante dell'ordinamento e patrimonio comune sono i leader politici ed i giudici, cioè gli stessi che saranno poi i primi a subire gli effetti dell'esistenza di questa cultura. Se dunque la necessità di assicurare l'indipendenza nasce dalla necessità di preservare i magistrati dalle indebite

influenze di agenti politici nello svolgimento della loro funzione, è vero anche che senza un'azione congiunta della politica e della magistratura l'indipendenza non potrà che rimanere un valore affermato ma privo di reale spazio di attuazione. Tale considerazione è particolarmente interessante se si fa riferimento all'Unione Europea. L'affermazione nei Trattati dei valori di indipendenza ed imparzialità del giudice rimangono lettera morta se non si verificano contestualmente due condizioni necessarie: da un lato è necessario l'astenersi da parte degli Stati membri e dei loro rappresentanti all'interno delle istituzioni europee da azioni atte a minare l'autonomia dei giudici; dall'altro i giudici stessi dovranno agire in maniera indipendente e imparziale, così da ingenerare un senso di fiducia e rispetto verso l'istituzione.

Il contesto culturale alla cui creazione e al cui sviluppo politica e giustizia sono chiamati a contribuire deve favorire la piena realizzazione dell'indipendenza individuale e collettiva, quindi del giudice come singolo responsabile delle proprie azioni e dell'istituzione come organo chiamato al costante confronto con le altre istituzioni. L'obiettivo è dunque quello di creare le condizioni affinché il funzionamento amministrativo e funzionale del potere giudiziario sia come singolo che come istituzione sia assicurato.

Si tratta solitamente di un procedimento lento e graduale e gli Stati Uniti, come vedremo nel Capitolo II, rappresentano anche sotto questo profilo un buon esempio da studiare. Vedremo infatti come la trasformazione del potere giudiziario federale sia stata lenta e graduale ed abbia richiesto oltre 140 anni per giungere ad un sistema forgiato secondo il modello attuale.

Tornando a quanto si specificava in merito al tema della selezione dei giudici, questo rientra sotto il profilo della struttura istituzionale volta a

creare le condizioni di indipendenza della magistratura. Insieme ad esso si può considerare inoltre il complesso di regole circa la durata dell'incarico, la comminazione di sanzioni disciplinari e la rimozione dall'incarico. Si tratta dunque dell'insieme di regole e principi che vanno a definire l'indipendenza interna ed esterna dei giudici.

Sempre con riferimento alla selezione dei giudici ed agli effetti che la stessa esercita sulla cultura giuridica, occorre tenere conto anche del cosiddetto "principio riflessivo" del giudiziario, ossia la capacità delle corti di essere rappresentative della società civile. Un principio molto importante di cui tenere conto nello scegliere i componenti di un organo giudiziario dovrebbe infatti essere quello che per usare un'espressione nota alla dottrina americana si può definire "*diversity*"<sup>55</sup>.

Prima di addentrarci nella tematica specifica della selezione dei giudici occorre aggiungere che la cultura dell'indipendenza non è soltanto frutto del diritto nazionale. Il diritto internazionale gioca infatti un ruolo fondamentale nella creazione della stessa andando ad proporre nuovi requisiti e parametri di riferimento per le giurisdizioni nazionali. Nello specifico gli strumenti di riferimento sono trattati e *standards* elaborati da gruppi non governativi e di studio. Tali strumenti incidono in particolare sotto i profili della protezione dei diritti e contribuiscono all'adozione a livello nazionale di misure legislative volte ad assicurare il rispetto dei principi del giusto processo e dell'indipendenza ed imparzialità del giudice.

---

<sup>55</sup> Sul concetto di *diversity* e la sua evoluzione con riferimento alla composizione della Corte Suprema federale si veda *infra* Capitolo II, § 6. Lo stesso tema invece in Europa è oggetto di un dibattito più fresco. Attualmente la rappresentatività cui si dà spazio è meramente geografica. Anche con riferimento alla rappresentanza di genere infatti la Corte di giustizia dell'Unione Europea mostra importanti lacune. Sul punto si veda *infra* Capitolo III.

Limitando l'osservazione ai riferimenti principali in ambito europeo non si può non menzionare l'Articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>.

Il Consiglio d'Europa gioca un ruolo fondamentale nella promozione dell'indipendenza delle magistrature nazionali e, come si vedrà più avanti, della magistratura europea. Degne di menzione, oltre al più volte citato *report* della Commissione di Venezia<sup>57</sup>, sono due Raccomandazioni del Comitato dei ministri aventi ad oggetto l'indipendenza dei sistemi giudiziari. La prima risale al 1994 ed è stata successivamente aggiornata nel 2010, sulla scorta della maggior complessità raggiunta dagli ordinamenti entro i quali operano i giudici. Nuove regole si rendevano pertanto necessarie<sup>58</sup>. Sempre frutto dell'impegno del Consiglio d'Europa, occorre poi menzionare la *European Charter on the Statute of Judges* del 1998<sup>59</sup> e gli *standards* elaborati dal *Consultative Council of European Judges (CCJE)* nel 2001<sup>60</sup>.

Infine, limitando, come si è specificato, l'osservazione al contesto europeo, un ulteriore contributo alla ricerca di criteri di promozione e

---

<sup>56</sup> Su di esso non si spendono in questa sede ulteriori parole e si rimanda invece al Capitolo III.

<sup>57</sup> *Supra* nota 36.

<sup>58</sup> Recommendation (94)12 of the Committee of Ministers on the Independence, Efficiency and the Role of Judges; Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

<sup>59</sup> European Charter on the Statute of Judges 1998, [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf)

<sup>60</sup> Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE\(2001\)OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE(2001)OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3)

garanzia dell'indipendenza della magistratura, proviene dallo *European Network of Council for the Judiciary*, che riunitosi a Dublino nel maggio 2012 ha deliberato sugli *standards* per il reclutamento e la nomina dei membri dell'apparato giudiziario<sup>61</sup>

#### **4. In dettaglio. La selezione dei giudici. Modelli culturali a confronto.**

Dopo aver brevemente ricostruito il tema dell'indipendenza delle magistrature e l'importanza della creazione di una cultura giuridica idonea a far proliferare tale valore fondamentale in tutti i suoi profili, si può adesso concentrare l'attenzione su uno di questi ultimi. La selezione dei giudici si inserisce in quanto discusso finora quale manifestazione di indipendenza esterna, intesa come indipendenza dell'apparato giudiziario<sup>62</sup>.

La struttura dell'apparato giudiziario e la composizione dei suoi organi gioca un ruolo specifico nei rapporti con gli altri soggetti politici dell'ordinamento, specialmente quando responsabili del reclutamento dei giudici siano i membri del potere legislativo o del potere esecutivo. La selezione dei giudici è dunque una strada di accesso al sistema giustizia per

---

<sup>61</sup> European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), Dublin Declaration on Standards for the Recruitment and Appointment of Members of the Judiciary. [http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj\\_dublin\\_declaration\\_def\\_dclaration\\_de\\_dublin\\_recj\\_def.pdf](http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj_dublin_declaration_def_dclaration_de_dublin_recj_def.pdf)

<sup>62</sup> "I metodi di reclutamento sono in genere considerati un efficace misuratore dell'effettiva indipendenza del giudiziario". Giorgio Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, supra nota 6, p. 66. "Much of the contemporary controversy over judicial independence involves judicial selection". Frank Cross, *Judicial Independence*, in Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2010.

gli interessi politici e, talvolta, per interessi partitici. Garantire dunque che i meccanismi volti a definire la composizione degli organi giudiziari siano scevri da rischi di tale sorta e consentano, laddove previsto, un bilanciamento tra gli organi politici dello Stato, risulta essenziale ai fini dell'effettivo funzionamento dell'ordinamento giuridico e anche degli scambi tra diritto e politica. Se è vero, come ricordato all'inizio del capitolo, che la giustizia costituisce quel territorio di confine tra sfera del diritto e sfera politica, si capisce perchè stabilire chi siederà in seno alle corti ed ai tribunali risulti un potere particolarmente ambito<sup>63</sup>.

Come affermato sopra, la partecipazione degli organi politici alle procedure di selezione non è di per se stessa ritenuta inopportuna. Al contrario, tramite questa si raggiungono importanti obiettivi quali contribuire alla legittimazione democratica delle corti ed assicurare una forma di responsabilità dei giudici.

Tuttavia, la scelta di affidare alle altre istituzioni la funzione di reclutamento dei giudici non è l'unica possibile<sup>64</sup>. Ad essa si affianca un modello di selezione di matrice europea che prevede l'autogoverno del potere giudiziario e la progressione di carriera dei giudici. Qualunque sia il modello adottato, ciò che adesso preme specificare è che la scelta del sistema tramite il quale verranno selezionati incide profondamente sui rapporti tra i poteri.

Il reclutamento dei giudici costituisce il canale tramite il quale i poteri politici possono influenzare il potere giudiziario. Ciò avviene in tutti i sistemi democratici, ma la sua visibilità ed il grado di relazione che si viene

---

<sup>63</sup> Carlo Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, supra nota 6.

<sup>64</sup> I metodi di reclutamento dei giudici sono tradizionalmente tre: elezione, nomina diretta da parte di un altro potere costituzionale, concorso. Si veda Giorgio Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, supra nota 6, pp. 67 e ss.

a creare tra il potere giudiziario e l'ordinamento politico varia di sistema in sistema. Risulta infatti pacifico che è impossibile preservare completamente il potere giudiziario dalle pressioni politiche<sup>65</sup>.

#### 4.1. *La selezione dei giudici nazionali.*

Se è vero che isolare completamente gli organi giudiziari dalle pressioni esercitate dagli organi politici è un obiettivo teorico ambizioso ma irrealizzabile, è vero anche che non tutti gli ordinamenti sono naturalmente predisposti allo stesso grado di partecipazione degli interessi politici nell'esercizio della funzione giudiziaria. Con riferimento al tema oggetto del presente studio infatti è possibile marcare una differenza tra ordinamenti di *common law* ed ordinamenti di *civil law*.

Si è spesso specificata la peculiarità dell'ordinamento americano che ha visto un'evoluzione senza precedenti in punto di attivismo giudiziario e funzione di *policy making* delle corti. Se vi è un sistema dove i giudici hanno apertamente assunto il carattere di attori del processo politico tramite gli strumenti giudiziari quello è certamente il sistema statunitense. Tale compenetrazione tra diritto ed interessi politici è certamente possibile dall'esistenza di un forte e radicata dottrina della separazione dei poteri e dei *checks and balances*. Tutto ciò si riflette visibilmente nel momento della selezione dei giudici federali ma anche di quelli statali, essendo affidata in maniera condivisa al potere esecutivo ed al potere legislativo la prima, mentre la seconda è nelle mani, con singole distinzioni che dipenderanno dalla disciplina dei singoli stati, al governatore, in azione combinata con le altre istituzioni statali, oppure all'elettorato.

---

<sup>65</sup> Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges*, *supra* nota 19, pp. 164 e ss.



Anche l'Inghilterra mostra una certa naturale propensione alla selezione dei giudici affidata ad organi politici, ma in questo caso ciò che funge da ago della bilancia tra le esigenze di indipendenza ed imparzialità e gli interessi politici che entrano in gioco è il ruolo esercitato dall'Avvocatura. In entrambi i paesi la politica gioca un ruolo dichiarato ed attivo nei procedimenti di selezione che si esaurisce tuttavia in quella fase poiché le garanzie costituzionali in punto di rimozione dall'incarico, quelle relative alla modifica dei salari e le previsioni circa la *tenure* dei giudici escludono la possibilità di incidere concretamente a protezione dei giudici una volta assunto l'esercizio della propria funzione<sup>66</sup>.

Diversa è tradizionalmente la situazione nei paesi di *civil law* dove i giudici ordinari sono tradizionalmente inseriti all'interno di un sistema gerarchico e burocratico. I giudici ordinari ed amministrativi assumono l'ufficio dopo il completamento del percorso accademico e di formazione e professionale ed il superamento di un concorso, che si svolge sotto il controllo del Ministero della Giustizia. I giudici diventano quindi ufficiali civili a servizio dello stato e godono da quel momento delle garanzie di indipendenza previste nella costituzione. Il reclutamento dei giudici ordinari ed amministrativi non è quindi nei paesi di *civil law* il principale veicolo degli interessi politici. Al contrario di quanto detto per gli Stati Uniti e l'Inghilterra le influenze politiche trovano maggiore possibilità di far sentire il proprio peso successivamente all'entrata in carica dei giudici attraverso il controllo sulla progressione di carriera dei giudici. Il controllo su di essa è solitamente nelle mani di giudici che hanno raggiunto la maggiore anzianità di servizio. Maggiore è il controllo gerarchico, maggiore sarà la

---

<sup>66</sup> Carlo Guarnieri, Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges*, *supra* nota 19; Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998.

centralizzazione del sistema giudiziario. In questi sistemi grande importanza assume quindi l'indipendenza interna all'organizzazione giudiziaria. Nei paesi di *civil law* l'indipendenza esterna ed interna della magistratura risulta tradizionalmente più debole, come più deboli sono le garanzie di indipendenza stabilite.

La distinzione classica tra sistemi di *civil law* e quelli di *common law* tuttavia non tiene conto dell'introduzione, a partire dal secondo dopo guerra in quasi tutti i regimi democratici europei di modelli di giustizia costituzionale. Oltre ad aver ciò avuto importanti riflessi sulla protezione dei principi di indipendenza e imparzialità e ad aver introdotto forme di controllo giurisdizionale di costituzionalità, questo ha avuto riflessi anche sul tema della selezione dei giudici.

I paesi di *civil law* hanno infatti conosciuto nuovi procedimenti di reclutamento dei magistrati che niente avevano a che vedere con il sistema gerarchico e centralizzato diffuso per la giurisdizione ordinaria. La selezione dei giudici costituzionali avviene ad opera di organi politici e degli stessi organi di autogoverno dei magistrati. I criteri per la selezione dei giudici costituzionali bilanciano l'interesse a comporre la corte con personalità di pregio, capaci di dare lustro e rispettabilità all'organo, ma allo stesso tempo rappresentanza alle forze politiche. Si affaccia nelle singole nazioni europee il concetto di rappresentatività dell'organico della corte, sebbene ciò sia riferito prevalentemente alla opportunità di avere un numero adeguato di rappresentanti del sesso femminile ed una giusta rappresentanza delle professioni giuridiche.

Se si sviluppa in Europa un nuovo rapporto tra diritto e politica, non solo nell'ambito dei sistemi di reclutamento dei giudici, ma più in generale

nei vari ordinamenti, questo si deve soprattutto allo sviluppo di sistemi di giustizia costituzionale<sup>67</sup>.

#### 4.2. *La selezione dei giudici sovranazionali ed internazionali.*

Dal secondo dopo guerra gli strumenti di risoluzione delle controversie di livello sovranazionale ed internazionale hanno conosciuto un sempre maggiore successo ed una rapida espansione<sup>68</sup>. Un numero crescente di stati si è sottoposto alla giurisdizione di tali organi giudicanti esterne agli ordinamenti nazionali e all'attenzione degli studiosi si sono poste questioni relative alla legittimazione delle corti ed alle garanzie di indipendenza ed imparzialità riguardanti i giudici internazionali e sovranazionali.

Il valore dell'indipendenza dei giudici mantiene il suo carattere di norma di livello costituzionale anche quando riferita a giudici sovranazionali ed internazionali<sup>69</sup>. In capo al giudice sovranazionale ed internazionale possono essere riconosciute tutte le pretese di indipendenza viste con riferimento ai giudici nazionali, come desumibile anche dalle principali strumenti di tutela in punto di indipendenza sopra indicati.

Il tema sarà ripreso e trattato con maggiore specificità in apertura del Capitolo III, con riferimento in particolar modo alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ed alcuni spunti di riflessione offerti dalla Corte dei diritti dell'uomo. La peculiarità che accomuna tali corti è legata non soltanto al spazio geografico in cui esse operano che è in buona parte coincidente, ma anche il fatto di non poter essere propriamente classificate come corti

<sup>67</sup> Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, *supra* nota 14.

<sup>68</sup> Eric A. Posner, John C. Yoo, *Judicial Independence in international Tribunals*, 93 Cal. L. Rev., (2005).

<sup>69</sup> Roberto Toniatti, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, n.4, 2010, p. 1734.

internazionali, ma più opportunamente come corti sovranazionali, dotate di strutture che presentano una forte somiglianza con le corti nazionali.

Rimandando quindi al Capitolo III per uno studio più accurato della tematica della selezione dei giudici della Corte di giustizia e dell'influenza derivante dalla possibile adesione al Consiglio d'Europa, intento di questa sezione è quella di offrire una breve analisi della *judicial selection* dei giudici sovranazionali ed internazionali.

Vi è da dire che gli studi sul punto non sono molti, il dibattito si può affermare debba ancora raggiungere il suo massimo grado di sviluppo ed è quindi aperto a nuovi sviluppi e suggestioni.

Quando si considerano le corti internazionali e sovranazionali tre sono le questioni aperte. In primo luogo, chi debba sedere in qualità di giudice e quali qualifiche debba possedere. In secondo luogo, quanta parte debbano avere gli Stati nazionali nella scelta e secondo quali procedure. Infine, per quanto tempo i giudici debbano mantenere l'ufficio.

Con riferimento al primo punto, le disposizioni relative alle composizioni delle corti in esame si accomunano per il riferimento a requisiti comuni. Utile dunque l'operazione compiuta da Mackenzie e Sands di ricognizione delle norme contenute nei principali trattati istitutivi di tali corti per ciascun criterio<sup>70</sup>.

I requisiti individuati sono l'integrità, il possesso dei requisiti per l'accesso agli incarichi presso le magistrature superiori nei rispettivi paesi o lo status di giureconsulto di riconosciuta esperienza nel diritto internazionale e la provata esperienza nell'area del diritto rilevante<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *Judicial Selection for the International Courts: Towards Common Principles and Practices* in Kate Malleson, Peter H. Russel. (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, University of Toronto Press, 2006.

<sup>71</sup> *Id.*

Per quanto riguarda il secondo punto, ossia quello delle procedure di selezione, è opportuno specificare che quando si considerano corti sovranazionali o internazionali, la selezione richiede sempre un doppio passaggio. Nonostante le differenze e le peculiarità per ciascuna corte, le procedure solitamente prevedono la nomina da parte degli Stati membri o di un organismo da essi composto e l'affidamento dell'incarico che può avvenire tramite elezione tra i nomi proposti o a seguito di valutazione sul merito. Questo punto è particolarmente interessante ai fini del presente studio perchè la contestazione solitamente mossa da chi si occupa di osservare le procedure di selezione dei giudici di queste corti è quella di una mancanza di trasparenza. Come vedremo infatti essere il caso della Corte di giustizia, non soltanto gli Stati membri mantengono salde le proprie prerogative tacendo spesso sui criteri seguiti nella scelta, ma la stessa selezione finale avviene senza particolare pubblicità. Questa segretezza delle procedure di nomina possono di fatto incidere sulla percezione della corte dall'esterno e non sono in linea con i principi di indipendenza e terzietà del giudice cui anche questi organismi sono chiamati ad attenersi.

Si è sottolineata nelle pagine precedenti l'importanza del principio della trasparenza delle procedure e sul punto si ritornerà spesso, in particolare mostrando due esempi agli antipodi. Da un lato l'esperienza americana mostra che la reazione alla segretezza del momento della nomina può essere quella di rendere pubblici gli scrutini esponendoli ad una pubblicità e all'attenzione mediatica, dall'altro lato l'esperienza europea mostra però come l'operare a porte chiuse e senza motivare le scelte non sia in linea con i criteri ad esempio enunciati dall'Articolo 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e ciò è da ritenersi un limite per la Corte ed i giudici.

La trasparenza della procedura di nomina è un valore importante anche a livello internazionale in ragione della più volte enunciata necessità di creare una base di legittimazione politica per le corti. La fiducia crea legittimazione ed uno dei fattori che consentono di incrementare la fiducia è costituito dalla trasparenza. La conoscibilità delle scelte e del loro eventuale carico politico è da vedersi con assoluto favore.

## CAPITOLO II

### *La selezione dei giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti. Un processo politico.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La selezione dei giudici dalla dominazione britannica ai giorni nostri. - 2.1. Premessa. - 2.2. Il periodo precedente la Convenzione. - 2.3. La Convenzione di Philadelphia. - 2.4. Il dibattito in tema di selezione dei giudici federali. - 3. La modernità di antiche questioni. Un dialogo mai interrotto con i Padri Fondatori sulla selezione dei giudici federali. - 4. Le scelte del Presidente. - 5. *Advice and Consent*. Alla ricerca del significato originale dell'espressione. - 5.1. *Confirmation Hearings*. Dalla segretezza a fenomeno mediatico. - 6. *Diversity*. La rappresentatività dei giudici della Corte Suprema. Un concetto in evoluzione.

#### **1. Introduzione.**

Nell'attesa dei risultati delle elezioni presidenziali del Novembre 2012 i giornalisti delle principali emittenti americane commentavano quello che sarebbe stato l'aspetto degli Stati Uniti d'America alla luce della vittoria dell'uno o dell'altro candidato. L'analisi tuttavia non si limitava, come sarebbe risultato familiare ad uno spettatore europeo, ad una valutazione dei programmi politici dei due candidati in punto di economia, mercato del lavoro e politica estera. Le speculazioni giornalistiche si spingevano fino ad ipotizzare i possibili scenari futuri per la Corte Suprema degli Stati Uniti all'indomani delle elezioni. L'attuale Corte Suprema si caratterizza per il

profilo della longevità. Di nove giudici che compongono la Corte ben tre - *justice* Scalia, *justice* Kennedy e *justice* Thomas – vi siedono da oltre venti anni. Altri due – *justice* Ginsburg e *justice* Breyer – stanno per raggiungere la soglia delle due decadi di servizio<sup>1</sup>. L'organico della Corte ha pertanto raggiunto una stabilità non comune alle corti supreme e ciò è la conseguenza particolare dalla clausola della *life tenure* contenuta nella Costituzione. Se generalmente le corti supreme e le corti costituzionali europee prevedono una durata dell'incarico limitata nel tempo, la Corte Suprema degli Stati Uniti si distingue in quanto il dettato costituzionale dispone che ai giudici venga conferito un incarico a vita<sup>2</sup>. Tale peculiarità, sebbene acquisita come dato di fatto dalla dottrina costituzionale americana, non ha mancato di essere oggetto di dibattito, come si vedrà nelle prossime pagine. Per ciò che adesso ci concerne è opportuno concentrare l'attenzione sugli effetti che questa ha avuto rispetto alla staticità della composizione della Corte.

Nel corso degli ultimi 30 anni si sono andati formando, con sempre maggiore chiarezza, anche grazie all'avvicinarsi di presidenti esponenti di

---

<sup>1</sup> Di seguito sono elencati i membri della Corte Suprema in ordine di anzianità di servizio, la data indicata tra parentesi si riferisce al giorno in cui è stato prestato giuramento: Antonin Scalia, nominato dal Presidente Reagan, (26 settembre 1986); Anthony M. Kennedy, nominato dal Presidente Reagan, (18 febbraio 1988); Clarence Thomas, nominato dal Presidente George Bush, (23 ottobre 1991); Ruth Bader Ginsburg, nominata dal Presidente Clinton, (10 agosto 1993); Stephen G. Breyer, nominato dal Presidente Clinton, (3 agosto 1994); John G. Roberts, Chief Justice, nominato dal Presidente George W. Bush, (29 settembre 2005); Samuel A. Alito, nominato dal Presidente George W. Bush, (31 gennaio 2006); Sonia M. Sotomayor, nominata dal Presidente Obama, (8 agosto 2009); Elena Kagan, nominata dal Presidente Obama, (7 agosto 2010).

<sup>2</sup> Si fa qui mero richiamo alle corti nazionali – supreme e costituzionali – senza menzionare invece le corti internazionali e sovranazionali. Occorre invece anticipare che tale tema verrà ripreso nel Capitolo III laddove si tratterà del sistema di selezione dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Tale Corte prevede che i giudici vengano nominati per sei anni, con possibilità di un secondo mandato. Il breve termine costituisce un'anomalia nel panorama delle corti sopra menzionate e ciò ha sollevato un dibattito che sarà oggetto di approfondimento all'interno del prossimo capitolo.



opposti schieramenti politici, due blocchi all'interno del supremo organo giudiziario federale. Da un lato vi sono i giudici che presumibilmente si orienteranno nelle loro decisioni in senso conforme ad un'ideologia conservatrice e dall'altro vi sono i giudici dai quali ci si aspetteranno prese di posizione in senso progressista. L'ago della bilancia è spesso rappresentato dal cosiddetto *swing vote* del giudice che meno si inserisce nell'una o nell'altra categoria, mostrando posizioni più centriste.

Avendo il dettato costituzionale permesso il crearsi di questi due schieramenti all'interno della Corte si capisce perché per gli analisti politici fosse di interesse valutare la politica che il futuro Presidente degli Stati Uniti avrebbe presumibilmente adottato qualora si fosse verificata la necessità di nominare un nuovo giudice. Le due più recenti nomine – *justice* Sotomayor e *justice* Kagan- non hanno avuto riflessi significativi sull'equilibrio interno alla Corte. Entrambe sono andate a ricoprire i posti di due giudici collocati nello schieramento di ispirazione progressista ed hanno, per ora, mantenuto una linea di continuità con l'operato dei predecessori<sup>3</sup>. Tra i giudici tradizionalmente collocati nel blocco *liberal* vi è

---

<sup>3</sup> *Justice* Sotomayor è stata nominata dal Presidente Obama dopo le dimissioni di *justice* Souter. Quest'ultimo era stato a sua volta nominato nel 1990 dal Presidente George Bush. Ciò non di meno, *justice* Souter ha disatteso nel corso della sua carriera di giudice supremo coloro che si aspettavano un suo schierarsi su posizioni conservatrici. Nonostante inizialmente abbia mostrato una tendenza verso posizioni più conservatrici, in realtà *justice* Souter ha svolto il suo ruolo per lo più da moderato, con tendenze progressiste. Di fatto nel momento in cui il Presidente Obama si è approssimato alla sua prima nomina è stato evidente che pur potendo inserire nella Corte un elemento presumibilmente di orientamento democratico, questo non avrebbe ribaltato il bilanciamento interno alla stessa. Il condizionale è d'obbligo. Sebbene, come si vedrà nel corso delle seguenti pagine, si ritiene come un dato di fatto che il presidente in carica indichi per il posto alla Corte soggetti che possano farsi portatori di valori ed obiettivi dell'agenda politica del presidente, la libertà degli stessi giudici una volta nominati è massima. *Justice* Souter rappresenta un esempio di quanto qui si accenna e che verrà ampiamente trattato nelle seguenti pagine.

La nomina di *justice* Kagan è invece seguita alle dimissioni di *justice* Stevens, vero e proprio veterano della Corte, avendo servito per 35 anni, e colonna del blocco *liberal* a partire dalla entrata in carica di *Chief Justice* Rehnquist. Stevens fu infatti

*justice* Ginsburg. L'annuncio del suo ritiro è ormai atteso da alcuni anni in ragione della sua anzianità di servizio e delle incerte condizioni di salute. Chi volesse scommettere su chi sarà nel prossimo futuro a lasciare l'incarico punterebbe probabilmente su questa giudice<sup>4</sup>.

In occasione delle elezioni presidenziali a giornalisti ed analisti politici non sono mancate dunque ipotesi sulle quali speculare. Gli scenari che infatti si prospettavano prima che la rielezione del Presidente Obama venisse confermata erano infatti vari e stimolanti. Si trattava di ipotizzare per l'uno e per l'altro candidato cosa sarebbe successo qualora Ginsburg,

---

nominato dal Presidente Ford, esponente repubblicano che seguì a Nixon dopo le dimissioni forzate dallo scandalo *Watergate*. Al momento della nomina l'insieme delle decisioni rese in qualità di giudice federale d'appello presso il settimo circuito lo mostravano come un giudice senza dubbio conservatore. Una volta alla Corte Suprema le sue decisioni tuttavia hanno fatto sì che gli fosse conferito il titolo di *Chief Justice of the liberal Supreme Court*. Si veda, Jeffrey Toobin, *After Stevens. What will the Supreme Court be without its liberal leader?*, The New Yorker, 22 marzo 2010. Ciò nonostante, è curioso sottolineare come ancora nel 2007 egli si auto-definisse un conservatore. Jeffrey Rosen, *The Dissenter*, The Times Magazine, 23 settembre 2007. Ancora una volta alla nomina del Presidente Obama non poteva dunque attribuirsi alcuna capacità di ribaltamento dell'equilibrio interno tra progressisti e conservatori. Ciò che invece può, ad ogni nomina, cambiare è la capacità di attrarre il voto del giudice eventualmente incerto tra i due poli.

<sup>4</sup> Nonostante la stessa giudice abbia dichiarato di voler eguagliare *justice* Brandeis, che fu membro della Corte Suprema per 23 anni e si ritirò nel 1939 all'età di 82 anni, il nome di Ginsburg è il primo solitamente citato quando si fanno previsioni sui prossimi ritiri dalla Corte. Si veda, Joan Biskupic, *Justice Ginsburg reflects on term, leadership role*, USA TODAY, 30 giugno 2011. In particolare, all'inaugurarsi di ogni nuova amministrazione riprende forza il tema delle possibili nomine del nuovo Presidente. Il dato anagrafico e vicende personali e familiari delicate hanno spesso messo in discussione la permanenza in carica di *justice* Ginsburg, la quale ha finora resistito nello svolgimento della propria funzione. Recentemente, alcune testate giornalistiche hanno dato conto del *rumor* che vorrebbe il ritiro della giudice programmato per il 2015. Stephen L. Goldstein, *Obama defeat would be disastrous for Court, country*, South Florida Sun Sentinel, 2 marzo 2012. Sulla possibilità di ritirarsi si è espresso anche *justice* Scalia, il giudice, insieme a Thomas, più conservatore all'interno della Corte. Avendo ormai 76 anni ed essendo tra i veterani dell'organo, il nome di Scalia è talvolta paventato tra quelli che potrebbero lasciare il posto di giudice federale. Come nel caso di Ginsburg, tuttavia, non vi sono stati concreti segnali da parte del giudice conservatore circa un suo prossimo ritiro. Egli ha risposto a chi lo intervistava sul punto che provvederà a lasciare la Corte quando sentirà di non star svolgendo bene la sua funzione. Daniel Fisher, *Obama Victory Could Spell End of Conservative Supreme Court*, Forbes, 11 luglio 2012.

Scalia o un terzo inaspettato giudice – vi è chi ipotizza Kennedy, essendo tra gli anziani della Corte – rassegnasse le dimissioni. Al neo-eletto presidente si presentavano varie possibilità, compresa quella di parzialmente incidere sull'equilibrio della Corte, potendo rafforzare l'uno o l'altro blocco nel caso di dimissioni di un giudice di orientamento opposto<sup>5</sup>.

Tutto quanto riportato costituisce ovviamente un esercizio di speculazione politica, che però serve a rendere quanto più evidente come negli Stati Uniti l'intreccio tra diritto e politica sia forte e marcato anche per quanto riguarda il procedimento di selezione dei giudici federali. Una vicenda giuridica, quale quella relativa alla procedura di reclutamento dei giudici federali, in generale, e della Corte Suprema in particolare, che ha assunto i caratteri della questione politica da dibattere con l'opinione pubblica. Non soltanto gli attori politici giocano un ruolo nel procedimento, ma l'opinione pubblica, come meglio si vedrà nelle prossime pagine, ha assunto i caratteri di ulteriore soggetto coinvolto.

La questione è complessa ed interessante. La Corte Suprema degli Stati Uniti richiama l'attenzione dei media in occasione di decisioni particolarmente controverse ed al rendersi vacante di un posto di giudice. L'attenzione di giornalisti e commentatori è subito rivolta al Presidente chiamato a selezionare un nome e successivamente al Senato all'interno del quale si svolgeranno i *confirmation hearings*. Gli ultimi decenni, a partire dalla nomina poi rigettata di Robert Bork, hanno visto il proliferare di

---

<sup>5</sup> A mero titolo esemplificativo, si riportano, oltre ai due indicati nella nota precedente, alcuni degli articoli usciti nei mesi precedenti le elezioni presidenziali dove si dibattevano le prospettive per la Corte Suprema. Bill Mears, *Supreme Court possibilities if Obama is reelected*, [www.edition.cnn.com](http://www.edition.cnn.com), 1 ottobre 2012; Geoffrey R. Stone, *Supreme Court tilt hinges on election*, [www.northjersey.com](http://www.northjersey.com), 14 ottobre 2012; Stephen Wermiel, *The retirement sweepstakes*, [www.scotusblog.com](http://www.scotusblog.com), 30 novembre 2012.

gruppi di interesse attivi a sostegno o contro un candidato<sup>6</sup>. Al clamore con il quale vengono dunque accolti questi specifici momenti nella vita della Corte Suprema non corrisponde eguale interessamento da parte dei singoli cittadini americani verso i giudici, una volta assunto l'incarico. Una recente ricerca condotta da *FindLaw* ha rivelato come soltanto il 34% degli americani sappia il nome di almeno un giudice supremo<sup>7</sup>. Ciò non di meno la Corte è un'istituzione rispettata e riconosciuta nel suo ruolo di *policymaker*. Se anche i giudici, in quanto individui, sono stati capaci di mantenersi estranei alle vicissitudini politiche, la Corte Suprema, in quanto istituzione, fa indubitabilmente parte dell'arena politica<sup>8</sup> e questo emerge in

---

<sup>6</sup> Quello che ha visto protagonista Robert Bork, di cui si faranno qui e in seguito solo brevi ma importanti cenni, è stato il caso più eclatante di rigetto di una nomina alla posizione di giudice della Corte Suprema. In particolare, questo ha rappresentato il primo momento in cui si è vista una fortissima partecipazione della società civile schieratasi contro un candidato. Bork sedeva come giudice della Corte d'appello quando il Presidente Reagan nel 1987 decise di proporre al *Judiciary Committee* del Senato la sua candidatura a giudice della Corte Suprema. Bork avrebbe dovuto prendere il posto del giudice Powell, a seguito delle dimissioni di quest'ultimo. Ciò che sollevò ben presto la campagna contro la nomina di Bork fu, non tanto la sua qualifica, le sue capacità professionali non erano infatti discusse, quanto la sua adesione a rigidi principi conservatori. Le posizioni vicine alla destra del Partito Repubblicano non avevano impedito la sua conferma alla Corte d'appello, ma resero invece impossibile procedere alla conferma come giudice supremo federale. A Bork vennero contestate soprattutto le posizioni contrarie ai diritti civili, espresse nelle numerose sentenze redatte e nei discorsi di cui si era reso autore. Tali documenti giocarono un peso fondamentale nel corso degli *hearings*. Ma ciò che più caratterizzò il momento fu il sollevarsi di forti voci contro, ma anche a sostegno, di Bork dall'opinione pubblica. Si formarono gruppi impegnati a fare campagna attraverso ogni possibile strumento di comunicazione, compresa la televisione., spendendo anche ingenti somme. La nomina di Bork fu infine respinta dal Senato ed il posto inizialmente a lui destinato fu assegnato al giudice Anthony Kennedy. Una scelta totalmente opposta a quella che aveva individuato Bork come candidato, avendo Kennedy ripetutamente mostrato di adottare posizioni moderate. Senator Paul Simon, *Advice & Consent. Clarence Thomas, Robert Bork and the Intriguing History of the Supreme Court's Nomination Battles*, National Press Books, p. 47 e ss.

<sup>7</sup> *Most Americans Can't Name a U.S. Supreme Court Justice, Survey Says*, [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), 20 agosto 2012.

<sup>8</sup> Herbert Jacob, *Courts and Politics in the United States*, in Herbert Jacob, Erhard Balnkenburg, Herbert M. Kritzer, Doris Marie Provine, Joseph Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, Yale University Press, New Haven and London, 1996, p. 16. L'attivismo della Corte Suprema, se da un lato ha suscitato scetticismo e critiche da

tutta la sua forza nel momento in cui i poteri, più propriamente politici, sono chiamati ad intervenire per nominare un nuovo giudice.

Se teniamo conto del ruolo che la Corte Suprema è andata ritagliando nell'ordinamento dalle sue origini ad oggi, si capisce il perchè di questa attenzione dei media. L'organo cui dettero vita i Padri Fondatori riuniti nella Convenzione di Philadelphia poco aveva in comune con la Corte Suprema che conosciamo attualmente. Si trattava di un organo debole, *the least dangerous branch* come lo stesso Hamilton definì il potere giudiziario nel *Federalist n. 78*<sup>9</sup>, la cui debole fama rendeva non particolarmente ambito il ruolo di giudice supremo. La trasformazione di questa istituzione nel catalizzatore di sentimenti e passioni che è attualmente comincia con la nota decisione presa dalla Corte guidata dal *Chief Justice* Marshall, *Marbury vs. Madison*<sup>10</sup> con la quale si apre l'epoca della revisione giurisdizionale di costituzionalità delle leggi. La possibilità di intervenire in maniera incisiva sulla legislazione federale rende possibile lo svilupparsi di un ruolo di *policy-maker* che segnerà il tratto distintivo della Corte Suprema. A ciò si deve aggiungere, per avere piena consapevolezza dell'evoluzione dell'organo giudiziario federale, la possibilità del tutto

---

parte di coloro che si sono spinti fino a definire l'espansione del potere giudiziario con l'espressione "governo dei giudici" - si vedano in particolare Louis B: Boudin, *Government by Judiciary*, Political Science Quarterly, Vol. 26, No. 2, Jun. 1911, pp. 238-270 e Raoul Berger, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 - ha tuttavia facilitato l'affermarsi del ruolo dell'organo giudiziario quale soggetto politico. Come si avrà modo di osservare a breve, sarà grazie al cosiddetto realismo giuridico che sarà ben presto riconosciuta ai giudici una funzione molto più estesa di quella meramente interpretativa del diritto. Ciò non di meno, come sottolinea Guarnieri, l'attività politica del giudice è rimasta a lungo circoscritta negli spazi lasciati liberi dagli altri poteri. Carlo Guarnieri, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, Cedam, 1981, p.42.

<sup>9</sup> Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, *Il Federalista*, a cura di Gigliola Sacerdoti Mariani, Giappichelli Editore, Torino, 1997. Questa celeberrima espressione che dà il titolo anche ad un altrettanto celebre lavoro di Alexander Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 2<sup>nd</sup> ed., New Haven, London, 1986.

<sup>10</sup> 5 U.S. 137 (1803)

peculiare di indirizzare la propria agenda attraverso la selezione dei casi da decidere. Lo strumento del *writ of certiorari* si è dimostrato l'elemento chiave nella creazione di una base di solida autorevolezza per le pronunce della Corte Suprema<sup>11</sup>. Le decisioni della Corte Suprema sono monitorate ed attese come eventi, anche mediatici<sup>12</sup>. Ciò non fa che accrescere la connotazione politica dell'operato dell'organo.

Che dunque vi sia uno stretto legame tra sistema di corti e politica negli Stati Uniti appare in tutta evidenza. Il significato politico delle corti sembra del resto inserirsi nella tradizione di *common law* così come declinata nell'esperienza americana<sup>13</sup>. Ciò non significa che tutti i casi decisi nelle corti americane acquisiscano un valore politico. Le sentenze rese dai giudici statali o dai giudici federali inferiori solitamente mancano di questi connotati, ma costituiscono invece l'arena all'interno della quale si apre il dibattito su quelle tematiche che poi matureranno fino a giungere all'attenzione dei giudici della Corte Suprema. Non tutti i casi affrontati davanti alle corti americane avranno dunque la forza di erigersi a *leading cases*. Tuttavia le controversie riguardanti le questioni socialmente più rilevanti e dibattute, la cui soluzione può avere una portata più ampia delle

---

<sup>11</sup> In questo senso è interessante il parallelo con la Corte di giustizia dell'Unione Europea. Il suo ruolo di leader nel processo di integrazione europea che ha dato un lustro inaspettato all'organo giudiziario, al punto di trasformarlo nell'istituzione che gode della maggiore fiducia dei cittadini nel panorama europeo. Ciò che è curioso e che si evidenzierà nel corso delle seguenti pagine è che se a livello europeo, la reputazione non è proporzionale alla conoscenza della Corte, a livello statunitense si può dire che invece fama e successo, nel bene e nel male, procedono di pari passo. Negli Stati Uniti si è sviluppata addirittura un'eccessiva pubblicizzazione del processo politico e del processo di selezione dei giudici, per ciò che qui ci concerne, che è ciò che in Europa viene maggiormente criticato e pertanto non si vuole replicare. *Infra* Capitolo III.

<sup>12</sup> Esempio in questo senso è stata la risposta mediatica al procedimento di fronte alla Corte in tema di *health care*. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. \_ (2012).

<sup>13</sup> Brian L. Porto, *May it Please the Court, Judicial Processes and Politics in America*, CRC Press, 2009, p. 4.

mere parti coinvolte raggiungeranno con ogni probabilità le giurisdizioni superiori e da queste verranno decise, formando così un precedente rilevante per l'ordinamento. Questo meccanismo, rafforzato in particolare dalla possibilità di selezionare i ricorsi da decidere, rende particolarmente forte il ruolo di *policy-making* delle corti federali americane ed in particolare della Corte Suprema<sup>14</sup>.

Nei primi anni 30 del secolo scorso i giudici rifiutavano di riconoscere questa loro funzione, e sostenevano di rappresentare i meri interpreti della legge. Che questo assunto sia inesatto ed incompleto è ormai universalmente riconosciuto. Ciò è conseguenza anche degli studi sul cosiddetto *legal realism* che hanno portato a modificare la percezione dell'attività giurisdizionale svolta dai giudici americani<sup>15</sup>. Grazie alle teorie del *legal realism* si è preso atto del fatto che i giudici e gli avvocati non si limitano ad applicare un precetto giuridico, ma al contrario scelgono quale precetto applicare e come. Si è inoltre preso atto di quali e quanti fattori incidano in questo procedimento.

---

<sup>14</sup> Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13 p. 5. Sul punto si vedano anche Richard L. Pacelle Jr., *The Role of the Supreme Court in American Politics. The Least Dangerous Branch?*, Boulder – Oxford, Westview Press, 2002; Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, Sara C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, New York, Cambridge University Press, 2005.

<sup>15</sup> L'espressione *Legal Realism* si riferisce a quella scuola di pensiero che nasce come contrapposizione all'ortodossia americana che intendeva il diritto come un insieme di regole e principi che i giudici potevano applicare in maniera oggettiva al fine di raggiungere una decisione determinata ed apolitica. L'autore cui si deve l'emergere di questa filosofia giuridica è Oliver Wendell Holmes e alla sua presa di posizione, all'interno del suo *The Common Law*, contro l'interpretazione del diritto come fenomeno svincolato dalla realtà e dall'esperienza. La maturazione però del *legal realism* è da attribuire a Roscoe Pound e Karl Lewellyn ed agli articoli pubblicati dai due professori tra gli anni '20 e gli anni '30 del 1900. Si vedano Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963; William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas Reed (eds.), *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993, Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962. Per ulteriori dettagli sul realismo giuridico si rimanda a quanto detto nel precedente capitolo. *Supra* Capitolo I.

Determinato quindi che chi applica ed interpreta la legge non si limita a svolgere un ruolo di esecutore, ma con la sua stessa attività modella l'ordinamento giuridico, diventa estremamente importante la scelta di chi avrà il compito di applicare i precetti di legge. In un contesto così complesso, selezionare un giudice non è una mera operazione burocratica, né si può tenere conto della sola preparazione e competenza di colui che sarà chiamato ad assumere un ruolo cruciale nell'ordinamento. Occorre riconoscere che entrano in gioco altri fattori che incidono sulla consapevolezza stessa che il giudice avrà del proprio ruolo e della propria funzione e che incideranno su come questi applicherà la legge.

La dottrina statunitense sui giudici e sul ruolo da essi svolto è florida ed accanto a quella del *legal realism* altre teorie meritano di essere ricordate. Una di queste è di fatto derivazione del *legal realism* ed il suo postulato principale consiste nel prendere atto del fatto che i giudici hanno delle preferenze e queste hanno un peso nelle decisioni che i giudici prendono. Si tratta della teoria elaborata dai *judicial behaviorists*<sup>16</sup>. Nell'esercitare la propria funzione i giudici non possono prescindere dal tipo di risultato che secondo la propria filosofia giuridica sarebbe quello auspicabile. I *judicial behaviorists* ritengono che l'ideologia politica sia in sostanza il fattore principale alla base delle decisioni dei giudici. Gli studi di questo tipo sono stati possibili grazie al sempre maggiore ricorso alle opinioni dissenzienti e

---

<sup>16</sup> Theodore L. Becker, *Inquiry into a School of Thought in the Judicial Behavior Movement*, *Midwest Journal of Political Science*, Vol. 7, No. 3, (Aug. 1963), 254-266; Richard Posner, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008; C. Herman Pritchett, *Public Law and Judicial Behavior*, 30 *J. Politics* 480, 487 (1968); Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.



concorrenti, che hanno consentito di osservare dall'interno le scelte e le preferenze dei giudici<sup>17</sup>.

Nel tentativo di ricostruire il legame complesso che lega i giudici e le corti con il sistema politico un'altra prospettiva è offerta dal *critical legal studies movement*<sup>18</sup>. Secondo l'elaborazione teorica offerta dagli studiosi che si riconoscono in questo movimento le decisioni dei giudici sono mere prese di posizione politiche mascherate attraverso il linguaggio giuridico.

Infine, meritano menzione i cosiddetti *neoinstitutionalists*. Le scelte non sarebbero esclusivamente dettate da preferenze politiche, ma da un insieme di fattori, compresa la valutazione del singolo giudice su come dovrebbe essere interpretato il suo ruolo nella corte e della corte nell'ordinamento giuridico statunitense. In un periodo in cui i conflitti tra istituzioni si acuiscono e la risposta alle scelte della Corte è talvolta segnata dalla polemica, i *neoinstitutionalists* spiegano la decisione di alcuni giudici di seguire la maggioranza con la volontà di non aprire un conflitto. Un bilanciamento tra le proprie preferenze e le conseguenze politiche e sociali di queste<sup>19</sup>.

La politica permea anche il sistema di selezione dei giudici americani, sia a livello federale che statale. Di ciò la società civile ha ormai raggiunto piena consapevolezza, al punto che viene ritenuto normale il fatto che quando chiamati a nominare un giudice, sia esso federale oppure statale, il Presidente degli Stati Uniti in un caso o il governatore di uno degli Stati in

---

<sup>17</sup> Lee Epstein, Jack Knight, *The Choices Justices Make*, Washington D.C., C.Q. Press, 1998.

<sup>18</sup> Unger Roberto Mangabeira, *The critical legal studies movement*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1986; Mark Kelman, *A guide to critical legal studies*, Cambridge, London, Harvard University Press, 1987.

<sup>19</sup> Cornell W. Clayton, Howard Gillman, *Supreme Court Decision-Making, New Institutional Approaches*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1999; Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13 pp. 6-7.

cui è prevista la nomina politica dei giudici, scelgano un candidato vicino alle proprie idee. Perché la nomina non sia soggetta a contestazioni ed ostruzionismo tuttavia, il giudice nominato oltre ad essere moderatamente schierato politicamente, deve dimostrare di possedere tutti i requisiti di competenza preparazione. Esiste una tensione irrisolta nell'ambito dei procedimenti di selezione dei giudici tra i valori di indipendenza e di *accountability*, tensione dunque tra diritto e politica. Gli americani chiedono ai giudici di essere imparziali, impermeabili alle influenze provenienti dai partiti politici e allo stesso tempo però richiedono ai giudici di essere espressione dei valori di maggioranza<sup>20</sup>.

Trovare un equilibrio tra questi due valori è stato un problema che da subito si è imposto all'attenzione della Convenzione di Philadelphia. Il dibattito sul procedimento di selezione dei giudici federali ha fin dalle prime battute visto il contrapporsi di due valori e di più visioni su come una corte dovrebbe essere composta e su quale debba essere il suo ruolo nell'ordinamento. Bilanciare indipendenza ed *accountability* si è dimostrato un obiettivo non facilmente raggiungibile, il dibattito apertosi alle origini della federazione americana non si è mai esaurito, rimanendo sempre attuali le domande che si erano posti i Padri Fondatori. Il dibattito odierno in merito alla nomina dei giudici federali, non è soltanto la conseguenza di nuove questioni che si sono poste all'attenzione dei giuristi, ma anche l'evoluzione delle riflessioni sul tema maturate dalla nascita del sistema giudiziario federale ad oggi<sup>21</sup>.

Il procedimento di nomina dei giudici federali è infatti rimasto sostanzialmente inalterato dal 1788. Esso può essere osservato nei suoi due

---

<sup>20</sup> Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13, p. 105.

<sup>21</sup> Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, Oxford University Press, 2005, pp. 8 e ss.

momenti principali: quello della scelta da parte del Presidente e quello della conferma o del rigetto di tale nomina da parte del Senato. Una delle variazioni più significative riguarda invece il numero di soggetti coinvolti in questo procedimento. Se alle origini infatti la selezione dei giudici era un momento cui partecipavano esclusivamente i soggetti indicati dalla Costituzione, soprattutto negli ultimi trenta anni si è potuto osservare il sempre più frequente intervento di altri attori che coadiuvano l'Esecutivo nella sua attività o fanno valere un interesse pubblico nella selezione<sup>22</sup>.

L'intervento degli ulteriori soggetti, di cui meglio si parlerà nel corso delle prossime pagine, consente di confermare il carattere politico della selezione, che non si limita dunque ad una mera operazione giuridica.

Prima di proseguire nell'analisi di questo legame tra ruolo delle corti e sistema politico è opportuno dare conto della nascita della procedura di selezione come la conosciamo oggi. Risalire dunque alle origini della Costituzione è il primo passo per la prospettata ricostruzione storica.

---

<sup>22</sup> Ai fini del presente lavoro di comparazione è interessante sottolineare come una simile osservazione non sia possibile con riferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La procedura adottata dai singoli Stati per la scelta dei giudici europei non è guidata da criteri predefiniti, né è richiesto agli Stati di indicare quali modalità sono state seguite nell'operare tale scelta. Questo rende impossibile addentrare lo sguardo nel meccanismo, così come invece si può tentare per quanto riguarda la selezione dei giudici americani. *Infra* Capitolo III.

## **2. La selezione dei giudici dalla Convenzione di Philadelphia ai giorni nostri**

### *2.1. Premessa*

Quando nel 1787 i rappresentanti degli Stati Confederati si riunirono a Philadelphia essi erano spinti dalla consapevolezza del parziale insuccesso del progetto di Confederazione, di cui erano stati evidenziati i punti deboli insiti nell'idea stessa di un'unione di Stati cui mancava una struttura di governo unitaria. Muovendo da queste premesse, l'obiettivo della Convenzione era di correggere ed ampliare la portata degli Articoli di Confederazione al fine di porre rimedio alle debolezze mostrate<sup>23</sup>.

Quasi inevitabilmente l'iniziale progetto fu sostituito da uno di più ampio respiro e più ampie ambizioni, scatenando tuttavia l'opposizione degli appartenenti allo schieramento degli Anti-Federalisti. La scena politica americana era all'epoca dominata dai sostenitori di due diverse ideologie. Da una parte vi erano coloro che guardavano con fiducia alla creazione di una nuova nazione dotata di un forte governo centrale, i cosiddetti Federalisti. Dall'altra vi erano coloro che al contrario difendevano le prerogative dei neo-nati Stati e che osteggiavano la centralizzazione del potere, memori dei trascorsi coloniali e di dominazione britannica. Questi erano conosciuti come Anti-Federalisti.

La frattura tra i due opposti schieramenti si aprì inizialmente in merito all'attività della Convenzione stessa, che avrebbe, a detta degli Anti-

---

<sup>23</sup> Richard H. Fallon, Daniel J. Meltzer, David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The Federal System*, 5<sup>th</sup> ed., Foundation Press New York, New York, 2003, p. 2.

Federalisti, ecceduto le proprie competenze non limitando la propria attività alla riscrittura degli Articoli di Confederazione. Il dibattito interno alla Convenzione di Philadelphia, e quello che si sviluppò successivamente nei singoli Stati in fase di ratifica del documento costituzionale, risentì della contrapposizione tra Federalisti e Anti-Federalisti sotto innumerevoli profili. Le critiche e le opposizioni resero lungo e complesso il percorso, fu necessaria una trattativa articolo per articolo nel tentativo di bilanciare le distinte visioni sui poteri di cui sarebbe dovuto essere dotato il nuovo governo. Queste difficoltà tuttavia non impedirono ai Costituenti di porre fine all'esperienza confederativa e di redigere una costituzione per la nuova federazione, che attribuiva nuovi e più ampi poteri al governo federale mantenendo tuttavia determinate materie prerogativa esclusiva dei singoli Stati federati<sup>24</sup>.

La discussione tra le opposte fazioni ruotò principalmente intorno all'ampiezza dei poteri da attribuire alle istituzioni della nascente federazione. In particolare, fu ampiamente dibattuta la possibilità per il Congresso di intervenire sui singoli individui piuttosto che sugli Stati. La eco dell'esperienza coloniale e della dominazione britannica era molto forte e rendeva gli Stati diffidenti e mal predisposti alla concessione della sovranità faticosamente conquistata. Ciò nonostante egualmente forti erano le pressioni di coloro che ritenevano necessario dotare il governo centrale di

---

<sup>24</sup> Al governo nazionale furono attribuite responsabilità in materia militare, venne attribuito il potere di coniare moneta, di creare un sistema postale, di regolare il commercio tra Stati e di imporre tasse. In queste materie agli Stati era fatto divieto di interferire. Dall'altro lato il governo federale non poteva sospendere il *writ of habeas corpus*, salvo il caso di emergenza nazionale, non poteva imporre tasse dirette se non in proporzione al censo (limite poi superato attraverso il Sedicesimo Emendamento), non poteva imporre tasse sulle esportazioni, né preferire porti di uno Stato rispetto a quelli di un altro, non poteva emettere *bill of attainder* né *ex post facto laws* e tutte le spese dovevano essere approvate ed autorizzate. Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, Sara C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, supra nota 14.

poteri capaci di assicurarne il successo delle nuove istituzioni, evitando di ripetere l'errore commesso durante l'esperienza confederativa quando, non solo si era mancato di prevedere la creazione di un organo esecutivo e di un apparato giudiziario, ma il potere legislativo era stato fortemente limitato al punto di paralizzarne l'azione<sup>25</sup>.

I riflessi di questo dibattito si estesero dunque anche alla discussione sulla creazione di un sistema giudiziario federale. Questo costituiva una vera innovazione rispetto alla precedente esperienza, che come è stato riportato, aveva lasciato nelle mani delle corti statali l'intera funzione giudiziaria. Anche per la gestione della giustizia si rendeva necessario quindi trovare una soluzione di compromesso, che tenesse conto delle opposte ideologie, del contesto storico-culturale e delle ambizioni della nascente federazione.

Il tema costituì terreno di scontro tra Federalisti ed Anti-Federalisti. In particolare, per ciò che qui interessa, le due opposte fazioni si fronteggiarono nella ricerca di una soluzione di compromesso che riguardasse il metodo di reclutamento dei giudici federali. Anche in questo ambito infatti la precedente esperienza coloniale aveva lasciato il segno. La dominazione britannica aveva mostrato i limiti di un sistema giudiziario incentrato sul principio di fedeltà alla Corona, che di fatto era stato declinato nel senso di dipendenza dei giudici al volere del Re. Al sovrano spettavano i più ampi poteri di controllo sui giudici inglesi ed ancor più sui giudici delle colonie, che a differenza dei magistrati della madre patria godevano di minori garanzie d'indipendenza.

La monarchia inglese si era tradizionalmente arrogata il potere di nominare giudici. Alla stessa era stata altresì rimessa ogni decisione circa la

---

<sup>25</sup> Richard H. Fallon, Daniel J. Meltzer, David L. Shapiro, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and The federal System*, *supra* nota 23, ma anche Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, Sara C. Benesh, *The Supreme Court in the American Legal System*, *supra* nota 14. p. 11.

durata dell'incarico dei magistrati. Il Re poteva pertanto disporre liberamente dei giudici, rendendoli in buona sostanza dei propri funzionari. Questa situazione fu parzialmente arginata nella madre patria Inghilterra nel 1701, quando il Parlamentò inglese approvò l'*Act of Settlement* con il quale stabilì la cosiddetta clausola di *good behavior*. I giudici non dovevano essere legati da un rapporto di dipendenza al Sovrano ed il loro incarico non avrebbe dovuto essere sottoposto a termine. Affinchè i giudici potessero essere rimossi dall'incarico fu reso necessario a partire da quel momento il voto di entrambe le Camere<sup>26</sup>.

I poteri politici inglesi avevano precocemente affermato il fondamento della nazione sul principio della *rule of law*. Da queste poche note si ricava come la mera enunciazione del principio di *rule of law* come principio fondante di un ordinamento non corrisponda alla sua concreta realizzazione<sup>27</sup>. Al contrario, la tradizione inglese mostrava come al di là delle dichiarazioni di principio vi fossero delle concrete lacune in punto di indipendenza dei giudici e laddove sia individuabile un vincolo tra organi giudiziari e potere politico si può dire che non vi sia completa realizzazione del principio di *rule of law*. La dominazione della Corona sui giudici costituì infatti un dato caratterizzante della cultura giuridica sviluppatasi in Inghilterra, almeno fino all'emanazione dell'*Act of Settlement*. Nelle colonie i giudici godevano di minori garanzie di indipendenza e nel 1761 il governo inglese dichiarò i giudici dipendenti dalla volontà del Re sotto il profilo della durata dell'incarico, suscitando le prime dure reazioni all'interno delle colonie.

---

<sup>26</sup> Fino ad allora il mandato dei giudici dipendeva dal volere del Re e di fatto era legato alla vita del Monarca stesso che li aveva nominati. In caso di decesso del sovrano, i giudici cessavano l'incarico.

<sup>27</sup> Arthur F. Vanderbilt, *Judges and Jurors: Their Functions, Qualifications and Selection*, in 36 Boston University Law Review (1956), p. 14.

Tutto ciò avvenne solo pochi anni prima della promulgazione della Dichiarazione d'Indipendenza. La creazione di meccanismi atti a proteggere l'indipendenza dei giudici ed a limitare il potere esercitato dal sovrano costituì il frutto dell'evoluzione della cultura giuridica inglese, i cui effetti tuttavia furono limitati alla madre patria. Sebbene formalmente i giudici coloniali fossero soggetti alle stesse regole dei giudici inglesi, nelle colonie americane la dominazione della Corona era presso che totale. Re Giorgio III motivò la revoca del mandato a vita per i giudici americani, sostenendo che la maggiore difficoltà nell'individuare persone competenti a svolgere tale funzione rendesse necessario sottoporre tali giudici ad un maggiore controllo e quindi limitare la durata del loro incarico a piacimento della Corona. Lo stesso successivamente decise di fissare egli stesso i salari dei giudici delle corti superiori del Massachusetts e proibì ai giudici di ricevere un salario dai governi delle colonie<sup>28</sup>.

Per dirla con le parole di Vanderbilt, i giudici inglesi della prima ora e i giudici delle colonie erano stati “*king's creatures*”<sup>29</sup>. Già in epoca coloniale pretese di indipendenza erano state avanzate. Le corti reali erano soggette al potere della Corona esercitato per tramite dei governatori che avevano il compito di nominare i giudici. Le corti dell'epoca erano state trasformate in piccole oligarchie che non soltanto esercitavano funzioni giurisdizionali, ma anche amministrative ed operavano nell'incertezza dovuta ad incarichi la cui durata dipendeva dalla volontà politica della monarchia<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Mary L. Volcansek, Jacqueline Lucienne Lafon, *Judicial Selection. The Cross-Evolution of French and American Practices*, New York, Greenwood Press, 1988. p. 20

<sup>29</sup> *Supra* nota 26.

<sup>30</sup> Mary L. Volcansek, Jacqueline Lucienne Lafon, *Judicial Selection*, *supra* nota 28, p. 19.



La consapevolezza di tale rapporto di controllo e dominazione non potè non proiettarsi nella discussione creatasi tra i delegati presenti all'interno della Convenzione di Philadelphia. La volontà di distinguersi dall'esperienza coloniale si mostrava in tutta la sua evidenza già all'interno delle costituzioni dei singoli stati, che per primi avevano cercato la rottura con le ingerenze conosciute in passato, nonostante la tradizione e la cultura giuridica inglese rimanessero un riferimento importante.

La rottura con la madre patria passò quindi anche attraverso la creazione di apparati statali indipendenti e successivamente di un sistema giudiziario federale che, preme precisare, nell'intento dei costituenti era composto di una Corte Suprema e di eventuali corti inferiori che il legislatore avesse voluto istituire. Nell'intento dei Costituenti l'apparato giurisdizionale non doveva subire la dominazione degli altri poteri politici ma rappresentasse un reale terzo potere della nazione. Affrontare tale necessità fu dunque prima compito dei singoli stati nella definizione dei propri sistemi giudiziari e poi dei delegati nell'ambito della Convenzione con riferimento al sistema giudiziario federale<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Per una trattazione completa sui sistemi giudiziari degli Stati nel periodo antecedente l'entrata in vigore della Costituzione Federale si veda Scott Douglas Gerber, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606 – 1787*, Oxford University Press, 2011.

Se è vero, come sostenuto in dottrina<sup>32</sup>, che il dibattito attuale in tema di selezione e nomina dei giudici federali presenta gli stessi contenuti del dibattito originale sorto all'interno della Convenzione di Philadelphia, allora è opportuno ripercorrere con più precisione le tappe che hanno portato alla definizione del sistema come oggi lo conosciamo. Per fare questo si partirà dunque dal periodo antecedente la Convenzione di Philadelphia e la stesura della Costituzione federale per poi affrontare i nodi più controversi del dibattito.

### *2.1. Il periodo precedente la Convenzione di Philadelphia.*

Il periodo precedente alla Dichiarazione d'Indipendenza fu segnato dallo stretto rapporto di dipendenza e dominazione esistente tra la monarchia inglese e le colonie sorte sul territorio americano.

Se in patria i giudici avevano conquistato un seppur limitato grado di autonomia in conseguenza dell'adozione *Act of Settlement* del 1701 che introduceva la clausola del *good behavior*, i giudici delle colonie, al contrario, venivano assoggettati al volere della Corona che, come già ricordato, aveva revocato nel 1761 con Giorgio III il mandato a vita dei giudici, vincolando la durata dell'incarico alla propria volontà. L'opposizione delle colonie a questo rapporto di dominazione fu fin dal principio ferma e portò nel tempo allo svilupparsi di un conflitto che rese evidente l'esigenza successivamente portata all'attenzione anche della Convenzione di Philadelphia, di un apparato giudiziario indipendente sia a livello di struttura, sia a livello individuale. Non solo vi era necessità di

---

<sup>32</sup> Charles H. Sheldon, Linda S. Maule, *Choosing Justice. The Recruitment of State and Federal Judges*, Washington State University Press, 1997, p. 15.

preservare i giudici nello svolgimento della loro attività, ma era altresì necessario assicurare che il potere giudiziario in quanto tale si trovasse in equilibrio con gli altri poteri dello Stato e non schiacciato da essi.

Il principio di separazione dei poteri, declinato nel senso di sistema di poteri bilanciati da “pesi e contrappesi” si fa strada nel nascente ordinamento americano. Già nel 1776 John Adams raccolse tale idea in un pamphlet in cui dichiarò che il potere giudiziario avrebbe dovuto essere distinto dai poteri legislativo ed esecutivo e che i tre poteri avrebbero dovuto esercitare un'attività di controllo gli uni sugli altri<sup>33</sup>. Di fatto il pamphlet di Adams conteneva le assi portanti della cultura della separazione dei poteri di origine inglese e ripresa anche da Montesquieu, ma arricchita dei *checks and balances*, ancora una volta a dimostrazione di come la cultura dell'indipendenza sia negli Stati Uniti il frutto di un incontro di culture, che si evolve in un modello del tutto peculiare. Tratti di peculiarità si troveranno poi riflessi anche sulla selezione dei giudici federali.

Le tesi di Adams furono inizialmente interpretate nell'accezione di indipendenza dei giudici dal popolo. In sostanza, la Dichiarazione d'Indipendenza si concentrò sulla dipendenza dal sovrano piuttosto che considerare l'indipendenza sotto ogni sua forma. Limitando l'osservazione al problema più noto alle ex-colonie, ossia la dominazione ed il controllo esercitati sull'apparato giudiziario dal monarca, la soluzione paventata, e di fatto accolta in vario modo dalle costituzioni statali, prevedeva una dipendenza dell'apparato giudiziario dal legislatore o dall'elettorato.

L'importanza dell'opera di Adams non si esaurisce nel suo contributo al dibattito in merito al rapporto tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello stato. Adams nella sua elaborazione teorica proponeva anche un

---

<sup>33</sup> John Adams, *Thoughts on Government*, <http://www.constitution.org/jadams/thoughts.htm>

metodo di selezione dei giudici, affidando il potere di nomina al governatore e quello di *advice and consent* al consiglio. Interessante notare dunque come la soluzione che sarà infine adottata nella Costituzione federale rispecchi la proposta fatta da Adams, nonostante, come si vedrà a breve, il raggiungimento di un accordo sul punto abbia richiesto trattative proseguite per tutta la durata dei lavori della Convenzione. Inoltre, Adams fu tra i primi a richiamare l'attenzione su altri profili comunque connessi con l'indipendenza del potere giudiziario quali: il salario dei giudici e la durata del mandato. Secondo quanto proposto da Adams i giudici non dovevano essere soggetti a variazioni di retribuzione nel corso del loro mandato, la cui durata doveva essere vitalizia. Bisogna anticipare che questi ultimi punti risultarono fin dal periodo coloniale universalmente accettati. La tradizione inglese e la sua osservazione avevano contribuito a sedimentare l'idea che l'incarico a vita ed un salario non modificabile fossero garanzie d'indipendenza sufficientemente forti per preservare il sistema delle corti da ingerenze indebite. Nonostante i singoli Stati avessero scelto di adottare sistemi di selezione dei giudici diversi, tema che rappresentò poi reale tema di scontro tra i delegati a Philadelphia, sui due principi ora esposti vi era sostanziale accordo. Una maggiore indipendenza poteva essere raggiunta decidendo di non sottoporre a controlli periodici o a rinnovo dell'incarico i membri dell'apparato giudiziario<sup>34</sup>.

Ciò nonostante, molte delle costituzioni statali contenevano la previsione di un incarico dei giudici limitato nel tempo o sottoponevano gli stessi a ri-selezione. Accanto a queste vi erano poi quelle costituzioni che, similmente a quanto sarà poi disposto per il sistema giudiziario federale,

---

<sup>34</sup> Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, *supra* nota 21, p. 8.

affidavano ai giudici un incarico a vita, secondo la clausola del *good behaviour*. Tali testi costituzionali disponevano altresì anche che il potere di controllo sullo stipendio dei giudici fosse affidato all'assemblea legislativa e che il legislatore disponesse del potere di iniziativa per la procedura di rimozione dall'incarico (*impeachment*)<sup>35</sup>.

Il potere, costituzionalmente previsto, del legislatore sulle corti e sul mandato dei giudici era tutt'altro che insolito. In realtà questo costituiva un tratto distintivo del periodo pre-rivoluzionario che nell'intento originario non doveva essere cancellato ma rafforzato. Secondo le parole di Thomas Jefferson infatti, i giudici dovevano essere "mere macchine". Si venne dunque a creare una situazione per cui da una parte si vedeva con favore la dipendenza dell'apparato giudiziario dalla legislatore, dall'altra però si assumeva l'impegno alla separazione dei poteri come garantita dalle costituzioni statali. Questa tensione dimostra quanto sopra esposto. I costituenti statali si dimostrarono profondamente impreparati ad affrontare in via pratica la questione della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura, non riuscendo ad individuare nella dipendenza dal legislatore un potenziale pericolo per l'indipendenza delle corti. Se da un lato vi era dunque l'impegno programmatico ad assicurare la separazione dei poteri, dall'altra vi era l'inesperienza e l'immaturità tipica di un nuovo stato. Tutto questo trovò riflesso poi nel testo costituzionale, dove un piccolo spazio, se confrontato con quello riservato agli altri poteri, è dedicato al giudiziario.

Sebbene, negli anni che intercorsero tra la Dichiarazione d'Indipendenza e la Convenzione di Philadelphia, si susseguirono una serie di eventi che portarono al formarsi di due distinte idee di indipendenza:

---

<sup>35</sup> Scott Douglas Gerber, *A Distinct Judicial Power*, *supra* nota 31.

l'indipendenza dei singoli individui cui viene affidato il compito di dirimere le controversie, che devono essere protetti dalle interferenze dei poteri politici sulle singole questioni, e l'indipendenza dell'istituzione, che dev'essere mantenuta scevra da ingerenze e connivenze con il potere politico. L'Articolo III della Costituzione federale doveva dunque offrire all'apparato giudiziario della nascente federazione strumenti di protezione che mancavano invece ai giudici statali.

### *2.3. La Convenzione di Philadelphia*

I delegati riuniti a Philadelphia avevano un obiettivo comune e distinte visioni su come questo avrebbe dovuto essere realizzato. La costruzione di un nuovo governo portò al contrapporsi di distinte ideologie, al palesarsi dell'im maturità della classe politica, ma anche alla lungimiranza ed alla capacità di compromesso della stessa. Tutto ciò è quanto più visibile osservando l'operato dei Costituenti con riferimento al nuovo apparato giudiziario.

Chiamati a dare vita ad un apparato di corti e giudici federali, i Costituenti avevano come modello di riferimento la tradizione britannica. Sebbene questa avesse mostrato i propri limiti nel corso dell'esperienza di dominazione coloniale, rimaneva di fatto lo schema teorico entro il quale i rappresentanti degli Stati decisero di muoversi per configurare i contorni del potere giudiziario federale.

L'indipendenza dei nuovi giudici federali rappresentava tema caro a tutti i delegati presenti alla Convenzione di Philadelphia, ma su come assicurare il raggiungimento di tale obiettivo vi erano distinte opinioni. In

particolare, la distanza tra Federalisti ed Anti-Federalisti si faceva massima con riferimento al bilanciamento tra il valore dell'indipendenza e quello dell'*accountability*. I giudici federali non solo avrebbero dovuto dimostrarsi autonomi e non soggetti alle pressioni di alcun soggetto esterno ma avrebbero allo stesso tempo dovuto rispondere del proprio operato ed essere in qualche misura responsabili davanti ai cittadini. L'indipendenza veniva intesa in una duplice accezione. Da un lato vi era la cosiddetta *decision-making independence*, l'indipendenza dei giudici come individui chiamati a svolgere un'attività decisionale che dev'essere il più possibile indipendente. Dall'altro vi era la cosiddetta *branch-independence*, l'indipendenza del potere giudiziario in quanto terzo ramo del governo cui dev'essere assicurata massima separazione dai poteri legislativo ed esecutivo<sup>36</sup>. All'interno della Convenzione questa duplice accezione del concetto di indipendenza si rende sempre più chiaro ed accanto a ciò si rende evidente la necessità di rendere i giudici non solo indipendenti ma anche *accountable*, responsabili della propria funzione. La sfida sta nell'individuare il sistema per fare ciò senza per questo diminuirne l'indipendenza degli organi giudicanti. L'indipendenza della magistratura nell'interpretazione dei Costituenti non è un'indipendenza assoluta, ma un'assenza di dipendenza, senza tuttavia prescindere da forme di *accountability* rispetto ai poteri politici, agli altri giudici, all'impegno preso con il giuramento reso all'inizio del loro mandato ed alle coscienze stesse dei giudici<sup>37</sup>.

Gli Anti-Federalisti in particolare premevano per rendere i giudici *accountable*. In particolare, secondo la lettura data da alcuni autori, vi era una spinta degli Anti-Federalisti a rendere i giudici direttamente responsabili

---

<sup>36</sup> Charles Gardner Geyh, *When Courts and Congress Collide. The Struggle for Control of America's Judicial System*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2006.

<sup>37</sup> Charles Gardner Geyh, *When Courts and Congress Collide*, *supra* nota 36.

nei confronti dell'elettorato tramite un sistema di elezione dei giudici federali<sup>38</sup>.

La creazione di un apparato giudiziario indipendente è di per sé un obiettivo ambizioso, che fu reso ancora più difficile nel 1787 dall'inesperienza dei Costituenti che si trovavano ad operare in un contesto dove forte era il segno lasciato dalla precedente esperienza coloniale ma dove allo stesso tempo non si era ancora sviluppata un'autonoma cultura di indipendenza giudiziaria<sup>39</sup>. I delegati mancavano degli strumenti per riconoscere il problema nella sua complessità ed erano invece portati a concentrarsi su singoli profili a loro noti, per essere stati questi oggetto della loro attenzione in epoca coloniale o immediatamente successiva alla Rivoluzione.

I delegati si concentrarono quasi esclusivamente sull'indipendenza interna degli organi giudiziari, facendo ricorso a soluzioni derivanti dalla tradizione inglese, la quale rimaneva un antecedente di riferimento e dotato non solo di una catalogo di soluzioni cui era possibile attingere, ma anche di autorevolezza. In particolare con riferimento alla durata del mandato e alla possibilità di modificare il salario fu presto stabilito che sarebbero state adottate per i nuovi giudici federali le soluzioni inglesi, che rimanevano delle salvaguardie minime e sufficienti per assicurare l'indipendenza dei giudici. Il vero problema fu invece stabilire con quale metodo i giudici avrebbero dovuto essere selezionati. Le posizioni sul punto erano divergenti e trovare un accordo richiese lunghi mesi di trattative e proposte, delle quali si darà brevemente conto nelle prossime pagine.

---

<sup>38</sup> David M. O'Brien, *Judicial Roulette. Report of the Twentieth Century Fund Task Force on Judicial Selection. Background Paper by David M. O'Brien*, New York, Priority Press Publications, 1988, p. 30.

<sup>39</sup> Sul significato del concetto di cultura dell'indipendenza si rinvia *supra* Capitolo I, § 3.



Alla luce di quanto sopra esposto si potrebbe pensare che i delegati abbiano tralasciato l'indipendenza esterna, strutturale per mancanza di interesse. Non si deve invece incorrere nell'errore di considerare la scelta di affidare al Congresso la possibilità di istituire altre corti inferiori e di determinare il numero dei giudici federali determinata da motivi che non siano l'impreparazione dei Costituenti ed anche il contesto sociale entro il quale fu convocata la Convenzione di Philadelphia<sup>40</sup>. La frammentazione sociale e geografica imposero la scrittura dell'Articolo III in modo tale da ridurre fortemente il contenuto a favore di un compromesso tra opposte idee<sup>41</sup>. L'Articolo III rappresenta il prodotto di una fine attività politica che ha saputo costruire la cornice entro la quale si è poi sviluppato il sistema giudiziario federale che conosciamo oggi.

#### *2.4. Il dibattito in tema di selezione dei giudici federali*

La riflessione appena riportata può essere applicata anche al contenuto dell'Articolo II. Se la scelta di nominare i giudici a vita e di rendere il loro salario non modificabile fu approvata senza discussioni, l'attribuzione del potere di nomina dei giudici federali si rivelò essere un terreno sul quale si scontravano opinioni anche molto distanti. Di fatto prevalse, come si vedrà tra poco, la scelta del compromesso che consentisse il raggiungimento di un accordo tra i delegati. Come avvenne per l'Articolo III, anche l'Articolo II sul punto creò soltanto una cornice all'interno della quale il tempo e l'esperienza hanno visto svilupparsi di pratiche informali

---

<sup>40</sup> Charles Gardner Geyh, *When Courts and Congress Collide*, *supra* nota 36.

<sup>41</sup> Il coinvolgimento del Senato rappresentava la via attraverso la quale si assicurava adeguato peso alle posizioni degli Stati, pur in una procedura di competenza del governo federale.

che ad oggi sono quelle che si può sostenere realmente regolino il procedimento<sup>42</sup>.

Giungere al testo dell'Articolo II fu un processo lungo che vide il fronteggiarsi di distinte proposte. La scelta finale ricadde nell'assegnazione al Presidente, rappresentante del potere esecutivo, del compito di nominare i giudici ed al Senato, espressione del potere legislativo, il compito di confermare la scelta o di respingerla. Curiosamente tale proposta era stata precocemente avanzata da Adams nel suo *Thoughts on Government* ma molti passaggi furono necessari affinché questa riscuotesse il consenso dei delegati presenti a Philadelphia.

Prima di passare in breve rassegna le ipotesi sottoposte all'attenzione della Convenzione occorre sottolineare come il terreno comune per quasi tutte fosse rappresentato dall'idea di dipendenza dal potere legislativo.

La partecipazione del potere legislativo al processo di selezione e nomina dei giudici rappresenta una costante in quasi tutte le proposte sottoposte alla valutazione della Convenzione. Ciò derivava dalla volontà di recuperare il modello inglese del quale i costituenti contestavano l'applicazione non i tratti peculiari. La tradizione inglese rappresentava un punto di riferimento e legare i giudici al potere legislativo, almeno con riferimento al conferimento del loro incarico era considerato un modo per mantenere saldo il principio della partecipazione popolare all'attività di governo.

---

<sup>42</sup> Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, supra nota 21, p. 9. Micheal C. Tolley, *Legal Controversies over federal Judicial Selection in the United States: Breaking the Cycle of Obstruction and Retribution over Judicial Appointments* in Katie Malleson, Peter H. Russel (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto – Buffalo, University of Toronto Press, 2006, p. 89 e ss.

Il modello di indipendenza della magistratura che venne promosso nel corso della Convenzione sosteneva l'idea di giudici indipendenti che formassero un potere giudiziario dipendente, nel senso di cui si è dato conto. Il bilanciamento tra i valori dell'indipendenza e della responsabilità dei giudici veniva ricercato nella formula di cui sopra ed è interessante sottolineare come storicamente si è poi dimostrato che, con l'importante eccezione rappresentata dal potere di selezione dei giudici, il Congresso abbia agito in modo da favorire, laddove non fosse possibile trovare un equilibrio tra i due principi, quello dell'indipendenza<sup>43</sup>.

La procedura di nomina dei giudici federali ed in particolare dei giudici della Corte Suprema ha rappresentato un'eccezione. Senza mai negare l'importanza del principio di indipendenza, si è tuttavia dato ampia rilevanza al valore dell'*accountability* e a quello della rappresentatività dell'organico della Corte<sup>44</sup>. Il coinvolgimento dei poteri politici -dapprima solo del legislativo, il ruolo del potere esecutivo nel procedimento si è delineato soltanto in un momento più avanzato- nella scelta dei giudici deriva quindi dalla volontà di rendere gli stessi responsabili di fronte alla

---

<sup>43</sup> Charles Gardner Geyh, *When Courts and Congress Collide*, *supra* nota 36.

<sup>44</sup> Si fa qui riferimento al concetto di *diversity* che verrà ampiamente trattato nel paragrafo 6. Con il termine *diversity* si fa riferimento al prassi consolidatasi negli Stati Uniti di scegliere i giudici della Corte Suprema in modo tale che equa rappresentanza fosse riconosciuta agli Stati. Il concetto di rappresentanza è quindi legato alla provenienza geografica dei giudici, mentre vedremo come successivamente ciò si svilupperà dando spazio a concetti di rappresentanza di appartenenza religiosa, rappresentanza di genere e di etnia. L'allargamento della base demografica di riferimento porterà anche alla necessità di tenere conto non soltanto dell'area geografica di provenienza ma anche di altre caratteristiche per assicurare che la Corte fosse bilanciata e costituisse un reale campione dei cittadini americani. Il concetto di *diversity* è molto importante e studiato dalla dottrina americana, nel capitolo conclusivo del presente lavoro si darà conto dell'importanza della rappresentatività all'interno della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Si andranno quindi a riprendere temi e problematiche che verranno qui di seguito trattate con riferimento agli Stati Uniti per capire quale grado di maturazione ha raggiunto la discussione sul punto in Europa. *Infra* Capitolo III.

cittadinanza e di trasferire quindi legittimazione all'organo giudiziario attraverso tale legame<sup>45</sup>.

Trovare quindi un bilanciamento tra indipendenza ed *accountability* ha rappresentato da subito una sfida per i Costituenti che ha messo in luce anche i limiti degli stessi, dettati principalmente dall'inesperienza. Il limitato dibattito ad esempio relativo alle garanzie d'indipendenza non deve indurre a ritenere che i Padri Fondatori non prestassero attenzione al tema, che invece come ampiamente sottolineato è stato al centro della discussione relativa al sistema di selezione da adottare. Piuttosto la scelta di limitare la discussione indicava la volontà di non intervenire in maniera troppo incisiva in un campo dove si voleva fosse assicurata la più ampia libertà agli attori principali, ossia i giudici. Questo indusse i *Framers* ad intervenire solo tratteggiando il sistema giudiziario federale e tutto ciò che riguardava i componenti del potere giudiziario. La disciplina attuale dunque può apparire ad un osservatore moderno ridotta ai soli elementi essenziali se non addirittura a tratti lacunosa. Di fatto ciò ha reso possibile lo svilupparsi negli anni di procedure informali che ad oggi governano il momento della selezione dei giudici<sup>46</sup>. Occorre tenere conto che la soluzione finale adottata dalla Costituzione è stata il frutto di un compromesso tra opposte fazioni politiche ed il tentativo di bilanciare indipendenza ed *accountability*. Di dare dunque legittimazione ai nuovi giudici federali, in un contesto dove il governo centrale era visto con timore e dove freschi erano i ricordi del dominio coloniale, senza tuttavia limitare l'indipendenza dei giudici come

<sup>45</sup> Si vedrà nel capitolo successivo, in merito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quale importanza abbia assunto il principio di legittimazione politica al fine di garantire il migliore accoglimento delle pronunce della Corte europea. *Infra* Capitolo III.

<sup>46</sup> Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, *supra* nota 21, p. 9. Micheal C. Tolley, *Legal Controversies over federal Judicial Selection in the United States: Breaking the Cycle of Obstruction and Retribution over Judicial Appointments*, *supra* nota 42.

era avvenuto sotto il controllo britannico. I giudici federali arrivarono per tramite di questa soluzione compromissoria a godere di una legittimazione indiretta, frutto del coinvolgimento nel processo dei rappresentanti dei poteri politici. Allo stesso tempo i giudici risultarono indirettamente responsabili davanti ai cittadini<sup>47</sup>.

Risulta significativa la scelta di escludere ogni ipotesi di responsabilità diretta di fronte all'elettorato, quindi di non ricorrere all'elezione dei giudici federali, come invece alcune costituzioni statali avevano disposto per i giudici dei singoli stati. La scelta di una forma di responsabilità solo indiretta deriva dalla volontà ancora una volta di proteggere l'indipendenza e l'autonomia dei giudici federali. In questo modo si è ritenuto di preservare i giudici che anziché essere sottoposti alle pressioni pubbliche e alle passioni politiche si trovavano ad essere sottoposti esclusivamente alla legge e a quanto da essa disposto.

In tale opzione si può riconoscere una certa lungimiranza alla luce della moderna evoluzione del procedimento di selezione, ma di fatto i padri Fondatori non immaginavano quale importanza avrebbe rivestito la scelta di isolare i giudici dall'opinione pubblica. Non solo i Costituenti non potevano immaginare il crescente peso dei partiti politici, essi non avrebbero in alcun modo potuto prevedere il peso che avrebbe esercitato l'opinione pubblica sulla scelta dei giudici federali. Il procedimento, come lo conosciamo adesso, è invece ampiamente sottoposto all'osservazione dei cittadini e alle pressioni degli stessi riuniti in gruppi d'interesse e dei media. L'aver escluso dunque una responsabilità diretta ha rappresentato una garanzia per il sistema. Ciò non di meno, come si avrà modo di spiegare nel prossimo paragrafo, questo non ha escluso una politicizzazione dell'apparato

---

<sup>47</sup> Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13, p. 118.

giudiziario e dei giudici. Al contrario, come sottolineava già Roscoe Pound, la trasformazione dei giudici in politici, dovuta anche al sempre più incisivo ruolo di *policy-makers* delle Corti, ha portato ad un crescente senso di insoddisfazione da parte dei cittadini americani<sup>48</sup>.

I Padri Fondatori dunque non disponevano degli strumenti per poter prevedere lo sviluppo del dibattito in tema di selezione dei giudici federali. Un dibattito che, come più volte sottolineato, mantiene molti dei caratteri originali già mostrati nel corso dei lavori della Convenzione.

La scelta sul sistema da adottare per reclutare i giudici federali arrivò solo negli ultimi giorni della Convenzione. I *Framers* optarono al fine per l'attribuzione al Presidente del potere di nominare i giudici, con l'*advice and consent* del Senato. Di questa scelta si parla sempre in termini di compromesso, per quello che è stato il percorso che ha portato alla sua approvazione. Ciò che invece non viene sufficientemente messo in evidenza è come questa scelta abbia, data la vaghezza dei contenuti della disposizione costituzionale, permesso il nascere di una battaglia politica che si rinnova per ogni nomina federale ed in maniera forse più aspra ma meno pubblicizzata per le nomine dei giudici federali delle corti inferiori<sup>49</sup>.

Il contenuto politico delle nomine lungi dall'essere stato prescritto dai Padri Fondatori può essere attribuito proprio alla prassi adottata dal primo Presidente degli Stati Uniti quando egli si trovò a dover decidere la composizione della prima Corte Suprema. Il punto sarà ripreso a breve, ma prima occorre concentrarsi sulla ricognizione storica di quelle che furono le

---

<sup>48</sup> Una delle conseguenze di questo senso di insoddisfazione è stata la creazione dell'*American Judicature Society* nel 1913. Si tratta di un'organizzazione che tuttora svolge un'importante ruolo per la promozione della riforma del potere giudiziario e la difesa dei principi di indipendenza ed *accountability*. David M. O'Brien, *Judicial Roulette*, *supra* nota 38; Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13.

<sup>49</sup> David M. O'Brien, *Judicial Roulette*, *supra* nota 38; p. 15

proposte presentate alla Convenzione di Philadelphia con riferimento alla procedura di nomina dei giudici federali.

La prima proposta sottoposta alla valutazione dei delegati fu il cosiddetto *Virginia Plan*, che attribuiva al Congresso il potere di scegliere sia a chi attribuire il potere esecutivo, sia i membri dell'apparato giudiziario federale. Il delegato della Pennsylvania, Wilson, tuttavia di fronte a tale ipotesi obiettò che le nomine effettuate secondo questo modello sarebbero state inappropriate come era già stato dimostrato nel corso delle esperienze che avevano preceduto la Convenzione. L'attribuzione di un così ampio potere al Congresso avrebbe aperto la strada a parzialità ed intrighi. Sempre secondo quanto esposto da Wilson, preferibile sarebbe stato affidare l'incarico ad un'unica persona. Il Congresso infatti non offriva garanzie sufficienti al buon svolgimento della procedura di nomina dato l'ampio numero di componenti dello stesso. Wilson per questo motivo sostiene che il compito di scegliere i giudici federali avrebbe dovuto essere affidato al Presidente degli Stati Uniti. Questa variante tuttavia trovò la ferma opposizione di Rutledge, delegato per la South Carolina, che riteneva insito in tale scelta il rischio di restaurare pratica note alla monarchia inglese<sup>50</sup>.

Da subito dunque il dibattito si innesca su chi avrebbe dovuto avere il compito di nominare. Esclusa l'ipotesi di procedere all'elezione dei giudici si trattava di definire quale organo offriva le maggiori garanzie e possedeva le migliori competenze per scegliere i membri del potere giudiziario<sup>51</sup>.

Fu in seguito al *Virginia Plan* e alle obiezioni mosse da Wilson e Rutledge che Madison propose una prima soluzione che mirava al compromesso. Egli limitava il potere d'intervento del Congresso affidando

---

<sup>50</sup> David M. O'Brien, *Judicial Roulette*, *supra* nota 38.

<sup>51</sup> Scott Douglas Gerber, *A Distinct Judicial Power*, *supra* nota 31.

al solo Senato, quindi ad una delle due camere che avrebbero composto il legislativo federale, il potere di nomina dei giudici. La volontà era quella di limitare i possibili accordi e le parzialità che avrebbero potuto prendere campo tra i politici presenti nel Congresso, laddove fosse stato affidato loro un più ampio potere di selezione. Anche questa proposta tuttavia non ebbe successo. Ancora una volta vengono avanzate obiezioni, questa volta da parte del delegato del New Jersey, Paterson, che a sua volta sottopone all'attenzione della Convenzione una propria soluzione che verrà conosciuta con il nome di *New Jersey Plan*. A norma di questa proposta il potere di selezionare i giudici spettava al Presidente degli Stati Uniti, che a sua volta avrebbe dovuto essere eletto dal Congresso.

Questa proposta fu, come le altre, discussa dai Costituenti. Nel corso del dibattito intervenne anche Alexander Hamilton, il quale suggerì che i giudici venissero proposti dall'Esecutivo al Senato, lasciando a questo il compito di approvare o respingere la scelta fatta dal Presidente. Per la prima volta all'interno della Convenzione si fa strada quella che sappiamo essere la soluzione che verrà infine approvata. Ciò non di meno l'accoglienza iniziale fu tutt'altro che positiva. La proposta di Hamilton fu infatti respinta.

Trascorso circa un mese una nuova Risoluzione venne presentata davanti alla Convenzione ed in essa si disponeva che il potere giudiziario della neonata nazione dovesse comporsi di una Corte Suprema, i cui giudici avrebbero dovuti essere nominati dal Senato. Questa volta la contrarietà alla proposta fu manifestata dal rappresentante dello stato del Massachusetts, Gorham, che manifestò preoccupazioni su come la camera alta del Congresso avrebbe potuto svolgere la propria funzione. In particolare egli si chiedeva come avrebbe potuto un organo composto da un numero elevato di persone essere ritenuto responsabile per la scelta compiuta. Emerge con



chiarezza quanto si riportava sopra relativamente all'importanza attribuita già all'interno del dibattito costituzionale al principio di responsabilità. Vi era la necessità di individuare il diretto responsabile della scelta compiuta selezionando certe persone per far loro svolgere la funzione di giudice. All'interno del Senato la responsabilità di tale scelta si sarebbe "dispersa" e si sarebbero aperti spazi per contrattazioni politiche e giochi d'interesse. Secondo Gorham la nomina da parte del rappresentante del potere esecutivo con l'*advice and consent* del Senato sarebbe invece stata la scelta ottimale. Per la seconda volta si affacciò l'ipotesi che verrà successivamente adottata dai costituenti, ma per la seconda volta questa proposta non ottenne i voti necessari per l'approvazione.

Nuovamente intervenne Madison, stavolta proponendo di assegnare il potere di nomina al Presidente con la necessità dell'approvazione di due terzi del Senato. Il voto su questa soluzione fu posticipato fino a quando non si rese necessario alcun voto poiché Madison modificò la propria iniziativa. Egli propose in seconda battuta che il Senato procedesse ad un mero voto di maggioranza. Per la terza volta la proposta fu cassata.

Fu infine convocato uno speciale comitato, lo *Special Committee on Postponed Matters*. Nel documento che questo presentò la questione fu ulteriormente dibattuta. Il comitato propose che venisse attribuito al Presidente con l'*advice and consent* del Senato il potere di nominare ambasciatori, gli altri pubblici ufficiali degli Stati Uniti ed anche i giudici della Corte Suprema. Questa proposta fu poi emendata a seguito di dibattito per consentire al Presidente di procedere alle nomine anche nei periodi in cui il Congresso non fosse operativo (i cosiddetti *recess appointment*). L'ultimo giorno della Convenzione un'ulteriore modifica fu apportata, che riguardava la selezione dei giudici delle corti inferiori. Si specificava che il

Congresso poteva conferire il potere di nomina solo al Presidente, alle corti o ai capi dipartimento<sup>52</sup>.

Il dibattito che seguì nei singoli stati, nell'ambito delle convenzioni organizzate per i procedimenti di ratifica della costituzione, non fu particolarmente significativo. I timori degli Anti-Federalisti circa il governo nazionale portarono a concentrare l'attenzione sulla possibilità che il Presidente cospirasse con i senatori. Ma nella maggioranza delle Convenzioni statali i timori erano piuttosto rivolti al Senato ed al suo ruolo, al fatto che questo potesse esercitare troppo influenza. I difensori della Costituzione cercarono di allontanare questi timori e fu in particolare Hamilton nei suoi scritti contenuti nel *The Federalist* a difendere il procedimento di selezione così come era stato disegnato.

In particolare, nel *Federalist n. 76* Hamilton<sup>53</sup> si occupò del potere di nomina dei giudici e degli altri ufficiali affidato al potere esecutivo secondo quanto disposto dall'Articolo II della Costituzione. Egli diffidava dell'attribuzione ad un organo numericamente troppo complesso del potere di selezionare singole autorità ed in realtà sostenne che la soluzione teoricamente migliore sarebbe stata quella di concentrare questa facoltà nelle mani di un'unica figura. Pertanto egli indicò tre possibili meccanismi selettivi. Il primo prevedeva l'affidamento del potere ad un unico soggetto, il secondo metodo invece consisteva invece nella creazione di un'assemblea di persone scelte cui delegare il compito, infine il terzo sistema prevedeva che il potere di nomina fosse condiviso da un singolo ed un'assemblea che aveva per lo più il compito di coadiuvare il singolo. Hamilton quindi, sebbene riconosca al singolo individuo maggiore capacità di effettuare una scelta

---

<sup>52</sup> David M. O'Brien, *Judicial Roulette*, *supra* nota 38, p. 31

<sup>53</sup> Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, *Il Federalista*, *supra* nota 9.

oculata nella selezione dei giudici e degli altri ufficiali prevede anche una soluzione capace di contemperare anche le istanze di coloro che invece si facevano promotori dell'intervento dell'organo assembleare, nello specifico del legislatore. Dallo scritto di Hamilton emerge ancora una volta quale fosse e tuttora sia uno dei nodi centrali della discussione relativa ai metodi di selezione dei giudici. L'attribuzione ad un solo soggetto del potere di scelta avrebbe incrementato il senso di responsabilità dello stesso, il quale avrebbe a sua volta potuto essere giudicato anche alla luce delle scelte operate con riferimento alla composizione degli organi del potere giudiziario. Allo stesso tempo però, responsabilizzare un singolo attore significa anche rendere i giudici espressione diretta del suo potere politico, andando a minare l'equilibrio tra responsabilità ed indipendenza degli organi giudicanti. All'interno della Convenzione si erano fronteggiati i sostenitori di un potere esecutivo forte e coloro che invece propendevano per favorire la centralità del Senato. Di fatto, alla luce anche della scelta finale contenuta nell'Articolo II non appare evidente quale ruolo i Padri Fondatori intendessero riconoscere al potere legislativo in questo procedimento inerente gli organi del potere giudiziario<sup>54</sup>, ciò che si può tuttavia affermare è che nella elaborazione teorica di Hamilton il Senato dovesse svolgere un'azione di controllo sul Presidente, limitando dunque i possibili favoritismi di natura politica<sup>55</sup>.

Quanto finora esposto offre dunque un'idea del dibattito che si sviluppò all'interno della Convenzione di Philadelphia e successivamente nei singoli Stati chiamati a ratificare la Costituzione. I nodi attorno ai quali ruotava la discussione riguardarono dapprima coloro ai quali dovesse essere

---

<sup>54</sup> Si veda *infra* § 5.

<sup>55</sup> Scott Douglas Gerber, *A Distinct Judicial Power*, *supra* nota 31.

attribuita la funzione di scegliere i giudici. Una volta che ciò fu definito e la Costituzione fu approvata il problema che si pose fu quello di formare la prima Corte Suprema e nuove questioni dovettero essere discusse. Chi poteva essere chiamato a svolgere la funzione di giudice, secondo quali criteri il Presidente avrebbe dovuto operare la sua selezione e che tipo di controllo doveva operare il Senato. Le stesse questioni costituiscono ad oggi lo schema per l'analisi del sistema di selezione dei giudici federali.

Il primo Presidente degli Stati Uniti chiamato a scegliere i giudici supremi non poteva fare riferimento ad alcuna esperienza precedente, né a linee guida contenute nella Costituzione federale o in altre disposizioni normative. Di fatto ciò portò all'instaurarsi di quelle pratiche informali che tutt'oggi sono corollario del momento della scelta dei componenti del potere giudiziario federale. Prima che George Washington procedesse alla nomina fu tuttavia nominata una speciale commissione del Senato e per opera in particolare di tre componenti, Ellsworth, Patterson e Strong, si giunse all'approvazione del *Judiciary Act* 1789 con il quale si stabilì che la Corte Suprema dovesse comporsi di 5 *Associate Justices* ed un *Chief Justice*. Le decisioni avrebbero richiesto un *quorum* di 4 votanti.

In assenza di altre disposizioni il presidente Washington si trovò sostanzialmente libero da alcun tipo di vincolo e le prime nomine cui egli giunse inaugurarono precocemente la politicizzazione del sistema di selezione dei giudici. Washington fece infatti appello a persone che avevano una pregressa esperienza giudiziale e cui era legato da un rapporto di fiducia, amicizia e da comunanza di ideali politici per creare la composizione di un organo nuovo, sostanzialmente ancora poco autorevole e anche poco ambito come sviluppo di carriera. Le conseguenze delle prime nomine di Washington non potevano essere previste da nessuno, tanto meno

i Costituenti avevano ipotizzato il sorgere negli Stati Uniti di partiti politici forti e strutturati come quelli che conosciamo attualmente. L'evoluzione di un sistema di selezione basato su scelte dettate anche dall'agenda politica del Presidente, non era preventivabile ai tempi della Convenzione di Philadelphia.

A Washington si deve inoltre l'instaurarsi della prassi della cosiddetta *senatorial courtesy*. Si tratta di una pratica in uso per le corti federali inferiori. Si riconosce al senatore proveniente dallo Stato in cui vi è il posto vacante da riempire con una nuova nomina, di un potere di veto sul giudice candidato.

Il fatto che nei primi anni della Federazione furono molto poche le occasioni di procedere alla nomina di giudici federali creò di fatto una situazione se non di scarso interesse nei confronti del tema almeno di disattenzione. Non vi erano particolari incentivi a formalizzare in maniera più precisa e puntuale il sistema di reclutamento dei giudici federali. Inoltre, all'epoca il posto di giudice federale non era particolarmente ambito. Tuttavia, nel momento in cui il Congresso cominciò ad aumentare il numero di posizioni e nel momento in cui un numero maggiore di attori politici cominciò a rendersi protagonista delle varie procedure di selezione, l'esigenza di regolare in modo più preciso tutto il processo si fece sentire in maniera più decisa. In particolare si è esteso il dibattito su quale sia il giusto ruolo per Senato e Presidente. Il dibattito attuale è di fatto la progressione di quel primo dibattito apertosi all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione federale.

### 3. La modernità di antiche questioni. Un dialogo mai interrotto con i Padri Fondatori sulla selezione dei giudici federali.

La politicizzazione del sistema di selezione dei giudici federali ha radici lontane e, come si è visto nelle pagine precedenti, si può addirittura affermare che si tratti di un fenomeno nato in contemporanea con l'adozione della Costituzione degli Stati Uniti.<sup>56</sup> Fino dalle prime nomine ad opera del Presidente Washington si rese evidente come nella scelta dei giudici avessero un peso specifico valutazioni ulteriori a quelle relative alla qualifica. Infatti, né la norma costituzionale, né alcuna legge successiva specifica secondo quali criteri il Presidente debba operare la propria scelta, il che consente allo stesso di operare una valutazione di opportunità politica. Ugualmente il *Judiciary Committee* incaricato di valutare la persona individuata dal Presidente gode di piena libertà di scelta quanto alle domande cui sottoporre il candidato ed il tipo di indagine dunque da condurre. Pertanto, nell'analizzare la selezione dei giudici federali e nello specifico dei giudici della Corte Suprema la domanda che occorre porsi non è tanto se vi sia uno spazio di sovrapposizione tra politica e diritto, ma piuttosto se il sistema non stia diventando eccessivamente politicizzato e quali conseguenze tale circostanza eventualmente produca<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> "The appointments process is and always has been political because federal judges and justices themselves are political." Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, supra nota 21.

<sup>57</sup> Si tratta di una riflessione che coinvolge gli stessi membri della Corte Suprema. Nel 2003 ad esempio *justice* Scalia, nel discorso reso nel corso dell'Alaska Bar Association Convention dichiarò che il sistema di selezione dei giudici federali fosse in corso di trasformazione ponendo in prima piano la visione politica dei singoli nominati rispetto alla loro esperienza professionale. Secondo Scalia si tratterebbe di un fenomeno irreversibile, che lo stesso andava denunciando da oltre venti anni. *Supreme Court justice says appointments becoming more political*, The Associated Press State & Local Wire, 10 maggio 2003. Scalia concentrò la propria analisi particolarmente sul momento dei

Come esposto nel Capitolo I, il sistema costituzionale statunitense poggia sul principio della separazione dei poteri. Tale principio fondamentale prevede in astratto che ciascun potere operi libero ed autonomo dagli altri. Di fatto, tale modello teorico astratto non esiste applicato in forma concreta in nessun Paese. Negli Stati Uniti, dove vige il principio dei *checks and balances*, i poteri si bilanciano e si controllano reciprocamente. Per quanto concerne il potere giudiziario, una forma di “dipendenza” dagli altri poteri è prevista in Costituzione e riguarda la selezione dei giudici ad opera del Presidente con *advice and consent* del Senato. Data la previsione normativa, che il processo di *appointment* si sia progressivamente marchiato di caratteri politici appare dunque come naturale. Ciò che deve rilevare è l'esistenza di garanzie a protezione degli organi giudiziari contro indebite pressioni politiche. Il dibattito attuale si concentra prevalentemente sull'osservazione dei singoli momenti che compongono la procedura di selezione nel suo complesso e nella valutazione del rispetto o della diminuzione delle garanzie di indipendenza ed imparzialità previste. Alla luce del sempre maggior coinvolgimento dell'opinione pubblica, anche per tramite dei mezzi di comunicazione di massa, alla luce della crescente attenzione attirata da decisioni della Corte altamente controverse, alla luce della sempre più frequente situazione di Senato di diverso colore politico rispetto al Presidente, l'interrogativo da porsi è se l'indipendenza dei giudici sia messa in pericolo e se dunque l'ingresso degli interessi politici comporti un danno per l'intero ordinamento federale<sup>58</sup>.

---

*confirmation hearings*. Per maggiori spunti sulla critica mossa da *justice* Scalia si veda *infra* § 5.1.

<sup>58</sup> Occorre ricordare, seppur brevemente, per amore di chiarezza quali sono le garanzie cui si fa riferimento. In primo luogo, la durata a vita dell'incarico. (*good behavior clause*) e la rimozione solo a seguito del procedimento di *impeachment*. Secondariamente

Se i giudici federali sono principalmente scelti per ragioni politiche, sta a loro dimostrare però di non essere gli uomini del Presidente e di non essere legati ad esso in termini di riconoscenza<sup>59</sup>. Secondo Felix Frankfurter i giudici avrebbero dovrebbero assumere i caratteri di *legal monks*<sup>60</sup>. Come i preti che entrano in monastero, essi avrebbero dovuto lasciare ogni umana inclinazione dietro di sé al momento dell'ingresso nell'apparato giudiziario federale, così da subordinare la propria individualità e la propria soggettività politica alla tradizione legale ed al diritto<sup>61</sup>. Si tratta di una descrizione irrealistica, ma che tuttavia può aiutarci a comprendere la sentita necessità di individuare attraverso il meccanismo di selezione, persone capaci di integrità morale e indipendenza di pensiero. La storia ha più volte mostrato come i giudici siano capaci di rendersi indipendenti dal Presidente che li ha nominati, molti sono stati i casi di giudici che hanno disatteso le aspettative, prima fra tutti *Chief Justice* Earl Warren, che lo stesso Presidente Eisenhower, responsabile per il suo incarico, definì quale suo più grande errore<sup>62</sup>.

Che i giudici si mostrino realmente indipendenti dal potere esecutivo che li nomina, è importante anche ai fini della legittimazione dell'organo

l'impossibilità di modificare il salario del giudice nel corso della carriera dello stesso. Ancora, la previsione normativa che attribuisce alla Corte Suprema *original jurisdiction* nei casi tassativi elencati dall'Articolo III. Richard Hodder-Williams, *The Politics of the US Supreme Court*, London, George Allen & Unwin, 1980.

<sup>59</sup> David M. O'Brien, *Judicial Roulette*, *supra* nota 38, p. 16.

<sup>60</sup> Joseph P. Lash, *From the diaries of Felix Frankfurter*, W. W. Norton and Company, Inc., 1980.

<sup>61</sup> H. Jefferson Powell, *Constitutional Conscience. The Moral Dimension of Judicial Decision*, Chicago, The University of Chicago Press, 2008; p. 49; G. Alan Tarr, *Judicial Process & Judicial Policymaking*, 5<sup>a</sup> ed., Wadsworth Publishing Co. Inc, 2009, p. 78; Clare Cushman, *Courtwatchers. Eyewitness accounts in Supreme Court history*, Rowman and Littlefield Publishers, 2011, p. 172.

<sup>62</sup> La frase attribuita ad Eisenhower, definisce Warren "the biggest damfool mistake I ever made". *The Supreme Court: The Chief*, Time, 17 novembre 1967. Henry J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators. A history of U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*, 5<sup>a</sup> ed., Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2008.



giudiziario e del mantenimento della fiducia della società civile nei confronti dell'operato dei giudici. Le corti americane e la Corte Suprema quale organo di vertice sono ciclicamente oggetto di attacchi da parte degli aderenti all'una o all'altra fazione politica, che lamentano la volontà dei giudici di usurpare il potere politico dalle mani degli organi di governo. Come sottolinea Geyh, le motivazioni cambiano a seconda del momento storico e dell'ideologia di chi sente minacciato l'equilibrio tra i poteri, ma il risultato, che si può sostenere sia conseguenza anche dell'estrema giurisdizionalizzazione della politica statunitense, è quella di gettare un'ombra sui giudici e sulla loro capacità di rispettare i confini istituzionalmente loro assegnati<sup>63</sup>. Al contrario, mantenere un'apparenza di indipendenza è importante ai fini dell'accettazione sociale dell'attività dei giudici federali ed in particolare della Corte. Bisogna infatti tenere conto della caratteristica comune a tutti gli organi giudiziari, l'assenza del cosiddetto potere di borsa e di spada. Ciò vuol dire che l'effettiva efficacia delle decisioni dei giudici dipende dalla risposta stessa della collettività e dalla volontà di assoggettarsi alle sentenze<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Charles Gardner Geyh, *Preserving Public Confidence in the Courts in an Age of Individual Rights and Public Skepticism*, in Keith Bybee (ed.), *Bench Press: The Collision of Courts, Politics, and the Media*, Stanford, Stanford University Press, 2007.

<sup>64</sup> Interessante sotto questo profilo l'analisi di due autori il cui lavoro verrà sovente richiamato con riferimento alla legittimazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Si è sopra richiamata la teoria del *legal realism*, che ha aperto all'osservazione dei giudici come persone calate nel contesto sociale in cui operano, anziché meri esecutori di regole oggettive. Gibson e Caldeira si chiedono se questa scuola di pensiero non abbia di fatto danneggiato la legittimazione della Corte Suprema. I due autori analizzano gli effetti sulla percezione che i cittadini hanno degli organi giudiziari dovuti alla presa di consapevolezza dei meccanismi decisionali sottostanti alla funzione giudiziaria ed in particolare alla conoscenza delle influenze cui i giudici sono soggetti. La conclusione degli studiosi è quella che la comprensione dei meccanismi di *decision-making* non inficia la fiducia dei cittadini americani nelle corti, poiché gli stessi riconoscono ai giudici capacità di decisioni giuste ed indipendenti. Credere ad un modello oggettivo di funzione giurisdizionale non sarebbe, secondo gli studiosi quindi, necessario ai fini della legittimazione delle corti. James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, *Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the*

La scelta del sistema di selezione dei giudici può influire sulla percezione pubblica delle corti e sulla loro legittimazione, ma può avere riflessi anche su come i giudici percepiscono il proprio ruolo<sup>65</sup>. Questa duplice chiave di lettura rende il tema un dibattito sempre attuale. Il procedimento di selezione è un procedimento politico che consente l'infusione di valori democratici dentro il potere giudiziario e serve come freno alle corti. Richiede un delicato equilibrio sul quale posa il mito del governo delle leggi non degli uomini. Di fatto, la politica delle nomine dei giudici federali da vita al principio di *rule of law*<sup>66</sup>.

#### 4. Le scelte del Presidente

Quanto sopra esposto in merito alle circostanze storiche ed al dibattito interno alla Convenzione che hanno portato alla stesura della *appointment clause* dovrebbero spingerci alla conclusione che l'Articolo II della Costituzione attribuisca un eguale potere al Presidente ed al Senato nella selezione dei giudici federali. Dal 1787 ad oggi la domanda spesso ricorsa in dottrina è stata quella su quale dei suoi poteri prevalessesse nell'esercizio delle proprie prerogative. Se è vero che la soluzione adottata dalla Convenzione di Philadelphia mirava a bilanciare la responsabilità del Presidente con la sicurezza del Senato, è altrettanto vero, come scrive Whittington, che i due poteri "*are not equal players in the appointment*

---

*U.S. Supreme Court?*, *Law & Society Review*, 45:195–219 (2011).

<sup>65</sup> Donald P. Judges, *Who Do They Think They Are?*, 64 *Ark. Law. Rev.* 119, 2011, p. 121.

<sup>66</sup> David M. O'Brien, *Judicial Roulette*, *supra* nota 38.

*process*”<sup>67</sup>. L'attribuzione ad una sola persona del potere di nominare il giudice ed ad un'assemblea quello di approvare o respingere la candidatura determina una situazione di vantaggio per l'esecutivo, ricadendo sul Senato il peso di sostenere la scelta politica dell'eventuale diniego del consenso<sup>68</sup>.

In ragione di tutto ciò, il Senato ha conosciuto alterne fortune nel procedimento di nomina ed almeno sino alla vicenda che ha coinvolto la candidatura del giudice Bork si è notato un dominio del Presidente sul momento del *judicial appointment*<sup>69</sup>. Sulla scorta dell'interpretazione della norma costituzionale secondo la quale vi sarebbe una presunzione di consenso da parte del Senato, si è dunque attribuito al Presidente il ruolo centrale nel procedimento di selezione, di fatto portando alcuni a ritenere che fosse compito dei giudici una volta nominati dimostrare che essi non erano “gli uomini del Presidente”.

Che quello attribuito all'esecutivo sia un potere importante è confermato dall'attenzione da sempre mostrata nella selezione dei candidati. Attraverso l'esercizio di questa prerogativa il Presidente può prefiggersi due obiettivi principali. In primo luogo può cercare di forgiare il sistema giudiziario individuando giudici che, pur nell'indipendenza che li deve caratterizzare, si presume porteranno avanti gli ideali fondanti l'agenda politica del Presidente. La previsione della *life tenure* si inserisce proprio in questo contesto al fine di evitare che i giudici si trasformino in emissari del potere esecutivo. Ciò che un Presidente può sperare è che il giudice si comporti una volta insediato come egli si sarebbe atteso e che lo continui a

<sup>67</sup> Keith E. Whittington, *Presidents, Senates, and Failed Supreme Court Nominations*, 2006 Sup. Ct. Rev. 401, p. 406.

<sup>68</sup> Micheal J. Gerhardt, *Toward a comprehensive understanding of the federal appointments process*, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 467 1997-1998, p. 479 e ss.

<sup>69</sup> Henry Paul Monaghan, *The Confirmation Process: Law or Politics?*, 101 Harvard Law Review (1988), p. 101. Per quanto riguarda la candidatura non andata a buon fine del giudice Bork si rimanda a quanto già detto, *supra* nota 6.

fare nel corso degli anni indipendentemente dalle vicende politiche che lo riguarderanno. Si è visto nel corso di queste pagine come la realtà abbia mostrato casi di giudici che si sono rivelati essere così indipendenti ed autonomi nelle proprie posizioni da adottare posizioni anche in forte contrasto con quelle promosse dal Presidente. In secondo luogo, il Presidente dovrà avere come obiettivo quello di nominare una persona capace di superare lo scrutinio senatoriale e di conquistare consenso politico e sociale, onde evitare il ripetersi della vicenda creatasi in occasione dei *confirmation hearings* di Bork<sup>70</sup>.

Rimane da chiedersi però quali siano i criteri che il Presidente seguirà al fine di individuare la persona capace di assecondare gli obiettivi sopra indicati. Non esiste una disposizione specifica in merito. Di fatto, il rappresentante dell'esecutivo è dotato di amplissima discrezionalità nell'esercitare la propria funzione. La dottrina ha tuttavia elaborato alcuni criteri che sembrano guidare il Presidente nelle proprie scelte. In via di consuetudine infatti si è andata affermando l'abitudine di scegliere i futuri giudici della Corte Suprema sulla base di 1) meriti oggettivi 2) amicizia personale 3) rappresentatività della corte con riferimento a genere, etnia, religione o provenienza geografica dei giudici 4) compatibilità ideologica<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> David Alistair Yalof, *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1999, p. 1

<sup>71</sup> Henry J. Abraham, *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 66-67. Sul numero di criteri non scritti che guidano la scelta del Presidente le opinioni sono discordanti. Secondo il Professor Sheldon Goldman si possono riconoscere almeno otto caratteristiche comuni ai candidati, non solo alla Corte Suprema, ma anche alle corti federali inferiori. Le otto caratteristiche individuate sarebbero: 1) Neutralità, rispetto alle parti della controversia; 2) *Fair-mindedness*; 3) Conoscenza del diritto; 4) Abilità di scrivere e pensare in maniera logica e lucida, 5) Integrità personale; 6) Salute mentale e fisica; 7) *Judicial temperament*; 8) Capacità di gestire il potere giudiziario con sensibilità. A questa classificazione Abraham obietta che si tratta di criteri che aprono a molte controversie. Lo stesso giudizio è rivolto ad una lista di sei criteri da lui stesso proposti alcuni anni prima. Pertanto, almeno per ciò che concerne la Corte Suprema degli Stati

Rimandando al paragrafo 6 per una più approfondita analisi del quarto criterio indicato, si può dire che, nonostante ognuno di questi giochi un peso specifico nella selezione, il criterio prevalente fin dalle origini della procedura è quello della compatibilità ideologica.

Diversamente da quanto accade per i candidati alle corti federali inferiori, i potenziali candidati alla Corte Suprema incontrano il Presidente. Solo successivamente si avrà la scelta da parte del Presidente, che selezionerà il proprio *nominee* dalla *short list* precedentemente formata ed ufficializzerà la candidatura. L'importanza di tale nomina ha portato all'innestarsi della prassi dei colloqui preliminari, che dovrebbero servire a favorire le riflessioni del Presidente circa la scelta da compiere<sup>72</sup>. Si tratta dunque di una decisione che non consiste in un atto estemporaneo di una sola persona, nonostante solo il Presidente se ne assuma la responsabilità. La selezione è infatti frutto della collaborazione con altri soggetti.

Innanzitutto la *short list* dei candidati è redatta a cura del *DOJ Office of Legal Policy*. La stessa lista verrà poi spedita all'*FBI* per un'investigazione su ciascun potenziale candidato<sup>73</sup>.

Alcuni presidenti permettono che il comitato della American Bar Association (ABA) assista al procedimento di selezione dei candidati da inserire nella *short list* pre-selezionando a loro volta i soggetti indicati. Tuttavia sull'opportunità di tale consultazione non vi è unanimità d'opinioni. Il Presidente G. W. Bush ad esempio aveva vietato la pratica della pre-selezione da parte dell'ABA sostenendo che l'associazione esercitasse la

---

Uniti, gli unici criteri che sembrano ricorrere nella scelta dei candidati e che non aprono a contestazioni sembrano essere quelli sopra menzionati. Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13, p. 126

<sup>72</sup> Brian L. Porto, *May it Please the Court*, *supra* nota 13, p.125

<sup>73</sup> *Id.* pp.125-126.

propria funzione sotto eccessive pressioni politiche<sup>74</sup>. Al contrario, il Presidente Obama ha ripristinato questa pratica.

Nonostante le critiche che alcuni autori muovono circa la partecipazione di altri soggetti in funzione di assistenza al Presidente nella sua scelta<sup>75</sup>, bisogna riconoscere che il procedimento si caratterizza per una certa trasparenza. Al contrario di quanto si vedrà con riferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed alle procedure adottate dagli Stati membri, si è affermata negli ultimi anni la prassi in base alla quale il Presidente rende dichiarazioni a sostegno del candidato scelto, aprendo alla comprensione di parte delle ragioni sottostanti la scelta effettuata. Quello della nomina è chiaramente riconosciuto come un momento importante per il raggiungimento di obiettivi politici. Il sempre maggiore coinvolgimento dell'opinione pubblica e dei cosiddetti *interest groups* va dunque letto in questo senso. Occorre a questo punto capire quali pressioni possano essere esercitate per questo tramite sul Senato e se questo possa inficiare il procedimento sotto il profilo della correttezza.

---

<sup>74</sup> Laura E. Little, *The ABA's Role in Prescreening Federal Judicial Candidates: Are We Ready to Give Up on the Lawyers?* In 10 WM & Mary Bill Rts. J. 37, 2002.

<sup>75</sup> Yalof ad esempio sostiene che l'unico contributo apprezzabile sia quello dell'*Attorney General*, mentre ogni altra influenza rischia di privare il Presidente della giusta autonomia nella scelta. David Alistair Yalof, *Pursuit of Justices*, *supra* nota 70.

**5. *Advice and Consent.* Alla ricerca del significato originale dell'espressione.**

Il processo di conferma di fronte al Senato ha subito le maggiori trasformazioni nel corso degli anni. Da un lato vi è un'accresciuta percezione di quella che si può definire *confirmation politics*. I *confirmation hearings* sono ad oggi unanimemente riconosciuti per la loro elevata politicizzazione, che di fatto spinge questo momento istituzionale cruciale ad essere campo di battagli per gli interessi politici<sup>76</sup>. Dall'altro, intorno al Senato si è sviluppato un circolo mediatico senza precedenti che espone il candidato e crea un momento di coinvolgimento dell'opinione pubblica.

Il profilo della pubblicità degli *hearings* sarà trattato di seguito, prima è opportuno soffermarsi a riflettere su quale fosse l'intenzione dei *Framers* quando scelsero di affidare al Senato la funzione di *avice and consent*. Se infatti è stata possibile una vera e propria trasformazione del procedimento questo è anche attribuibile alla vaghezza della definizione, entro i cui contorni è possibile far rientrare diverse interpretazioni.

---

<sup>76</sup> Benjamin Wittes, *Confirmation Wars. Preserving Independent Courts in Angry Times*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2009.

Il Senato ha sempre preso molto sul serio la funzione ad esso assegnata dalla Costituzione<sup>77</sup>. Secondo Strauss e Sunstein, la Convenzione di Philadelphia promuoveva l'idea che esecutivo e legislativo condividessero pienamente l'esercizio di autorità sopra la Corte Suprema<sup>78</sup>. Come si ricordava sopra infatti il Presidente si sarebbe dovuto assumere la responsabilità, mentre il Senato avrebbe dovuto esercitare il controllo. Il contenuto tuttavia di tale attività di controllo non è specificato né nella Costituzione, né in altro documento.

La dottrina prevalente afferma che i termini *advice and consent* non debbano essere interpretati come sinonimi. Il Senato sarebbe dunque chiamato ad un doppio intervento, di "consiglio" al Presidente prima della scelta e di approvazione o rigetto poi. Due attività strettamente interconnesse e da esercitare nel rispetto delle prerogative del Presidente.<sup>79</sup> Di fatto, soltanto il termine *consent* ha raggiunto una sua specifica dimensione, mentre quello di *advice* sembra essere stato inglobato nell'unica funzione riconosciuta al Senato, che è quella di condurre i *confirmation hearings*.

Sebbene la Costituzione si riferisca al Senato nel suo complesso, sin dal 1868 parte della funzione è stata deferita ad una commissione permanente interna al Senato, il *Judiciary Committee*. Quando il Presidente giunge alla nomina, questa è riferita al Senato e trasmessa alla commissione, di fronte alla quale si terranno i *confirmation hearings*. Successivamente la commissione riferirà al Senato che si esprimerà in una votazione.

---

<sup>77</sup> Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, *supra* nota 71, p. 39.

<sup>78</sup> David Strauss, Cass Sunstein, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, 101 Yale L.J. 1491, 1494, (1992).

<sup>79</sup> *Id.*



### 5.1. *Confirmation Hearings. Dalla segretezza a fenomeno mediatico.*

Fino al 1929 gli *hearings* tenuti davanti alla commissione del Senato si svolgevano a porte chiuse. Vigeva l'idea di fondo secondo la quale i senatori si sarebbero sentiti più liberi di esprimersi senza essere esposti al pubblico. Ma preso atto del fatto che ciò che avveniva all'interno del Senato veniva poi riportato in maniera distorta fu infine avviata la pratica di rendere pubblici gli *hearings*.<sup>80</sup> Un cambiamento notevole cui sono seguite due importanti conseguenze.

In primo luogo, la funzione esercitata dal *Judiciary Committee* è andata progressivamente aumentando fino a diventare centrale nell'intero procedimento. In secondo luogo, il momento degli *hearings* si è trasformato in un vero e proprio fenomeno mediatico. Il coinvolgimento dell'opinione pubblica rischia però di trasformarsi in una vera e propria manipolazione e di incidere pertanto sulla percezione dell'organo giudiziario da parte della comunità<sup>81</sup>. Si tratta dunque di un fenomeno molto delicato che cui non poche voci hanno reagito indicando la pericolosità del dare pubblicità tramite i media di un momento intrinsecamente controverso.

---

<sup>80</sup> Senator Paul Simon, *Advice & Consent*, *supra* nota 6, p. 38.

<sup>81</sup> James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, *Citizens, Courts and Confirmations*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2009.

**6. *Diversity*. La rappresentatività dei giudici della Corte Suprema. Un concetto in evoluzione.**

Come è ormai noto, né la Costituzione, né gli atti del Congresso che disciplinano l'attività giudiziaria forniscono indicazioni precise su quelli che dovrebbero essere i criteri guida nella scelta del Presidente. La dottrina americana ha fatti vari tentativi al fine di individuare le ragioni che sottostanno alle scelte del rappresentante del potere esecutivo. Tra gli esercizi teorici più riusciti e seguiti vi è quello di Abraham il quale, come ricordato nei paragrafi precedenti, ha stilato una lista composta da quattro criteri prevalenti: il merito; l'amicizia personale con il Presidente; la rappresentazione o la rappresentatività, e la compatibilità ideologica<sup>82</sup>. Il terzo criterio risulta ad oggi particolarmente foriero di riflessioni e merita pertanto alcune considerazioni in questa sede.

Le nomine dei giudici in epoca moderna hanno visto il prevalere di considerazioni relative alla *judicial philosophy* ed alle posizioni ideologiche del candidato. Si ritiene infatti, e le vicende sopra esposte confermano tale impressione, che il Presidente nel selezionare una persona da sottoporre al giudizio del Senato cercherà qualcuno compatibile con la propria agenda politica e che dunque cercherà di individuare una persona che condivida i propri ideali politici. Ciò non di meno, sin dalle origini del procedimento di selezione dei giudici della Corte Suprema un altro criterio si è mostrato costantemente presente nelle valutazioni condotte, sebbene non apertamente esplicitate, dai presidenti che si sono succeduti, quello della rappresentatività della Corte.

---

<sup>82</sup> Henry J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators*, *supra* nota 62.

Il Presidente, in sostanza, chiamato ad una nuova nomina dovrebbe tenere conto tra gli altri requisiti sopra esposti, anche della necessità di dare adeguata rappresentanza alle varie istanze sociali che compongono la società americana. Le corti federali, in generale, e la Corte Suprema in particolare dovrebbero essere preciso riflesso della comunità. In tempi moderni questo significa tenere conto della necessità di dare equa rappresentanza sotto il profilo del genere, dell'appartenenza religiosa, dell'etnia e della provenienza geografica<sup>83</sup>.

Il concetto di *diversity*, termine con cui ci si riferisce alla composita varietà in seno alle corti federali, non ha però sempre avuto lo stesso significato. Al contrario, si è trasformato notevolmente dal 1787 ad oggi. Quando la Costituzione fu redatta i delegati non potevano neppure ipotizzare i contorni che tale concetto avrebbe assunto in seguito e la ragione di ciò è facilmente rintracciabile nel contesto sociale in cui la federazione americana vide la sua nascita. All'epoca della Convenzione di Philadelphia erano esclusi dal voto sia le donne che gli afro-americani. Il tipo di rappresentanza che si voleva garantire all'interno della Corte riguardava prevalentemente la provenienza geografica dei giudici. I criteri di

---

<sup>83</sup> Interessante notare come tale idea non sia sempre stata da tutti condivisa. Felix Frankfurter, che è stato richiamato sopra per le sue posizioni sul ruolo dei giudici e sulla necessità per questi di isolarsi dalla società nello svolgere la funzione giurisdizionale, riteneva altresì che il Presidente non dovesse tenere conto di alcuni dei criteri indicati nel testo nel momento della scelta dei giudici. A suo dire, infatti, i giudici che sedevano alla Corte Suprema dovevano essere ad un tempo "*philosopher, historian and prophet*" e dovevano possedere "*poetic sensibilities*" e "*the gift of imagination*". Henry J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators*, *supra* nota 62, p. 40. In particolare, Frankfurter negava ogni correlazione tra precedente esperienza giuridica e capacità di svolgere bene le proprie funzioni presso la Corte Suprema. Felix Frankfurter, *The Supreme Court in the Mirror of Justices*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105 No. 6, (1957). Sulla cosiddetta *norma of prior judicial experience* si rimanda a quanto si dirà a breve.

rappresentanza di genere o di etnia non erano contemplati, riferendosi a soggetti che erano esclusi per principio dalla vita politica del Paese<sup>84</sup>.

Assicurare che la composizione della Corte Suprema sia tale da poter rappresentare un campione della società civile è particolarmente importante alla luce della cosiddetta *countermajoritarian difficulty* di cui l'organo giudiziario soffrirebbe essendo questo l'unica istituzione non eletta tra quelle espressione dei poteri dello Stato<sup>85</sup>. I cittadini americani dovrebbero poter guardare alla Corte come formata da persone capaci di rappresentarli e quindi capace di realizzare l'ideale jeffersoniano di *equal and imparital justice for all*. Di fatto, la critica più comunemente mossa verso le corti federali e, per ciò che qui più ci concerne, verso la Corte Suprema, è quella di non essere un reale specchio della moltitudine di gruppi sociali. Secondo una statistica condotta nel 2001, ad esempio, mentre il 62% dei cittadini americani bianchi ritengono le corti imparziali ed eque, il 55% dei cittadini afro-americani considera i giudici parziali nei loro giudizi e non equi. Se guardiamo alla composizione della Corte Suprema è facile capire il perché di questa percezione. Il massimo organo giudiziario federale è da sempre composto prevalentemente da uomini, bianchi e di estrazione sociale simile. Il numero di giudici di colore dalla creazione della Corte ad oggi è risibile, così come il numero di donne divenute giudice supremo<sup>86</sup>. Al momento attuale si possono individuare due importanti novità rispetto al passato. In primo luogo, la maggioranza dei giudici si professa di religione cattolica, mentre fino a pochi anni fa la Corte è stata dominio di giudici di

<sup>84</sup> Senator Paul Simon, *Advice & Consent*, *supra* nota 6, pp. 31-32.

<sup>85</sup> Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, *supra* nota 9.

<sup>86</sup> Gli unici giudici afro americani sono stati Thurgood Marshall, che ha servito dal 1967 al 1991 e Clarence Thomas, che ha sostituito Marshall e tuttora siede alla Corte. La prima donna invece nominata *Associate Justice* è stata Sandra Day O'Connor, nel 1981 e da allora sono state nominate altre tre donne, le quali fanno ancora parte della Corte, Ruth Bader Ginsburg nel 1993, Sonya Sotomayor nel 2009 ed Elena Kagan nel 2010.

religione protestante. In secondo luogo, il Presidente Obama ha nominato la prima giudice di origini latino americane (Sotomayor). Al di là di questi piccoli segnali di rinnovamento, si mantiene l'idea di una Corte non realmente rappresentativa, cui consegue il rischio di una mancanza di fiducia diffusa tra la popolazione che sente distante l'apparato giudiziario<sup>87</sup>.

Attualmente il termine *diversity* è però associato ad un'altra caratteristica dei giudici, ossia il loro *background* professionali. Occorre ricordare che ai fini della nomina a giudici federali, la Costituzione americana non richiede una precedente esperienza presso una corte. Al contrario, vi è apertura verso tutte le professioni attinenti con la sfera giuridica<sup>88</sup>. Di fatto però la tendenza che si è registrata è quella di una netta propensione ad individuare i candidati alla Corte Suprema tra coloro che già servono come giudici federali di corti inferiori<sup>89</sup>. La Corte Roberts sotto questo profilo potrà essere ricordata anche per essere stata la prima, precedentemente alle dimissioni di Stevens ed alla nomina di Kagan, ad essere stata composta interamente da ex giudici federali di corti inferiori<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> *Judicial diversity – an essential component of a fair justice system*, in *Judicature*, Vol. 93, No. 5, March – April 2010, p. 182.

<sup>88</sup> "Theoretically, any graduate of an accredited bona fide school of law with his or her eye on a federal judgeship may thus look forward to an appointment to the coveted niche – provided that he or she is politically "available" and acceptable to the executive, legislative, and private forces that, in the order enumerated, constitute the powers-that-be underlying the paths of selection, nomination, and appointment in the judicial process." Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, *supra* nota 71, p. 55.

<sup>89</sup> Monique René Fournet, Kyle C. Kopko, Dana Wittmer, Lawrence Baum, *Evolution of judicial careers in the federal courts, 1789 – 2008*, *Judicature*, Vol. 93, No. 2 September-October 2009, 62 – 74.

<sup>90</sup> L'ingresso della giudice Kagan ha invece interrotto questa unanimità di percorsi professionali, essendo stata la Kagan prima *dean* della *Harvard Law School* e successivamente *Solicitor General*, ma mai giudice federale. Occorre precisare che qui si fa riferimento all'incarico dei giudici al momento della loro nomina alla Corte Suprema. Infatti, altri tra i membri dell'attuale Corte hanno avuto esperienze professionali nell'ambito accademico, oltre ad Elena Kagan,. Per questa ragione Barton ha sottolineato la peculiarità dell'attuale Corte, i cui componenti hanno complessivamente trascorso un periodo di tempo svolgendo la libera professione inferiore rispetto ad ogni altra corte precedente. Benjamin

Il motivo del ricorso a giudici federali risiede principalmente nella maggiore facilità di valutazione degli stessi al momento dei *confirmation hearings*. Un giudice federale infatti avrà mostrato nelle proprie sentenze i caratteri di come egli intende la funzione giudiziaria e di come la esercita e sulla base di questi il *Judiciary Committee* potrà condurre il proprio *screening*. La *judicial philosophy* del giudice si presume emerga dai *record* dell'attività precedente e questo è il punto sul quale maggiormente è stato in tempi recenti mostrato interesse e del quale si è più ampiamente dibattuto in sede di *hearings*. Si tratta tuttavia di una limitazione alla rappresentatività della società civile e dello scambio di idee che non è passata infatti inosservata.

Nel 2001 lo stesso *Chief Justice* Rehnquist espresse le proprie perplessità circa la mancanza di varietà professionale tra i componenti del sistema giudiziario federale. Secondo l'opinione dell'allora *Chief Justice* questo dato renderebbe le corti americane pericolosamente simili alle corti dei paesi di *civil law*<sup>91</sup>. Di segno opposto invece il pensiero dell'attuale *Chief Justice* Roberts, il quale vede con favore la presenza di giudici federali alla Corte in quanto ciò consentirebbe di evitare o almeno diminuire le influenze politiche sull'organo<sup>92</sup>. Si inserisce in questo dibattito, che si può notare solleva opinioni divergenti anche tra commentatori autorevoli, la discussione in merito all'attivismo delle corti. Considerata la ormai nota a tutti funzione di *policymaking* della Corte Suprema, la scelta di nominare un giudice già in ufficio presso una corte federale inferiore, può essere da un

---

H. Barton, *An Empirical Study of Supreme Court Justice Pre-Appointment Experience*, 64 Fla. L. Rev. 1137 (2012).

<sup>91</sup> 2001 Year-End Report on the Federal Judiciary. Disponibile alla pagina <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2001year-endreport.aspx>

<sup>92</sup> John G. Roberts, Jr. *Chief Justice of the United States, delivered the third Rehnquist Center Lecture on Wednesday, February 4, 2009*, [mms://www.law.arizona.edu/archive/events/RehnquistCenterLecture2009.wmv](https://www.law.arizona.edu/archive/events/RehnquistCenterLecture2009.wmv)

lato visto come un appiattimento del sistema verso schemi di progressione di carriera, dall'altro può essere considerato come il metodo per assicurare che le persone chiamate a scelte cruciali per il Paese abbiano un solido background giuridico. Si tratta di una questione che affonda le sue radici in *Brown v. Board of Education*<sup>93</sup>, quando per la prima volta fu percepita la necessità di nominare giudice meno propensi a svolgere una funzione creativa e maggiormente rispettosi del principio dello *stare decisis*<sup>94</sup>. Tuttavia, non vi sono dati statistici certi che confermano la minor attività creativa dei giudici provenienti da corti federali inferiori, né la loro maggiore adesione al precedente.

---

<sup>93</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>94</sup> Lee Epstein, Jack Knight, Andrew D. Martin, *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U. S. Supreme Court*, in 91 Cal. L. Rev. 903, 909 (2003).

## CAPITOLO III

### *La Corte di giustizia dell'Unione Europea ed i giudici degli Stati membri.*

SOMMARIO: 1. Premessa. La composizione delle corti sovranazionali ed internazionali tra cessione di sovranità ed interessi nazionali. 2. La selezione dei giudici europei e lo scarso interesse mostrato dalla dottrina. 3. La selezione dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea. 3.1. La legittimazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea. 3.2. Dall'accordo informale alla regola inserita nei trattati. Un giudice per Stato Membro. 3.3. Tentativi di riforma del procedimento di nomina. 4. Il nuovo comitato 5. La Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

#### **1. Premessa. La composizione delle corti sovranazionali ed internazionali tra cessione di sovranità ed interessi nazionali.**

Il diritto non può intendersi esclusivamente con riferimento alla produzione di norme ed alla giurisprudenza nazionale. L'acquisizione di sempre maggiore importanza da parte del diritto di produzione internazionale e sovranazionale risulta un dato incontrovertibile, in particolare a partire dal secondo dopo guerra<sup>1</sup>. Conseguentemente alla

<sup>1</sup> Sebbene tentativi di costruzione di un potere giudiziario internazionale siano rintracciabili già negli anni '90 del 1800. Ci si riferisce in particolare alla *Hague Peace Conference* del 1899. Mackenzie e Sands ricordano poi la prima Corte di giustizia dell'America Centrale, costituita nel 1907. Ma sarà soltanto a partire dal 1946, con la nascita della Corte Internazionale di giustizia, che si getteranno le basi per la costruzione di corti di diritto internazionale come quelle oggi conosciute. Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *International*



nascita di nuove organizzazioni di diritto, si è visto l'affermarsi di una nuova figura di giudice, il giudice internazionale.

I giudici internazionali e sovranazionali nello svolgere le loro funzioni hanno ad oggi il potere di incidere profondamente nelle relazioni sociali ed istituzionali. In un mondo globalizzato quale quello attuale, dove i confini nazionali non riescono a contenere la molteplicità di relazioni sociali, economiche e giuridiche che giornalmente si instaurano tra persone, un mondo che conosce una costante migrazione di idee, esiste ed è condivisa la consapevolezza che le questioni giuridiche più controverse non possano essere dominio esclusivo dei giudici nazionali ma che non possano in molti casi prescindere dal coinvolgimento di corti sovranazionali<sup>2</sup>.

A livello europeo si individuano in particolare due corti di tale natura: la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>3</sup>. L'incidenza delle decisioni rese dai giudici che

---

*Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, 44 Harvard International Law Journal (2003), p. 272 e ss.

<sup>2</sup> Da una simile considerazione, con riferimento alla preminenza riconosciuta dalla politica internazionale agli strumenti di *international dispute resolution* muovono Posner e Yoo nella loro riflessione in tema di indipendenza dei tribunali internazionali, affrontando il problema delle possibili pressioni politiche cui i tribunali internazionali, per la specificità della loro funzione e per la peculiarità degli interessi che inducono gli Stati a rivolgersi agli stessi, possono essere soggetti. Ciò che è interessante della posizione dei due autori è che, contrariamente alla dottrina prevalente che vede nella Corte di giustizia un modello di corte internazionale indipendente, questi sostengono che nessun modello possa essere ricavato dalla Corte europea, dovendo essa il suo successo all'unione politica ed economica tra gli Stati. Discutendo questa ricostruzione si anticipa quanto poi si vedrà nel dettaglio nel corso delle prossime pagine. La presenza di una solida base, mossa da interessi economici e culturali comuni è sicuramente un fattore rilevante nel successo di una corte internazionale ed è un elemento che contribuisce in particolare ad accrescere la legittimità della Corte, che vedremo essere oggetto di discussione. Tuttavia, occorre valutare bene quanta parte abbia avuto la stessa Corte di giustizia nella promozione di tale unità. Il ruolo della stessa nello sviluppo dell'integrazione europea porta a ritenere che vi sia tra organo giudiziario e comunità di Stati un rapporto di mutuo scambio che contribuisce al successo dell'attività della Corte ed all'unione tra gli Stati. Eric A. Posner, John C. Yoo, *Judicial Independence in international Tribunals*, 93 Cal. L. Rev., (2005).

<sup>3</sup> Nel corso delle prossime pagine si potrà fare riferimento alle due corti anche come Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo,.

compongono i due organi è tale e tanta da meritare ampi spazi di approfondimento tra i giuristi, che sovente si interrogano sulla portata delle decisioni e su come queste verranno recepite dai singoli Stati nazionali. Esse contribuiscono alla creazione di un sistema di tutela multi livello che ha moltiplicato il numero degli strumenti a disposizione delle persone per rivendicare la protezione dei propri diritti, andando altresì a creare nuovi quadri normativi di riferimento per le giurisdizioni nazionali.

In sostanza, quando si prendono in considerazione le corti europee, il dibattito si muove costantemente dal piano sovranazionale al piano nazionale e non si può prescindere da un'analisi di quelli che sono i rapporti che si vengono a creare tra le istituzioni di natura internazionale e gli Stati membri delle comunità sulle quali le corti sono chiamate ad esercitare la funzione giudiziaria. Il presupposto fondamentale per la creazione di una comunità di diritto internazionale risiede nella volontà degli Stati nazionali di cedere una parte della loro sovranità, senza tuttavia mai alienarsi completamente nella comunità che vanno a formare, al fine della realizzazione di obiettivi condivisi. L'adesione a comunità di Stati non indica, e costituirebbe un grave errore ritenere il contrario, una totale indipendenza da logiche "nazionali".

Per quanto concerne la selezione dei giudici internazionali, indagare il rapporto tra Stati nazionali e comunità internazionale risulta interessante ai fini della comprensione delle scelte compiute dai governi chiamati ad indicare colui o colei che dovrà ricoprire il ruolo di giudice<sup>4</sup>. Il peso

---

<sup>4</sup> Sul tema della selezione dei giudici internazionali, ma con un occhio in particolare rivolto alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si veda in particolare Erik Voeten, *The Politics of International Judicial Appointments*, Chicago Journal of International Law, Winter 2009. Fondamentale inoltre richiamare sul punto Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *Judicial Selection for the International Courts: Towards Common Principles and Practices* in Kate Malleson, Peter H. Russel. (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, University of Toronto Press, 2006.

dell'agenda politica nazionale, delle strategie di politica internazionale dei singoli governi e come queste si riflettano, se si riflettono, sul lavoro svolto dai giudici sono dunque interessanti, quanto trascurati, temi di studio.

Il presente lavoro muove dalla premessa che nella scelta dei giudici delle corti internazionali vi sia sempre una componente di strategia politica nazionale. In particolare, vi sarebbe la volontà di affidare la funzione giudiziaria a personalità non soltanto competenti e qualificate, ma anche vicine all'agenda politica del governo. Ciò è tanto più possibile considerando gli ampi spazi di manovra lasciati agli Stati da norme spesso ampie ed indefinite e da criteri di selezioni lontani dall'essere rigorosi<sup>5</sup>. L'indipendenza dei giudici non necessariamente si può ritenere compromessa, essendo bilanciata tale ampia libertà da altri meccanismi a difesa dell'imparzialità ed indipendenza degli organi giudiziari. Ciò non di meno, è innegabile il fatto che la selezione dei giudici internazionali costituisce uno spazio di esercizio della sovranità nazionale all'interno di una comunità internazionale.

Quando si parla delle corti internazionali, oltre a quanto sopra esposto in merito al tipo di indagine sulla selezione dei giudici che è opportuno condurre, occorre anche prendere in considerazione un ulteriore profilo problematico relativo alla composizione degli organi.

Una corte, sia essa nazionale o sovranazionale, dovrebbe poter esercitare in maniera efficiente le proprie funzioni ed essere composta in modo tale da poter assolvere tale compito, attraverso meccanismi che garantiscano decisioni coerenti e resistenti ai tentativi di diminuzione della portata della loro autorità. Il numero dei giudici che compongono una corte

---

<sup>5</sup> Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *Judicial Selection for the International Courts: Towards Common Principles and Practices*, *supra* nota 4.

diventa pertanto un elemento importante in relazione all'esercizio delle funzioni dell'organo stesso. Una corte composta da un numero eccessivo di giudici corre il rischio di assomigliare ad un'assemblea deliberativa all'interno della quale si sommano voci ed opinioni anziché fondersi in un'opinione coesa, in modo simile a quanto avviene all'interno di un parlamento dove si formano maggioranze e correnti. Tutto ciò mal si concilia con lo svolgimento della funzione giudiziaria, specialmente per quanto concerne organi di ultima istanza con un dichiarato ruolo di indirizzo della giurisprudenza. In questo senso è dunque da intendersi la preoccupazione espressa già a metà anni Novanta dalla stessa Corte Europea di Giustizia, di cui si darà maggiore conto nelle prossime pagine, che ha palesato le proprie perplessità relativamente alle conseguenze che l'allargamento dell'Unione Europea avrebbe avuto sui suoi organi giudiziari. La questione del numero dei componenti una corte è particolarmente spinosa quando riguarda una corte sovranazionale, in quanto vengono in gioco gli interessi dei singoli Stati membri ad avere un rappresentante del proprio ordinamento giuridico all'interno dell'apparato giudiziario. Come sottolinea Christian Tomuschat<sup>6</sup>, nessun governo può ragionevolmente aspettarsi che il "proprio" giudice alla corte possa agire come avvocato in difesa degli interessi nazionali, né si presume sia interesse di alcun governo democratico vincolare un giudice a mettere a repentaglio l'imparziale svolgimento delle proprie funzioni a favore della protezione di interessi nazionali, ciò nondimeno vi è un forte attaccamento al principio "nazionalista" di nomina dei giudici. Ciò è riscontrabile se si osserva la

---

<sup>6</sup> Christian Tomuschat, *National Representation of Judges and Legitimacy of International Jurisdictions: Lessons from ICJ to ECJ?*, in Ingolf Pernice, Juliane Kokott, Cheryl Saunders (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden – Baden, Nomos, 2006, p. 183

selezione dei giudici che siedono alle corti internazionali ed europee, dove sebbene con modalità diverse, il peso degli Stati risulta sempre molto forte nella scelta dei giudici.

Due sono le ragioni principali che inducono gli Stati a vedere con favore la pratica del giudice “nazionale”.

In primo luogo, attraverso la nomina di un giudice nazionale si vuole garantire rappresentanza al sistema giuridico di provenienza. Ciò assume particolare rilievo a livello internazionale in quanto le dispute si ritiene abbiano frequentemente un background nazionale e pertanto la presenza di un giudice proveniente da quello stesso background rappresenta una rassicurazione in quanto fonte autentica di interpretazione della realtà in discussione.

In secondo luogo, garantire la presenza di un giudice quanti sono gli Stati consente di innescare un meccanismo di fiducia da parte degli stessi Stati nei confronti dell'organo giurisdizionale. La legittimazione riconosciuta alla corte aumenta proporzionalmente alla fiducia nutrita nei confronti della stessa da parte di coloro che devono decidere se sottoporsi al giudizio. Pertanto è comprensibile che gli Stati individuino nella possibilità di selezionare un rappresentante del proprio ordinamento -si badi bene, non un rappresentante del governo, bensì un giurista esperto di uno specifico sistema giuridico- un requisito per riconoscere legittimità all'apparato giurisdizionale. Sul punto è interessante l'osservazione di Tomuschat che sottolinea come la presenza esclusivamente di stranieri potrebbe ingenerare il sospetto di parzialità e addirittura richiamare idee di usurpazione neo-coloniale dei diritti fondamentali delle persone<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Christian Tomuschat, *National Representation of Judges and Legitimacy of International Jurisdictions: Lessons from ICJ to ECJ?*, *supra* nota 6, p. 184.

Quanto sopra premesso con riferimento alle corti sovranazionali costituirà la base della critica ragionata che verrà condotta nelle prossime pagine con riferimento alla procedura di nomina dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Verranno illustrate le ragioni che più o meno dichiaratamente vengono addotte dagli Stati per giustificare il vincolo di nazionalità dei giudici e l'origine storica di tale principio. A questa analisi seguirà una riflessione sulla necessità di intraprendere un percorso di riforma, che derivi dalla maggiore consapevolezza del ruolo assunto ormai da tale organo nonché di un progetto politico preciso di conquista di sempre maggiore autonomia da parte delle istituzioni europee.

## **2. La selezione dei giudici europei e lo scarso interesse mostrato dalla dottrina.**

*“The appointment of judges to international courts has long been an unstudied area of sovereign activity. It has been described as a ‘shrouded process’”<sup>8</sup>.*

Il discorso che si intende sviluppare nel corso delle seguenti pagine può essere riassunto dalle parole pronunciate da Lord Mance<sup>9</sup> davanti alla

---

<sup>8</sup> Lord Jonathan Mance, *The Composition of the European Court of Justice*, talk given to the United Kingdom Association for European Law, 19<sup>th</sup> October 2011, available at [www.supremecourt.gov.uk/docs/speech\\_111019.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_111019.pdf)

<sup>9</sup> Lord Jonathan Mance è attualmente giudice della Corte Suprema del Regno Unito. Egli è inoltre un componente del comitato creato a norma dell'Art. 255 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, chiamato a svolgere la funzione di valutazione dei

*United Kingdom Association for European Law* in occasione di una *lectio* avente ad oggetto la procedura di nomina dei giudici della Corte Europea di Giustizia.

Chiunque si avvicini al tema della selezione dei giudici delle corti internazionali ne trarrà la conclusione che il tema è ampiamente trascurato dalla dottrina. Nonostante la giurisprudenza di queste corti costituisca ormai un punto di riferimento fondamentale per le corti nazionali ed abbia un impatto concreto sulla vita di milioni di persone, vi è un alone di mistero che le avvolge. In particolare, tutto ciò che riguarda la composizione delle stesse ed i criteri adottati per guidare coloro ai quali è affidata la responsabilità finale della selezione dei giudici sembra assumere inspiegabili caratteri di segretezza. Quanto esposto nel paragrafo precedente circa l'importanza acquisita dalle corti sovranazionali e le connessioni tra Stati nazionali ed istituzioni internazionali è testimoniato dalla quantità di scritti accademici che è possibile reperire sul tema. Stranamente tuttavia, la dottrina sembra non essere particolarmente attratta dall'indagine sulle procedure che portano alla composizione delle corti internazionali, in generale, e della Corte di giustizia dell'Unione Europea in particolare<sup>10</sup>.

Alla scarsità di letteratura sul punto si accompagna la particolarità relativa ai testi dedicati al tema. Essi si caratterizzano per la vaghezza e per l'attenzione spesso limitata ad una mera descrizione del sistema secondo il

---

candidati al ruolo di giudice della Corte europea di Giustizia, o del Tribunale, o dei tribunali specializzati. Il comitato di cui Lord Mance è parte costituisce una delle reali innovazioni apportate dalle modifiche ai Trattati conseguenti all'approvazione del Trattato di Lisbona e la sua funzione avvicina il procedimento di nomina, se pur con tutti i limiti di cui si dirà in seguito, al procedimento di selezione dei giudici federali americani. Per maggiori approfondimenti si rimanda al paragrafo 4.

<sup>10</sup>Questo paradosso è rilevato anche da R. Daniel Kelemen. Si veda R. Daniel Kelemen, *The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union*, *Journal of European Public Policy*, 19:1, 2012, 43-58.

quale si procede alla nomina dei giudici. I riflessi socio-politici della stessa, che pure esistono e appaiono in maniera evidente non appena si approfondisce lo studio dell'argomento, sono stati sostanzialmente a lungo trascurati dagli studiosi. Sebbene questo approccio permanga per lo più invariato, occorre sottolineare che un nuovo interesse sembra lentamente concentrarsi intorno al tema della selezione dei giudici delle corti internazionali<sup>11</sup>. Un'area di studio inesplorata che sembra giunto il momento di approfondire, anche in conseguenza della presa di consapevolezza della crescente influenza ed importanza delle corti internazionali.

Eppure questo nuovo fenomeno mostra dei limiti importanti, in particolare dovuti al tipo di approccio all'argomento che viene per lo più affrontato incidentalmente nell'ambito di una più ampia discussione in tema di indipendenza della magistratura<sup>12</sup> o in da un punto di vista di tecniche di selezione. In sostanza, anziché andare ad indagare il fenomeno nella sua complessità, le ragioni per cui un certo metodo di selezione è stato adottato e quali sono le motivazioni che portano gli attori deputati a scegliere a preferire un certo profilo professionale anziché un altro, si limita l'osservazione alla tecnica e alle procedure adottate. Né è più completa l'analisi sul tema che viene condotta quando la selezione dei giudici delle corti internazionali viene messa in relazione al tema dell'indipendenza dell'apparato giudiziario. In questi casi, quello del reclutamento dei giudici diventa esclusivamente un aspetto dello studio, funzionale ad elaborare un'argomentazione più ampia.

---

<sup>11</sup> Si vedano ad esempio, Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, supra nota 1; Ruth Mackenzie, Philippe Sands, *Judicial Selection for the International Courts: Towards Common Principles and Practices*, supra nota 4; Eric A. Posner, John C. Yoo, *Judicial Independence in international Tribunals*, supra nota 2.

<sup>12</sup> Si veda ad esempio, Stephen B. Burbank, Barry Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications Inc., 2002.



In conseguenza della limitata attenzione prestata al tema della nomina dei giudici delle corti internazionali, queste sono di fatto diventate argomenti per tecnici. Vi è una concreta difficoltà a formare l'opinione pubblica su un argomento come questo che abitualmente viene tenuto lontano dai riflettori. Chi sono i giudici delle corti internazionali e perchè sono giunti lì è un tema taciuto, trascurato e scarsamente dibattuto dai media nazionali, lasciando pertanto i cittadini degli Stati soggetti alla giurisdizione delle suddette corti ignari circa la composizione delle stesse.

In questo specifico contesto vengono in gioco i concetti di trasparenza e di *public accountability*. La mancanza di pubblicità al processo di nomina dei giudici internazionali rende il sistema evidentemente poco trasparente e determina difficoltà concrete in termini di assunzione pubblica di responsabilità delle azioni prese da coloro cui spetta il compito di finalizzare le nomine. Le modalità con cui si giunge a determinare la composizione di una corte sono strettamente connesse alle modalità con cui la stessa opera e svolge la sua attività giurisdizionale. Le precedenti esperienze professionali e culturali delle personalità chiamate a comporre la corte definiscono il modo con cui le stesse intenderanno il proprio ruolo e, nel complesso, le modalità con cui la corte svolgerà la propria funzione e interpreterà se stessa nell'ordinamento.

Alla luce di tutto ciò, garantire la trasparenza nelle procedure che consentono di individuare tali personalità dovrebbe assurgere a regola aurea per le corti nazionali come per le corti internazionali. La trasparenza nel processo di nomina dei giudici dovrebbe essere richiesta come principio fondamentale, incidendo questa direttamente su profili di indipendenza dell'organo giurisdizionale stesso. Come è stato più volte detto, in questo campo d'indagine occorre tenere sempre in considerazione i profondi legami

tra diritto, inteso come le regole che guidano la selezione dei giudici e come l'insieme di regole che gli stessi dovranno poi applicare, e politica, intesa non come espressione degli interessi di partito, ma come influenza degli attori politici dell'ordinamento. Questo tipo di interazione non può essere negata, né verosimilmente annullata, ma richiede una piena consapevolezza che passa anche dalla trasparenza dei procedimenti di nomina. Anche a livello internazionale, come a livello nazionale, dichiarare il valore politico delle scelte compiute porta a rafforzare la necessità e l'impegno per la creazione di una selezione meritocratica.

Trasparenza e indipendenza sono dunque due principi interdipendenti, al decrescere del primo, il secondo viene fortemente messo in crisi e soggetto a discussione. Laddove manchi la trasparenza infatti si può obiettare venga meno una delle garanzie di indipendenza dei giudici, sebbene anche un sistema non trasparente può portare alla nomina di persone qualificate in grado di svolgere il proprio ruolo in maniera imparziale ed indipendente. In sostanza, non necessariamente la mancanza di criteri chiari ed espressi per la selezione dei giudici significa che il sistema sia viziato dagli interessi di coloro che hanno proceduto alla nomina stessa, ma ciò che si può affermare con un certo grado di sicurezza è che il sistema stesso possa essere indebolito dal sospetto di parzialità e di influenze politiche.

### 3. La selezione dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea

#### 3.1 La legittimazione politica della Corte di giustizia dell'Unione Europea

La necessità di garantire procedure di selezione trasparenti e che non diano adito a contestazioni di parzialità dei membri della corte dovrebbe essere tanto più sentita all'interno di un contesto in cui viene messa in discussione la legittimazione dell'organo giudiziario. E' questo il caso della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la cui scarsa legittimazione politica è conseguenza del percepito deficit democratico tradizionalmente imputato a tutte le istituzioni dell'Unione Europea.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea è stata più volte definita come l'organo di maggior successo all'interno dell'Unione, nonché l'istituzione che gode della maggior fiducia<sup>13</sup>, nonostante le lacune di legittimazione anticipate sopra. Essa ha incontestabilmente assunto un ruolo di primo piano nello sviluppo del diritto dell'Unione e del principio di integrazione europea<sup>14</sup>. Essa tuttavia deve fare i conti con la questione della

<sup>13</sup> Kelemen definisce la Corte di Giustizia "...the only one that consistently has positive net scores" . R.D. Kelemen, *The Political Foundation of Judicial Independence in the European Union*, supra nota 10.

<sup>14</sup> Il processo di integrazione europea, che sembrava destinato ad un arresto progressivo, ha riscoperto nuova forza nel corso degli anni '90 ed il merito è da chiunque attribuito alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Di fatto vi è chi sostiene, forse un po' arditamente, che la quieta attività della Corte di giustizia abbia trasformato dalla sua promulgazione il Trattato di Roma in una costituzione andando quindi a creare il fondamento per una politica ed una economia europee integrate. Secondo quanto riporta, tra gli altri, Dehousse la situazione era ben diversa in passato, quando il ruolo giocato dalla Corte di giustizia nel processo di integrazione europea era minoritario rispetto a quello delle altre istituzioni. Renaud Dehousse, *The European Court of Justice*, St. Martin's Press, Inc., 1998. Questo era dovuto principalmente al fatto che, data la debolezza delle Comunità europee delle origini, il passo cui procedeva il processo di integrazione europea era segnato dagli stessi Stati

legittimazione politica e democratica propria di tutti gli organi dell'Unione Europea. Tale questione merita un seppure breve approfondimento prima di poter proseguire oltre nella trattazione specifica del tema del presente lavoro.

---

membri. Di conseguenza, affinché il processo di integrazione potesse progredire vi era la necessità di una convergenza di interessi degli Stati membri. Laddove gli interessi nazionali entravano in collisione si creava una frizione che di fatto interveniva a rallentare il processo di integrazione europea. La Corte di Giustizia non espletava dunque alle origini il ruolo di *policy-making* che le viene oggi riconosciuto. Di fatto essa ha rappresentato per lungo tempo il terreno di giuristi ed avvocati ed è stata lasciata a parte dalla teoria dell'integrazione. Ciò non di meno, come è stato poi più volte specificato nelle presenti pagine, la Corte di Giustizia è riuscita a riservare per sé un ruolo mai giocato prima da alcuna corte di natura internazionale, sviluppando dunque la costituzionalizzazione dei trattati, introducendo innovazioni nelle politiche comunitarie ed agendo come stimolo ai processi legislativi. La Corte si è dunque trasformata progressivamente nel principale motore del processo di integrazione, sostituendo la sua forza propulsiva a quella degli stati. Questo soprattutto grazie alle sue sentenze e al crescente attivismo dei suoi giudici, che hanno sollevato pertanto la questione del potere di *decision-making* dell'organo giudiziario nel contesto europeo. La Corte ha ad esempio interpretato le libertà contenute nel Trattato di Roma (le cosiddette 4 libertà: di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali) non meramente nel senso di obbligazioni negative a carico degli Stati, ma al contrario come fonti di nuovi diritti per gli individui, cui vengono dunque riconosciuti strumenti per richiedere l'attuazione degli stessi diritti in sede nazionale, in forza della supremazia del diritto comunitario. Se, per dirla come Burley e Mattli integrazione legale significa "*the gradual penetration of EC law into the domestic law of its member states*" si capisce, alla luce di ciò che a distanza di 60 anni dalla sua nascita sappiamo delle istituzioni europee e alla luce del ruolo attualmente riconosciuto alla Corte, quanta parte abbia avuto l'apparato giudiziario europeo nell'assorbimento del diritto sovranazionale negli ordinamenti nazionali degli Stati membri. Anne Marie Burley, Walter Mattli, *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization 47, 1, Winter 1993. La Corte ha dunque sviluppato il suo ruolo nel processo di integrazione europea in due sensi, da un lato ha essa stessa creato strumenti di tutela attribuendone la titolarità agli individui e spostando dunque la centralità nel procedimento giuridico dagli Stati ai singoli, dall'altro lato essa ha assunto un concreto ruolo di *policy-maker* ed ha esercitato la sua influenza in particolare sull'organo legislativo e sull'agenda politica della Comunità prima e dell'Unione poi (*agenda setting*). La Corte di Giustizia si è dunque trasformata dalle sue origini ai giorni nostri da mera interprete della legge (secondo un modello di corte alla Montesquieu) in principale agente attiva del processo politico e sociale europeo

Il problema della legittimazione della Corte di giustizia va contestualizzato nel più ampio dibattito relativo alla legittimazione democratica delle istituzioni dell'Unione Europea<sup>15</sup>.

La trattazione che seguirà nelle prossime pagine deve necessariamente prendere le mosse da due concetti fondamentali quali quello di democrazia e quello di legittimazione<sup>16</sup>. La democrazia può essere definita come un principio organizzativo riguardante il controllo e l'esercizio del potere, da parte del popolo o dei suoi rappresentanti, all'interno di uno stato. In estrema sintesi, si può affermare che uno dei nodi centrali in una democrazia sia l'individuazione delle modalità attraverso le quali il popolo possa esercitare il potere, tenuto conto della volontà maggioranza come del rispetto per la minoranza. L'esercizio del potere può assumere diverse forme, ciò non di meno, affinché un sistema possa dirsi democratico il potere politico dev'essere autorizzato dal popolo ed i poteri statali devono essere da questo legittimati. La legittimazione democratica dunque è strettamente collegata alla forma di democrazia scelta, che può coinvolgere o meno rappresentanti del popolo detentori del potere sovrano. La democrazia rappresentativa è concepita come un sistema di limitazione e controllo del potere. Allo stesso tempo essa è intesa come principio regolatore dell'esercizio del potere sovrano che incide anche sul processo di formazione delle regole. La legittimazione democratica non è solo una

---

<sup>15</sup> Il tema meriterebbe una più ampia trattazione e le note che verranno riportate di seguito non hanno alcuna pretesa di completezza. Si ritiene tuttavia opportuno spendere alcune parole sul punto con lo scopo di inquadrare la questione del riconoscimento di legittimità politica e democratica della Corte di giustizia, che sovente verrà richiamato nelle prossime pagine.

<sup>16</sup> Fabian Amtenbrink, *Toward a more Democratic Union? Comments on the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in Dr. Kirstyn Inglis, Dr. Andrea Ott (eds.), *The Constitution for Europe and an Enlarging Union: Unity in Diversity*, Amsterdam – Groningen, Europa La Publishing, Groningen, 2005.

questione di regole legalmente vincolanti, ma anche di percezione. La percezione che la volontà dell'elettorato è espressa nelle scelte fatte dai loro rappresentanti.

Tutto ciò premesso, occorre chiarire come questa breve premessa teorica si colleghi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. Un organo giudiziario diparte da tutto quanto finora esposto poiché non è formato da rappresentanti politici né è chiamato ad esprimere regole legalmente vincolanti. Piuttosto l'attività di un organo giudiziario è quella di interpretare ed applicare regole adottate da organi, che necessitano di una legittimazione diretta. Nel caso della Corte si potrebbe dunque parlare di necessità di legittimazione indiretta.

L'Unione Europea non costituisce né uno Stato federale né di una confederazione, ma una sorta di ibrido, come è opinione comune e come ha formalmente rilevato la Corte Costituzionale tedesca, cui gli Stati Membri hanno delegato un numero limitato di poteri<sup>17</sup>.

Se, come nel caso delle istituzioni dell'Unione Europea, il concetto di democrazia viene messo in discussione, data l'accusa spesso mossa alle stesse di essere scarsamente rappresentative dei cittadini dell'Unione e di soffrire del cosiddetto deficit democratico, si hanno di conseguenza riflessi negativi in punto di legittimazione delle istituzioni stesse. La percezione di un deficit democratico non è probabilmente attribuibile alla Corte di giustizia stessa, trattandosi, come sopra sottolineato, di un organo giudiziario, rispetto al quale non si è soliti riflettere in termini di rappresentazione democratica, e trattandosi anche di un organo che gode forse della migliore considerazione e della maggiore fiducia tra le istituzioni europee. Eppure, laddove si verifichi una crisi nel riconoscimento delle

---

<sup>17</sup> BverfGE 89,155.

istituzioni europee, questa travolge anche la Corte di giustizia ed i suoi giudici, sulla cui nomina per altro aleggia un certo mistero. Se vi è la percezione che le istituzioni europee siano lontane dai cittadini e non rappresentative, tutto ciò che le riguarda sarà coinvolto e conseguentemente delegittimato. Ivi compresa l'attività della Corte di Giustizia. In questo contesto garantire procedure di nomina trasparenti e facilmente sottoponibili a scrutinio pubblico favorirebbe la legittimazione della Corte.

Per dare forza a questa argomentazione ci si può affidare all'analisi di Gibson e Caldeira<sup>18</sup>, la cui tesi muove dall'assunto che la legittimazione di un organo dipenda dal supporto diffuso che questo riceve. I due studiosi americani nel trattare il tema si riferiscono in particolare al concetto di legittimazione politica, ossia, per dirla con le parole di Barker

*“the belief in the rightfulness of a state, in its authority to issue commands, so that those commands are obeyed not simply out of fear or self-interest, but because they are believed in some sense to have moral authority, because subjects believe they ought to obey.”*<sup>19</sup>

Occorre pertanto distinguere la legittimazione dall'obbedienza, concetti che, come sottolineato da Gibson e Caldeira, possono trovare più

---

<sup>18</sup> Gregory A. Caldeira, James L. Gibson, *The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support*, *The American Political Science Review*, Vol. 89, No. 2, 356-376, (Jun. 1995); Gregory A. Caldeira, James L. Gibson, *Democracy and Legitimacy in the European Union: the Court of Justice and its constituents*, *International Social Science Journal*, 49: 209-224, (1997); James L. Gibson, Gregory A. Caldeira, *Changes in the Legitimacy of the European Court of Justice*, *British Journal of Political Science* Vol. 28, Issue 1, 63-91 (Jan. 1998).

<sup>19</sup>Rodney Barker, *Political Legitimacy and the State*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1990.

punti di intersezione. La legittimazione favorisce il rispetto e la conformità alla legge. Secondo alcuni autori risulta difficile tuttavia distinguere in questo campo l'atteggiamento conforme a legge per riconosciuta legittimità della stessa dall'atteggiamento dettato da obbedienza.

*"Citizens rarely engage in explicit consideration of whether their political institutions have the moral authority to govern; they simply accept those institutions most often without thought."*<sup>20</sup>

La mera osservanza delle decisioni prese dagli organi politici e giurisdizionali di un ordinamento non indica dunque che gli stessi riconoscano a tali istituzioni legittimazione. Secondo i due accademici statunitensi, i cittadini rivestono le istituzioni di uno Stato di aspettative e speranze, che non necessariamente devono essere attese affinché vi sia obbedienza e rispetto delle decisioni. Ciò che rileva è, al contrario, che gli organi in questione dimostrino di agire nei confini dell'autorità ad essi conferita. In questi casi si ha un supporto pubblico diffuso all'attività istituzionale e politica degli organi che è ciò che secondo l'analisi qui adottata è ciò che conferisce legittimazione.

Premesso che per supporto diffuso si intende *"a willingness to defend the institution against structural and functional alterations that would fundamentally alter its role in society"*<sup>21</sup>, la domanda che occorre porsi è come questo possa essere ottenuto da un organo giudiziario e nello specifico dalla Corte di Giustizia.

---

<sup>20</sup> Gregory A. Caldeira, James L. Gibson, *Democracy and Legitimacy in the European Union: the Court of Justice and its constituents*, *supra* nota 18.

<sup>21</sup> *Id.*



Il supporto deriva dalla visibilità dell'organo. Più questo è visibile e conosciuto da un grande pubblico, più vi sono possibilità che questo acquisisca un'ampia legittimazione da parte dello stesso pubblico. Come si è sostenuto fin dalle prime pagine del presente lavoro, sotto vari aspetti, la Corte di giustizia dell'Unione Europea resta un organo poco conosciuto che svolge la propria funzione nell'ombra. Eppure occorre sottolineare come questo non rispecchi l'influenza e la forza politica della Corte di Lussemburgo, che ha in realtà sviluppato la propria autorità nel corso degli anni. Originariamente la Corte nasce come un istituzione riservata ai pochi giuristi che prendevano parte ai procedimenti che di fronte ad essa si svolgevano. Ciò che la Corte decideva era per lo più interesse di una stretta *élite* che sottolineava il crescente potere politico delle decisioni rese dall'organo giurisdizionale. E' in questo periodo che la Corte comincia a giocare un ruolo di primo piano nel processo di integrazione europea. Nello stesso periodo tuttavia avanzano sempre maggiori rilievi circa il cosiddetto deficit democratico di cui soffrirebbero le istituzioni europee, ivi compresa la Corte di Lussemburgo, che dunque vedrebbe minata la propria legittimazione. Si tratta dunque di un circolo in cui il ruolo fondamentale è attribuito agli osservatori, alla massa di pubblico composta dai cittadini degli Stati membri.

La Corte di giustizia non è mai stata, né lo è attualmente l'organo dell'Unione che gode di maggiore visibilità ed i cittadini non sempre nutrono un'opinione pienamente positiva dello stesso, ciò non di meno la Corte ha saputo sviluppare la propria credibilità ed è diventata, come già rilevato, l'organo che gode di maggior successo e fiducia nell'Unione.

3.1. *Dall'accordo informale alla regola inserita nei Trattati. Un giudice per Stato Membro.*

*"The appointment process generates legitimacy."*<sup>22</sup>.

Una delle ragioni che sembra aver spinto gli Stati ad adottare il corrente modello di selezione pare risiedere nella volontà di sostenere l'apparato giudiziario con una forma di legittimazione indiretta derivante dall'autorità degli Stati stessi. Prima di poter procedere nell'analisi del metodo di selezione dei giudici adottato dalla Corte di Lussemburgo, appariva dunque prioritario rappresentare il dibattito sul tema del deficit democratico dell'Unione, sulla legittimazione delle sue istituzioni e, posto che come si è detto la legittimazione deriva dal consenso il quale a sua volta si forma tramite la visibilità, sulla percezione sociale della Corte di Giustizia.

Più volte si è sottolineato come all'importanza riconosciuta alla Corte nel processo di integrazione europea e di sviluppo dell'Unione non corrisponda un paritario interesse per la sua composizione. Chi siede alla Corte di Lussemburgo e come è giunto fino lì sembra essere per la dottrina e ancor più per l'opinione pubblica un tema di scarso interesse. La Corte di giustizia è infatti l'organo meno conosciuto dell'Unione. Se il processo decisionale tramite il quale i giudici giungono a rendere le proprie decisioni è contestabile e contestato in quanto opaco, ancora più ambigua è la situazione per quanto riguarda le modalità attraverso le quali gli Stati membri raggiungono il comune accordo sulla nomina alla funzione di

---

<sup>22</sup> Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

giudice europeo. Come sottolineato tra gli altri da Rasmussen<sup>23</sup>, se si escludono professori, accademici o coloro che nutrono uno specifico interesse per il tema, ben pochi sarebbero in grado di fare il nome di anche solo un giudice della Corte di giustizia. La procedura di selezione è avvolta da un alone di mistero, che tiene al riparo da occhi indiscreti ciò che avviene negli incontri diplomatici tra i rappresentanti degli Stati membri<sup>24</sup>. Gli organi giudiziari europei operano nel totale anonimato e questo è un dato che non può non colpire richiamare subito l'attenzione di un comparatista. In particolare, risulta evidente il contrasto con l'esperienza americana e con la grande risonanza mediatica attribuita in Europa alle vicende della Corte Suprema degli Stati Uniti, ivi comprese quelle riguardanti la nomina di nuovi *justices*.

Preme nuovamente richiamare quanto in precedenza spiegato, ossia che in questa sede non si intendono confrontare due esperienze storicamente e culturalmente tanto diverse. Non vi sono i presupposti per mettere a confronto diretto una corte suprema che, come correttamente sottolinea Kenney, trova il suo fondamento nel disposto costituzionale ed una corte sovranazionale che rappresenta un modello ibrido e del tutto peculiare nel panorama delle corti internazionali<sup>25</sup>. Ciò non di meno si può creare un parallelo tra singoli istituti e, per ciò che qui ci concerne, singole procedure e sistemi per assicurare trasparenza al procedimento di nomina. Come si cercherà di mettere in evidenza nel corso delle prossime pagine, il sistema europeo manca di trasparenza e anche laddove l'esperienza americana

<sup>23</sup> Hjalte Rasmussen, *Legal Opinion about The European Court of Justice's Competence Transgressions, Poor Reasonings, and the Complete Non-transparency of Willensbildung*, Copenhagen, 25 Novembre 2009.

<sup>24</sup> Renaud Dehousse, *The European Court of Justice*, *supra* nota 14.

<sup>25</sup> Sally J. Kenney, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, in Sally J. Kenney, William M. Reisinger, John C. Reitz, *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, 1999.

avrebbe potuto fornire un prototipo di riferimento, si è preferito seguire una strada più in linea con la tradizione europea, ma che sacrifica la trasparenza, la conoscibilità del procedimento e l'*accountability*<sup>26</sup>.

La Corte di giustizia risente invece dell'attitudine, di cui già si è dato conto sopra, degli studiosi di trattare il tema della selezione dei giudici in maniera approssimativa e spesso didascalica, con un'attenzione limitata all'individuazione dei passaggi chiave del processo di selezione dei giudici. Uno studio dunque della procedura che però non è accompagnato da un'indagine approfondita e dettagliata delle ragioni che si celano dietro determinate scelte e della cultura politica che fornisce il contesto per tali scelte. Le connessioni con la politica europea dei singoli Stati membri sono innegabili e notorie, ciò non di meno vengono trascurate dagli osservatori della politica e della giurisprudenza europea.

La scarsità di letteratura in punto di composizione degli organi giudiziari europei determina la situazione per cui molto spesso ciò che è conosciuto e reso noto rispetto tali organi altro non è che il mero contenuto delle disposizioni ad essi dedicati inserite nei trattati. Da tali norme deve necessariamente muovere anche la presente argomentazione, con l'ambizione tuttavia di indagare oltre i dati notori.

Gli articoli cui occorre fare riferimento sono tre. In primo luogo è necessario menzionare l'Articolo 19 del Trattato sull'Unione Europea

---

<sup>26</sup> Sul punto maggiori approfondimenti saranno offerti nelle pagine seguenti.

(TUE)<sup>27</sup>. Oltre a questo altri due articoli necessitano menzione, l'articolo 253<sup>28</sup> e l'articolo 254<sup>29</sup> del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

---

<sup>27</sup> Articolo 19 TEU 1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati.

Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

2. La Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro. È assistita da avvocati

generali.

Il Tribunale è composto da almeno un giudice per Stato membro.

I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia e i giudici del Tribunale sono scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che soddisfino le condizioni richieste agli articoli 253 e 254 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni. I giudici e gli avvocati generali uscenti possono essere nuovamente nominati.

3. La Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati:

a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica;

b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni;

c) negli altri casi previsti dai trattati.

<sup>28</sup> Articolo 253 TFUE. I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia, scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza, sono nominati di comune accordo per sei anni dai governi degli Stati membri, previa consultazione del comitato di cui all'articolo 255.

Ogni tre anni si procede a un rinnovo parziale dei giudici e degli avvocati generali, alle condizioni previste dallo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

I giudici designano tra loro, per tre anni, il presidente della Corte di giustizia. Il suo mandato è rinnovabile.

I giudici e gli avvocati generali uscenti possono essere nuovamente nominati.

La Corte di giustizia nomina il proprio cancelliere, di cui fissa lo statuto.

La Corte di giustizia stabilisce il proprio regolamento di procedura. Tale regolamento è sottoposto all'approvazione del Consiglio.

<sup>29</sup> Articolo 254 TFUE. Il numero dei giudici del Tribunale è stabilito dallo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Lo statuto può prevedere che il Tribunale sia assistito da avvocati generali.

I membri del Tribunale sono scelti tra persone che offrano tutte le garanzie di indipendenza e possiedano la capacità per l'esercizio di alte funzioni giurisdizionali. Essi sono nominati di comune accordo per sei anni dai governi degli Stati membri, previa consultazione del comitato di cui all'articolo 255. Ogni tre anni si procede a un rinnovo parziale. I membri uscenti possono essere nuovamente nominati.

I giudici designano tra loro, per tre anni, il presidente del Tribunale. Il suo mandato è rinnovabile.

(TFUE).

Si è già specificato, ma onde evitare facili confusioni è opportuno ricordare, che dall'entrata in vigore degli emendamenti ai trattati apportati dal Trattato di Lisbona la Corte di giustizia dell'Unione Europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Riguardo la composizione di tali organi la lettura dell'Articolo 19 TUE, sopra richiamato, rende evidenti sottili ma sostanziali differenze.

A norma dell'Articolo 19 TUE la Corte di giustizia è composta di un giudice per ogni Stato Membro, mentre il Tribunale si compone di almeno un giudice per Stato Membro. I giudici sono nominati per comune accordo dai governi degli Stati Membri e la carica, rinnovabile, avrà la durata di sei anni. Preme dunque sottolineare che mentre per quanto riguarda il Tribunale viene lasciato spazio all'individuazione di un sistema di composizione dell'organico dell'organo che non necessariamente attribuisca a ciascun Stato membro eguale potere, per quanto riguarda la Corte di giustizia la norma non lascia alcun dubbio a proposito del vincolo di nazionalità dei giudici e dell'eguale potere di nomina attribuito agli Stati.

Tale regola che appare chiaramente cristallizzata nel Trattato sull'Unione Europea deriva da una lunga tradizione non scritta. Il principio di distribuzione su base nazionale dei posti alla Corte di giustizia è apparso per la prima volta nel Trattato di Nizza ed è stato successivamente confermato dal Trattato di Lisbona. Prima di allora vigeva in materia un accordo informale tra Stati, la cui affermazione coincide con la creazione

---

Il Tribunale nomina il proprio cancelliere, di cui fissa lo statuto.

Il Tribunale stabilisce il proprio regolamento di procedura di concerto con la Corte di giustizia. Tale regolamento è sottoposto all'approvazione del Consiglio.

Salvo quanto diversamente disposto dallo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, le disposizioni dei trattati relative alla Corte di giustizia sono applicabili al Tribunale.

della prima Corte di giustizia quale organo comune alle tre Comunità europee: la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), la Comunità Economica Europea (CEE) e la Comunità Europea dell'Energia Atomica (EURATOM).

Fino dalle origini delle distinte comunità europee, un osservatore attento avrebbe potuto osservare i segni di una svolta epocale. Il progetto di Jean Monnet e Robert Schuman conteneva tutti i tratti di ciò che si sarebbe sviluppato nel corso degli anni e che avrebbe portato, a quasi 60 anni di distanza, ad ipotizzare per il futuro un continente europeo i cui Stati possano dire di aver dato vita ad una nuova forma di federalismo<sup>30</sup>. La dichiarazione che rese nel 1950 Robert Schuman era una dichiarazione politica, il cui obiettivo politico era quello di mantenere la pace tra gli Stati e regolare le negoziazioni tra i produttori europei di carbone ed acciaio.

In tutto questo, l'attenzione si concentrò sulla creazione di un'Alta Autorità, composta di personalità indipendenti designate ciascuna dai governi degli Stati, su base paritaria. Nessun'altra istituzione venne espressamente richiamata nella Dichiarazione, ciò non di meno era condivisa l'idea che nella visione dei "padri fondatori" dell'Europa vi fosse anche un tribunale imparziale. Che questo avrebbe avuto i caratteri propri di una corte europea continentale, di matrice francese ed ispirata alle teorie di Montesquieu di separazione dei poteri, andando dunque a costituire un terzo potere da affiancare agli organi legislativi ed esecutivi, sarebbe risultato palese soltanto qualche anno più tardi. Alle origini infatti nella Dichiarazione del 1950 si fa meramente riferimento a forme di ricorso contro le decisioni dell'Alta Autorità che pertanto, secondo l'interpretazione comune, sarebbero potute essere forme di ricorso giudiziarie come politiche.

---

<sup>30</sup> Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, *supra* nota 22.

I negoziati intrapresi sulla base del cosiddetto piano Schumann portarono il 20 Giugno 1950 alla creazione di un'Assemblea, che avrebbe teoricamente potuto rappresentare la via "politica" di ricorso per le decisioni dell'Alta Autorità e successivamente, su iniziativa olandese, fu dato vita al Consiglio dei Ministri, che consentì l'istituzionalizzazione del ruolo degli Stati nel funzionamento della prima Comunità del carbone e dell'acciaio.

Perché dunque la Comunità venga dotata di un vero e proprio organo giudiziario occorre attendere ancora alcuni mesi e l'iniziativa stavolta della delegazione francese nel tardo ottobre del 1950. La nascita della prima corte fu accompagnata da scarso entusiasmo. All'epoca infatti, dato anche il limitato trasferimento di sovranità alla neonata Comunità da parte degli Stati, vi era un diffuso senso di fiducia che i processi politici, ad opera dell'Assemblea e del Consiglio dei Ministri, sarebbero stati sufficienti a garantire contro eventuali atti illeciti dell'Alta Autorità. La creazione di un organo giudiziario si può attribuire in questa prima fase quasi ad una sorta di fatalità, legata all'avversione alla fine palesatasi da parte del governo tedesco contro la scelta di lasciare totalmente nelle mani di organi politici il controllo di legalità sugli atti dell'Alta Autorità. I fondatori della Comunità del Carbone e dell'Acciaio si può dire si arresero alla richiesta da parte del governo tedesco di creare un apparato giudiziario indipendente motivata dalla volontà di assicurare anche a livello sovranazionale le stesse garanzie vigenti a livello nazionale. Secondo il governo tedesco era infatti inaccettabile lasciare che a sorvegliare il processo di integrazione europea non vi fosse un organismo indipendente.

L'iniziale ritrosia verso la creazione di una corte si può attribuire all'ampiezza del progetto di Jean Monnet. Egli infatti ambiva alla riunione delle istituzioni europee in un distinto distretto, pertanto non aveva preso in



considerazione l'idea di dotare la Comunità del carbone e dell'acciaio di tale organo. Questa avrebbe dovuto essere modellata sulla scorta del *Columbia District* e secondo il da lui stesso creato *Le Plan Francais*. Ma ben presto fu evidente la necessita di creare un luogo di risoluzione delle dispute giudiziarie che male sarebbero potute essere gestite nell'ambito di un procedimento amministrativo. Pertanto sul tavolo dei negoziati comparve anche la creazione di un organo giudiziario.

La prima corte che emerse da tali negoziati aveva però caratteristiche molto diverse dall'istituzione che si è poi sviluppata nel corso degli anni. Si trattava, un po' come si è visto con riferimento alla prima Corte Suprema degli Stati Uniti, di un organo di scarso prestigio, che non rappresentava per i giuristi un'ambizione quanto piuttosto un passaggio verso posizioni più importanti. Ciò che invece fu evidente fin dall'inizio e rimane ad oggi un carattere importante della Corte di giustizia è la matrice continentale della stessa, nata come terzo ramo del governo.

A seguito dei negoziati di cui si è dato conto, nel 1951 il Trattato di Parigi istituì formalmente la Comunità del Carbone e dell'Acciaio e tra le sue istituzioni la Corte europea di giustizia, la cui sede fu stabilito essere in Lussemburgo. Il ruolo principale giocato da tale corte nella difesa degli interessi degli Stati fu presto evidente, nonostante la previsione di garanzie e meccanismi volti a prevenire un'influenza indebita degli stessi.

Quando successivamente nel 1957 il Trattato di Roma dette vita alla Comunità Economica Europea e alla Comunità Europea dell'Energia Atomica fu stabilito che la Corte di giustizia sarebbe divenuta un unico organo giudiziario per le tre comunità, sebbene la tipologia di iniziative che sarebbe stato possibile poter intraprendere di fronte alla stessa sarebbe variato a seconda della comunità e del contesto. Col procedere degli anni si

affermò il ruolo preminente della Corte nel contesto della Comunità economica europea e delle finalità da essa perpetrate<sup>31</sup>. Coprendo esse le principali aree di attività economica è di facile comprensione il motivo per cui la Corte sviluppò la sua massima competenza proprio per ciò che riguardava le dinamiche interne alla Comunità economica europea. Era infatti al suo interno che si sollevavano con maggiore frequenza dispute che rendevano necessario il ricorso all'autorità giudiziaria.

Spostando l'attenzione sulla composizione di questa prima corte e sulle regole relative alla sua composizione, risulta particolarmente importante sottolineare come all'epoca i trattati tacessero in punto di nazionalità dei membri della Corte. Al contrario di quanto fin dal 1950 stabilito per i membri dell'Alta Autorità, che dovevano rappresentare in maniera paritaria gli Stati membri e dai governi degli stessi essere nominati, nulla di simile era disposto per la Corte di Lussemburgo. I criteri relativi alla selezione erano in realtà piuttosto vaghi e facevano genericamente riferimento al principio di indipendenza dei giudici, specificando che i nominati alla Corte europea di giustizia avrebbero dovuto rispondere alle seguenti caratteristiche

*“persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their respective countries or who are juriconsults of recognized competence.”*<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Renaud Dehousse, *The European Court of Justice*, *supra* nota 14.

<sup>32</sup> Articolo 32b *Merger Treaty* 1967. Tale articolo utilizza lo stesso fraseggio precedentemente utilizzato negli articoli, rispettivamente, 139 Trattato EURATOM, 167 Trattato CEE. Invece l'originale articolo 32b del Trattato CECA riportava un linguaggio leggermente diverso che in realtà consentiva agli Stati di muoversi in uno spazio ancora più vago al momento di selezionare i giudici per la Corte europea. Infatti il testo originale richiamava quale unico requisito la “riconosciuta competenza ed imparzialità”. Di fatto era

I requisiti specificati sopra non si accompagnavano alla previsione di un tassativo vincolo di nazionalità, al contrario di quanto era invece predisposto per i membri dell'Alta Autorità della CECA e per le Commissioni della CEE e dell'EURATOM, che dovevano obbligatoriamente essere scelti da ciascun governo tra i propri cittadini. Una simile espressa previsione con riferimento alla Corte di giustizia non è rintracciabile né nei trattati né altrove, ma ciò non impedì fin dai primi giorni delle Comunità l'affermarsi di un sistema di allocazione su base nazionale dei posti alla Corte europea di giustizia. La ragione è da attribuirsi principalmente al raggiungimento tra gli Stati membri di un accordo informale con il quale veniva assegnato a ciascuno degli stessi un posto all'interno dell'organo giudiziario.

Se la scelta di attribuire ad ogni Stato un seggio alla Corte di giustizia non fu mai oggetto di discussioni, questo non deve indurre la conclusione che il sistema di selezione dei giudici a livello europeo non presentasse profili controversi. Quasi subito, ad esempio, gli Stati e la comunità accademica si trovarono a dover risolvere un dilemma riguardo chi i governi degli Stati membri potessero candidare come giudice. Vi era infatti da definire se l'attribuzione ad ogni governo della possibilità di nominare un componente della corte dovesse necessariamente risolversi nella nomina di un proprio cittadino. La possibilità di procedere alla scelta di una persona proveniente da uno Stato diverso, compreso uno Stato non membro dell'Unione, venne di fatto sostenuta da alcuni. Di nuovo l'assenza

---

consentito anche a non giuristi di poter essere nominati giudici. Successivamente tale pratica è stata abolita e sebbene il concetto di giureconsulto ricorra quale oggetto di dibattito e sebbene sia esclusa la necessità di avere precedente esperienza presso una corte, è necessario affinché si possa essere nominati giudici europei, avere un profilo idoneo ad esercitare funzioni giudiziarie presso le giurisdizioni domestiche. Werner Feld, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, 9 Vill. L. Rev. 37, 1964.

di riferimenti normativi all'argomento nelle versioni dei trattati che si sono susseguite sembrò e sembra a tutt'oggi lasciare aperta questa possibilità. Tuttavia, la posizione che ha quasi immediatamente preso forza sembra essere quella di chi sosteneva che i giudici, in qualità di *civil servant* delle Comunità europee, dovessero in base alle disposizioni contenute nello statuto per il personale, possedere la nazionalità di uno Stato membro per ambire a tale posizione. Ciò non di meno rimaneva aperta la possibilità per un governo di scegliere un cittadino di un diverso Stato membro. Possibilità mai presa realmente in considerazione se si tiene conto che parallelamente all'affermarsi del principio di un giudice per Stato, si va affermando, sempre in assenza di specifiche disposizioni in merito, la pratica di selezionare i giudici esclusivamente tra le fila dei propri cittadini<sup>33</sup>. Di fatto, al contrario di quanto è ad esempio successo con riferimento alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dove il Lichtenstein ha nominato un giudice proveniente dalla Svizzera, gli Stati membri delle Comunità prima e dell'Unione europea poi, non hanno mai selezionato i propri giudici tra persone con cittadinanza diversa da quella del governo che procedeva alla nomina.

Altro dato interessante è che, pur potendo, gli Stati membri non hanno mai esercitato il potere di veto sulle nomine proposte dagli altri governi. L'incarico di giudice alla Corte di giustizia viene conferito, si legge nell'Articolo 19 TUE, di comune accordo tra gli Stati membri. Raggiunto tale accordo sarà poi il Consiglio dell'Unione Europea a formalizzare l'assegnazione del posto. Viene richiesta dunque l'unanimità degli Stati

---

<sup>33</sup> Werner Feld, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, supra nota 33. Si veda anche Nicole Condorelli Braun, *Commissaires et Juges dans les Communautés Européennes*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence r. Pichon et R. Durand-Auzias, 1972. In particolare Condorelli Braun sottolinea che pur ammettendo la possibilità di scegliere i giudici tra cittadini diversi dai sei Stati membri delle Comunità, ciò si sarebbe mal conciliato con il carattere quasi federale della Corte. p.19.

membri affinché si possa procedere all'affidamento formale dell'incarico. Il raggiungimento dell'unanimità non è mai apparso come un obiettivo fuori dalla portata degli Stati. L'espressione "*common accord*" nella realtà non si tramuta in una concreta trattativa tra gli Stati, i quali si limitano a prendere atto della scelta fatta. Alla luce di questa considerazione non può dunque che rafforzarsi l'idea che il sistema, così come è strutturato, sia nato con lo scopo di garantire a ciascuno Stato eguale peso all'interno dell'istituzione giudiziaria europea, alla luce di quanto già era previsto per gli organi esecutivi. Ancora una volta si intuisce come nella concezione originaria della Corte questa fosse un organo modellato sull'esecutivo e chiamato per lo più a svolgere funzioni amministrative. L'influenza della tradizione francese in materia di giurisdizione amministrativa è fortissimo e si riflette anche nella scelta o meglio nella non scelta contenuta nei trattati. Il peso politico delle nomine appare in maniera evidente, come risulta chiaro che alla fondazione della Corte di giustizia quello dell'indipendenza della magistratura europea non sia stato un problema primario. Al momento di individuare il meccanismo di formazione della composizione della Corte non è infatti stato affrontato il problema della politicizzazione delle nomine, conseguenza inevitabile laddove si attribuisce questo compito a dei governi nazionali. Piuttosto si è seguito l'esempio di quei paesi europei in cui tradizionalmente vi è un legame tra posizione politica di maggioranza e scelta dei magistrati.

L'assenza di una disciplina dettagliata in punto di nomina dei giudici della Corte di Lussemburgo ha di fatto consentito agli Stati di muoversi in uno spazio di discrezionalità che ha reso possibile l'affermarsi ed il mantenersi di un sistema di selezione su base nazionale. Inoltre, ha consentito ai governi degli Stati membri di mantenere il silenzio sulle

specifiche modalità adottate per l'individuazione del proprio candidato. In sostanza, gli Stati si sono mossi in uno spazio libero da costrizioni che ha assegnato loro una doppia libertà, non soltanto hanno potuto determinare in via di prassi il procedimento di selezione che più li favorisse, ma hanno potuto anche, ciascuno all'interno del proprio ordinamento, procedere in maniera autonoma alla scelta della persona da candidare al ruolo di giudice europeo senza dover rendere conto a nessuno circa i criteri utilizzati e senza dover rispondere ad alcun obbligo di trasparenza.

Nonostante lo sviluppo conosciuto dalle istituzioni europee, questo punto è rimasto fermo e gli Stati hanno mantenuto saldo nelle proprie mani il potere di scelta dei componenti dell'apparato giudiziario. Come si è più volte specificato, il vincolo di nazionalità non è mai stato messo in discussione nonostante esso non trovasse alcun fondamento giuridico nei trattati. Questo fino alla redazione del Trattato di Nizza, quando per la prima volta, nel 2000, viene modificata la norma relativa alla composizione della Corte di giustizia indicando espressamente che ciascuno Stato ha il compito di nominare un giudice<sup>34</sup>.

Occorre chiedersi come mai il vincolo di nazionalità abbia trovato terreno fertile tra gli Stati e come mai, nonostante il rafforzarsi dell'identità della comunità sovranazionale cui fu dato vita nel 1950, si sia mantenuto in piedi un principio che appare come un cordone ombelicale con i singoli

---

<sup>34</sup> Sebbene sul punto si ritornerà nel corso delle prossime pagine è opportuno da subito sottolineare come l'inserimento nel testo dei trattati del principio di distribuzione su base nazionale dei seggi alla Corte si sia accompagnato anche alla creazione di una distinzione sottile quanto importante tra Corte di giustizia e Tribunale. Mentre infatti per la prima è richiesto che vi sia "un giudice per Stato membro", il Tribunale si legge dev'essere formato da "almeno un giudice per Stato membro". Questa differenza linguistica è ciò che ha spinto il Presidente della Corte di giustizia, Vassilios Skouris, a presentare una proposta di modifica allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea che consentisse l'allargamento del Tribunale dagli attuali 27 giudici a 39. Sulle motivazioni alla base della richiesta di modifica si veda *infra* § 3.2.

sistemi giuridici nazionali e quindi antitetico ad un reale sviluppo dell'Unione quale soggetto autonomo ed indipendente dagli Stati.

Le ragioni principali alla base del radicarsi di suddetta prassi, poi diventata principio codificato nei trattati, sembrano essere da sempre due. Da un lato, vi è la necessità di fronteggiare il deficit democratico delle diverse istituzioni europee, la loro percepita lontananza dai cittadini europei e la necessità di dare legittimazione politica alle pronunce della Corte di giustizia. Il tema già anticipato nelle pagine precedenti, al fine di dare fondamento alle argomentazioni a favore di una maggiore trasparenza e conoscibilità del procedimento di nomina, torna adesso d'uso per comprendere almeno una delle ragioni che muovono gli Stati a mantenere forte il vincolo di nazionalità. La Corte di giustizia, è stato più volte sottolineato nel corso delle pagine precedenti, costituisce un ibrido nel panorama delle corti internazionali, un organo a cavallo tra una corte nazionale ed internazionale. Ma condivide con quest'ultima la difficoltà di dover esercitare la propria giurisdizione sopra una comunità che, tramite i propri rappresentanti, si è sottoposta alla sua autorità a seguito della cessione di parte della sovranità nazionale. Dato questo contesto occorre tenere conto che mantenere un vincolo con gli Stati nazionali, almeno sotto il profilo della scelta della composizione, può essere importante ai fini di fornire di maggiore legittimazione la corte stessa. Tale legittimazione deriva di riflesso da quella di cui sono dotati i governi democratici degli Stati membri che hanno provveduto all'individuazione di almeno un componente dell'organo sovranazionale. Al contrario, una corte composta esclusivamente di "stranieri" potrebbe essere vista con sospetto e pertanto fortemente delegittimata.

Questo argomento, che vale in linea generale per le corti internazionali, acquisisce ancora maggiore forza con riferimento alla Corte di giustizia se si tiene conto della debolezza degli strumenti coercitivi e di attuazione delle sentenze rese di cui è dotato l'apparato giudiziario europeo. L'applicazione del diritto dell'Unione, così come questo viene letto ed interpretato dai suoi organi giudiziari, dipende in buona sostanza dalla collaborazione degli Stati membri, che possono in molti casi determinare il successo o l'insuccesso dei prodotti legislativi e giudiziari europei.

Il vincolo con gli Stati nazionali sembra dunque imprescindibile già da queste prime poche parole spese con riferimento alle ragioni che sembrano sottostare alla scelta del sistema di selezione. Se è vero che la legittimazione di un organo deriva dalla percezione sociale che si ha dello stesso e se è vero che questa percezione può essere determinata dalla volontà stessa degli Stati di fare propri gli sviluppi del diritto europeo, allora appare evidente come per i governi nazionali sia imprescindibile avere un ruolo di primo piano nella scelta della composizione della corte. Con questo non si intende sostenere l'insostenibile. Non si intende in questa sede, né lo si è mai ritenuto credibile in dottrina, affermare che i giudici della Corte di giustizia, dato il particolare metodo di nomina che prevede un vincolo di nazionalità siano i rappresentanti degli Stati membri. Tale argomento non ha alcun fondamento e non potrebbe essere più lontano dalla realtà. Ciò che si vuol dire tuttavia è che i giudici rappresentano l'espressione di un agenda politica nazionale e anche il compromesso raggiunto tra Stati, chiamati a cedere parte della propria sovranità e comunità sovranazionale che riceve tale autorità. Il compromesso ha come risultato quello di fornire una base di legittimità all'attività della Corte e allo stesso tempo per gli Stati la



possibilità di tentare, questo è innegabile, di proporre una propria idea di potere giudiziario in Europa.

In tutto questo l'indipendenza della magistratura europea potrebbe essere, ragionevolmente, considerata in pericolo. Ciò non di meno occorre sottolineare che lo spazio di manovra per gli Stati è in realtà limitato. E i requisiti fissati per la selezione dei giudici seppure vaghi e contestabili sotto certi aspetti portano ad ogni modo alla scelta di personalità sulle cui qualifiche si potrà difficilmente dibattere. Si aggiunga poi un elemento, fino a qui volutamente non anticipato, che rende questo aspetto della qualifica dei giudici scelti ancora più preservato da critiche: l'introduzione con il Trattato di Lisbona di un comitato per la valutazione del profilo dei candidati, di cui meglio si esporrà in seguito.

Il problema della legittimità della Corte appare quindi, per quanto fino a qui si è detto, centrale ai fini dell'attività dell'organo. La legittimazione si è detto deriva anche dalla percezione che si ha di un organo e del ruolo da esso assunto nella società. I soggetti che pertanto devono essere principalmente rassicurati circa la composizione della Corte devono essere i destinatari delle pronunce, i cittadini dell'Unione. Ancora una volta si ha un argomento a favore della trasparenza, troppo spesso invece sacrificata in nome degli interessi statali. Non solo, si ha anche un argomento a sostegno della scelta fatta dagli Stati membri di creare un vincolo di nazionalità. Le probabilità che i cittadini europei si adeguino spontaneamente ai dettami della Corte aumentano se vi riconoscono un qualche legame con la realtà specifica che essi vivono. In questo senso la nomina da parte degli Stati non solo offre legittimazione, ma offre rappresentanza alle specificità dei sistemi giuridici nazionali.

L'argomento appena richiamato ci porta ad un'ulteriore ragione tradizionalmente riconosciuta a livello internazionale per la presenza nelle corti di giudici che siano diretta promanazione dei sistemi giuridici nazionali.

Una corte composta di giudici provenienti da ogni singolo ordinamento dell'Unione e scelti da governi eletti in base al principio democratico può apparire come maggiormente meritevole di fiducia da parte di coloro cui potrà essere richiesto di ottemperare al giudicato di tale corte. Al contrario, una corte composta esclusivamente di "stranieri" potrebbe essere vista con sospetto e pertanto fortemente delegittimata. Sebbene, come si detto sopra, nessun governo possa ragionevolmente aspettarsi che il proprio candidato alla Corte agisca da rappresentante degli interessi nazionali, è pur vero che la presenza di un giudice scelto tra i più eminenti giuristi dei singoli Stati membri potrà garantire, almeno in via formale, un'equa rappresentanza dei vari sistemi giuridici che coesistono all'interno dell'Unione. Offrire adeguato riconoscimento alle specificità dei sistemi giuridici nazionali è un'esigenza primaria in seno ad ogni disputa a livello internazionale ed anche davanti alla Corte di giustizia, sebbene ciò cui si dovrebbe ambire è in realtà la sintesi dei diritti nazionali e lo sviluppo di un diritto dell'Unione.

Le ragioni addotte a giustificazione della distribuzione su base nazionale dei posti alla Corte di giustizia e anche del Tribunale, offrono un'idea più precisa circa l'evoluzione dell'apparato giudiziario europeo, danno conto delle origini delle Comunità europee e della loro evoluzione e proprio in forza di ciò appaiono, ed è questa la tesi sostenuta nel presente lavoro, deboli e suscettibili di critiche sotto diversi profili.

Fare ricorso ad un argomento quale la necessità di offrire rappresentanza ai sistemi giuridici nazionali, per giustificare un sistema di selezione discrezionale, non trasparente e di fatto politicizzato, appare pretestuoso e ad oggi fuori tempo. Il grado di sviluppo del processo di integrazione europea dovrebbe indurre a ritenere superato, o almeno ad auspicare il superamento, di un sistema che consente la scelta dei componenti di un organo giudiziario su base discrezionale e pertanto aperta ad influenze politiche dei singoli governi nazionali. La Corte di giustizia dovrebbe poter godere di una propria legittimazione indipendente dal vincolo con la base degli Stati membri dell'Unione. Tale legittimazione potrebbe essere fornita non solo per tramite delle sentenze, quindi dell'espressione del lavoro svolto dai giudici europei e della loro interpretazione del diritto dell'Unione, ma anche da un sistema di selezione che operi secondo i principi di trasparenza ed accountability. Pertanto, anche laddove gli Stati mantenessero il controllo della procedura di nomina essa non sarebbe soggetta alla discrezionalità a livello nazionale prima, ed europeo dopo la scelta del singolo governo, degli stessi.

Le ragioni che sono state fin qui addotte a giustificazione dell'attuale sistema di nomina sembrano dunque espressione di una mentalità che ancora considera la Corte di giustizia, e con essa tutte le istituzioni europee, come un'entità nuova, di cui non ci si può fidare e che occorre mantenere sotto controllo. In questo senso emerge anche il preciso interesse degli Stati nel mantenere la procedura inalterata, considerato l'ampio spazio di libertà che essa offre loro. In particolare, è certamente nell'interesse degli Stati membri non adottare una procedura standardizzata per la selezione a livello nazionale del candidato giudice alla Corte di giustizia. Ogni governo mantiene la libertà di seguire le procedure più in linea con la tradizione

giuridica nazionale (si pensi al fatto della diversa selezione dei giudici ordinari e costituzionali) e con la propria agenda politica e quindi con la propria visione dell'Europa. Occorre ricordare, nuovamente, che con questo non si sta sostenendo l'idea di una Corte ostaggio delle politiche nazionali. I giudici, nonostante il breve termine di carica, soggetto a rinnovo, riescono a mantenere autonomia ed indipendenza, non solo perchè sulla caratura delle persone scelte quali giudici non vi è motivo di dubitare, ma anche grazie alla segretezza delle deliberazioni della Corte. Ciò non significa che le nomine non siano in qualche modo politicizzate.

### *3.2. Tentativi di riforma del procedimento di nomina.*

Tutto quanto sopra esposto ci conduce alla conclusione che non rientri nell'interesse degli Stati membri modificare la procedura di selezione dei giudici europei. Tuttavia la necessità di riformare il procedimento in un senso che ne favorisca la trasparenza e l'affidabilità è stato un argomento che ha nel tempo trovato sostenitori, in particolare, e questo è un dato degno di nota, all'interno delle stesse istituzioni dell'Unione più che tra osservatori esterni che, come si è ampiamente spiegato, si sono dimostrati poco attenti finora al tema ed alle sue implicazioni in punto di indipendenza della magistratura europea.

Le spinte al rinnovamento ed alla modifica della procedura di nomina sono giunte principalmente dal Parlamento europeo. Nel tentativo di ricavare per se stesso un ruolo di maggiore peso tra le istituzioni europee, il Parlamento ha avanzato richieste specifiche anche in merito alla sua eventuale partecipazione al procedimento di nomina. Il Parlamento risulta ad oggi essere un organo debole rispetto alla Commissione e al Consiglio

dell'Unione Europea, con i quali condivide in larga parte le funzioni legislative. La scelta di renderlo un organo direttamente eletto dai cittadini europei ha portato a rafforzare le posizioni di coloro che, anche in seno al Parlamento stesso, ritengono che questo dovrebbe giocare un ruolo più incisivo nel sistema delle istituzioni europee. In particolare, per ciò che concerne il presente lavoro, è stata avanzata la tesi che attraverso il riconoscimento di un ruolo del Parlamento nel procedimento di nomina si andrebbe in parte a sopperire a quella grave lacuna in punto di trasparenza di cui, come si è sostenuto, il procedimento di selezione dei giudici attualmente soffre.

Per le ragioni sopra esposte, il Parlamento ha in più occasioni sollevato il problema delle nomine alla Corte di giustizia e della loro eccessiva politicizzazione.<sup>35</sup> Tramite interrogazioni al Consiglio dell'Unione Europea, risoluzioni, reports e gli atti redatti in preparazione della promulgazione della Costituzione per l'Europa, il Parlamento ha avanzato a gran voce la richiesta di vedersi assegnato un ruolo nel procedimento che porta alla formazione degli organi giudiziari europee. Già nel 1980, come riporta Kenney<sup>36</sup>, due europarlamentari, Sieglersmidt e Glinne, avevano presentato domande scritte al Consiglio aventi ad oggetto lo scarso potere attribuito al Parlamento in punto di procedimento di selezione dei giudici<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Renaud Dehousse, *The European Court of Justice*, supra nota 14

<sup>36</sup> Sally J. Kenney, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, supra nota 25. 1999, p. 165.

<sup>37</sup> Interrogazione scritta n. 59 dell'onorevole Sieglersmidt (H-138/80) al Consiglio: Partecipazione del Parlamento europeo alla nomina dei membri della Corte di giustizia delle Comunità. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, Annex: Discussioni del Parlamento europeo* I-256 (21 Maggio 1980), p. 196; Interrogazione scritta n. 66 dell'onorevole Sieglersmidt (H-203/80) al Consiglio: Partecipazione del Parlamento europeo alla nomina dei membri della Corte di giustizia delle Comunità. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, Annex: Discussioni del Parlamento europeo* I-257 (19 Giugno 1980), p. 206; Interrogazione scritta n. 60 dell'onorevole Glinne (H-139/80) al Consiglio: Partecipazione del Parlamento europeo alla nomina dei membri della Corte di giustizia

Questi in particolare sottolineavano come il meccanismo adottato dall'Unione Europea differisse da quello adottato per la selezione dei giudici della Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>38</sup>. A questa prima sollecitazione il Consiglio rispose in maniera evasiva, semplicemente sostenendo che si trattava di due organi diversi. Posizione che è stata più volte sostenuta nel corso della storia dell'Unione Europea, anche dalla Commissione, e che ha portato a cassare ogni tentativo di riforma che potesse prendere a modello il sistema sviluppato per la Corte di Strasburgo<sup>39</sup>. Il Consiglio, inoltre, sostenne in occasione di quel primo invito ad una riforma, che gli Stati membri non ritenevano necessario modificare l'equilibrio istituzionale

---

delle Comunità. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, Annex: Discussioni del Parlamento europeo* I-256 (21 Maggio 1980), p. 196.

<sup>38</sup> Come anticipato nelle prime pagine del presente capitolo, la Corte europea dei diritti dell'uomo rappresenta, insieme alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, un esempio molto particolare di corte internazionale che ha acquisito in ambito europeo un'importanza che non conosce paralleli con altre corti internazionali o sovra-nazionali. Dati anche le interazioni tra le due istituzioni, il confronto tra Corte CEDU e Corte di Giustizia costituisce da sempre un interessante campo di lavoro per studiosi della materia. Seppure meriterebbe un approfondimento maggiore, il confronto tra le procedure di selezione dei giudici adottate per le due diverse corti sarà oggetto esclusivamente di alcuni cenni in chiusura del presente capitolo e saranno funzionali ad arricchire di argomenti la discussione in merito alla necessità di una riforma del meccanismo di nomina previsto per la Corte di giustizia dell'Unione Europea. Non si tratterà dunque di un'analisi completa del diverso meccanismo adottato in seno alla Corte di Strasburgo, del quale si tratteranno solo gli aspetti essenziali alla comprensione delle argomentazioni sostenute dal Consiglio di Europa in punto di trasparenza ed *accountability* dei giudici.

<sup>39</sup> Quando nel 1985 un altro europarlamentare, Dieter Rogalla, propose un'interrogazione scritta dal contenuto simile, il Presidente della Commissione Delors nuovamente negò una risposta che entrasse nel merito della questione sostenendo di non avere l'autorità per giudicare il sistema adottato dalla Corte dei diritti dell'uomo ed il Consiglio reiterò la propria volontà contraria ad ogni cambiamento adducendo quale giustificazione la mancanza di interesse degli Stati ad una modifica del Trattato. Commission of the European Communities, "Written Question No. 1750/85 by Dieter Rogalla to the Commission: Appointment of Judges and Advocates-General", 1986, OJ (C 99) 23 14 October 1985; Commission of the European Communities, "Written Question No. 1750/85 by Dieter Rogalla to the Council: Appointment of Judges and Advocates-General", 1986, OJ (C 32) 31 14 October 1985.

sottostante il testo dei Trattati<sup>40</sup>. Ancora una volta, si legge nelle parole espresse dal Consiglio, la volontà di mantenere inalterata la discrezionalità degli Stati per quanto riguarda la scelta dei componenti degli organi giudiziari. Se si considera poi che stiamo parlando di posizioni prese nel corso degli anni '80, emerge in maniera ancora più netta la scelta di valore che ha portato alla modifica della norma relativa alla nomina dei giudici inserita nel Trattato di Nizza, quando il vincolo di nazionalità tra giudici componenti la Corte di giustizia e Stati membri è passato dall'essere una prassi consolidata ad essere fonte primaria del diritto dell'Unione.

Ancora negli anni '80, fu il Parlamento a richiedere ufficialmente di poter partecipare al procedimento di selezione dei giudici europei. Con una risoluzione adottata nel 1982<sup>41</sup> in occasione della riforma del Trattato, il Parlamento europeo avanzò la richiesta di vedere rafforzato il proprio ruolo nel sistema delle istituzioni europee. Il nuovo Parlamento avrebbe dovuto avere anche un nuovo peso nel conferimento degli incarichi ai giudici europei.

Successivamente, il Parlamento è tornato a far sentire la propria voce nel 1993 con una nuova risoluzione<sup>42</sup>. A dieci anni di distanza dal precedente documento, la posizione del Parlamento cambia sensibilmente e si fa più forte la richiesta di essere dotato di maggiore peso nei processi legislativi e decisionali europei. Con riferimento alla composizione della Corte di Lussemburgo, il Parlamento sostenne che un metodo attraverso il quale

---

<sup>40</sup> Sally J. Kenney, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, supra nota 25., p. 165.

<sup>41</sup> Risoluzione sugli orientamenti del Parlamento Europeo per quanto concerne la riforma dei trattati e la realizzazione dell'Unione Europea. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, Serie C, Volume 238, del 13.09.1982, pagina 25 [GU (C 238) 25], 6 Luglio 1982.

<sup>42</sup> Debates of the European Parliament, 9 Febbraio 1994, n. 3-442/139, Role of the European Parliament in the Appointment of Judges to the Court of Justice of the European Communities.

affrontare il problema dell'eccessivo arbitrio dei governi degli Stati membri e di conseguenza della politicizzazione del procedimento, sarebbe stato quello di attribuire al Parlamento europeo stesso il potere di eleggere, con voto di maggioranza, insieme al Consiglio i giudici per un termine di nove anni, non rinnovabile<sup>43</sup>. L'ampia e radicale proposta del Parlamento fu successivamente inclusa nella proposta di revisione dei Trattati<sup>44</sup>, la quale partiva dalla presa di coscienza dell'avvenuta trasformazione della Corte di giustizia, contestualmente all'evoluzione delle Comunità europee, in una corte costituzionale. Il grado di maturazione raggiunto dalle istituzioni europee era tale per cui il Trattato di Roma risultava ben distante dalla realtà e si necessitavano misure di riforma drastiche. Come sostenne il deputato Medina Ortega infatti, il grado di integrazione europea raggiunto imponeva una riflessione sul metodo di selezione dei giudici che risultava datato e non più corrispondente alla realtà. In un contesto in cui trasparenza ed *democratic accountability* avevano assunto al ruolo di principi guida per le istituzioni europee, la nomina dei giudici della Corte di giustizia era disciplinata da un metodo di selezione intergovernamentale che di fatto rendeva l'apparato giudiziario europeo sia del carattere di trasparenza che di quello di *accountability*<sup>45</sup>. Ciò che risulta particolarmente interessante è che Ortega giunga a tale conclusione dopo aver confrontato le procedure di nomina dei giudici della Corte di Lussemburgo con quelle previste per la nomina dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte Suprema degli Stati Uniti.

---

<sup>43</sup> Damian Chalmers, Adam Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

<sup>44</sup> Resolution on the General Outline for a Draft Revision of the Treaties, 1997, OJ (C 33) 66. (B4-0040/97), 16 January 1997.

<sup>45</sup> Vedi Sally J. Kenney, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, *supra* nota 25. p. 166



Alla luce di queste riflessioni, che comunque non trovarono seguito tra le altre istituzioni europee, il dibattito si spostò all'interno della Conferenza Intergovernamentale del 1996. In vista di tale occasione un *report* fu redatto che aveva toccava vari punti controversi quali la necessità di incrementare la rappresentatività della Corte, la presenza di esponenti dei diversi gruppi sociali, linguistici e culturali presenti in seno alle Comunità europee, la composizione della Corte e le modalità attraverso le quali essa doveva essere determinata e la durata dell'incarico. Tuttavia, in linea con quanto fin qui esposto in merito al limitato interesse mostrato sia dalla dottrina che dalle stesse istituzioni europee per certe tematiche, il cuore della discussione si concentrò ancora una volta sui poteri riconosciuti all'organo giudiziario<sup>46</sup>. Il *report* pubblicato dalla Corte di Giustizia nel 1995 risulta ad ogni modo due questioni particolarmente interessanti, anche se trascurate dai dibattiti dei circoli accademici.

In primo luogo, la Corte di giustizia in vista della Conferenza Intergovernativa del 1996 prende in considerazione le prospettive di allargamento dell'Unione ed il conseguente aumento del numero di Stati che sarebbero entrati a far parte delle istituzioni europee, ivi compresa la Corte di Lussemburgo. Vi è dunque nel *report* espressa la preoccupazione per il mantenimento del vincolo tra numero di giudici e numero di Stati membri *"even though the treaties do not provide for any link between nationality and membership of the Court"*<sup>47</sup>. Secondo l'opinione della Corte il perseverare di tale prassi avrebbe portato fatto correre all'organo giudiziario

---

<sup>46</sup> Nel 1994 il Consiglio dell'Unione Europea decise di creare un gruppo di studio che avesse il compito di preparare i lavori in vista della Conferenza Intergovernativa del 1996, prevista secondo l'Articolo N(2) del Trattato sull'Unione Europea. Alle istituzioni fu chiesto di redigere dei documenti relativi al Trattato e la Corte di giustizia rispose presentando il proprio *report*. *Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on the European Union*, Lussemburgo, Maggio 1995.

<sup>47</sup>*Id.* paragrafo 16.

il rischio di superare “*the invisible boundary between a collegiate court and a deliberative assembly*”<sup>48</sup>, specialmente nelle occasioni in cui si fosse riunita in seduta plenaria. Si da atto dunque della prassi consolidata che, preme ricordarlo, all'epoca non era ancora stata inserita in una disposizione espressa di un trattato ed è la Corte stessa a sollecitare una modifica di tale prassi paventando rischi che, sebbene difficilmente si possano trasformare in realtà, di fatto sono stati ignorati dagli Stati.

Il secondo profilo di discussione rilevante sollevato dal *report* riguarda la richiesta avanzata dal Parlamento per il conseguimento di un ruolo all'interno della procedura di nomina dei giudici europei. Sulla proposta di attribuire al Parlamento il potere di condurre uno scrutinio sui candidati, la Corte esprime un giudizio *tranchant* dichiarando quanto segue

*“a reform involving a hearing of each nominee by a parliamentary committee would be unacceptable. Prospective appointees would be unable adequately to answer the questions put to them without betraying the discretion incumbent upon persons whose independence must in the words of the treaties, be beyond doubt and without prejudging positions they might have to adopt with regard to contentious issues which they would have to decide in the exercise of their judicial function.”*<sup>49</sup>

La Corte di giustizia, pur mantenendo una certa apertura ad una modifica del sistema di nomina dei giudici europei, che mantenga intatti

---

<sup>48</sup> *Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on the European Union*, *supra* nota 48.

<sup>49</sup> *Id.*

l'indipendenza e l'efficienza dell'organo, si dimostra fortemente contraria alla posizione proposta dal Parlamento. Contrarietà supportata anche da dichiarazioni pubbliche rese da ex giudici della Corte di giustizia. La volontà del Parlamento di avere un ruolo nella scelta dell'organico della Corte di Lussemburgo non ha mai trovato reali sostenitori e rimane ad oggi una posizione minoritaria, che trova appoggio solo da parte di chi sostiene si potrebbe valutare un modello di nomina sulla scorta di quello adottato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, affidando al Parlamento una funzione che in parte richiami il ruolo di *"advice and consent"* del Senato americano.<sup>50</sup>

Nonostante le posizioni conservative che si sono delineate nel corso degli anni e che hanno favorito il preservarsi della prassi che ha reso quello della selezione dei giudici terreno fertile per la discrezionalità dei governi degli Stati membri, il tema della modifica della procedura di nomina viene talvolta ripreso. In particolare ciò avviene in occasione dei negoziati per le modifiche ai trattati. Nel corso dei lavori preparatori della Costituzione per l'Europa si è ad esempio fatta strada l'idea tra alcuni membri del *Discussion Circle on the Court of Justice* che *"the appointment should be by act of the Council and, of these, several felt that the Council should act by a qualified majority"*<sup>51</sup>.

Questa rimase tuttavia una posizione minoritaria e mai compiutamente sviluppata. Nessuna delle diverse proposte che furono avanzate vennero accolte, se non in maniera molto limitata. La maggioranza dei delegati partecipanti alla discussione conclusero che le previsioni relative al numero di giudici presenti sia nel Tribunale che alla Corte di giustizia, quelle relative alla durata dell'incarico e alla procedura per il

---

<sup>50</sup> Sally J. Kenney, *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, supra nota 25.

<sup>51</sup> *Final Report of the Discussion Circle on the Court of Justice*, 25 Marzo 2003,

conferimento dello stesso non dovessero variare. Di fatto fu scartata non soltanto l'ipotesi di modificare, come sopra riportato, il procedimento di nomina, ma anche quella di allungare a 9 o 12 anni non rinnovabili la durata della carica<sup>52</sup>.

Fu al contrario accolta con segno positivo la proposta della creazione di un comitato di esperti cui spettasse di valutare la conformità del profilo dei candidati a svolgere la funzione di giudice europeo selezionati dai governi degli Stati membri. La previsione, contenuta nell'articolo 255 TFUE, di un comitato cui sono attribuiti tali compiti, che sarà oggetto di approfondimento nel prossimo paragrafo, costituisce l'unica reale innovazione apportata dal Trattato di Lisbona al procedimento di nomina dei giudici europei. Questa novità assume ancora maggiore valore se poi si tiene in considerazione che essa, in piccola parte, risponde per la prima volta anche alle richieste di partecipazione del Parlamento. Infatti, nonostante l'opposizione mostrata da alcuni componenti del *Discussion Circle*, è stata alla fine disposto che uno dei componenti del nuovo comitato dovesse essere nominato dal Parlamento europeo.

Prima di spostarci sull'analisi del comitato creato a norma dell'Articolo 255 TFUE, occorre dare conto di un'ultima proposta di riforma che riguarda il numero di giudici che compongono il Tribunale. Nel 2011 il Presidente della Corte di giustizia ha reso nota una lettera con la quale sollecitava l'incremento del numero di giudici del Tribunale<sup>53</sup>. Attualmente anche questo organo è composto di 27 membri, nominati ognuno da uno Stato membro. Tuttavia, con riferimento al Tribunale l'Articolo 19 TUE non impone alcun vincolo rigido tra numero di Stati e numero di giudici, come

---

<sup>52</sup> Si trattava di una proposta discussa dal *Circle* su iniziativa del Presidente della Corte di giustizia e di quello del Tribunale.

<sup>53</sup> *Supra* nota 35.

invece si è visto essere imposto per la Corte di giustizia. Per il Tribunale la norma dispone che vi sia “*almeno un giudice per Stato membro*” e questo consente dunque di valutare l'ipotesi di ampliarne l'organico. Secondo Vassilios Skouris, Presidente della Corte di giustizia e promotore dell'iniziativa di riforma del Tribunale, l'esigenza di aumentare il numero di giudici dai 27 attuali a 39 sarebbe giustificata dalla necessità di fronteggiare l'aumentato carico di lavoro per gli organi giudiziari europei. Il Parlamento si è mostrato favorevole a sostenere la proposta e conseguentemente una procedura legislativa è stata aperta affinché l'iniziativa venisse presa ufficialmente in considerazione<sup>54</sup>.

L'ampliamento dell'organico del Tribunale si dovrebbe tuttavia inserire in un più ampio contesto di modifiche allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea, la cui complessità ha suggerito di posticipare l'adozione di alcuni emendamenti più controversi a favore di altri sui quali era più facilmente raggiungibile un compromesso. A partire dall'agosto 2012 sono dunque state attuate misure di riforma meno politicamente controverse, mentre per ciò che riguarda l'incremento del numero di giudici della Corte il Consiglio dell'Unione Europea e la Commissione Affari Legali del Parlamento europeo si sono detti sicuri di poter procedere a superare le resistenze degli Stati membri a partire da Settembre 2013. Il raggiungimento dell'obiettivo prefissato richiederà la modifica del Trattato e il raggiungimento da parte degli Stati di un accordo circa le modalità con cui procedere alla nomina dei giudici addizionali. Si può facilmente immaginare il motivo che ha impedito di trovare una facile soluzione alla questione e che ha indotto la scelta di posticipare questo tipo di riforma. In un contesto

---

<sup>54</sup> E' possibile seguire l'evoluzione della procedura attraverso la pagina ad essa dedicata sul sito internet dell'Osservatorio Legislativo del Parlamento europeo.

in cui vige immutato da sempre il vincolo di nazionalità dei giudici, nessuno Stato ha interesse a rinunciare alla possibilità di nominare un altro componente del Tribunale.

Per cercare di favorire l'incontro tra le volontà degli Stati membri, la Commissione ha pubblicato un'opinione nel settembre 2011, con la quale proponeva due possibili metodi di selezione dei giudici del Tribunale<sup>55</sup>. Il primo sistema proposto è basato su una rotazione tra gli Stati alla quale si dovrebbe procedere sulla base di una lista precedentemente stilata. Il Tribunale sarebbe composto di almeno un giudice per Stato membro, così come richiesto dall'Articolo 19 TUE secondo la formulazione attuale, ma alcuni Stati avrebbero fino ad un massimo di due giudici seduti al Tribunale. Secondo l'opinione della Commissione, al fine di evitare il crearsi di un competizione tra giudici, la loro entrata in servizio non dovrebbe coincidere, ma al contrario i loro incarichi dovrebbero essere scaglionati, tenendo conto del parziale rinnovo del Tribunale che avviene ogni tre anni. Il secondo modello di cui riferisce la Commissione nella propria proposta si concentra invece sullo specifico ruolo da attribuire al Tribunale e cerca dunque un equilibrio tra questo e la necessità di dare equa rappresentanza ai sistemi giuridici nazionali. La Commissione sostiene che, per rispondere all'aumentato carico di lavoro, il Tribunale dovrebbe essere strutturato *"more in terms of specialised chambers for each subject"* e per questo motivo, viene proposta la nomina di metà dei nuovi giudici tenendo conto della necessità di individuare specifiche competenze.

Quale sarà la strada che gli Stati decideranno di percorrere non è ancora possibile saperlo, ad ogni modo risulta particolarmente evidente

---

<sup>55</sup> *Commission opinion on the requests for the amendment of the Statute of the Court of Justice of the European Union*, 30 Settembre 2011.

come gli Stati siano chiamati, almeno con riferimento al Tribunale, a superare il paradigma “un giudice ogni Stato”. Il vincolo di nazionalità rappresenta un limite allo sviluppo dell'apparato giudiziario europeo, non più giustificato dalla necessità di dare legittimazione alla Corte di Lussemburgo o di assicurare rappresentanza alle specificità nazionali. A meno di non voler mettere in discussione i risultati raggiunti in termini di integrazione europea.

#### **4. Il nuovo comitato ex Art. 255 TFEU.**

Il Trattato di Lisbona ha ignorato le diverse proposte di riforma sopra elencate ed in tema di selezione dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha prevalso la volontà di mantenere lo *status quo*. A ciò fa eccezione il nuovo Articolo 255 TFUE<sup>56</sup>, il quale ha comportato l'introduzione nel procedimento di nomina di un nuovo soggetto. A norma del suddetto articolo, affinché gli Stati possano procedere alla nomina di un giudice, la persona candidata dovrà essere valutata da un comitato composto da sette membri scelti secondo le modalità che si diranno tra poco. Il

---

<sup>56</sup> Articolo 255 TFUE. È istituito un comitato con l'incarico di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale, prima che i governi degli Stati membri procedano alle nomine in conformità degli articoli 253 e 254.

Il comitato è composto da sette personalità scelte tra ex membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo. Il Consiglio adotta una decisione che stabilisce le regole di funzionamento di detto comitato e una decisione che ne designa i membri. Esso delibera su iniziativa del presidente della Corte di giustizia.

comitato è incaricato di esprimere un giudizio, non vincolante per gli Stati circa l'adeguatezza di colui o colei che è stato indicato per ricoprire l'incarico di giudice europeo.

Si tratta di un organo piuttosto giovane e di cui si hanno poche informazioni, pertanto esprimere una valutazione complessiva sulla sua attività ed il ruolo svolto nel procedimento è un obiettivo che non può essere pienamente raggiunto nel presente lavoro. Tuttavia, i profili d'interesse sollevati dalla introduzione di questa figura nel procedimento di selezione dei giudici sono vari e di questi si è opportuno dare conto.

A prima vista il nuovo comitato ha la possibilità di modificare almeno in parte il meccanismo di nomina dei giudici europei, pur rimanendo nel quadro delle disposizioni dei Trattati e delle vaghe disposizioni relative alla composizione delle Corti di Lussemburgo. Il potere di scegliere chi deve far parte dell'apparato giudiziario europeo rimane nelle mani degli Stati, che continuano a godere di ampi discrezionalità per ciò che riguarda i meccanismi di reclutamento adottati a livello nazionale, sia per quanto riguarda il raggiungimento del comune accordo necessario per l'affidamento definitivo del ruolo. Il parere reso dal comitato infatti non ha niente a che vedere con quello ad esempio reso dal Senato degli Stati Uniti d'America che, tramite votazione, è chiamato ad esprimere il suo *advice and consent* su un candidato e che ha quindi la possibilità di respingere la nomina. L'opinione del comitato istituito a livello europeo non è vincolante e la capacità di influenzare le scelte degli Stati dipende prevalentemente dall'autorevolezza che il comitato è stato finora in grado e sarà in grado in futuro di conquistare<sup>57</sup>. L'impressione che si è ad oggi ricavata e che sembra

---

<sup>57</sup> Occorre puntualizzare che le informazioni relative all'attività del comitato o alla forza delle sue opinioni sono molto poche e difficili da reperire. Si ha la sensazione che ancora una volta prevalga un atteggiamento, già adottato in generale per il procedimento di



confermata da quanto dichiarato da Lord Mance<sup>58</sup> è che il comitato voglia estendere il proprio ruolo oltre quanto previsto dalla scarna disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Di fatto, sulla carta questo nuovo soggetto sembra dotato di limitati poteri ed è questo un ostacolo con il quale si è dovuto nella pratica confrontare.

Quando la nomina di un nuovo giudice si renda necessaria, lo Stato membro può indicare al comitato esclusivamente un nome. La valutazione che questo potrà offrire sarà dunque relativa a quell'unico candidato. In un sistema così strutturato è escluso un qualsivoglia bilanciamento tra diverse carriere o specializzazioni in ragione delle esigenze della Corte in punto di qualificazione professionale, esperienza o sesso dei propri componenti. Il comitato può solo offrire ai governi degli Stati Membri una valutazione circa il candidato indicato, ma ciò non incide neppure marginalmente sull'ampia libertà riconosciuta agli Stati nel momento della scelta dei giudici.

L'Articolo 255 TFUE non fornisce dunque che indicazioni generali circa la funzione assegnata al nuovo comitato e chi ne può far parte. Per ricavare maggiori informazioni occorre risalire al momento dell'entrata in vigore degli emendamenti ai trattati apportati dal Trattato di Lisbona e a come il comitato abbia concretamente interpretato il proprio ruolo nel corso degli ultimi due anni.

---

nomina, di estrema riservatezza. Ai fini del presente lavoro si farà pertanto prevalentemente riferimento alla già menzionata presentazione di Lord Mance davanti alla United Kingdom Association for European Law, *The Composition of the Court of Justice*, supra nota 8. Si attingeranno poi informazioni da articoli comparsi su giornali e siti internet che seguono le vicende dell'Unione Europea.

<sup>58</sup> Lord Mance, *The Composition of the Court of Justice*, supra nota 8.

Nei primi mesi del 2010, il Presidente della Corte di giustizia Skouris inoltrò due raccomandazioni<sup>59</sup>, la prima allo scopo di fissare le regole del comitato e la seconda al fine di nominare i sette componenti del nuovo organo, cui seguirono due decisioni del Consiglio dell'Unione Europea<sup>60</sup>. Nell'introdurre le regole del comitato, il Presidente esplicitò la sua volontà di limitare le disposizioni esclusivamente a questioni relative ai poteri del comitato ed alle relazioni tra questo e le altre parti del procedimento. La brevità delle regole inerenti questo nuovo soggetto nel panorama europeo non sono dunque da interpretarsi come niente di diverso dal risultato di una esplicita scelta, volta a lasciare al comitato stesso ampio spazio di manovra nel corso del periodo di attività di autoregolamentarsi. Secondo quanto rivelato ancora una volta da Lorda Mance, tale potere di autoregolamentazione sembra essere stato immediatamente sfruttato dal comitato al fine non soltanto di stabilire le proprie regole di procedura, ma anche al fine di modellare il proprio ruolo<sup>61</sup>. Le regole originarie sono solo nove ed esse contengono quelli che appaiono come principi generali volti a guidare l'attività del comitato.

Con riferimento alla composizione dell'organo consultivo creato a norma dell'Articolo 255 TFEU, la Regola n. 2 stabilisce che dei sette membri facenti parte il comitato, uno dovrà essere nominato dal Parlamento europeo. Questa disposizione, alla luce di quanto sopra esposto

---

<sup>59</sup> Recommendation relating the operating rules of the panel provided for in the Article 255 TFEU of 11 January 2010 (5195/10) e Recommendation concerning the composition of the panel provided for in Article 255 TFEU of 2 February 2010 (5932/10).

<sup>60</sup> Council Decision relating to the operating rules of the panel provided for in Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2010, OJ (L 50) 18 (2010/125/EU), 25 February 2010; Council Decision appointing the members of the panel provided for in Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 2010, OJ (L 50) 2', 25 February 2010.

<sup>61</sup> Lord Mance, *The Composition of the Court of Justice*, *supra* nota 8.

relativamente alle pretese di partecipazione al procedimento di nomina dei giudici avanzate dall'organo legislativo europeo, assume particolare valore. Sebbene in misura molto limitata, per la prima volta si è riconosciuta la richiesta del Parlamento di giocare un qualche ruolo nel reclutamento dei giudici europei.

Ancora, la Regola n. 2 dispone che tutti i membri del comitato, ivi compreso quello scelto dal Parlamento europeo, devono essere selezionati tra giudici delle Corti supreme nazionali o avvocati. Quando nel 2010 il Presidente Skouris propose i nomi dei sette membri del comitato<sup>62</sup>, egli chiarì la volontà di raggiungere un duplice obiettivo. Da un lato vi era la necessità di assicurare rappresentanza ai diversi sistemi giuridici europei, dall'altro la composizione dell'organo doveva essere bilanciata da un punto di vista geografico. Preme sottolineare come invece non sia stato fatto alcun riferimento alla necessità di avere una composizione bilanciata dal punto di vista del genere. Le argomentazioni presentate con riferimento al reclutamento delle personalità da inserire nel comitato non sono molto diverse da quelle avanzate, ed esposte sopra, riguardo la nomina dei giudici europei. In entrambi i casi il tema della *diversity* è trascurato ed in particolare è trascurata l'eguale rappresentanza di genere<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> I membri del comitato sono nominati a norma della Regola n. 3 per 4 anni non rinnovabili. I membri del primo comitato sono: Jean-Marc Sauvé, Presidente del comitato, attuale vice presidente del Consiglio di Stato della Repubblica francese; Peter Jann, giudice alla Corte di giustizia dal 19 Gennaio 1995 al 6 Ottobre 2009; Lord Mance, attuale componente della Corte Suprema del Regno Unito; Torbe Melchior, attuale Presidente della Corte Suprema danese; Péter Paczolay, Presidente della Corte Costituzionale ungherese; Ana Palacio Vallelersundi, avvocato a Madrid e membro del Parlamento europeo tra il 1994 ed il 2002; Virpi Tiili, giudice della *Court of First Instance* dal 18 Gennaio 1995 al 6 Ottobre 2009.

<sup>63</sup> Il tema della *diversity* è stato ampiamente discusso con riferimento alla Corte Suprema degli Stati Uniti e sono stati indicati i vari profili che nell'ordinamento statunitense si associano al termine. La rappresentanza deve riguardare sia il genere, ma anche l'esperienza professionale, la provenienza geografica, l'appartenenza religiosa. In Europa il dibattito sembra essere alle prime battute e sembra essere riferito esclusivamente alla rappresentanza

Ciò rilevato, la composizione del comitato risulta meritevole di attenzione. In particolare è interessante notare che ad eccezione di Ana Palacio Vallelersundi, l'unico membro nominato dal Parlamento, gli altri sei componenti hanno tutti un percorso professionale comune. Due di questi hanno in precedenza ricoperto incarichi presso le corti europee mentre gli altri esercitano funzioni giudicanti presso supreme corti nazionali. La presenza in via prevalente di giudici, all'interno di un comitato chiamato ad esprimere un giudizio su altri potenziali giudici, è decisamente peculiare, ma comunque compatibile con una certa tradizione europea. Il comitato creato a norma dell'Articolo 255 TFUE richiama alla mente modelli di *judicial council* piuttosto che di *judiciary committee*<sup>64</sup>, come quello esistente in seno al Senato degli Stati Uniti d'America, il cui compito è di fornire l'*advice and consent* alle nomine del Presidente<sup>65</sup>.

Lo stesso dato solleva un ulteriore spunto critico se osservato da un'altra prospettiva. Se infatti si considera la posizione di Vallelersundi essa è peculiare per una duplice ragione, non solo si tratta dell'unico componente che non vanta una pregressa esperienza come giudice e che invece vanta un'esperienza politica in qualità di ex europarlamentare. La sua presenza è particolarmente significativa alla luce del processo che ha portato alla redazione dell'Articolo 255. Si è infatti dato conto dell'opposizione mostrata su più fronti alla richiesta del Parlamento di avere un ruolo nel procedimento di nomina. Una delle motivazioni per tale contrarietà era il

---

di genere. Il numero di donne che siedono nelle istituzioni europee ed in particolare alla Corte è infatti ad oggi ancora esiguo. Per un approfondimento si vedano Sally J. Kenney, *Breaking the silence: gender mainstreaming and the composition of the European Court of Justice*, *Feminist Legal Studies* 10: 257 – 270 (2002); Iyiola Solanke, *Diversity and Independence in the European Court of Justice*, 15 *Colum. J. Eur. L.* 89 (2008-2009).

<sup>64</sup>Nuno Garoupa, Tom Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, 57 *Am. J. Comp. L.* 2009.

<sup>65</sup>*Supra* capitolo II.

timore di vedere come eccessivamente politicizzato il processo di conferma delle nomine, sulla scorta di quanto avviene negli Stati Uniti<sup>66</sup>. Nonostante questa manifesta avversione per la partecipazione del Parlamento, il *Discussion Circle* concluse che era opportuno attribuire al Parlamento europeo il potere di selezionare un componente del comitato.

La nomina di Vallelersundi da parte del Parlamento ha, alla luce di quanto esposto e del suo curriculum ben diverso da tutti gli altri, il valore di una dichiarazione politica. Ciò non di meno, bisogna fare attenzione a non attribuire eccessivo valore a questa scelta. L'influenza del Parlamento all'interno del comitato resta comunque limitata ad un unico membro su sette.

Nel trattare del comitato di esperti creato a norma dell'Articolo 255 TFEU, non si può far a meno di menzionare la Regola n. 7, che solleva particolare interesse comparatistico. Secondo quanto previsto da tale disposizione, il comitato ha il potere di convocare i candidati per un'audizione, da rendersi in forma privata. La Regola n. 6 dispone infatti che, una volta che il governo ha individuato il nome del proprio candidato, questo dev'essere trasmesso al presidente del comitato ad opera della Segreteria Generale del Consiglio. A questo punto, se il gruppo di esperti lo ritiene opportuno, essi possono richiedere al governo nazionale di fornire ulteriori informazioni. A questo potere di indagine sul candidato si aggiunge la possibilità, prevista dalla Regola n. 7, di invitare il candidato a presentarsi per rendere delle dichiarazioni nel corso di una seduta che si svolgerà a porte chiuse. Da una prima osservazione delle disposizioni richiamate sembra che la scelta se convocare o meno il candidato rientri nella

---

<sup>66</sup> Bilyana Petkova, *Structural Changes and Decision-Making at the European Court of Justice After Eastern Enlargement*, disponibile alla pagina <http://www.ecprnet.eu/databases/conferences/papers/357.pdf>12

discrezionalità del comitato. Una discrezionalità che si potrebbe attribuire all'opposizione di alcuni verso un'effettiva pubblicità del procedimento di valutazione dei candidati. Il *Discussion Circle* si era ad esempio apertamente schierato contro tale ipotesi. La soluzione di compromesso sembra essere stata raggiunta lasciando al comitato la possibilità di decidere se sottoporre i candidati a questo tipo di scrutinio.

Il comitato dal momento del suo insediamento ha interpretato la Regola n. 7 nel senso di riconoscervi un obbligo a convocare per un'audizione i candidati, quando si tratti di un nuova nomina. Nel caso invece di candidati cui lo Stato abbia deciso di rinnovare l'incarico, il comitato ha ritenuto che non vi possa essere nessuna forma di confronto con il candidato stesso<sup>67</sup>. La scelta di escludere un'audizione del giudice al secondo mandato merita attenzione. In assenza di alcuna spiegazione più specifica circa tale scelta, si può immaginare che essa derivi dalla volontà di evitare una valutazione *a posteriori* dell'operato del giudice, che potesse in qualche modo comprometterne l'indipendenza.

Nel senso invece di preservare i giudici da un'eccessiva esposizione mediatica va letta la decisione di rendere questo tipo di sedute non aperte al pubblico. Tale scelta, dettata dalla volontà di non seguire l'esempio americano dei *confirmation hearings*, va tuttavia a discapito della trasparenza del procedimento. In un contesto piuttosto "oscuro" quale quello in cui si svolge la procedura di nomina dei giudici europei, si sarebbe potuto auspicare in realtà per una scelta di segno opposto a quella fatta. Richiedere lo svolgimento di scrutini pubblici dei candidati avrebbe inciso sotto il

---

<sup>67</sup> "The panel has interpreted its rules to mean that, while in the case of a new appointment it must have a hearing, in the case of a re-appointments it cannot have a hearing. That interpretation might appear controversial, but appeared borne out by the drafting history." Lord Mance, *The composition of the Court of Justice*, paragrafo 25, *supra* nota 8.

profilo della trasparenza e della conoscibilità delle procedure, senza di fatto alterare il potere riconosciuto agli Stati. Sebbene il dibattito che negli Stati Uniti si è creato attorno ai *confirmation hearings* ed alla partecipazione massiccia dei mezzi di informazione a questo momento così controverso del procedimento di nomina dei giudici federali abbia messo in guardia dei rischi di una esposizione mediatica non controllata, è opportuno sottolineare che, tenuto conto del fatto che uno dei difetti principali del procedimento di nomina dei giudici europei fino qui individuati consiste nella mancanza di trasparenza, una maggiore pubblicità almeno del momento di scrutinio e di valutazione dei candidati sarebbe auspicabile e potrebbe costituire un primo passo verso una maggiore conoscibilità e certezza delle procedure di selezione.

## **5. La Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.**

Il tema della selezione dei giudici della Corte di giustizia dell'Unione Europea assume nuova rilevanza alla luce dell'Articolo 6 TUE<sup>68</sup>, il quale

---

<sup>68</sup> Articolo 6 Trattato sull'Unione Europea. 1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze

prevede l'accessione dell'Unione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). La Convenzione già da tempo rappresenta una fonte di ispirazione per la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e ancor più lo diventerà in conseguenza della completa attuazione del disposto dell'Articolo 6.

Anche la procedura di nomina dei giudici dell'Unione dovrà, verosimilmente, essere riconsiderata alla luce del disposto dell'Articolo 6 (1) della Convenzione<sup>69</sup> con riferimento ai principi di imparzialità e di terzietà del giudice. Una simile previsione è altresì contenuta nell'Articolo 47 (2) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea<sup>70</sup>, la quale ha acquisito un nuovo valore legale tra le fonti del diritto dell'Unione a seguito dell'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona. Da queste norme e

---

dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

<sup>69</sup>Articolo 6 (1) CEDU. Diritto a un equo processo.

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

<sup>70</sup>Articolo 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.



dal valore loro attribuito all'interno dell'Unione, derivano nuovi obblighi per tutte le istituzioni europee e, per ciò che qui ci compete, in special modo per quelle coinvolte nel procedimento di nomina dei giudici della Corte di Lussemburgo. Particolarmente, l'Unione Europea dovrà rendere il sistema di reclutamento dei giudici europei scevro da influenze politiche indebite che compromettano l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giudiziari.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ha ripetutamente dalle sue origini ad oggi fornito un'interpretazione del termine "indipendente" riferito alla funzione di giudice. Ogni qual volta la CEDU debba giudicare un caso inerente alle questioni di imparzialità ed indipendenza della magistratura fa ricorso ad una formula ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed afferma che

*"in order to establish whether a body can be considered "independent", regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and to their term of office, to the existence of guarantees against outside pressures and to the question whether the body presents an appearance of independence."*<sup>71</sup>

Il collegamento tra la procedura di selezione dei giudici e l'indipendenza degli stessi, percepita e reale, emerge con estrema chiarezza nella giurisprudenza della CEDU. L'Unione Europea è oggi più che mai

---

<sup>71</sup>Si vedano tra le altre *Sacilor Lormines v. France*, no. 65411/01, judgment of 9 November 2006, Reports of Judgments and Decisions 2006-XIII; *Brudnicka and Others v. Poland*, no. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II; *Findlay v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 281, § 73; *Bryan v. the United Kingdom*, no. 19178/91, judgment of 22 November 1995, Series A no.335-A; *Langborger v. Sweden*, judgment of 22 June 1989, Series A no. 155, p. 16. para 32.

chiamata a confrontarsi con i pronunce ed è dunque ragionevole chiedersi se la procedura di nomina dei giudici europei delineata secondo il Trattato di Lisbona rispetti i requisiti di indipendenza e imparzialità così definiti.

Gli articoli 253 e 254 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea richiedono entrambi che, con riferimento alla Corte di giustizia il primo e al Tribunale il secondo, vengano selezionati giudici che "*offrano tutte le garanzie di indipendenza*" e ulteriori garanzie sono previste nello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea.<sup>72</sup> Ciò non di meno, l'indipendenza dei giudici europei non può dirsi totalmente assicurata dato l'ampio e indiscriminato potere attribuito ai governi degli Stati Membri. La più volte richiamata mancanza di trasparenza che si può riscontrare sia a livello di procedure nazionali di selezione dei candidati alle corti europee, sia a livello sovranazionale di scrutinio e nomina dei giudici marca negativamente l'intero procedimento che porta a determinare la composizione della Corte di Lussemburgo. L'anonimato con il quale vengono rese le decisioni, l'impossibilità di rendere opinioni dissenzienti e la distribuzione dei casi alle diverse sezioni, indipendentemente dalla presenza nel collegio giudicante del giudice nominato dal governo

<sup>72</sup> Articolo 2 Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Ogni giudice, prima di assumere le proprie funzioni, deve, in seduta pubblica, prestare giuramento di esercitare tali funzioni in piena imparzialità e secondo coscienza e di non divulgare del segreto delle deliberazioni.

Articolo 3 (1). I giudici godono dell'immunità di giurisdizione. Per quanto concerne gli atti da loro compiuti in veste ufficiale, comprese le loro parole e i loro scritti, essi continuano a

godere dell'immunità dopo la cessazione dalle funzioni.

Articolo 4 (1), (2), (3). I giudici non possono esercitare alcuna funzione politica o amministrativa.

Essi non possono, salvo deroga concessa a titolo eccezionale dal Consiglio, esercitare alcuna attività professionale remunerata o meno.

Al momento del loro insediamento, essi assumono l'impegno solenne di rispettare, per la durata delle loro funzioni e dopo la cessazione da queste, gli obblighi derivanti dalla loro carica, in particolare i doveri di onestà e di discrezione per quanto riguarda l'accettare, dopo tale cessazione, determinate funzioni o vantaggi.

eventualmente parte in causa, sono garanzie che solo parzialmente bilanciano l'assoluta mancanza di conoscibilità dei meccanismi che governano i passaggi precedenti il conferimento dell'incarico per comune accordo tra gli Stati membri. Se si considera inoltre la durata breve della carica e la possibilità di rinnovo, non si può far a meno di constatare come il sistema attuale sia suscettibile di critiche e sospetti di politicizzazione, cui al contrario la Corte di giustizia dovrebbe essere tenuta al riparo.

Il Consiglio d'Europa ha dimostrato in più di un'occasione mostrato di ritenere quello dell'indipendenza della magistratura un tema cui è necessario prestare particolare attenzione. Agli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione è stato di fatto richiesto di incrementare la trasparenza, la coerenza e la certezza delle procedure adottate per individuare i tre candidati alla Corte di Strasburgo da sottoporre alla votazione dell'Assemblea Parlamentare.

All'impegno del Consiglio d'Europa in questo senso si è aggiunto l'eccellente lavoro di ricerca svolto dal Professor Jutta Limbach e dal gruppo riunito nell' *International Centre for the Legal Protection of Human Rights* (Interights), il quale nel 2003 si è trasformato in un documento dal significativo titolo "*Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*"<sup>73</sup>. L'analisi condotta da Interights riguarda le procedure adottate a livello nazionale per la selezione dei tre candidati da sottoporre al voto dell'Assemblea parlamentare. Il quadro che emerge dall'analisi è quello di una generale inadeguatezza dei meccanismi adottati, che vengono definiti

---

<sup>73</sup> Jutta Limbach, Pedro Cruz Vilallón, Roger Errera, Anthony Lester, Tamara Morchchakova, Stephen Sedley, Andrzej Zoll, *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, INTERIGHTS, Maggio 2003.

*"politicised and so opaque that they are barely understood, even by some judges appointed by them. There is no meaningful review of these procedures at the international level, and no effective safeguards against arbitrariness."*<sup>74</sup>

Il *report* si conclude affermando che

*"while accepting the diversity of legal systems in Europe, minimum standars should be issued to States on the essential procedural steps and safeguards that should be undertaken in the judicial nomination process."*<sup>75</sup>

Alla luce di quanto sopra esposto, si può senza timore di smentita sostenere che una simile riflessione può senza dubbio essere estesa alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. Con l'ingresso nel Consiglio d'Europa dell'Unione Europea quale autonomo soggetto di diritto, questa sarà tenuta ad adeguarsi ai requisiti sopra esposti sotto un duplice punto di vista. L'Unione Europea non soltanto dovrà implementare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo assicurandosi che la procedura per la selezione dei giudici delle proprie corti siano in linea con quanto comandato in punto di indipendenza ed imparzialità, essa dovrà altresì adeguarsi al dettato della CEDU in qualità di membro chiamato a selezionare essa stessa tre candidati giudici da presentare al voto dell'Assemblea parlamentare. Le obbligazioni derivanti dall'essere un soggetto di diritto parte della Convenzione avranno presumibilmente il duplice effetto di imporre un ripensamento della

---

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.*

procedura attualmente vigenti con riferimento alla composizione della Corte di giustizia e un'attenta valutazione della procedura da seguire per individuare i tre candidati alla Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare gli Stati membri saranno sottoposti ad una sfida sotto due fronti, da un lato dovranno, si può ipotizzare, essere chiamati ad una maggiore trasparenza e quindi a rendere maggiormente conoscibili i criteri adottati a livello nazionale nella scelta della persona da nominare alla Corte di giustizia, dall'altro dovranno trovare un compromesso per la selezione di tre candidati, di cui solo uno andrà effettivamente a ricoprire il ruolo di giudice, prescindendo in questo caso da vincoli di nazionalità. Gli Stati, che già sono presenti alla Corte di Strasburgo ciascuno con un proprio giudice dovranno trovare il modo di far prevalere la voce unica dell'Unione Europea.

## INDICE DELLE OPERE CITATE

*2001 Year-End Report on the Federal Judiciary*,  
<http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2001year-endreport.aspx>.

Commission of the European Communities, “Written Question No. 1750/85 by Dieter Rogalla to the Commission: Appointment of Judges and Advocates-General”, 1986, OJ (C 99) 23 14 October 1985;

Commission of the European Communities, “Written Question No. 1750/85 by Dieter Rogalla to the Council: Appointment of Judges and Advocates-General”, 1986, OJ (C 32) 31 14 October 1985.

Debates of the European Parliament, 9 Febbraio 1994, n. 3-442/139, Role of the European Parliament in the Appointment of Judges to the Court of Justice of the European Communities.

European Charter on the Statute of Judges, 1998.  
[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf)

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the independence of the judicial system. Part I: The Independence of judges*, Study No. 494 / 2008, CDL-AD(2010)004.

European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), Dublin Declaration on Standards for the Recruitment and Appointment of Members of the Judiciary.  
[http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj\\_dublin\\_declaration\\_def\\_dclaration\\_de\\_dublin\\_recj\\_def.pdf](http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj_dublin_declaration_def_dclaration_de_dublin_recj_def.pdf)

Commission opinion on the requests for the amendment of the Statute of the Court of Justice of the European Union, 30 Settembre 2011.

Final Report of the Discussion Circle on the Court of Justice, 25 Marzo 2003,

*John G. Roberts, Jr. Chief Justice of the United States, delivered the third Rehnquist Center Lecture on Wednesday, February 4, 2009, [mms://www.law.arizona.edu/archive/events/RehnquistCenterLecture2009.wmv](https://www.law.arizona.edu/archive/events/RehnquistCenterLecture2009.wmv).*

Interrogazione scritta n. 59 dell'onorevole Sieglershmidt (H-138/80) al Consiglio: Partecipazione del Parlamento europeo alla nomina dei membri della Corte di giustizia delle Comunità. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, Annex: Discussioni del Parlamento europeo I-256 (21 Maggio 1980)*, p. 196.

Interrogazione scritta n. 66 dell'onorevole Sieglershmidt (H-203/80) al Consiglio: Partecipazione del Parlamento europeo alla nomina dei membri della Corte di giustizia delle Comunità. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, Annex: Discussioni del Parlamento europeo I-257 (19 Giugno 1980)*, p. 206.

Interrogazione scritta n. 60 dell'onorevole Glinne (H-139/80) al Consiglio: Partecipazione del Parlamento europeo alla nomina dei membri della Corte di giustizia delle Comunità. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, Annex: Discussioni del Parlamento europeo I-256 (21 Maggio 1980)*, p. 196.

*Judicial diversity – an essential component of a fair justice system, Judicature, Volume 93, Number 5, March – April 2010*, p. 182.

*Most Americans Can't Name a U.S. Supreme Court Justice, Survey Says, [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), 20 agosto 2012.*

Opinion no 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE\(2001\)OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jspRef=CCJE(2001)OP1&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3)

Recommendation (94)12 of the Committee of Ministers on the Independence, Efficiency and the Role of Judges.

Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

Resolution on the General Outline for a Draft Revision of the Treaties, 1997, OJ (C 33) 66. (B4-0040/97), 16 January 1997.

Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on the European Union, Lussemburgo, Maggio 1995.

Risoluzione sugli orientamenti del Parlamento Europeo per quanto concerne la riforma dei trattati e la realizzazione dell'Unione Europea. *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee*, Serie C, Volume 238, del 13.09.1982, pagina 25 [GU (C 238) 25], 6 Luglio 1982.

*Supreme Court justice says appointments becoming more political*, The Associated Press State & Local Wire, 10 maggio 2003.

*The Supreme Court: The Chief*, Time, 17 novembre 1967.



ABRAHAM H.J., *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, 7<sup>th</sup> ed. New York, Oxford, Oxford University Press, 1998.

ABRAHAM H.J., *Justices, Presidents, and Senators. A history of U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*, 5<sup>a</sup> ed., Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2008.

ADAMS J., *Thoughts on Government*,  
<http://www.constitution.org/jadams/thoughts.htm>

AMTENBRINK F., *Toward a more Democratic Union? Comments on the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in INGLIS K. Dr., OTT A. Dr. (eds.), *The Constitution for Europe and an Enlarging Union: Unity in Diversity*, Amsterdam- Groningen, Europa La Publishing, 2005.

BARKER R., *Political Legitimacy and the State*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1990.

BARTON B.H., *An Empirical Study of Supreme Court Justice Pre-Appointment Experience* 64 Fla. L. Rev. 1137 (2012).

BECKER T.L., *Inquiry into a School of Thought in the Judicial Behavior Movement*, Midwest Journal of Political Science, Vol. 7, No. 3, 254-266, (Aug. 1963).

BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, (a cura di) Eugenio Lecaldano, Torino, UTET, 1998.

BERGER R., *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

BICKEL A., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2<sup>nd</sup> ed., New Heaven, London, Yale University Press, 1986.

BISKUPIC J., *Justice Ginsburg reflects on term, leadership role*, USA TODAY, 30 giugno 2011;

BOUDIN L.B., *Government by Judiciary*, Political Science Quartely, Vol. 26, No. 2, 238-270, (Jun. 1911).

BURBANK S.B., *The Architecture of Judicial Independence*, 72 S. Cal. L. Rev. 315 (1998-1999).

BURBANK S.B., *Reconsidering Judicial Independence*, in BURBANK S.B., FRIEDMAN B. (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach*, Thousand Oaks [etc.], Sage Publications, 2002.

BURLEY A.M., MATTLI W., *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, International Organization 47, 1, (Winter 1993).

CALDEIRA G.A., GIBSON J.L., *The Legitimacy of the Court of Justice in the European Union: Models of Institutional Support*, The American Political Science Review, Vol. 89, No. 2, 356-376, (Jun. 1995).

CALDEIRA G.A., GIBSON J.L., *Democracy and Legitimacy in the European Union: the Court of Justice and its constituents*, International Social Science Journal, 49: 209-224, (1997).

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

CAPPELLETTI M., *Repudiating Montesquieu? The expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, 35 Cath. U.L. Rev. 1 (1985).

CAPPELLETTI M., *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989

CHALMERS D., TOMKINS A., *European Union Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

CHALMERS D., DAVIES G., MONTI G., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

CLAYTON C.W., GILLMAN H., *Supreme Court Decision-Making, New Institutional Approaches*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1999.

CONDORELLI BRAUN N., *Commissaires et Juges dans les Communautés Européennes*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1972.

CROSS F., *Judicial Independence*, in WHITTINGTON K.E., KELEMEN D.R., CALDEIRA G.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2010.

CUSHMAN C., *Courtwatchers: Eyewitness accounts in Supreme Court history*, Lanham, Rowman and Littlefield Publishers, 2011.

DE TOCQUEVILLE A., *La Democrazia in America*, Torino, UTET, 2007.

DEHOUSSE R., *The European Court of Justice: the politics of judicial integration*, New York, St. Martin's Press, Inc., 1998.

EPSTEIN L., KNIGHT J., *The Choices Justices Make*, Washington D.C., C.Q. Press, 1998.

EPSTEIN L., KNIGHT J., MARTIN A.D., *The Norm of Prior Judicial Experience and Its Consequences for Career Diversity on the U. S. Supreme Court*, in 91 Cal. L. Rev. 903, 909 (2003).

EPSTEIN L., SEGAL J.A., *Advice and Consent. The Politics of Judicial Appointments*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

FALLON R.H. , MELTZER D.J., SHAPIRO D.L., *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the federal System*, 5<sup>th</sup> ed., New York, Foundation Press New York, 2003.

FELD W., *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, in 9 Villanova Law Review 37 (1964).

FEREJOHN J., *Judicialing Politics, Politicizing Law*, 65 Law and Contemp. Probs. 41 (2002).

FISHER W.W. III, HORWITZ M.J., REED T. (eds.), *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993.

FISHER D., *Obama Victory Could Spell End of Conservative Supreme Court*, Forbes, 11 luglio 2012.

FOURNET M.R., KOPKO K.C., WITTMER D., BAUM L., *Evolution of judicial careers in the federal courts, 1789 – 2008*, in *Judicature*, Vol. 93, Number 2 September-October 2009, 62 – 74.

FRANKFURTER F., *The Supreme Court in the Mirror of Justices*, University of Pennsylvania Law Review Vol. 105 No. 6 (1957).

GERBER S.D., *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606 – 1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

GERHARDT M. J., *Toward a Comprehensive Understanding of the Federal Appointments Process*, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 467 (1997-1998).

GEYH C.G., *When Courts & Congress Collide. The Struggle for Control of America's Judicial System*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2006.

GEYH C.G., *Preserving Public Confidence in the Courts in an Age of Individual Rights and Public Skepticism*, in BYBEE K. (ed.), *Bench Press: The Collision of Courts, Politics, and the Media*, Stanford, Stanford University Press, 2007.

GIBSON J.L., CALDEIRA G.A., *Changes in the Legitimacy of the European Court of Justice*, British Journal of Political Science Vol. 28, Issue 1, 63-91 (Jan. 1998).

GIBSON J.L., CALDEIRA G.A., *Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court?*, Law & Society Review, 45:195–219 (2011)

GIBSON J.L., CALDEIRA G.A., *Citizens, Courts and Confirmations*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2009.

GOLDSTEIN S.L., *Obama defeat would be disastrous for Court, country*, South Florida Sun Sentinel, 2 marzo 2012.

GROSSMAN J.B., SARAT A., *Political Culture and Judicial Research*, 1971 Washington University Law Quarterly 177-207, 1971.

GUARNIERI C., *L'indipendenza della magistratura*, Padova, CEDAM, 1981.

GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La Magistratura nelle Democrazie Contemporanee*, 3<sup>a</sup> ed., Bari – Roma, Laterza, 2011.

GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford Socio-Legal Studies, 2002.

HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *Il Federalista*, (a cura di) Gigliola Sacerdoti Mariani, Torino, Giappicchelli Editore, 1997.

HIRSCHL R., *The Judicialization of Mega- Politics and the Rise of Political Courts*, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 11: 93-118 (2008).

HODDER – WILLIAMS R., *The Politics of the US Supreme Court*, London, George Allen & Unwin, 1980.

HOLMES O.W., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963.

JACOB H., *Courts and Politics in the United States*, in JACOB H., BLACKENBURG E., KRITZER H.M., PROVINE D. M., SANDERS J., *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven and London, Yale University Press, 1996.

JUDGES D.P., *Who Do They Think They Are?*, 64 *Ark. Law. Rev.* 119, (2011).

KELEMEN R.D., *The political foundations of judicial independence in the European Union*, *Journal of European Public Policy*, 19:1, 2012.

KELMAN M. *A guide to critical legal studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

KENNEY S.J., *The members of the Court of Justice of the European Communities*, 5 Colum. J. Eur. L. 101 (1998).

KENNEY S.J., *The Judges of the Court of Justice of the European Communities*, in KENNEY S.J., REISINGER W.M., REITZ J.C., *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Palgrave Macmillan, 1999.

LASH J.P., *From the diaries of Felix Frankfurter*, New York, W. W. Norton and Company, Inc., 1980.

LEE H.P. (ed.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

LIMBACH J., VILALLÓN P.C., ERRERA R., LESTER A., MORCHCHAKOVA T., SEDLEY S., ZOLL A., *Judicial Independence: Law and Practice of Appointments to the European Court of Human Rights*, INTERIGHTS, Maggio 2003.

LITTLE L.E., *The ABA's Role in Prescreening Federal Judicial Candidates: Are We Ready to Give Up on the Lawyers?*, 10 WM & Mary Bill Rts. j. 37, (2002).

MACKENZIE R., SANDS P., *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*, 44 Harvard International Law Journal (2003).

MACKENZIE R., SANDS P., *Judicial Selection for the International Courts: Towards Common Principles and Practices* in MALLESON K., RUSSEL P. H. (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto – Buffalo, University of Toronto Press, 2006.

MANCE J. Lord, *The Composition of the European Court of Justice*, United Kingdom Association for European Law, 19 Ottobre 2011, [http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech\\_111019.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/docs/speech_111019.pdf)

MANGABEIRA U.R., *The critical legal studies movement*, Cambridge - London, Harvard University Press, 1986.

MANNING J. F., *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, 124 Harv. L. Rev 1139 (2011).

MEARS B., *Supreme Court possibilities if Obama is reelected*, [www.edition.cnn.com](http://www.edition.cnn.com), 1 ottobre 2012.

MERRYMAN J.H., *Judicial Responsibility in the United States*, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 41. Jahrg., H. 2 (1977), p. 322-386.

MERRYMAN J.H., CLARK D.S., HALEY J.O., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia, cases and Materials*, Charlottesville, LexisNexis Matthew Bender, 1994.

MONAGHAN H.P., *The Confirmation Process: Law or Politics?*, 101 Harv. L. Rev., 1988.

MONTESQUIEU C.L., *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979.

MURPHY W.F., TANENHAUS J., *The Study of Public Law*, New York, Random House, 1972.



O'BRIEN D.M., *Judicial Roulette. Report of the Twentieth Century Fund Task Force on Judicial Selection. Background Paper by David M. O'Brien*, New York, Priority Press Publications, 1988.

PACELLE R.H. Jr., *The Role of the Supreme Court in American Politics. The Least Dangerous Branch?*, Boulder-Oxford, Westview Press, 2002.

PETKOVA B., *Structural Changes and Decision-Making at the European Court of Justice After Eastern Enlargement*,  
<http://www.ecprnet.eu/databases/conferences/papers/357.pdf>

PORTO B.L., *May it Please the Court, Judicial Processes and Politics in America*, 2<sup>a</sup> ed., Boca Raton, CRC Press, 2009.

POSNER E.A., YOO J.C., *Judicial Independence in international Tribunals*, 93 Cal. L. Rev., (2005).

POSNER R., *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

POWELL H.J., *Constitutional Conscience. The Moral Dimension of Judicial Decision*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2008.

PRITCHETT C.H., *Public Law and Judicial Behavior*, 30 J. Politics 480, 487 (1968).

RASMUSSEN H., *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

RASMUSSEN H., *Legal Opinion about The European Court of Justice's Competence Transgressions, Poor Reasonings, and the Complete Non-transparency of Willensbildung*, Copenhagen, 25 Novembre 2009.

REBUFFA G., *La funzione giudiziaria*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 1993.

ROSEN J., *The Dissenter*, The Times Magazine, 23 Settembre 2007.

RUSSEL P.H., *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in RUSSEL P.H., O'BRIEN D.M. (eds.), *Judicial Independence in the Age of Democracy. Critical Perspectives from around the World*, Charlottesville and London, University Press of Virginia, 2001.

SCHUBERT G.A., DANIELSKI D.J. (eds.), *Comparative Judicial Behavior: Cross-Cultural Studies of Political Decision Making in East and West*, New York, Oxford University Press, 1969.

SEGAL J.A., SPAETH H.J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

SEGAL J.A., SPAETH H.J., BENESH S.C., *The Supreme Court in the American Legal System*, New York, Cambridge University Press, 2005.

SHANY Y., *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford – New York, Oxford University Press, 2007.

SHAPIRO M., *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.

SHAPIRO M., STONE A., *The New Constitutional Politics of Europe*, *Comparative Political Studies* 26:4, (1994:Jan.).

SHAPIRO M., STONE SWEET A., *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

SHELDON C.H., MAULE L.S., *Choosing Justice. The Recruitment of State and Federal Judges*, Pullman (Washington), Washington State University Press, 1997.

SHETREET S., *Judicial Independence new conceptual dimensions and contemporary challenges*, in SHETREET S., DESCHÊNES J. (eds.), *Judicial Independence: the contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

SHETREET S., *Creating a Culture of Judicial Independence: The Practical Challenge and the Conceptual and Constitutional Infrastructure*, in SHETREET S., FORSYTH C., (eds.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

SIMON P. Senator, *Advice & Consent. Clarence Thomas, Robert Bork and the Intriguing History of the Supreme Court's Nomination Battles*, Washington D.C., National Press Books, 1992.

SPERTI A., *Corti Supreme e Conflitti tra Poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2005.

STONE A., *The Birth of Judicial Politics in France*, New York, Oxford University Press, 1992.

STONE G.R., *Supreme Court tilt hinges on election*, [www.northjersey.com](http://www.northjersey.com), 14 Ottobre 2012.

STONE SWEET A., *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

STRAUSS D. SUNSTEIN C., *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, 101 Yale L.J. 1491 (1992).

SUNSTEIN C.R., SCHKADE D., ELLMAN L.M., SAWICKI A., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2006.

TARELLO G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

TARR G.A., *Judicial Process & Judicial Policymaking*, 5<sup>a</sup> ed., Boston, Wadsworth Cengage Learning, 2010.

TOMUSCHAT C., *National Representation of Judges and Legitimacy of International Jurisdictions: Lessons from ICJ to ECJ?*, in PERNICE I., KOKOTT J., SAUNDERS C. (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden – Baden, Nomos, 2006

TOLLEY M.C., *Legal Controversies over federal Judicial Selection in the United States: Breaking the Cycle of Obstruction and Retribution over Judicial Appointments* in MALLESON K., RUSSEL P. H. (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto – Buffalo, University of Toronto Press, 2006.

TONIATTI R., *L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, Diritto Pubblico Comparato Europeo, n.4, 2010, 1733-1753.

TOOBIN J., *After Stevens. What will the Supreme Court be without its liberal leader?*, The New Yorker, 22 Marzo 2010.

TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, 3<sup>a</sup>ed, volume I, New York, Foundation Press, 2000.

VANDERBILT A.F., *Judges and Jurors: Their Functions, Qualifications and Selection*, 36 Boston University Law Review (1956).

VOETEN E., *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, International Organization 61, 2007.

VOLCANSEK M.L., *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London, Cass, 1992.

VOLCANSEK M.L., LAFON J.L., *Judicial selection. The Cross-Evolution of French and American Practices*, New York, Greenwood Press, 1988.

WEBER B., *Umpire v. Judges*, The New York Times, 11 luglio 2009.

WHITTINGTON K.E., *Presidents, Senates, and Failed Supreme Court Nominations*, 2006 Sup. Ct. Rev. 401.

WHITTINGTON K.E., KELEMEN D.R., CALDEIRA G.A., *The Study of Law and Politics*, in WHITTINGTON K.E., KELEMEN D.R., CALDEIRA G.A. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2010.

WITTES B., *Confirmation Wars. Preserving Independent Courts in Angry Times*, Lahnam, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2009.

YALOF D.A., *Pursuit of Justices. Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, Chicago - London, The University of Chicago Press, 1999.

## INDICE DEI CASI CITATI

### Bundesverfassungsgericht

BverfGE 89,155.

### Corte europea dei diritti dell'uomo

*Sacilor Lormines v. France*, no. 65411/01, judgment of 9 November 2006, Reports of Judgments and Decisions 2006-XIII.

*Brudnicka and Others v. Poland*, no. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II;  
*Findlay v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 281, § 73.

*Bryan v. the United Kingdom*, no. 19178/91, judgment of 22 November 1995, Series A no.335-A.

*Langborger v. Sweden*, judgment of 22 June 1989, Series A no. 155, p. 16. para 32.

### Corte Suprema degli Stati Uniti

*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. \_ (2012).