



www.extremaratioassociazione.it

**Un nuovo giudice per la Corte suprema USA: Ketanji Brown Jackson,
professional diversity e garantismo**

di Pietro Insolera – Giuseppe Portonera

La nomina di Ketanji Brown Jackson era largamente attesa. Dai retroscena delle scorse settimane è emerso che Biden, che durante la campagna elettorale aveva promesso di nominare alla Corte una donna nera, ha preso in considerazione tre candidate: Jackson, Leondra Kruger (45 anni, attualmente giudice della Corte suprema della California) e Julianna Michelle Childs (55 anni, giudice della *District Court for the District of South Carolina*). Jackson è stata, però, ampiamente considerata la scelta prediletta da Biden,

come suggerito dal fatto che uno dei primi atti dell'amministrazione è stata proprio la sua promozione da giudice di primo grado a giudice d'appello¹.

Ketanji Brown Jackson ha studiato ad Harvard e, dopo la laurea, ha lavorato come assistente di ben tre giudici federali, uno per ciascun livello dell'ordinamento giudiziario (cosa piuttosto rara): Patti B. Saris della *District Court for the District of Massachusetts* (tribunale di primo grado); Bruce M. Selya della *Court of Appeals for the First Circuit* (corte d'appello); Stephen Breyer della *U.S. Supreme Court*. Dal 2000 al 2003 ha esercitato la libera professione forense, mentre dal 2003 al 2005 ha fatto parte della *United States Sentencing Commission*, un organo incaricato di fissare delle linee guida in materia di termini edittali di pena. Dal 2005 al 2007 ha lavorato come *public defender*, per poi tornare alla *United States Sentencing Commission* nel ruolo di vicepresidente.

Nel 2012, è stata selezionata da Obama come giudice della *United States District Court for the District of Columbia*, per poi essere elevata, come già ricordato, alla *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* da Biden nel giugno 2021. La sentenza più nota pronunciata da Jackson è *Committee on the Judiciary of the US House of Representatives v. McGahn* (2019), un caso che ha visti opposti la *House Committee on the Judiciary* (a guida democratica) e Don McGahn, ex consigliere dell'amministrazione Trump. La *House Committee* aveva citato in giudizio McGahn, a seguito del rifiuto di quest'ultimo di adeguarsi all'ordine di testimoniare nel corso dei procedimenti per l'*impeachment* di Trump. Jackson si è pronunciata a favore della *House Committee*, statuendo l'insussistenza della tesi giuridica, difesa dall'amministrazione Trump, di una immunità speciale dei membri del governo, e scrivendo in proposito che «secondo la Costituzione, nessuno è al di sopra della legge» e che «i presidenti non sono re».

¹ Questa scelta si colloca, peraltro, sullo sfondo di una decisa presa di posizione, da parte dell'amministrazione democratica, in favore della cosiddetta *judicial diversity*. Già nella prima tranche di nomine giudiziarie federali per le corti inferiori, infatti, Biden ha – [in controtendenza rispetto a Trump](#) – tenuto in massima considerazione l'importanza di diversificare la composizione del *federal judiciary* non soltanto sotto il profilo etnico-razziale e di genere, ma cercando altresì di perseguire nella massima misura possibile la cd. *professional diversity*, ovverossia la necessità che le pregresse esperienze professionali dei magistrati federali nominati siano molteplici, disomogenee e non standardizzate.

Proprio perché il suo servizio come giudice è principalmente limitato a processi di primo grado, manca un insieme di sentenze idonee a delineare con precisione [la *judicial philosophy* di Ketanji Brown Jackson](#). Tuttavia, per la sua formazione e le sue esperienze, è chiaro che si allineerà alla cosiddetta ala “liberal” della Corte, in compagnia delle giudici Sonia Sotomayor ed Elena Kagan, nominate da Obama. Resta da vedere, però, a chi delle due sarà, per così dire, più vicina: e se cioè si comporterà da “progressista” limpidissima, come la Sotomayor, o se invece seguirà la Kagan (nonché l’esempio del suo mentore Breyer), mostrando maggiore inclinazione a trovare un punto di equilibrio con i giudici più “conservatori”.

Ciò che è certo, però, è che Ketanji Brown Jackson porterà con sé una prospettiva nuova alla Corte, specialmente in materia penale. Se confermata, sarà infatti l’unica giudice ad aver lavorato come *public defender*² e la seconda dei nove giudici attuali a non aver mai lavorato per il Governo federale (l’altra è Amy Coney Barrett, nominata da Trump, che viene da una storia accademica). È invero assai diffusa negli Stati Uniti, in chiave critica, la consapevolezza, suffragata dai dati, che sussista oggi una netta sovra-rappresentazione, tra i giudici federali, di *prosecutors* e avvocati/funzionari del governo, ossia avvocati prevalentemente dediti all’assistenza legale di aziende multinazionali e società commerciali, e una speculare sottorappresentazione di avvocati difensori e attivisti per i diritti civili³. A fronte dei classici “bacini” nei quali di norma vengono individuati i candidati all’ufficio di magistrato federali, è manifesta la penuria di nomine di giuristi con alle spalle esperienze professionali in settori differenti, cioè impegnati fattivamente a sostegno della protezione dei diritti individuali e del supporto *lato sensu* alle cd. *discrete and insular minorities: public defenders, civil rights lawyers*, attivisti per i diritti civili

² [L’ultimo giudice supremo ad avere avuto una esperienza di questo tipo è stato il leggendario Thurgood Marshall](#) (nominato da Johnson nel 1967 e ritiratosi nel 1991) che fondò il NAACP Legal Defense Fund, ufficio al quale si deve, tra gli altri, il patrocinio nella celebre causa *Brown v. Board of Education of Topeka* – definita con la sentenza che censurò la segregazione razziale – e che assisteva gratuitamente gli imputati indigenti prima che il gratuito patrocinio negli U.S.A. fosse reso un diritto costituzionale federale dalla celebre sentenza della Corte suprema *Gideon v. Wainwright*.

³ Come ha messo in rilievo il *Cato Institute*, un centro di studiosi libertari, con cui Ketanji Brown Jackson ha [collaborato in un’occasione nel passato](#): “Are a Disproportionate Number of Federal Judges Former Government Advocates?”, 27 maggio 2021, <https://www.cato.org/study/are-disproportionate-number-federal-judges-former-government-advocates#introduction-summary-findings>. Si veda, da una prospettiva culturale diversa, Joanna Shepherd, “Jobs, Judges, and Justice. The Relationship between Professional Diversity and Judicial Decisions”, <http://demandjustice.org/wp-content/uploads/2021/02/Jobs-Judges-and-Justices-Joanna-Shepherd-report-2021.pdf>.

coinvolti nella amplissima realtà dell'associazionismo non governativo impegnato nella tutela dei diritti individuali e nella *advocacy* per l'effettiva applicazione dell'*equal justice under the law*.

Il timore è, insomma, che, dato lo “sbilanciamento” dell'ordine giudiziario (nel senso di essere composto per la maggior parte di ex procuratori o giuristi che hanno consigliato o servito, in diversi ruoli, il governo federale), il punto di vista del governo goda – nei casi che vedono opposti diritti individuali e autorità pubblica – di un certo *bias* favorevole. Benché questa preoccupazione sia forse eccessiva (si pensi alla storia dei due giudici che sono stati tra i più importanti “difensori” del *procedural due process*, Robert Jackson e Antonin Scalia, e che avevano a lungo lavorato per il governo), è indubbio che un giudice come Ketanji Brown Jackson potrebbe costituire una ventata di novità importante.

Per rimarcare il beneficio che la cosiddetta *professional diversity* può apportare al processo di *decision making* della Corte suprema, vale la pena richiamare conclusivamente le belle parole di Justice Sandra Day O'Connor (giudice conservatrice “moderata” della Corte dal 1981 al 2005, nominata da Reagan, a lungo “ago della bilancia” tra conservatori e progressisti) in memoria di Justice Thurgood Marshall. Ricordando il collega da poco scomparso, [O'Connor ha scritto](#) della «profonda influenza» che egli ha avuto su di lei, e sulla Corte più in generale, durante la sua carriera giudiziaria: «anche se tutti noi arriviamo alla Corte con le nostre storie personali ed esperienze, il giudice Marshall ha portato una prospettiva speciale. Il suo era l'occhio di un avvocato che vedeva le ferite più profonde nel tessuto sociale e usava la legge per aiutare a guarirle. Il suo era l'orecchio di un avvocato che capiva le vulnerabilità dell'accusato e stabiliva le garanzie per la loro protezione». Durante le udienze e nelle camere di consiglio, nelle opinioni e dissensi – prosegue O'Connor – il giudice Marshall faceva conoscere ai suoi colleghi «le sue esperienze di vita», incluse, molto spesso, le sue esperienze di avvocato penalista che rappresenta gli indigenti. E attraverso queste esperienze, egli faceva emergere ai loro occhi ciò che «le memorie legali spesso oscurano: l'impatto delle regole legali sulle vite umane», comprese, specialmente, le vite direttamente colpite da un'amministrazione quotidiana del diritto penale che, per citare le parole di una critica assai severa, si rivela sovente [“tutto tranne che giusto”](#).

Vale la pena rammentare che la visione – che, con un termine forse approssimativo ma certo efficace, può dirsi – “garantista” di Ketanji Brown Jackson si è formata fin dai suoi anni giovanili, come testimoniato dal titolo della sua tesi di diploma: *The Hand of Oppression: Plea Bargaining Processes and the Coercion of Criminal Defendants*. Questa visione è originata anche da un [sentimento di affetto familiare](#): un suo zio, infatti, è stato condannato all’ergastolo per un reato (non violento) di spaccio di sostanze stupefacenti, in base alle cosiddette *three strikes laws*, ossia leggi gravemente punitivistiche che riconnettono l’ergastolo automatico alla commissione di tre, successivi, reati della medesima indole. Durante i suoi anni alla *United States Sentencing Commission*, Ketanji Brown Jackson è intervenuta per diminuire, in modo retroattivo, la severità delle linee guida in materia di condanna per reati legati al consumo o allo spaccio di sostanze stupefacenti.

Il “garantismo” di Ketanji Brown Jackson potrebbe renderla parte di un asse che, alla Corte suprema, taglia trasversalmente le ali “politiche” tra i giudici. Ad oggi, infatti, *Justice* Sonia Sotomayor e *Justice* Neil Gorsuch (nominato da Donald Trump) sono tra i più visibili fautori di una difesa dei diritti degli imputati (quantomeno in attesa di sentenza definitiva) e della limitazione del potere pubblico d’accusa. Proprio di recente, Gorsuch – [scrivendo per sé e per Sotomayor](#) – ha invocato la riscoperta della regola costituzionale della cosiddetta *rule of lenity*, in forza della quale una legge “ambigua” deve essere interpretata sempre alla luce del *favor libertatis*, onde evitare che l’autorità pubblica licenzi volutamente dei testi vaghi, che finiscano quindi per rafforzare la discrezionalità e il potere della pubblica accusa, a scapito dei diritti degli imputati. Ketanji Brown Jackson potrebbe associarsi a questa “strana coppia”, formando un nucleo particolarmente garantista che – specie là dove adotti la tecnica originalista/testualista preferita da Gorsuch – potrebbe agevolmente conquistare altri due voti, tra i nove membri della Corte, e dunque costituire una maggioranza.

Non pare, dunque, che Ketanji Brown Jackson possa seguire l’approccio del suo mentore, Stephen Breyer, il quale – pur nell’ambito di un *judicial record* penalistico caratterizzato anche da aperture liberal-garantiste (si pensi alla vigorosa applicazione, purtroppo

prevalentemente confinata a opinioni dissenzienti, del divieto di pene crudeli ed inusuali dell'Ottavo Emendamento quale [limite alla pena di morte](#) e alle [pene detentive di durata estrema](#), ovvero della componente sostanziale della *due process clause*, in chiave di [limite costituzionale di natura contenutistica alle scelte legislative di criminalizzazione](#)) – ha talvolta preferito un approccio “tecnocratico” anche alla giustizia penale, [esercitando la massima deference verso le scelte effettuate dagli attori politico-istituzionali](#) dotati di *expertise* empirico-fattuale e legittimazione democratica, che manca al giudiziario (ad es., legislatori, organi come la *Sentencing Commission*, forze dell'ordine).

La nomina di una giurista con un significativo passato di *public defender* come Ketanji Brown Jackson, allora, non può che essere salutata con favore, quale segnale forte verso la costruzione di un potere giudiziario federale meno sbilanciato, nella sua composizione, a favore di figure che hanno svolto funzioni prevalentemente di *government advocacy*. Non è un caso che negli ultimi anni, a fronte di una crescente e sempre più diffusa consapevolezza *bipartisan* del totale fallimento (morale ed economico) dell'esperimento dell'incarcerazione di massa statunitense e della natura razzialmente discriminatoria del sistema di giustizia penale nel suo complesso, [si sia individuato il settore delle nomine giudiziarie federali come strumento essenziale per contribuire a una quanto mai urgente criminal justice reform](#). L'auspicio è che, progressivamente, una maggiore inclusività e apertura nei procedimenti di nomina e ratifica dei magistrati federali a profili professionali più diversificati possa contribuire al recupero di [una prospettiva](#) più terza ed equidistante nei numerosi casi che vedono opposti diritti individuali e autorità pubblica, e conseguentemente a rafforzare o rivitalizzare *judicial doctrines* costituzionali di garanzia poste a presidio dei diritti fondamentali delle persone indagate, imputate e condannate.