



M. MASSA, *MINIMALISMO GIUDIZIARIO. L'OPZIONE PER LA MODERAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE*, FRANCO ANGELI, MILANO, 2022, 1-324

RECENSIONE
NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DEMOCRATICO*

SOFIA PELIZZARI**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni aperte. – 3. Trattazione. – 4. Analisi. – 5. La complessità del giudizio di legittimità. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

L'individuazione dei limiti al sindacato di legittimità costituzionale, e i confini entro cui estendere o circoscrivere la discrezionalità del giudice, sono problemi tipici di ogni sistema di giustizia contemporaneo¹ La trattazione di questo tema cade di particolare attualità in tempi dove, anche su suolo nazionale, viene invocato e discusso il “*judicial restraint*”² con l'intenzione di tutelare l'azione politica del legislatore quale precipitato del mandato elettorale, e dunque - indirettamente - la volontà popolare.

Il tema del minimalismo giudiziario come argomentato e descritto nella sua evoluzione transnazionale dal Professor Massa, mantiene la sua eterna attualità, affermandosi con autenticità nel panorama degli studi e delle riflessioni operate da vari

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della rivista.

** Dottoranda presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ Così in apertura N. CANZIAN, *Il Divieto per la Corte Costituzionale di Sindacare l'uso Discrezionale del Potere Legislativo del Parlamento*, in “*I 70 anni della legge n. 87 del 1953, l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*”, Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Università dell'Insubria - Como, 26-27 Maggio 2023.

² L'attualità del tema si è, negli ultimi anni, posta in modo particolare con riferimento a tematiche di rilevanza etica. Si pensi al dibattito che seguì la Sentenza Corte Cost. n. 162 del 2014, che legittimò la fecondazione eterologa in Italia, o - oltreoceano - al recente caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *overruling* a *Roe v. Wade*.

autori che nel tempo si sono dedicati a meditare il "self restraint". Esso può essere definito come l'inclinazione che dovrebbe appartenere ad ogni paradigma di giustizia statale, a circoscrivere la propria azione a mera applicazione del dato normativo, riducendo interpretazioni estensive che potrebbero declinarsi come un'invasione delle competenze proprie del legislatore. Questo approccio alla giustizia costituzionale, improntato alla prudenza e alla moderazione, presenta vantaggi significativi in termini di stabilità e rispetto dei processi democratici, accettando tuttavia il rischio di inazione e ambiguità giuridica³.

2. Questioni aperte

L'autore apre la sua opera ponendo domande essenziali sui problemi pratici e teorici legati all'applicazione giudiziaria del diritto costituzionale. Queste domande, sebbene apparentemente eterogenee, condividono il tratto comune dell'essere tutte questioni "aperte", che, come tali, richiedono una riflessione approfondita e una disamina attenta del sistema costituzionale analizzato. 1. Viene sin da subito posto in luce il problema noto in dottrina per cui alcuni vizi di costituzionalità delle leggi possano essere rilevati ed accertati solo se raggiungono un elevato grado di evidenza. Tale questione si pone in modo particolare nei settori della giustizia penale ed in materia elettorale, dove la giurisprudenza ha avuto un impatto significativo sul sistema della configurazione istituzionale. 2. In secondo luogo, si esamina fino a che punto il giudice costituzionale possa interferire con le valutazioni economiche compiute dal legislatore, specialmente in presenza di dati tecnici presentati dal Parlamento. Questo include anche la valutazione della legittimità di leggi di bilancio e il concetto di "rischio normativo di impresa". 3. In terzo luogo, si riflette sul contenuto doveroso di una prestazione solidaristica e su quanto le contingenze economiche e finanziarie del Paese influenzino queste decisioni. 4. In quarta istanza Massa discute i possibili rimedi giudiziari nel caso in cui una normativa risulti essere viziata, valutando se la Corte costituzionale debba intervenire immediatamente o se possa rinviare la decisione, magari con un monito al legislatore. 5. Infine, si considera se il giudice costituzionale debba esaminare tutte le questioni di costituzionalità sollevate o se possa limitarsi a quelle più circoscritte, lasciando le altre per un futuro approfondimento.

Questi interrogativi, secondo Massa, rappresentano questioni "aperte" dove i principi di diritto costituzionale offrono risposte opinabili e dove i conflitti di interessi incontrano il loro massimo potenziale. La giustizia costituzionale deve quindi bilanciare tra il rischio di invadere la discrezionalità dei poteri costituzionali e il dovere di rendere giustizia. È in tale sede che l'autore richiama il dibattito storico tra Kelsen e Schmitt⁴ sulla coesistenza di diritto e politica nella giustizia costituzionale, e osservando con puntualità come questo dibattito abbia influenzato decenni di letteratura italiana. La

³ In questo senso, come si vedrà, è l'opinione di C. SUNSTEIN, *Beyond Judicial Minimalism*, in *Tulsa Law Review*, Tulsa, 2008.

⁴ Per un'analisi teoretica dei due autori si veda nel merito L. VINX, *The guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge, 2015.

questione persiste, riflettendo problemi strutturali di lunga durata, motivo che rende ancora attuale il tema oggetto del volume, ampiamente dibattuto ed affrontato nel corso del tempo, ma capitolo sempre aperto ad interrogativi e valutazioni in anni dove la discrezionalità politica cede il passo a quella tecnica, con il conseguente vacillare e la relativa ambiguità dei limiti del potere giudiziale. L'autore propone di continuare ad esplorare queste tematiche attraverso l'analisi dell'esperienza costituzionale statunitense, non tanto per l'attualità dei dibattiti sull'attivismo giudiziario, quanto per il contributo storico e teorico che può offrire, dando forma - come già detto - ad un unicum nel panorama delle disamine sul tema.

3. Trattazione

Entrando nel cuore della discussione, Massa apre il suo volume analizzando il ruolo del potere giudiziario negli Stati Uniti, un tema che Alexis de Tocqueville ha approfondito nei suoi scritti dopo il suo viaggio in America settentrionale nei primi anni '30 del XIX secolo⁵. Tocqueville sottolinea l'importanza centrale delle corti di giustizia nel mantenere l'equilibrio politico e sociale nel paese. Egli osserva che in America, ogni evento politico invoca spesso l'autorità giudiziaria, sottolineando l'opportunità dell'intervento solo su casi specifici e non d'ufficio, con pronunce vincolanti solo per le singole controversie. Tocqueville nota che, a differenza dei giudici europei, quelli americani possiedono un potere eccezionale: la capacità di fondare le loro sentenze sulla Costituzione piuttosto che sulle leggi. Questo potere consente loro di non applicare le leggi che ritengono incostituzionali, conferendogli un immenso potere politico. I giuristi, secondo Tocqueville, costituiscono un'aristocrazia compatibile con il governo democratico, con il compito di moderare le passioni e gli impulsi ideologici del popolo, influenzando la politica con il loro modo di pensare ed esprimersi. Tuttavia, egli evidenzia che questo potere è intrinsecamente limitato e contraddittorio, esposto a rischi esistenziali. Il potere dei giudici federali è essenzialmente morale: onnipotenti finché il popolo obbedisce alla legge, impotenti quando la disprezza. La difficoltà di esercitare un potere morale risiede nell'incertezza dei suoi limiti, con pericoli associati sia al superamento che al rispetto di questi. Quando Tocqueville compì le sue osservazioni, erano già passati diversi anni dalla sentenza *Marbury v. Madison*⁶, che aveva consolidato le fondamenta della giustizia costituzionale statunitense. Il libro passa poi a esplorare alcune delle principali critiche storiche al potere giudiziario. Alexander Hamilton, nei saggi de *Il Federalista*, sosteneva che il potere giudiziario fosse il meno pericoloso per i diritti politici sanciti dalla Costituzione⁷, in quanto incapace di influire

⁵ A. DE TOQUEVILLE, *Democracy in America*, a cura di Harvey C. Mansfield e Delba Winthrop, Chicago, 2000; così esposto anche da A. PIZZORUSSO, *Italian and American models of the judiciary and of judicial review of legislation: a comparison of recent tendencies.*, American Journal of Comparative Law, Oxford, 1990, 373-386.

⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁷ A. HAMILTON, *"The Federalist No. 78."*, In *The Federalist Papers*, a cura di Clinton Rossiter, New York, 2003, 464-471.

direttamente sulla forza o sulla ricchezza della società. Tuttavia, gli antifederalisti temevano che i giudici federali potessero determinare il significato degli articoli costituzionali in modo indipendente e senza controlli, modellando il governo a loro piacimento. Con l'ascesa del Partito Repubblicano, emerse un nuovo punto di tensione. Jefferson, inizialmente non preoccupato del ruolo dei giudici, cambiò opinione dopo l'adozione dell'Alien and Sedition Act del 1798, utilizzato contro gli avversari politici dai giudici federalisti. Jefferson arrivò a negare la posizione privilegiata della Corte Suprema nell'interpretazione della Costituzione, proponendo la teoria dipartimentale⁸, secondo cui la Corte, il Presidente e il Congresso erano ugualmente legittimati a determinare i rispettivi doveri costituzionali entro le loro sfere di azione.

Successivamente, Massa analizza l'importante figura di Oliver Wendell Holmes Jr., eminente giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, noto per il suo contributo al realismo giuridico. Influenzato da vari fattori biografici, storici e filosofici, tra cui la sua esperienza nella Guerra civile, Holmes è celebre per le sue affermazioni secondo cui il diritto consiste in "profezie di ciò che le corti faranno in realtà". Il suo pensiero è più complesso di semplici aforismi, articolandosi in un'idea di prudenza e deferenza dei giudici rispetto alle decisioni politiche, specialmente in tempi di rapidi cambiamenti sociali ed economici. Holmes divenne famoso con il suo lavoro sul *common law*, culminato nella pubblicazione del libro "The Common Law". Dopo una breve carriera accademica, divenne giudice e poi Chief Justice della Corte Suprema del Massachusetts, e successivamente servì per trent'anni alla Corte Suprema federale. I suoi scritti, discorsi e opinioni giudiziarie sono stati ampiamente raccolti e studiati. Il nucleo della teoria di Holmes è riassunto in due dei suoi articoli più celebri: "The Path of Law" e "Law in Science and Science in Law"⁹. Holmes sostiene che la vita del diritto è determinata dall'esperienza piuttosto che dalla logica, incorporando la storia e le teorie morali e politiche prevalenti, nonché il contemperamento di interessi in gioco. Egli enfatizza l'importanza di comprendere la combinazione di storia e teoria per sviluppare nuove regole giuridiche, proponendo un metodo che parte dalla sistemazione dei casi in regole, passa attraverso l'analisi storica e comparativa, e applica un approccio sociologico. Questo metodo si basa sulla convinzione che il diritto sia uno strumento per perseguire determinati interessi e che la loro identificazione e valutazione siano cruciali per l'interpretazione giuridica. L'approccio di Holmes è realistico nel considerare ciò che il diritto concretamente fa, traducendo continuamente le parole nei fatti. Egli critica l'uso di termini etici e morali nel diritto, che possono velare i reali interessi sottostanti. Inoltre, egli spera che il progresso delle scienze sociali e della statistica contribuisca a neutralizzare i conflitti di interesse e fornisca riferimenti oggettivi per le decisioni giuridiche.

Giurista che si ispirò ad Holmes nella sua interpretazione dell'azione giudiziaria fu Learned Hand e che viene anch'esso esaminato dall'autore con dovizia di dettaglio. Prima a servizio nella Corte distrettuale per il distretto meridionale di New York (1909-

⁸ T. JEFFERSON, "Letter to Spencer Roane, September 6, 1819", In *The Writings of Thomas Jefferson*, a cura di Albert Ellery Bergh, Washington D.C., 1907, 212-215.

⁹ O.W. JR HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review* 10, no. 8, 1897, 457-478; e O.W. JR HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in *Harvard Law Review* 12, no. 6, 1899, 443-463.

1924) e poi nella Corte d'appello federale per il secondo circuito (1924-1951), dove servì anche come capo giudice dal 1929, durante la sua carriera, Hand divenne noto per il suo acume e la qualità delle sue opinioni scritte. Uno degli aspetti più celebri del pensiero di Hand è il concetto di "spirito della libertà", che definì in un discorso del 1944 a Central Park. Per Hand, lo spirito della libertà era caratterizzato dal dubbio e dall'incertezza, dalla capacità di comprendere le opinioni degli altri e dal bilanciare i propri interessi con quelli degli altri senza pregiudizi. Questo spirito era visto come opposto alle false certezze che possono derivare da un'interpretazione rigida e dogmatica della costituzione. Egli affrontò numerose questioni di grande rilievo, tra cui la prima applicazione dell'Espionage Act del 1917, il concetto di oscenità nel famoso caso relativo alla pubblicazione dell'"Ulisse" di James Joyce, e le sfide giudiziarie alla legislazione del New Deal. In queste occasioni, Hand dimostrò una notevole deferenza nei confronti del legislatore, dichiarando incostituzionali solo due leggi federali durante la sua carriera. Egli sosteneva che le corti non dovessero essere gli arbitri finali dei conflitti sociali, ma piuttosto dovessero limitarsi a dichiarare incostituzionali solo quelle leggi che fossero palesemente irrazionali, frutto di parzialità o ignoranza. Questa posizione era influenzata dalla convinzione che il diritto fosse una materia instabile e inaffidabile, e che le corti dovessero essere caute nel sovrapporre le proprie valutazioni a quelle del legislatore.

Successivamente l'autore passa all'esame del pensiero minimalista di Felix Frankfurter, giurista e giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, il quale ha esercitato un'influenza determinante sulla giurisprudenza americana nel campo del diritto costituzionale e delle libertà civili. Frankfurter ha sostenuto un approccio di deferenza giudiziaria, secondo il quale le corti dovrebbero essere conservatrici nell'annullare le leggi approvate dai legislatori democraticamente eletti. Alla base della sua lettura viene posta la centralità del mandato elettorale, per cui i giudici, essendo non eletti, devono necessariamente limitare il loro potere per rispettare la separazione dei poteri e lasciare la formulazione delle politiche alle branche elettive del governo, legittimate dal mandato popolare. La filosofia del giovane Frankfurter trova ispirazione nelle posizioni tenute dalla Corte nel caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), in cui la Corte Suprema superò la dottrina del "*liberty of contract*" permettendo allo stato di Washington di stabilire un salario minimo. Tale momento ha rappresentato un punto di svolta nella giurisprudenza americana, aprendo la strada a una maggiore regolamentazione economica e al consolidamento del welfare state. Detta linea verrà perorata poi da Frankfurter stesso negli anni di servizio: ne condivise profondamente i principi, ne difese la validità e, una volta divenuto giudice, rimase coerente con questa visione. La sua influenza si estende anche alla collaborazione con Alexander Bickel, che ha sviluppato ulteriormente il concetto di "virtù passive" del giudice. Bickel sosteneva che la Corte Suprema dovrebbe evitare di decidere casi che potrebbero portare a conflitti con le altre branche del governo o con l'opinione pubblica, riflettendo una tensione tra principi e opportunità, simile alla visione di Lincoln durante il dibattito

sulla schiavitù¹⁰, dove la moralità dei principi era bilanciata dalla necessità di compromessi politici per raggiungere obiettivi a lungo termine. La peculiarità di Frankfurter risiede nel fatto che egli ha spesso cercato di bilanciare il rispetto per i precedenti giuridici con la necessità di adattare la legge ai cambiamenti sociali ed economici. Questo equilibrio delicato è stato il segno distintivo della sua carriera giuridica e ha contribuito a plasmare un approccio giuridico che privilegia la stabilità e la coerenza, pur riconoscendo la necessità di evoluzione giuridica.

Significative sono altresì le analisi che Massa opera su Bickel e Sunstein. In breve, viene osservato come Bickel, che prosegue sulla scorta delle preoccupazioni del proprio maestro Frankfurter, introduca nella prima grande monografia sul *judicial restraint* i concetti di “difficoltà contromaggioritaria” e “virtù passive”, nel solco del c.d. movimento del “*legal process*”. Immigrato, harvardiano, inizia come assistente dello stesso Frankfurter alla corte suprema nei primi anni ‘50, nel periodo di discussione della segregazione razziale, egli non condivide il pensiero di Hamilton, secondo cui è comunque la sovranità popolare a condurre i giudici quando si occupano del sindacato di costituzionalità, cassando leggi votate comunque dalla maggioranza parlamentare. Sostiene invece che ciò che regge il principio di sovranità, che si esplica attraverso le istituzioni rappresentative, è un governo di minoranze in concorso tra loro. Secondo Bickel, il potere giudiziario ha il compito di agire come una sorta di contrappeso o di freno nei confronti delle maggioranze politiche temporanee e delle decisioni prese dalla maggioranza. In sostanza, il termine “contro-maggioritario” sottolinea il ruolo della Corte Suprema nel proteggere le minoranze e i diritti fondamentali dalle decisioni della maggioranza che potrebbero violare la Costituzione o mettere a rischio le garanzie costituzionali. La Corte Suprema, in questo contesto, può intervenire per limitare l'eccesso del potere della maggioranza politica quando questa violi i principi sanciti dalla Costituzione. Con ciò, Bickel non intendeva che la Corte Suprema agisse in modo arbitrario o in contrasto con la volontà democratica, ma piuttosto sostenne che il potere giudiziario dovesse intervenire solo in casi in cui vi fosse una chiara violazione dei principi costituzionali, garantendo che i diritti fondamentali fossero tutelati anche quando minacciati dalle decisioni della maggioranza. Questo concetto di contro-maggioritario rappresenta una delle visioni fondamentali di Bickel sul ruolo della Corte Suprema e riflette la sua idea che il potere giudiziario debba svolgere un ruolo importante nel bilanciare le tensioni tra il governo della maggioranza e la protezione dei diritti delle minoranze, contribuendo così a preservare l'equilibrio democratico e il rispetto dei principi costituzionali negli Stati Uniti. A fianco del concetto di “ruolo contro maggioritario”, Bickel elabora altresì il concetto di “virtù passive”¹¹, cioè una sorta di galateo che la corte sarebbe chiamata ad osservare nel solco del principio di “non ingerenza”. Queste virtù includono la modestia, la cautela e la riflessione nella pratica giuridica. Riassumendo in minimi termini, la proposta di Bickel consiste nella necessità di trovare un equilibrio tra il ruolo della Corte Suprema nella tutela dei diritti

¹⁰ A. LINCOLN, *Cooper Union Address, February 27, 1860*, in *The Collected Works of Abraham Lincoln*, a cura di Roy P. Basler, New Brunswick, 1953, 549-572.

¹¹ A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962.

costituzionali e il rispetto per il processo democratico. La Corte Suprema insomma dovrebbe intervenire solo quando è assolutamente necessario per correggere violazioni chiare e inconfutabili della Costituzione, lasciando alla sfera politica elettiva la risoluzione delle questioni politiche e sociali più controverse.

Da ultimo, Massa analizza il pensiero minimalista di Cass Sunstein, giurista e accademico statunitense, che ha sviluppato la propria versione della teoria minimalista come risposta moderata alla controrivoluzione conservatrice negli Stati Uniti. La sua carriera comprende esperienze accademiche e governative, con un particolare interesse per il diritto costituzionale e amministrativo, l'economia e le scienze comportamentali, affrontando temi come l'ambiente e l'informazione. Politicamente moderato e progressista, la teoria del minimalismo di Sunstein si basa sulla preferenza per decisioni giuridiche "poco profonde" e "strette", evitando di risalire ai principi fondamentali e concentrandosi invece su costruzioni intermedie e circostanze specifiche. Questo approccio mira a gestire il pluralismo sociale e a evitare dichiarazioni radicali basate su premesse teoriche impegnative. Egli critica l'originalismo, preferendo approcci evolutivi all'interpretazione costituzionale e perseguendo una strategia che cerca di mantenere un equilibrio tra varie ideologie giuridiche, evitando posizioni radicali che possono polarizzare il dibattito giuridico e politico. Sunstein ha pubblicato numerosi volumi su vari temi, con opere importanti come "Legal Reasoning and Political Conflict" e "One Case at a Time", che delineano la sua visione del minimalismo. La sua versione evolucionistica del minimalismo ha ricevuto varie critiche da parte di chi la considera una tattica contingente legata a specifici obiettivi politici, e da chi ritiene che essa eroda il valore normativo della Costituzione¹².

4. *Analisi*

Nella seconda parte del volume l'autore esplora in dettaglio il concetto di "moderazione istituzionale" nel contesto del diritto e della giustizia costituzionale europea, concentrandosi principalmente sull'Italia. Questa analisi si sviluppa attraverso un confronto critico tra la situazione italiana e quella della Corte Suprema degli Stati Uniti, mettendo in luce le peculiarità e le differenze dei rispettivi sistemi giuridici e delle loro evoluzioni storiche.

L'autore inizia citando Mauro Cappelletti, che aveva osservato una convergenza tra i sistemi di giustizia costituzionale nel tempo. Sebbene inizialmente diversi, i vari sistemi giuridici sembrano avvicinarsi, rendendo possibile una comparazione più significativa. Questa prospettiva di convergenza, tuttavia, è problematica quando si esaminano le preoccupazioni e le critiche contemporanee, particolarmente evidenti negli Stati Uniti, dove la Corte Suprema affronta un problema di polarizzazione politica, che ha influenzato anche l'opinione pubblica italiana, specialmente dopo la controversa

¹² In questo senso si veda K.J. BYBEE, "The Jurisprudence of Uncertainty." in *Law & Society Review*, vol. 35, no. 4, 2001, 943-56. Sulla possibile erosione della legittimità democratica del processo decisionale in Sustain si veda C.J. PETERS, Assessing the New Judicial Minimalism, in *Columbia Law Review*.

sentenza Dobbs. In questo contesto, Massa sostiene che vi sia una differenza cruciale: mentre la Corte Suprema americana è al centro di intense controversie politiche, il sistema italiano sembra essere più isolato da tali dinamiche grazie alla struttura delle sue competenze e modalità di accesso. La Corte costituzionale italiana, infatti, gestisce un numero molto minore di casi rispetto alla Corte Suprema e alla Bundesverfassungsgericht (BVerfG) tedesca, riducendo il rischio di protagonismo e polarizzazione.

Un punto chiave dell'analisi riguarda le competenze giurisdizionali delle diverse corti. La Corte Suprema degli Stati Uniti detiene una concentrazione di poteri eccezionale, coprendo un ampio spettro di questioni costituzionali. Il BVerfG tedesco ha un accesso più vasto attraverso i ricorsi diretti, permettendo una partecipazione più ampia dei cittadini. Si discosta la nostra esperienza nazionale, che ha una giurisdizione più limitata e non prevede forme di ricorso diretto comparabili a quelle tedesche, contribuendo a un approccio più moderato.

Su tale premessa, l'autore sottolinea come la Corte costituzionale italiana adotti un atteggiamento minimalista, evitando il protagonismo e preferendo un dialogo continuo con altre istituzioni, specialmente il legislatore. Questo approccio riflette una forma di moderazione istituzionale caratterizzata da prudenza e rispetto per l'equilibrio dei poteri. A parere dell'autore, la Corte italiana tende a risolvere i conflitti costituzionali in modo da evitare decisioni radicali, promuovendo invece soluzioni che facilitino un compromesso e la stabilità istituzionale. Viene qui analizzata l'evoluzione storica della giustizia costituzionale in Italia, dove la crescita del ruolo del giudice delle leggi è avvenuta in un contesto di crisi della funzione rappresentativa e di crescenti richieste sociali indirizzate alla Corte, mentre gli organi di governo tradizionali diventavano meno reattivi. Questo ha portato ad un aumento dell'importanza della giustizia costituzionale, sebbene il minimalismo continui a caratterizzarne l'approccio. In tale contesto, l'autore argomenta che, nonostante tutto, la moderazione istituzionale non ha impedito l'espansione del ruolo della Corte costituzionale. Piuttosto, ha influenzato il modo in cui tale espansione si è manifestata, attraverso criteri, stili e atteggiamenti decisionali specifici che riflettono un equilibrio tra innovazione e rispetto delle tradizioni giuridiche.

5. La complessità del giudizio di legittimità

Successivamente, Massa esplora la complessità del giudizio di legittimità costituzionale, evidenziando la discrezionalità della Corte nella gestione delle questioni e la necessità di un equilibrio tra rigore logico e considerazioni politiche. La moderazione e il minimalismo emergono come strumenti per garantire l'efficacia del sistema costituzionale, preservando i principi fondamentali e adattandosi alle circostanze storiche e politiche. Si discute della prassi secondo cui la Corte costituzionale stabilisce l'ordine di esame delle questioni sollevate, accogliendone una e rendendo superfluo l'esame delle altre. Questa pratica, basata su canoni logici generali,

ha portato a critiche sulla mancanza di un chiaro fondamento logico quando non c'è un rapporto di subordinazione tra le questioni.

La funzione del giudizio di legittimità costituzionale può essere vista come eliminazione della norma viziata o come protezione delle situazioni giuridiche delle parti. Le critiche sarebbero più incisive se si focalizzassero sull'interesse del ricorrente a far accertare ciascuno dei vizi denunciati. Nonostante ciò, la discrezionalità della Corte nel determinare l'ordine delle questioni e l'assorbimento di alcune di esse è spesso praticata, basandosi su criteri logici come la pregiudizialità delle norme o delle questioni procedurali rispetto a quelle sostanziali. L'autore ci ricorda come un esempio significativo sia l'annullamento del "lodo Schifani" e del "lodo Alfano", leggi che sospendevano i procedimenti penali per alte cariche istituzionali. La Corte, con una motivazione descritta come minimalista, dichiarò l'incostituzionalità delle leggi per violazione dell'eguaglianza e del diritto di difesa, lasciando assorbite altre censure. Questa decisione rifletteva una scelta strategica per evitare uno scontro diretto con il legislatore e preservare i principi costituzionali, senza fornire indicazioni su come reiterare la normativa in modo costituzionalmente accettabile. Il dibattito sull'assorbimento delle questioni è rilevante anche nel contesto delle sentenze di natura economica, dove la Corte si trova a bilanciare la ragionevolezza e la proporzionalità delle decisioni legislative. La discrezionalità del legislatore, delimitata da questi principi, è centrale nella giurisprudenza costituzionale, specialmente in materia di diritti economici e sociali. La Corte adotta spesso un approccio prudente, evitando un sindacato diretto sui presupposti economici delle normative e valorizzando l'istruttoria parlamentare.

6. Conclusioni

Giungendo ad una chiosa finale, complessivamente, il testo di Massa propone un'analisi dettagliata dei poteri discrezionali della Corte costituzionale e delle tecniche utilizzate per garantire la moderazione e il minimalismo giudiziario, affrontando le critiche e le sfide poste da tali pratiche e distinguendosi per la brillante esperienza comparatistica.

Nelle ultime sue considerazioni, l'autore descrive tale scelta d'analisi come il volano di un monito: "per ricordare una volta in più che il diritto costituzionale non può ridursi esclusivamente e interamente a giurisdizione"¹³. Egli ci ricorda, che il costituzionalismo non può e non deve, essere relegato al sindacato di costituzionalità, bensì deve interessare l'intero corpo di una nazione, e che pertanto - risulterebbe spontaneo assumere - non può prescindere dal relazionarsi al principio maggioritario¹⁴. Su queste riflessioni finali, emerge lampante lo scrimine esistente tra il costituzionalismo americano, dove la Suprema Corte è espressione diretta del mandato

¹³ M. MASSA, *Minimalismo giudiziario, L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2022, 290.

¹⁴ E. RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Milano, 1976.

elettorale conferito dalla popolazione, e l'esperienza della nostra Corte costituzionale, dove la componente di nomina parlamentare viene mitigata dal potere di nomina posto in capo al Presidente della Repubblica e al Consiglio Superiore della Magistratura. Divergenza sostanziale che tuttavia non inficia la possibilità di trarre ispirazione da questa analisi comparativa. In tale senso, con la sua disamina, Massa si pone a presidio della continenza della moderazione, condannando velatamente la giurisprudenza creativa e aiutandoci a meditare e a riflettere sul difficile bilanciamento tra moderazione e attivismo, nell'ottica di perseguire un modello di giustizia orientato alla stabilità e prevedibilità dell'applicazione del diritto, nel pieno rispetto del mandato elettorale e del confine del potere giudiziario. Una lettura che supera il significato posto nel titolo: in anni dove alla volontà popolare sono state preferite forme di governo tecnico, e in tempi dove si sono diffusi ed affermati interventi di giurisprudenza creativa, questo libro solleva riflessioni che interessano in modo trasversale l'intero tema della separazione dei poteri, ponendosi a presidio non solo del minimalismo giudiziario, inteso come invito e consiglio alla prudenza, ma anche del principio democratico proprio di ogni stato moderno.

REPLICA*

MICHELE MASSA**

Ringrazio Sofia Pelizzari e questa Rivista per l’attenzione dedicata al mio libro. La recensione ne sottolinea alcuni contenuti e gli accredita, temo con generosità eccessiva, tesi forti: condannare la «giurisprudenza creativa»; aiutare a «riflettere sul difficile bilanciamento tra moderazione e attivismo, nell’ottica di perseguire un modello di giustizia orientato alla stabilità e prevedibilità dell’applicazione del diritto, nel pieno rispetto del mandato elettorale e del confine del potere giudiziario». Mi riconosco solo in parte in queste conclusioni. Le mie, almeno nelle intenzioni, intendevano essere più interlocutorie – se si vuole, minimaliste – in un libro del resto dedicato proprio alle ragioni della prudenza, all’uso costruttivo del silenzio e alle virtù passive.

In primo luogo, il problema non è solo garantire il «rispetto del mandato elettorale» degli organi che ne siano investiti. È anche tenere al sicuro il sistema di giustizia costituzionale: non solo dalle possibili reazioni di una politica piccata da questa o quella decisione; ma anche dal rischio di prendere decisioni, la cui applicazione determini conflittualità e inceppamenti, effetti imprevisi o vere e proprie eterogenesi dei fini, mettendo in pericolo l’effettività delle decisioni medesime, dunque dei principi costituzionali sottostanti e, in ultima analisi, la stessa credibilità e legittimazione del giudice delle leggi. Si tratta, insomma, di ragionare sì sul «confine del potere giudiziario», ma intendendolo come insieme di ragioni e di limiti che, a causa della fisionomia di quel potere e del contesto istituzionale in cui si trova inserito, possono consigliare al giudice prudenza, nelle decisioni che l’ordinamento affida in tutto o in parte a una sua scelta, a ciò che si può anche definire una sua discrezionalità¹. Decisioni come quelle da cui prendono le mosse sia la recensione, sia il volume (che poi agli stessi profili dedica qualche riflessione nella parte conclusiva, sia pure senza la pretesa – anche in questo la recensione è fin troppo entusiasta – di analizzarli nel dettaglio): quando si debba esigere una particolare evidenza del vizio di legittimità costituzionale; fino a che punto si possano spingere l’istruttoria e il sindacato su questioni di proporzionalità e ragionevolezza (soprattutto economica); quali questioni decidere nel merito e quali destinare all’assorbimento ecc.

In secondo luogo, non credo che si possa patrocinare una condanna generalizzata della «giurisprudenza creativa» o di quelle che, altrove, la recensione chiama «interpretazioni estensive». Premetto che, concettualmente, riterrei più corretto parlare di decisioni dotate di premesse teoriche particolarmente impegnative, dunque

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore associato di diritto costituzionale e pubblico nell’Università Cattolica del S. Cuore, Milano.

¹ Nel frattempo, sono tornato su questo problematico concetto in *Separazione dei poteri e discrezionalità dei giudici nel pensiero di Gaetano Silvestri*, relazione alla terza sessione del convegno *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali* tenutosi presso l’Università degli Studi di Messina il 27 e 28 giugno 2024 (atti in corso di pubblicazione; registrazioni visibili nel canale *YouTube* dell’ateneo).

potenzialmente gravide di conseguenze in quanto precedenti, o con effetti dispositivi diretti di grande impatto. Ciò premesso, rispetto a queste decisioni, il libro si guarda bene dall’emettere giudizi universali, come del resto non pretende che il minimalismo sia una «panacea»². In tutte le varianti, il minimalismo non è mai stato presentato come un approccio per tutte le stagioni. Né, tra coloro che lo hanno studiato in maniera più strutturata, alcuno lo ha mai propugnato per tutti i casi e tutte le materie. Si tratta piuttosto di capire perché e come – entro quali ambiti, compatibilmente con il diritto positivo; sulla base di quali criteri giuridicamente apprezzabili, non puramente politici o soggettivi – su certe questioni è possibile, e talora preferibile, che il giudice taccia, glissi (o «pattini», secondo una metafora nobile ed efficace), prenda tempo, ammonisca senza prendere decisioni definitive, adotti dispositivi dotati di un certo grado di duttilità ecc. Raramente saranno criteri del tutto stringenti o meccanici: ciò dipende dagli stessi presupposti delle dottrine del minimalismo (che ho provato a spiegare in un passaggio chiave del volume, parte I, capitolo 8). Ma, almeno in alcuni casi, i problemi sottostanti dovrebbero essere chiari, anche a chi li guardi attraverso gli occhiali del giurista.

La storia americana è piena di esempi. Alcuni davvero epocali: *Dred Scott* avrebbe voluto risolvere alla radice, una volta per tutte, il problema della schiavitù, ma invece sortì tutt’altro effetto; quando si trattò di spiegare come *Brown* doveva essere eseguita, *Brown II* azzardò un difficile bilanciamento tra la necessità di garantire il principio di eguaglianza e la desegregazione, da un lato, e, dall’altro, quella di ottenere dalle autorità scolastiche e governative del Sud quell’atteggiamento di cooperazione, senza il quale l’obiettivo di garanzia non sarebbe stato raggiunto. Fu proprio quest’ultima a costituire l’archetipo della difficoltà contromaggioritaria, che ha storicamente ispirato la riflessione di Bickel (lui stesso era stato, a quei tempi, *law clerk* di Frankfurter, ampiamente coinvolto nello studio del caso). Difficoltà, peraltro, inesistente secondo una parte dei commentatori: la Corte suprema e, in generale, il potere giudiziario sarebbero strutturati in modo tale da allinearsi tendenzialmente agli indirizzi politici più stabili e duraturi, potendo contrastare solo alcuni orientamenti, quelli più controversi, e solo in modo parziale e temporaneo.

Agli esempi riportati nel libro mi permetto di aggiungerne, in questa occasione, uno più recente. Il 4 marzo di quest’anno, la Corte suprema degli Stati Uniti ha adottato la decisione *per curiam*³ con cui ha riformato la decisione della corte suprema del Colorado di escludere Donald J. Trump dalle primarie repubblicane dello Stato in applicazione della Sezione 3 del XIV Emendamento. La motivazione della Corte suprema federale è stata in parte unanime: i nove giudici hanno convenuto che non spetta ai singoli Stati dare applicazione alla Sezione 3, per evitare il rischio di un *patchwork* caotico rispetto a una causa di incandidabilità (così la chiameremmo noi, probabilmente) inerente a un alto ufficio federale. Quattro giudici si sarebbero fermate a

² A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 56 (relazione al XXXVIII Convegno AIC *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana* tenutosi presso l’Università degli Studi di Brescia il 27 e 28 ottobre 2023).

³ *Trump v. Anderson*, 601 U.S. 100 (2024).

questo⁴. Invece, la maggioranza è andata oltre: non solo ha affermato che l’applicazione della Sezione 3 è preclusa agli Stati; ma ha voluto anche aggiungere che, in ambito federale, è competente esclusivamente il Congresso, con implicita interdizione di ogni altro potere, compreso quello giudiziario. Rispetto a questo punto, le quattro *justices* hanno presentato due distinte opinioni separate. Le tre *liberal* (Sotomayor, Kagan, Jackson) hanno rinfacciato al *Chief Justice* una massima minimalista, che lui stesso aveva coniato in *Dobbs*: «se non è necessario decidere di più per risolvere una controversia, allora è necessario non decidere di più». Anche la *justice* Coney Barrett, dal canto proprio, ha stigmatizzato la volontà della maggioranza di entrare nella seconda, complicata questione: «a mio giudizio, questo non è il momento di amplificare il disaccordo con lo stridore [*stridency*]», vale a dire con la veemenza di posizioni teoriche più radicali e controverse di quanto sarebbe stato necessario per disporre della controversia.

La storia americana è piena di esempi, dicevo, e gli studiosi statunitensi ne hanno tratto spunto più e più volte. Lo scopo principale del libro era quello di ricostruire e rendere più accessibile una specifica linea di pensiero dottrinale: il paese dove il potere giudiziario ha raggiunto per primo un ruolo ampio e incisivo, ma prima di allora acquisito in alcun altro sistema istituzionale, è stato anche il primo nel quale questo ruolo è stato messo in discussione. La recensione ricorda alcuni tratti di questa linea, che ha certamente in Bickel e Sunstein le espressioni dottrinali più diffuse e attuali. Il libro ne riporta anche altri, come ad esempio la prima trattazione organica del problema, che si deve a J.B. Thayer ed è anch’essa ispirata da specifiche vicende giurisprudenziali. Secondo alcune ricostruzioni storiche (citate nel libro), dopo il cataclisma di *Dred Scott* e il successivo recupero, da parte della Corte suprema, della propria autorevolezza, proprio alla fine dell’800 – precisamente, nell’anno 1895 – inizia un attivismo della Corte tale, da generare riflessioni critiche circostanziate e puntuali, in una fase in cui ormai sia il *judicial review*, sia la *judicial supremacy* si erano affermati. In definitiva, il tema aveva acquisito spessore sia teorico, sia applicativo, decenni prima dei primi esperimenti europei e del classico dibattito Kelsen-Schmitt. Édouard Lambert colse una parte di questo spessore, ma naturalmente solo una parte (il suo celebre libro è del 1921).

Ovviamente, nel perseguire questo scopo principale, ve n’era un altro sottostante: dimostrare che questa linea di pensiero può risultare interessante anche nell’Europa continentale e, in particolare, in Italia. Non è affatto scontato, e la recensione coglie bene il punto. Sono numerose e profonde le differenze tra il nostro sistema istituzionale, in generale, e, in particolare, quello di giustizia costituzionale e i modelli di oltre Oceano. Non direi che la Corte suprema è «espressione diretta del mandato elettorale conferito dalla popolazione»; anche se effettivamente la sua politicizzazione ha raggiunto un livello elevatissimo e, per certi aspetti, sembra che il massimo successo, cui un Presidente degli Stati Uniti può aspirare, sia proprio piazzare in cima a quei 44 scalini il maggior numero di persone politicamente omogenee, affidabili, relativamente giovani e quindi auspicabilmente longeve. Per fortuna, l’Italia è lontana da questo

⁴ Scrivo «fermate» perché erano tutte e quattro le giudici donne della Corte.

scenario, anche se di tanto in tanto qualche motivo di preoccupazione si affaccia: le nomine a pacchetto dei giudici costituzionali, che stanno diventando da anomalia, prassi⁵; gli scenari aperti dal cd. premierato, i quali potrebbero attrarre nell’orbita della maggioranza di governo dieci dei quindici seggi⁶. Eppure, anche da noi, da tempo la Corte costituzionale è esposta a domande e pressioni crescenti, a fronte della crisi sempre ingravescente del potere politico; ed essa stessa, negli ultimi anni, ha operato su più fronti per recuperare, consolidare e in certa misura anche espandere la propria centralità nel sistema delle garanzie (la cd. stagione del riaccentramento, cui si fa cenno anche nel libro). Come logica conseguenza, ormai da anni al centro dell’attenzione degli studi costituzionalistici campeggia proprio la giurisprudenza: quasi che il diritto costituzionale fosse essenzialmente ciò che accade (o può accadere) nelle aule di giustizia, compresa quella di Palazzo della Consulta, e ciò che è scritto (o si può, o si ritiene, di leggere) nelle sentenze. In questo scenario, credo, le lezioni americane ripercorse nel volume possono rivestire un qualche interesse, anche se naturalmente la loro fruizione esige un certo sforzo di mediazione concettuale. Fortunatamente, il dibattito scientifico italiano – che pure è prevalentemente assestato lungo un diverso asse teorico, quello sulla natura anche politica o essenzialmente giurisdizionale della giustizia costituzionale – contiene numerosi spunti che, nella varietà delle posizioni, possono fungere da aggancio per quelle lezioni; e il diritto positivo contiene spazi, nei quali possono esprimersi, o meno, le scelte orientate dai criteri desumibili da quelle lezioni.

Questa, almeno, è la provocazione finale del libro. Che essa sia stata raccolta, a suo modo, anche dalla recensione cui fa seguito questa replica⁷, è per me motivo di conforto e soddisfazione.

⁵ Cfr. da ultimo A. PUGIOTTO, *Come e perché vincere la tentazione di una Corte costituzionale ad assetto variabile*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2024, 411 ss.

⁶ Cfr. da ultimo AA.VV., *Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2024, in corso di pubblicazione, e ivi le preoccupazioni particolarmente nette di Calvano e Tega.

⁷ Segnalo anche la recensione di N. DECORATO in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 1/2024, 74 ss.; nonché la scheda bibliografica di F. PEDRINI, in *Lo Stato*, vol. 22, 2024, 482 ss.; e rivolgo un ringraziamento anche a queste Riviste e a questi recensori.