

Michele Massa

Minimalismo giudiziario

L'opzione per la moderazione
nella giurisprudenza costituzionale

FRANCOANGELI

SDP

Studi di
Diritto Pubblico

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.

La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi pubblicati nella collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Michele Massa

Minimalismo giudiziario

L'opzione per la moderazione
nella giurisprudenza costituzionale

Presentazione di Marta Cartabia

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

La pubblicazione di questo volume ha ricevuto il contributo finanziario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore (anno 2022) sulla base di una valutazione dei risultati della ricerca in essa espressa.

Copyright © 2023 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Ringraziamenti	pag. 9
Presentazione , di <i>Marta Cartabia</i>	» 11
Introduzione	» 17
1. Domande	» 17
2. Proposte	» 21
3. Metodo	» 22
4. Definizione provvisoria	» 28
5. Delimitazioni	» 32

Parte Prima

1. Il potere meno pericoloso o più pericoloso	» 41
2. Thayer e l'emersione dei problemi	» 50
1. Origini e controindicazioni del sistema	» 50
2. La dottrina dell'errore manifesto	» 56
3. Holmes dal realismo giuridico alla moderazione giudiziaria	» 62
1. Il «magnifico <i>yankee</i> »	» 62
2. «Movimenti molecolari»	» 68
3. Dalla teoria alla pratica: l'età di <i>Lochner</i>	» 71
4. Hand e lo spirito del dubbio	» 84

5. Frankfurter e il <i>judicial restraint</i> alla prova dei diritti civili	pag. 92
1. Dall'attivismo progressista alla moderazione giudiziaria	» 92
2. Alla prova dei diritti civili: <i>Barnette</i>	» 103
3. [segue]: segregazione razziale	» 108
4. [segue]: <i>malapportionment</i>	» 111
6. Bickel, la difficoltà contromaggioritaria e le virtù passive	» 116
1. Premessa: cenni alle basi del <i>legal process</i>	» 116
2. La «tensione lincolniana» fra principi e opportunità	» 121
3. Come «cavarsela»	» 125
4. La teoria e il suo contesto: la Corte Warren	» 129
5. Critica: difficoltà immaginaria?	» 133
6. [segue]: disfatta del diritto costituzionale?	» 138
7. Postilla: cenni a Ely e alla crisi del <i>legal process</i>	» 142
7. Sunstein e il minimalismo	» 147
1. Una risposta moderata alla controrivoluzione conservatrice	» 147
2. Perfezionismo repubblicano	» 153
3. Accordi parzialmente teorizzati	» 158
4. Minimalismo giuridico	» 159
5. Minimalismo nella giurisdizione	» 161
6. Minimalismo nella giustizia costituzionale	» 169
7. Critica del minimalismo	» 176
8. Riepilogo	» 186
1. Presupposti: questioni “aperte”	» 186
2. [segue]: giustizia nel contesto	» 189
3. [segue]: filtri processuali e sostanziali	» 191
4. Applicazioni	» 192

Parte Seconda

1. Moderazione istituzionale?	» 197
2. Dinamiche espansive	» 207
1. Stato costituzionale e neocostituzionalismo	» 207
2. Riaccentramento	» 214
3. Contestualismo e relazionalità	» 219
1. Nella teoria del diritto	» 219
2. Negli studi di giustizia costituzionale	» 222

4. Processo, politica, moderazione	pag. 228
1. Premessa	» 228
2. Giustizia costituzionale e politica	» 234
3. Giustizia costituzionale e processo	» 242
5. Ipotesi applicative	» 252
1. Ordine e assorbimento delle questioni	» 252
2. Ragionevolezza e proporzionalità (nelle questioni con rilevanza economica)	» 260
3. Doppia pronuncia e sue varianti	» 272
4. Vizi manifesti	» 280
Conclusioni	» 287
Bibliografia	» 291

RINGRAZIAMENTI

Questo volume riporta le conclusioni di una ricerca di molti anni. È iniziata quando, studiando alcune applicazioni giurisprudenziali del principio di eguaglianza per un convegno del Gruppo di Pisa, mi sono convinto che l'identificazione dei relativi problemi e delle loro soluzioni è una sfida perenne, che essa richiede assunzioni di responsabilità da parte dell'intera comunità e processi di intelligenza organici, corali e aperti, e che non sempre corti, giudizi e sentenze sono la sede ottimale per tutto ciò. Questa riflessione è poi proseguita induttivamente: sia in altri saggi, su altri temi specifici; sia in circa quattro anni di servizio presso la Corte costituzionale come assistente di studio. Due cose, lì, mi colpirono particolarmente. In primo luogo, la frequenza con cui, nelle riunioni degli assistenti (preliminari a ciascuna settimana di lavori del Collegio), le questioni venivano indicate come "aperte", vale a dire suscettibili di essere decise in modi diversi. In secondo luogo, la possibilità, nel motivare un determinato esito della controversia, di adottare stili anche molto differenti: in particolare, dire lo stretto necessario per la specifica decisione da assumere, "pattinando" agilmente (per quanto possibile) su interrogativi complessi, controversi o potenzialmente di grande impatto; oppure (tentare di) scandagliarli a fondo e risolverli in maniera (relativamente) definitiva. Dal tentativo di dare una forma e un ordine a queste impressioni, nel modo indicato di seguito nell'Introduzione, è nata questa ricerca.

Devo dunque anzitutto ringraziare le persone, le istituzioni e le iniziative che mi hanno dato, volta per volta, occasione di mettere la mia idea generale alla prova di singoli temi. Non posso nominarli tutti, ma

alcuni risultano dalla bibliografia. Un ringraziamento speciale, per un'esperienza formativa e indimenticabile, va alla Corte costituzionale, a tutte le persone incontrate lì e soprattutto ai colleghi assistenti, e a Marta Cartabia, che per due volte mi ha dato quella preziosa opportunità e oggi arricchisce questo volume con una sua presentazione.

Ho potuto svolgere una parte delle ricerche presso la Law Library della New York University e presso il Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg. A quest'ultimo sono particolarmente grato per la *research fellowship* e il *grant* che mi hanno permesso, nell'estate del 2017, di fermarmi più a lungo nella sua *Lesesaal* e nel suo effervescente ambiente scientifico.

La mia massima riconoscenza va all'Università Cattolica del S. Cuore e alla sua Facoltà di Economia. Mi hanno sostenuto nell'elaborazione di questo volume e in troppi altri modi per ricordarli qui uno ad uno. Non sono solo il mio luogo di lavoro, peraltro molto accogliente: sono comunità e istituzioni alle quali sento di appartenere, portatrici di un'identità che è anche la mia.

Devo anche ringraziare chi ha letto schemi o versioni preliminari di questo saggio e mi ha offerto critiche e consigli, di cui ho cercato di fare tesoro: Enzo Balboni, Renato Balduzzi, Augusto Barbera, Chiara Bologna, Giovanni Bombelli, Giacomo D'Amico, Diletta Tega; soprattutto Roberto Bin, che ora dà al saggio accoglienza nella collana da lui diretta insieme a Fulvio Cortese e Aldo Sandulli, i quali pure ringrazio.

Naturalmente, nonostante tutto l'aiuto ricevuto, resto l'unico responsabile di errori, fraintendimenti, imprecisioni e omissioni.

PRESENTAZIONE

Indiscusse protagoniste del costituzionalismo contemporaneo dalla seconda metà del Novecento ai nostri giorni, le Corti continuano ad occupare la scena anche nel nuovo millennio. Il dibattito, tuttavia, si è fatto via via più pensieroso e mesto, dominato come è da preoccupazioni relative alla indipendenza dei giudici e alle dinamiche emergenti nei rapporti tra Corti e attori politici. Ormai da diversi anni, in Europa si moltiplicano gli studi sulla *rule of law*, specie in relazione ai nuovi strumenti che l'Unione europea sta sperimentando per affrontare le crisi dei sistemi giudiziari che affliggono alcuni dei suoi Stati membri. Negli Stati Uniti si discute animatamente di una nuova composizione della Corte suprema e della necessità di rinnovare il sistema di nomina dei suoi giudici e la loro *tenure*. Negli ultimissimi mesi, un vivace dibattito si è acceso in Israele a fronte di una proposta di riforma della giustizia che potrebbe incidere in modo significativo sui poteri della Corte suprema e dei suoi rapporti con la Knesset.

Europa, Stati Uniti, Israele: si tratta solo di qualche esempio paradigmatico di problemi profondi che investono trasversalmente il costituzionalismo odierno.

Il libro di Michele Massa, dedicato al *Minimalismo giudiziario*, è stato scritto in questa epoca, in questo clima e su questo sfondo, ma non interviene direttamente nel dibattito oggi dominante. Tocca temi più profondi e porta ad emersione spinte e contropunte di lungo periodo che hanno rimodellato e possono rimodellare il ruolo del potere giudiziario negli ordinamenti costituzionali ispirati ai principi dello Stato liberale, per preservarne l'indispensabile ruolo di garanzia.

Nessuno dubita che il potere giudiziario oggi non corrisponda più all'immagine che lo rappresentava agli albori del costituzionalismo moderno, in epoca liberale.

Nel 1788, Alexander Hamilton pubblicava il famosissimo *Federalist Paper* n. 78 dedicato al sistema giudiziario della nascente federazione americana. Qui, l'ordine giudiziario veniva definito come *the least dangerous branch*, il meno pericoloso di tutti i poteri dello Stato, perché dotato solo della forza della persuasione, privo di ogni capacità di coercizione e di ogni possibilità di controllo del denaro pubblico. La fortunata espressione che egli aveva coniato in quello scritto sarebbe poi stata ripresa da molti studi in materia di giudici e giurisdizione, non ultimo il famoso saggio omonimo di Alexander Bickel.

La sua teoria esprimeva una convinzione diffusa in quell'epoca. Nell'Europa continentale già qualche decennio prima, Montesquieu, ne *Lo spirito delle leggi* (1748), argomentava in favore di un potere giudiziario privo di ogni creatività e politicamente *nullo*, incastonando questa concezione nella famosissima immagine del «*juge, bouche de la loi*».

Quale che fosse la reale capacità di queste immagini di cogliere e rappresentare l'effettiva realtà del potere giudiziario dell'epoca – un mito, secondo molti – non si può negare che fino ad anni recenti la riflessione sul potere giudiziario è stata dominata da una concezione del giudice come titolare di una funzione neutrale di garanzia e perciò poco pericolosa: poco pericolosa e poco temuta.

Oggi si deve prendere atto che in molti ordinamenti le Corti, specie quelle apicali, richiamano una grande attenzione, e non sempre benevola, da parte delle istituzioni politiche che ne mettono in discussione la struttura, i poteri, i sistemi di nomina e la durata in carica dei giudici, la loro retribuzione e la loro età pensionabile.

Significativamente, Michele Massa – attraverso una citazione di Thomas Jefferson – ricorda e ripropone l'interrogativo se il potere giudiziario sia stato e sia davvero il potere meno pericoloso o non sia invece percepito come «il più pericoloso» (Parte I, paragrafo 1).

Quale che sia la risposta a questo arduo interrogativo, certo è che quel che appariva una acquisizione consolidata – la distinzione e la distanza tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, i due poli attraverso i quali si è dipanata la lunga storia del costituzionalismo – torna ad essere prepotentemente e problematicamente di attualità. Sia per le inedite interferenze, indirette e oblique, da parte del potere politico nei confronti della giustizia, a cui abbiamo fatto cenno; sia perché è ormai opinione

condivisa che anche il giudice partecipa ad un'attività creativa del diritto, specie se questi svolge una funzione di *judicial review of legislation*.

È soprattutto attraverso la funzione di controllo di costituzionalità delle leggi che le Corti entrano a diretto contatto con le istituzioni politiche; ed è attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi che si è sviluppato – e non da oggi – quel protagonismo del potere giudiziario che ha connotato il costituzionalismo a partire dal secondo dopoguerra. Già alla fine degli anni '50, un grande osservatore delle istituzioni giudiziarie quale è stato Mauro Cappelletti, notava un risveglio della funzione giurisdizionale proprio intorno alla funzione di *judicial review of legislation*, ne apprezzava le potenzialità, ne sosteneva le ragioni, ma non sottaceva il grande problema – the *mighty problem* – che si sarebbe determinato nei rapporti tra le Corti e le istituzioni democratiche¹. E puntualmente il *mighty problem* si è posto. Dapprima negli Stati Uniti – nella forma delle critiche al *judicial activism*, o della *counter-majoritarian difficulty*, e via via sotto altre cangianti denominazioni – per poi approdare successivamente sul continente europeo. Del resto, quel problema formidabile era ben presente anche in Europa sin dalle origini dei sistemi di giustizia costituzionale, nella ormai classica disquisizione sulla natura giurisdizionale o politica del giudice delle leggi. I dialoghi a distanza tra Hans Kelsen e Carl Schmitt che hanno segnato gli esordi della giustizia costituzionale, hanno poi accompagnato negli anni non solo la riflessione dottrinale, ma la vita stessa delle istituzioni incaricate di svolgere la delicata funzione di custodi della costituzione anche al cospetto delle istituzioni democraticamente elette.

Il prezioso studio di Michele Massa ripercorre oggi, alla luce di un contesto drammaticamente caratterizzato da tensioni che si assiepano attorno al potere giudiziario, il ricchissimo, variegato e durevole dibattito che ha animato la discussione negli Stati Uniti, restituendoci le voci dei più grandi autori, da Thayer a Bickel, da Frankfurter a Ely a Sunstein.

Collocandosi in questa prospettiva, che viene da lontano e guarda lontano, l'Autore riesce ad illuminare i problemi che interrogano oggi le Corti costituzionali europee e in particolare la Corte costituzionale

1. M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957 ma il tema è ripreso attraverso tutti i suoi scritti fino a M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, il Mulino, 1994. Volendo per una panoramica più ampia sul punto rinvio al mio *Mauro Cappelletti: One of the "precious few" of our generation*, in 14 *Int. J. Const. L.* 464 (2016).

italiana, offrendo al lettore una tesi dotata di forte personalità. L'Autore si colloca con nettezza nella tradizione del *judicial minimalism*, che argomenta non già per Corti deboli, ma per Corti consapevoli dei confini istituzionali e degli equilibri istituzionali complessivi, e in questo ambito e in questi limiti presenti anche con decisioni incisive.

Muovendo da una ampia inquadratura – attraverso un'ottica grandangolare capace di cogliere le linee essenziali del dibattito costituzionalistico che si svolge su entrambe le sponde dell'Atlantico – l'Autore avvicina gradualmente il suo sguardo all'esperienza europea, per poi soffermarsi in particolare su quella italiana e giungere ad analizzare con profondità di campo e finezza granulare, alcuni degli strumenti processuali e decisorii più significativi sviluppati o comunque impiegati dalla nostra Corte costituzionale negli ultimi anni, indubbiamente segnati da un significativo tasso di creatività: doppie pronunce, giudizio di proporzionalità, ordine di trattazione delle questioni, e molto altro.

Prendere posizione con coraggio in difesa della Costituzione, senza mai sfuggire alle decisioni difficili, ma senza neppure cedere alla tentazione della “grande sentenza”: è questa la sfida più impegnativa che ogni giudice costituzionale si trova ad affrontare nella quotidianità del giudizio sulle leggi. Così, ogni Corte è chiamata giorno per giorno a svolgere fino in fondo il suo compito di custodire la Costituzione, anche esercitando una certa creatività nel configurare i suoi strumenti deliberativi e decisionali, se necessario, allo scopo di non lasciare zone immuni dal controllo di costituzionalità, ma sempre rispettando i confini che separano i diversi poteri dello Stato e astenendosi da ogni invasione di campo, specie nei riguardi della politica e della sua discrezionalità. È in questa prospettiva che debbono essere valutate le tecniche decisorie sperimentate negli ultimi anni dalla Corte costituzionale – puntualmente esaminate nel presente volume – tra cui spicca la tecnica della “doppia pronuncia”, che ha sostituito almeno in alcuni casi la prassi delle pronunce di inammissibilità con monito al legislatore. Anche alla base di questo strumento, ancora in assestamento, sta l'intento di rispettare gli spazi della politica – cedendo il passo al legislatore, in prima battuta – e tuttavia mantenendo il giudizio saldamente nelle mani della Corte, in modo da non precludere la possibilità di un suo intervento, in seconda battuta.

Dalle prime pagine dedicate ai grandi dibattiti teorici, alle conclusioni che esaminano gli orientamenti giurisprudenziali più recenti della Corte costituzionale italiana, soppesandone costi e benefici, pregi e di-

fetti, il lettore viene così accompagnato in un affascinante viaggio culturale, che attraversa i luoghi e i momenti più significativi del costituzionalismo, attraverso una lettura gradevole, formativa, capace di gettare una luce inedita sulle questioni più dibattute della giustizia costituzionale italiana contemporanea.

Milano, 22 febbraio 2023

Marta Cartabia

Professoressa ordinaria di diritto costituzionale
nell'Università Bocconi di Milano
Presidente emerita della Corte costituzionale

INTRODUZIONE

1. Domande

Per introdurre il tema fondamentale di questo libro e il suo duplice obiettivo, conviene partire da alcune domande più circoscritte, riguardanti problemi – pratici o teorici, generali o settoriali – di applicazione giudiziaria del diritto costituzionale. Potranno apparire eterogenei a prima vista, ma in realtà hanno un tratto comune.

È frequente, nella giurisprudenza, l'affermazione che taluni vizi di costituzionalità delle leggi possono essere accertati in giudizio solo se raggiungono un grado elevato di evidenza¹. È un'affermazione corretta? In quali settori è appropriata? Dove passa il confine tra incostituzionalità manifesta o “semplice”? E come si spiega, poi, che, proprio in alcuni degli ambiti in cui questa affermazione è stata formulata, si siano registrate effervescenze giurisprudenziali notevoli e, in alcuni casi, dotate di enorme impatto sul sistema istituzionale? È il caso della materia penale o, ancor più, di quella elettorale.

Ancora sul piano sostanziale, si pensi ai casi in cui, nel mettere in discussione la ragionevolezza o la proporzionalità di una normativa di ambito economico, vengono chiamate in causa le valutazioni compiute dal legislatore in merito all'impatto della normativa stessa sulla finanza pubblica o su determinati settori dell'economia privata². Fino a che punto il

1. Cfr. parte II, § 5.4, anche per l'elenco di alcuni di questi settori.

2. Cfr. parte II, § 5.2, dove le questioni costituzionali di rilievo economico-finanziario sono considerate come esempi e casi di studio dei problemi del sindacato di proporzionalità e ragionevolezza.

giudice costituzionale può spingersi nel ripercorrere queste valutazioni, magari in presenza di dati e documenti tecnici debitamente presentati ed esaminati dal Parlamento? E come dovrebbe affrontare nodi di teoria economica ostici anche per gli esperti del settore? Ad esempio, a quali condizioni potrebbe giudicarsi illegittima una legge di bilancio, in quanto autorizzi un certo livello di ricorso all'indebitamento, per la misura strutturale del disavanzo che ciò comporta? Come dovrebbe essere ricostruito il perimetro del fisiologico «rischio normativo di impresa»³, in presenza del quale un imprenditore avveduto non può lamentarsi che il suo affidamento, ad esempio, in una determinata disciplina di incentivazione sia turbato dal sopraggiungere di modificazioni? Qual è il contenuto doveroso di una prestazione solidaristica, corrispondente a un diritto sociale costituzionalmente garantito, e quanto rilevano, a questo fine, le contingenze economiche e finanziarie delle amministrazioni pubbliche e del Paese, e la valutazione di esse fatta in ciascun momento – e magari in uno degli ormai ricorrenti momenti di crisi – dal decisore politico⁴?

Passando dai problemi dell'accertamento dei vizi a quelli dei rimedi concretamente utilizzabili in sede giudiziaria, si ragioni poi sul caso in cui una certa situazione normativa è sicuramente viziata, ma meno sicuro è come dovrebbe correggerla la Corte costituzionale⁵: dovrebbe lasciare tempo al legislatore, e poi un lasso di tempo determinato (ad esempio, rinviando la decisione sul merito della questione a data fissa) oppure no (ad esempio, con un rigetto accompagnato da un monito)? Dovrebbe intervenire con tecniche manipolative nello spazio (nella portata e negli effetti normativi) o nel tempo (escludendo la retroattività dell'annullamento, oppure posticipandone gli effetti)? Oppure fare affidamento, semplicemente, sul fatto che l'accoglimento, manipolativo o meno, non impedisce al legislatore di rimaneggiare successivamente la situazione normativa, se lo desidera?

Infine, su un piano squisitamente processuale, si immagini che, per contestare la costituzionalità di una disposizione legislativa, siano sollevate una pluralità di questioni, e che, fra queste, di alcune, più tecniche e settoriali, sia agevole argomentare la fondatezza, mentre altre risultino

3. Ivi, si veda il riferimento a Corte cost., n. 16 del 2017, in materia di rimodulazione degli incentivi agli impianti energetici fotovoltaici.

4. Ivi, si veda, fra gli altri, il riferimento a Corte cost., n. 152 del 2020, in materia di pensioni per gli invalidi civili totali.

5. Cfr. parte II, § 5.3.

più opinabili, pur attenendo a nodi di grande spessore teorico, portata pratica o attualità. Il giudice costituzionale dovrebbe esaminare tutte le questioni, oppure potrebbe limitarsi ad accogliere quelle più liquide e circoscritte, rinviando la presa di posizione sulle altre a un eventuale momento futuro in cui non sia più possibile tacere su di esse? Il problema si è posto, ad esempio, nella sentenza n. 24 del 2004, la prima delle due notissime decisioni in materia di immunità di alcune alte cariche dello Stato⁶.

Tutti questi interrogativi, si diceva, hanno un tratto comune: si tratta di questioni «aperte», nel senso che ad esse i principi di diritto costituzionale, sostanziale e processuale, offrono risposte quantomeno opinabili, dunque una guida debole; mentre i conflitti di interessi o prospettive, sottesi a ciascun problema e a ciascuna ipotesi di soluzione, sono, o possono essere, forti e complicati da mediare.

Indubbiamente per tutte le questioni costituzionali, comprese quelle più aperte nei possibili esiti, è dovuta una decisione nel momento in cui siano poste ritualmente dinanzi al giudice. Ma ciò non toglie, anzi a maggior ragione implica, che ci si possa chiedere, in ciascun caso, se siano preferibili pronunce impegnative, che scandaglino fino in fondo tutti i problemi di principio, oppure decisioni che su di essi, o almeno su alcuni, «pattinino»⁷, dicendo solo quanto serve per definire la questione specifica, magari su un piano puramente processuale, rinviando tutto il resto al momento in cui gli ulteriori nodi diventeranno ineludibili.

Si potrebbe dire che, in situazioni del genere, il giudice è esposto a un doppio rischio: da un lato, sconfinare dal suo ruolo, invadendo

6. Cfr. parte II, § 5.1.

7. La metafora può suonare gergale, ma ha riscontri eccelsi: S. Romano, *Glissez, Mortels, n'appuyez pas*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 117-118. È il verso di un poeta francese del Settecento, Pierre Charles Roy, dedicato appunto ai pattinatori: «L'inverno vi conduce su lastre delicate; / sotto il ghiaccio è la rovina. / Tanto dei vostri piaceri la superficie è fina: / scivolate, mortali, non vi soffermate» (qui come altrove, dove non diversamente indicato, le traduzioni sono di chi scrive). Romano intendeva che l'eccesso di analisi concettuale può tradire gli scopi pratici della riflessione giuridica, facendola smarrire come in un labirinto o, peggio, conducendola «a conseguenze che, logicamente impeccabili, contrastano con quegli scopi che sono quelli che l'ordinamento giuridico si propone per le sue esigenze le quali non sono quelle della logica astratta» (Id., op. cit., 118). Il verso è celebre anche per la citazione fattane da Giacomo Leopardi nello *Zibaldone* (7 novembre 1820): «[q]uel detto scherzevole di un francese *Glissez, mortels, n'appuyez pas* a me pare che contenga tutta la sapienza umana, tutta la sostanza e il frutto e il risultato della più sublime e profonda e sottile e matura filosofia» (*Zibaldone di pensieri. Nuova edizione tematica condotta sugli indici leopardiani*, a cura di F. Cacciapuoti, Milano, 2019, edizione digitale).

e pregiudicando il campo lasciato alla discrezionalità e alla responsabilità degli altri poteri costituzionali e della dialettica democratica; dall'altro, sottrarsi al dovere di rendere giustizia costituzionale; rischio accentuato dal fatto che, in presenza di indicazioni normative deboli, lo spazio decisionale del giudice può essere condizionato non (solo) da ragioni sorrette dal diritto, ma (anche) da apprezzamenti di altra natura.

Impostata in questi termini, la questione di fondo può apparire tutt'altro che nuova. È la questione della coesistenza di diritto e politica al cuore della giustizia costituzionale. Era venuta in piena luce sin dal dibattito fondamentale tra Kelsen e Schmitt⁸. È rimasta presente – in termini meno dicotomici – in decenni di letteratura italiana⁹: ad esempio, nella metafora degli «sconfinamenti» impiegata da Franco Modugno¹⁰, o in quella più recente del pendolo che oscilla tra le due anime della Corte costituzionale¹¹. Ricorre nei ragionamenti sulla particolare «sensibilità» che dovrebbe caratterizzare (oppure no) il giudice delle leggi e sulla «supplenza» da questi esercitata (fisiologicamente o meno) rispetto agli inadempimenti costituzionali degli organi politici¹². Perdura anche in analisi recenti, opera di generazioni di studiosi maturati in una stagione ormai relativamente distante da quelle iniziali, nella quale l'ampliamento del ruolo del giudice costituzionale pare un dato acquisito, anche se non sempre né del tutto pacificamente¹³. Tale è la persistenza del problema, che sembra ragionevole addebitarla non alla scarsa fantasia di chi se ne è occupato, quanto piuttosto a ragioni profonde, strutturali, di lunga durata.

Perché, allora, continuare a occuparsene? Non è sufficiente rispondere che un problema ancora aperto è sempre attuale. Già meglio è osservare come il sistema italiano assista da alcuni anni a una fase di innovazioni frequenti e incisive, con le quali la Corte costituzionale ha cercato di riguadagnare quella centralità che sembrava essere stata mes-

8. Cfr. parte II, § 4.1.

9. In particolare, nella letteratura della stagione di cui si dirà nella parte II, § 2.1.

10. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli e S. Grassi, Bologna, 1982, 47.

11. *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017.

12. Cfr. per alcuni riferimenti parte II, cap. 4.

13. Cfr. la panoramica della stagione del neocostituzionalismo nella parte II, § 2.1.

sa in discussione da vari fattori; e come questo, a propria volta, abbia animato – o rianimato – un dibattito a tratti molto acceso¹⁴. Ma ancora non basta: cosa mai rimane da aggiungere a un dibattito così sviluppato, che torna a marcare solchi già scavati in passato?

2. Proposte

L'ipotesi attorno alla quale si è sviluppata questa indagine, qui presentata come proposta scientifica, è che ci sia ancora qualcosa da imparare da alcuni profili dell'esperienza costituzionale statunitense: non tanto dall'immediata attualità¹⁵, in cui pure i dibattiti sul ruolo e sull'«attivismo»¹⁶ dei giudici soprattutto federali continuano a tenere banco¹⁷; piuttosto, dalla storia, o meglio da un particolare filone di pensiero di lunga durata.

14. Il riferimento è alla stagione del cd. riaccentramento, su cui cfr. parte II, § 2.2. Particolarmente incisivi i termini impiegati da A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss. – peraltro incorso subito nelle repliche di R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, e di E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, ivi, risp. 757 ss. e 777 ss.

15. Anche se non si rinuncerà a qualche considerazione sulla paradigmatica *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), nella parte I, alla fine del § 7.7.

16. Per una storia del termine, si rinvia a C. Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, in 58 *Emory L. J.* 1195 (2009); nonché a K.D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, in 92 *Cal. L. R.* 1441 (2004). Anche se il dibattito sull'attivismo è forse persino più antico di quello sulla moderazione (risalendo, almeno secondo K.D. Kmiec, op. cit., 1444, alla polemica di Jeremy Bentham contro i compiti normativi riconosciuti ai giudici di *common law* da William Blackstone), già nella prima occasione in cui (secondo le ricostruzioni più diffuse, incluse C. Green, op. cit., 1201 ss., e K.D. Kmiec, op. cit., 1446) il termine fu coniato esso fu contrapposto, appunto, a «*self-restraint*»: cfr. A.M. Schlesinger jr., *The Supreme Court: 1947*, in *Fortune*, gennaio 1947, 202. In particolare, il celebre storico contrapponeva all'atteggiamento di alcuni giudici della Corte Suprema, inclini a esercitare i propri poteri per avanzare la propria idea del bene comune, quello di altri giudici dello stesso consesso – tra cui Felix Frankfurter – orientati a rimarcare più nettamente il confine tra diritto e politica e a garantire gli spazi di quest'ultima.

17. Avendo, oltretutto, stimolato recenti riflessioni ufficiali e organiche sulle possibili prospettive di riforma: il riferimento è alla *Presidential Commission on the Supreme Court of the United States*, insediata con l'*Executive Order* 14023 del 9 aprile 2021. Informazioni e documentazione sui lavori della commissione si possono reperire nel sito ufficiale (www.whitehouse.gov/pscotus). Il *Final Report* porta la data dell'8 dicembre 2021.

Il paese dove il potere giudiziario ha raggiunto per primo un ruolo ampio e incisivo, come in nessun altro sistema istituzionale, è stato anche il primo nel quale questo ruolo è stato messo in discussione: talora radicalmente, talaltra contestando la sua supremazia nell'interpretazione costituzionale; in altri casi ancora – e sono quelli che più interessano – consigliando atteggiamenti di *judicial humility, modesty, restraint, minimalism*. Come si vedrà, la discussione è partita ancora prima della ratifica della Costituzione federale; non è stata affatto tacitata da *Marbury v. Madison*¹⁸; ha raggiunto un'acme drammatica in seguito a *Dred Scott v. Sandford*¹⁹, alla vigilia della Guerra civile; ha ricevuto le prime trattazioni scientifiche organiche, tuttora attuali, almeno a partire dagli ultimi anni dell'Ottocento. Sicché, quando nel 1921, Edouard Lambert avviava anche in Europa la circolazione della formula del «governo dei giudici»²⁰, la riflessione scientifica statunitense aveva alle spalle non solo un'esperienza di parecchi decenni, ma anche molti anni di letteratura specificamente dedicata a ciò. Altra se ne sarebbe accumulata in seguito, alimentando un filone sì minoritario²¹, ma non sempre, né su ogni argomento, e comunque persistente e ancora oggi vitale.

3. Metodo

Uno spunto significativo per questa indagine è venuto da un'indicazione di Roberto Bin. Sul presupposto che la Costituzione del 1948, diversamente da quanto accadeva nell'esperienza continentale dello Stato di diritto²², abbia riconosciuto il pluralismo e il conflitto degli interessi

18. 5 US 137 (1803). Nella letteratura italiana, un'analisi dettagliata di questa decisione, nonché dei suoi antecedenti e delle applicazioni successive, si trova in B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008. È bene precisare che, per semplicità, tutte le sentenze della Corte Suprema sono citate riferendosi solo ai volumi degli *United States Reports* (US), consultabili nei siti istituzionali della Corte Suprema (www.supremecourt.gov) e della Biblioteca del Congresso (www.loc.gov).

19. 60 US 393 (1857). Il vero cognome della controparte di Scott – Sanford – fu registrato erroneamente.

20. E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti* (1921), a cura di R. D'Orazio, Milano, 1996.

21. Così G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I, *La Costituzione liberale*, Torino, 1998, 251.

22. R. Bin, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 1149 ss. (e prima *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004; II ed., Bologna, 2017).

come dato strutturale, strutturante e insuperabile²³, Bin contesta che essa stabilisca gerarchie rigide di valori, o che dell'unità di questi ultimi possa farsi artefice la Corte costituzionale: piuttosto alla politica democratica è stato demandato l'alto compito, e la missione storica, di comporre progressivamente i vari conflitti²⁴. Non si tratta affatto di negare, anzi è risolutamente affermata, l'esistenza di una discrezionalità del giudice nell'applicazione della Costituzione (e del diritto in genere)²⁵. Ma, a contenere lo spazio di scelta e a conservare la differenza tra fonti politiche del diritto e giurisprudenza, dovrebbe valere l'inserimento del giudice stesso e delle sue operazioni interpretative entro un contesto istituzionale, in cui egli convive con il legislatore, distinguendosi per la prospettiva sulla dinamica del diritto: il legislatore persegue obiettivi politici con strumenti normativi e deve avere una visione ampia e una conoscenza generale dei fatti; il giudice opera soltanto nei casi e sui temi che altri portino alla sua cognizione, nei limiti, e avendo riguardo ai fatti, della singola controversia, e con decisioni (in linea di massima appellabili e comunque) sempre esposte alla discussione²⁶. In particolare, sulle controversie costituzionali intervengono anche istituzioni politiche, o comunque non giudiziarie, le quali possono reagire qualora il giudice traligni dalla prospettiva sua propria, o dissipi il proprio «capitale istituzionale» mediante una giurisprudenza instabile per la frequenza o la profondità dei cambiamenti che vorrebbe determinare²⁷. A conclusioni simili si arriva anche attraverso la decostruzione della teoria dei diritti e l'analisi, su questo terreno, del ruolo del giudice, a metà strada tra legge e società, come voce della «funzione giusgenerativa» di quest'ultima²⁸.

23. Id., *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 19 ss.

24. Il passaggio è messo a fuoco anche attraverso le analisi e previsioni di uno dei maggiori critici: cfr. i riferimenti a Ernst Forsthoff ricorrenti in R. Bin, *Stato di diritto*, cit., ma presenti anche in Id., *Che cos'è la Costituzione*, cit. (cfr. ad es. 22, sulla Costituzione come «archivio dei valori correnti» secondo E. Forsthoff, *Problematiche dell'interpretazione costituzionale* (1961), in A. Mangia, *L'ultimo Forsthoff*, Padova, 1995, 48 ss.).

25. Nel senso chiarito in Id., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine in una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013. Vedi ora anche Id., *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 208-212.

26. Id., *A discrezione del giudice*, cit., 72 ss.

27. Ivi, 98.

28. Id., *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 26. Il riferimento è a R. Cover, *Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. R.* 4 (1983), il quale sottolinea (11 ss.) il nesso inscindibile tra il diritto e le sue rappresentazioni (*interpretative commitments*), ivi comprese quelle che provengono direttamente dalla società, o da sue componenti dotate di una propria identità. Le corti sono uno dei luoghi in cui si staglia, e si cerca di

In questa prospettiva, Bin dichiara di condividere «in pieno» il minimalismo di Cass Sunstein: scettico sull'idea che, appunto, sia compito del giudice (costituzionale) cercare teorizzazioni impegnative attorno ai valori; convinto che, al contrario, al giudice si addicano compromessi teorici non impegnativi, silenzio sulle grandi questioni, preferenza per strumenti come l'analogia, la ragionevolezza e il precedente²⁹.

A propria volta, gli scritti di Sunstein³⁰ hanno aperto la via alla ricostruzione di quell'ampio corpus dottrinale cui si faceva riferimento, snodatosi attraverso un lungo arco di tempo e in una miriade di idee, dibattiti, controversie, contingenze storiche e culturali.

Per dare un ordine alla trattazione di tutto ciò, si è scelto di articolare lo studio – i cui risultati sono esposti nella parte I – attorno ad alcune delle principali voci che hanno cercato di inquadrare la prudenza (modestia ecc.) giudiziaria in una cornice teorica e argomentativa di una certa ampiezza: oltre a Sunstein, cinque giuristi, tre dei quali sono stati anche (Frankfurter) o principalmente (Holmes e Hand) giudici³¹. Ciascuno di loro è ben radicato in un determinato contesto storico, politico e di cultura giuridica: perciò, seguendo loro e la loro opera (anche giudiziaria, dove possibile) si è cercato di ricostruire i relativi contesti e, dunque, il nesso tra questi e le ragioni di preoccupazione nei confronti dell'esercizio del potere giudiziario, in ambito costituzionale, e di preferenza per approcci modesti (umili, passivi, minimalisti, o come meglio). Per lo stesso motivo, li si è posti in ordine cronologico: per sottolineare l'evoluzione dei contesti e, così, le continuità e discontinuità dei problemi e delle idee di soluzione.

Questa scelta si connota per tre presupposti o caratteri metodologici, tra loro concatenati. Non sembra fuori luogo, nello studio del diritto, dedicarsi oltre che alle norme, alle prassi e alle istituzioni, anche alle persone: a ben vedere, sono queste che, portando con sé

conciliare, la dicotomia tra l'organizzazione della legge come potere (in ultima analisi, detentore del monopolio della violenza legittima) e come significato condiviso (ivi, 18, nonché 40 ss.).

29. Id., *Che cos'è la Costituzione*, cit., 30 e sp. nota 71.

30. Considerati, nella dottrina italiana, da P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000, 113-116; O. Chessa, *I giudici del diritto*, Milano, 2014, 364 ss.; C. Drigo, *Le corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016, 120-121; con taglio prevalentemente teorico, anche da C. Valentini, *Le ragioni della costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, 234 ss., 378-379.

31. Una rassegna, più sintetica, di questi autori si trova anche in C. Drigo, op. cit., 91 ss.

una determinata storia, alimentano la riflessione giuridica, guidano la cultura degli operatori, animano le istituzioni delle quali entrano a far parte, o con le quali interagiscono, e concorrono a determinarne il profilo³².

In secondo luogo, il taglio metodologico prescelto presuppone che le circostanze storiche, le correnti di pensiero e le problematiche culturali e sociali non siano affatto un mero sfondo per la riflessione giuridica e per le proposte e i concetti in cui essa si concentra. Al contrario, soprattutto in certe situazioni (fasi storiche, materie, argomenti, casi controversi), in cui emergono problemi fondamentali del diritto costituzionale, lo studio di questa materia è chiamato ad assolvere a compiti costruttivi, da «perseguire secondo la struttura della situazione concreta e le esigenze scaturenti da essa»³³. Allora, lo sguardo deve spostarsi dalla Costituzione in senso formale ad altri dati, muovendosi gradualmente verso il piano del fatto, «che in materia di diritto pubblico può chiamarsi “storia”»³⁴. Qualora si accetti di estendere in tal modo la prospettiva, si vedrà che esiste un nesso tra i metodi adottati per studiare e interpretare (applicare, attuare ecc.) la Costituzione e le concezioni che si abbiano di essa; che queste concezioni sono naturalmente molteplici e influenzate dai dati storici, e che questi ultimi, in un dato momento, possono favorire l’una o l’altra di esse; che, in ultima analisi, le dinamiche storiche possono condizionare il modo in cui la Costituzione è pensata (interpretata, applicata ecc.)³⁵ e, per questa via, la Costituzione stessa, purché la si osservi in una prospettiva teorica non esclusivamente positivista. Per questo, non sembra fuori luogo adottare, nello studio del diritto, una prospettiva storica: caratterizzata non tanto da un puro e semplice taglio diacronico, quanto dalla concezione del proprio tema come oggetto storico, immerso nella vita di determinati luoghi e tempi,

32. E ciò a prescindere dalla possibilità di estrarre, dalle diverse impostazioni teoriche, quasi dei profili stilizzati – delle maschere – espressivi di come il ruolo dei giudici può essere rappresentato, in maniera strumentale o sincera, da loro stessi o dai loro osservatori: è la prospettiva di C.R. Sunstein, *Constitutional Personae*, Oxford, 2015.

33. G. Zagrebelsky, *La storia del diritto nelle facoltà di Giurisprudenza*, in *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, a cura di P. Grossi, Milano, 1993, 213.

34. V.E. Orlando, *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto* (1950), in *Scritti giuridici vari* (1941-1952), Milano, 1955, 362.

35. Condivido in questo le posizioni metodologiche esposte da ultimo in D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 61 ss., 84 ss.

non esclusa la propria³⁶. Anche assumendo questa prospettiva, lo studio rimane propriamente giuridico, non storico-giuridico o storico *tout court*: vale a dire, rimane orientato a inquadrare criticamente gli istituti vigenti, piuttosto che a ricostruire il loro sviluppo, identificandone natura, caratteri ed effettività nel tempo, o addirittura ad accertare determinati fatti o la loro interpretazione³⁷.

In terzo luogo, e ancora una volta come corollario di quanto appena detto, l'attenzione sarà dedicata a impostazioni prescrittive, non (solo) descrittive, tese cioè ad argomentare come, perché e a quali condizioni è preferibile per il giudice costituzionale un atteggiamento di prudenza, moderazione ecc.; non ad analisi del se e quanto un tale atteggiamento si sia concretizzato in determinate decisioni, filoni, fasi storiche. Nemmeno interesserà più di tanto se le stesse figure, che si passeranno in rassegna, siano sempre state fedeli ai loro programmi di minimalismo, oppure no. Nondimeno, occorrono due note di cautela: in generale, si condivide l'idea che, nello studio del diritto, descrizione, prescrizione e anche valutazione tendono a intrecciarsi³⁸; in particolare, come si vedrà, molte delle teorie che si passeranno in rassegna non solo sono radicate in un contesto ben preciso, ma per di più si basano sull'analisi del funzionamento delle corti di giustizia e della loro posizione nel sistema complessivo – aspetti per i quali è decisiva l'attenzione alle prassi e ai fatti istituzionali, e quindi in primo luogo una loro ricostruzione, almeno di massima. Un solo esempio dovrebbe bastare a chiarire, introduttivamente, l'ultimo punto: uno dei temi che si toccheranno è la cd. difficoltà contromaggioritaria, come descritta da Alexander Bickel; allora, diventerà pertinente chiedersi, tra l'altro, se una simile difficoltà abbia mai assunto una consistenza reale e significativa nell'esperienza statunitense, al di là delle preoccupazioni

36. Per una ricostruzione più ampia di questa prospettiva, rinvio alle seguenti opere di A. de Nitto: *Riccardo Orestano e 'il giuridico'*, in *Le radici del pensiero sociologico-giuridico*, a cura di A. Febbrajo, Milano, 2013, 323 ss.; *Ancora su scienza e tecnica nella giurisprudenza*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone e G. Repetto, Milano, 2012, 141 ss.; *Diritto dei giudici e diritto dei legislatori. Ricerche in tema di teoria delle "fonti"*, Lecce, 2002 (qui, 102 ss., 132-134, si affacciano tra l'altro due immagini simili a quelle impiegate da Bin: la metafora quantistica, a proposito della teoria delle fonti; quella della mescolanza, nell'applicazione giudiziaria, di ciò che era stato categorizzato e separato nella legislazione politica).

37. Così distingue le tre prospettive F. Lanchester, *Alcune riflessioni sulla storia costituzionale*, in *Quad cost.*, 1994, 12.

38. Cfr. G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 848-849, 863-864.

del suo maggiore teorico³⁹; e questa domanda servirà non tanto per un chiarimento storico, ma proprio per comprendere se quella difficoltà sia effettivamente un fattore rilevante nel ragionamento sui limiti istituzionali del potere giudiziario.

In conclusione, dovrebbero risultare a questo punto chiare le ragioni dello schema di analisi che si applicherà a ciascuno dei profili scientifici passati in rassegna: comprendere, anche attraverso la storia personale di ciascun autore, il contesto in cui egli ha proposto la propria dottrina; di questa, chiarire i presupposti (perché raccomandare moderazione, minimalismo, ecc.?), il contenuto (moderazione nel fare cosa, e in base a

39. Il tema sarà trattato nella parte I al § 6.5, ma sollecita sin da ora un'anticipazione. R.A. Dahl, nel suo fondamentale *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 6 *J. Pub. L.* 279 (1957), basato sull'esame empirico delle decisioni della Corte Suprema, ha sostenuto che quest'ultima, ben lungi dall'essere un dispositivo anti-maggioritario di difesa delle minoranze, costituirebbe invece parte di quelle «alleanze relativamente coese» di lungo periodo (293) che dominano le istituzioni statunitensi in ciascuno dei vari momenti della storia politica nazionale. Appunto in quanto parte di questi aggregati, la Corte non è in grado di opporsi frontalmente ad essi e ai loro grandi indirizzi. Ha però qualche spazio di manovra (Dahl, 294, lo paragona a quello in cui si può muovere il presidente di una commissione del Congresso dotato di notevole influenza), soprattutto quando tali indirizzi sono incerti e, comunque, in merito ai tempi e agli effetti di essi, nonché ad aspetti politici secondari; ed ha, inoltre, il compito di conferire legittimazione non solo alle preferenze specifiche della coalizione prevalente, ma anche alle regole fondamentali (diritti, doveri, libertà, limiti) per il funzionamento della democrazia. Questa lettura, che superava l'approccio casistico e adottava una prospettiva empirica di più ampio respiro, ha aperto un nuovo indirizzo di indagine: cfr. G. Rosenberg, *The Road Taken. Robert A. Dahl's Decision making in a democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in 50 *Emory L. J.* 614 (2001); R. Hirschl, *From comparative constitutional law to comparative constitutional studies*, in 11 *Int. J. Const. L.* 1 (2013). In Italia, cfr. P. Pederzoli, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008, che – alla fine di uno dei rari studi dedicati alla Corte italiana da una prospettiva di scienza politica – conclude (251 ss.) che anche quella di Palazzo della Consulta è una corte «non maggioritaria, ma non troppo». Tornando agli Stati Uniti, nel tempo la lettura richiamata si è diffusa tra giuristi e politologi, fino a diventare quasi «una sorta di opinione comune sotterranea» (J. Rosen, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, Oxford, 2006, XII) ed è stata contrapposta, appunto, alla teoria della difficoltà contromaggioritaria di Bickel. Quest'ultima è stata contestualizzata e contestata sul piano storico (per sostenere che solo raramente le difficoltà incontrate dalla Corte Suprema sono state di carattere contromaggioritario), tra l'altro, nella serie di saggi di B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty* (questa è la parte del titolo comune a tutti i saggi, di seguito si riportano i riferimenti identificativi di ciascuno di essi individualmente): *Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in 73 *NYU L. R.* 333 (1998); *Part II: Reconstruction's Political Court*, in 91 *Geo. L. J.* 1 (2002); *Part Three: The Lesson of Lochner*, in 76 *NYU L. R.* 1383 (2001); *Part Four: Law's Politics*, in 148 *U. Pa. L. R.* 971 (2000); *Part Five: The Birth of an Academic Obsession*, in 112 *Yale L. J.* 153 (2002) (di seguito, semplicemente *History, Part I, II* ecc.).

quali criteri?) e la portata (generale o limitata ad alcuni ambiti, e quali?); delle varie dottrine si cercherà di mettere in luce continuità e discontinuità, per raggiungere una sorta di bilancio finale⁴⁰.

Tutta questa ricostruzione ha un proprio interesse intrinseco, se non altro per il rilievo del tutto peculiare che l'esperienza statunitense ha nel panorama della giustizia costituzionale.

In aggiunta, cercando di compiere un passo ulteriore, ci si porrà la domanda se e come tutto ciò possa interessare nella riflessione su un'esperienza diversa, qual è quella della giustizia costituzionale continentale e segnatamente italiana: a questo è dedicata la parte II, il cui profilo è riassunto nella sua premessa⁴¹. A questo proposito, sono necessarie sin da ora alcune precisazioni. La parte II non intende offrire una rilettura sistematica in chiave minimalista di tutto il sistema di giustizia costituzionale, né tantomeno indagare se e in che termini possano considerarsi minimalisti alcuni giudizi, filoni giurisprudenziali o momenti storici dell'attività della Corte costituzionale. Gli obiettivi sono molto più circoscritti e, se si vuole, preliminari: si intende argomentare che anche nella riflessione italiana sono reperibili spunti, ai quali si possono ricollegare le preoccupazioni e le considerazioni che animano le valutazioni statunitensi sull'opportunità di minimalismo e moderazione; e si intendono indicare alcuni esempi di istituti del nostro sistema di giustizia costituzionale che ben si prestano a rendere operative, appunto, quelle considerazioni⁴².

4. Definizione provvisoria

Prima di addentrarsi nell'indagine, va chiarito il minimo comune denominatore attorno al quale sono state organizzate la selezione e l'analisi delle teorie considerate. In altre parole, va fornita una definizione – di lavoro, approssimativa e provvisoria – di quanto sinora è stato menzionato genericamente come moderazione, minimalismo ecc.

Non c'è nulla di scontato in questa operazione: la si potrebbe considerare, e da alcuni è stata considerata, del tutto oziosa. Come l'atti-

40. Parte I, cap. 8.

41. Parte II, cap. 1.

42. Si tratta degli stessi istituti evocati nelle domande iniziali di questa Introduzione. Le rispettive note, nel § 1 di questa Introduzione, segnalano appunto i collegamenti con le trattazioni svolte nell'ultimo capitolo della parte II.

vismo, anche la moderazione è stata tacciata di risultare un concetto oltremodo vago, se non proprio vuoto: uno pseudoconcetto che vuole abbracciare molte cose, anche contraddittorie tra loro, peraltro senza definirne nessuna con precisione e mistificando la sola che conta, ossia il dovere di identificare e applicare il diritto, con i valori che esso incorpora⁴³; oppure, una descrizione di determinati giudizi fatta per ragioni, da attori e in contesti politici, di solito allo scopo di coagulare consenso e legittimazione attorno a una determinata prospettiva⁴⁴. Di sicuro, è un termine camaleontico, tale da richiedere a chiunque lo voglia impiegare di precisare in quale senso specifico intenda adoperarlo⁴⁵. Infatti, si riscontrano molte declinazioni del concetto, differenti non solo per la minore o maggiore ampiezza, ma proprio per le coordinate concettuali di riferimento. Per alcuni, non si tratta nemmeno di un concetto giuridico, ma di qualcosa di più vicino all'antropologia giuridica, o alla politica del diritto: una sorta di temperamento personale⁴⁶; oppure di temperamento giudiziario, nel senso di uno stile di esercizio della giurisdizione⁴⁷. Per altri, *restraint* significa riluttanza all'esercizio dei poteri giudiziari: ma riluttanza a fare cosa, precisamente? Quali sono le operazioni rispetto alle quali il giudice moderato, minimalista ecc. avverte un aspetto di rischio? Il quadro delle risposte è variegato: riluttanza a farsi guidare dalle proprie preferenze ideologiche nei giudizi di costituzionalità⁴⁸; oppure a dichiarare l'incostituzionalità di una legge (Tha-

43. T. Smith, *Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism*, in 5 *NYU J. L. & Liberty* 347 (2010).

44. M.J. Gerhardt, *Constitutional Humility*, in 76 *U. Cin. L. R.* 23, 53 (2007).

45. R.A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Restraint*, in 100 *Cal. L. R.* 519, 520 (2012).

46. M.J. Gerhardt, op. cit., 44-45: capacità di interagire con i colleghi; sensibilità alle differenze di opinione; pazienza, equanimità, disponibilità all'ascolto di tutte le parti; *leadership*, personalità, carattere; soprattutto, abnegazione, nel senso di disponibilità a rinunciare ad attirare l'attenzione su se stessi.

47. Così J. Rosen, *The Supreme Court: Judicial Temperament and the Democratic Ideal*, in 47 *Washburn L. J.* 1 (2007); Id., *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries That Defined America*, New York, 2007, 4, 7-8, 236-237. Rosen descrive come temperamento giudiziario l'atteggiamento che consente al giudice di assicurare alla giurisprudenza – e il proprio contributo individuale ad essa – un'influenza significativa e durevole nel governare le questioni in esame. La chiave del successo starebbe, secondo l'autore, nelle doti di pragmatismo, umiltà, buon senso del giudice, nonché nella sua capacità di interazione in un gruppo, piuttosto che nell'eccellenza accademica o in una coerenza filosofica rigorosa.

48. Così negli studi politologici empirici: ad es. L. Epstein e W.M. Landes, *Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint*, in 100 *Cal. L. R.* 557 (2012).

yer, Holmes); o ancora a farlo in contrasto con l'indirizzo fatto proprio dai poteri politici⁴⁹ o con la stessa opinione pubblica⁵⁰, o in merito a questioni altamente divisive (Sunstein); circospezione nell'entrare nel merito di tali questioni (Frankfurter), rispetto alle quali anche il rigetto dei dubbi di costituzionalità può essere foriero di conseguenze significative (Bickel); ritrosia ad adottare decisioni dotate di grande impatto concreto, basate su premesse teoriche ambiziose, tendenti a coprire per intero un certo campo⁵¹ e a fungere da potenziali matrici di numerose decisioni future (Sunstein), oppure ancora orientate a portare alle estreme conseguenze l'interpretazione di una clausola costituzionale⁵². E poi riluttanza rispetto a cosa, in nome di cosa? Quali sarebbero i parametri in ossequio ai quali il giudice dovrebbe astenersi dall'esercitare i propri poteri, rispetto a quanto è consentito dalle regole processuali, dalle norme, dalla teoria e dall'interpretazione della Costituzione⁵³?

49. Passa da qui la distinzione tra attivismo e moderazione nel glossario conclusivo di M.I. Urofsky, *The Warren Court. Justices, Rulings and Legacy*, Santa Barbara, 2001, 304.

50. È ciò che J. Rosen, *The Most Democratic Branch*, cit., 8 (ma cfr. anche *The Supreme Court: Judicial Temperament and the Democratic Ideal*, cit., 5) chiama unilateralismo giudiziario (e anche, sia pure occasionalmente, «*judicial supremacism*», *The Most Democratic Branch*, cit., 10): la decisione di dichiarare incostituzionale una legge in nome di un'interpretazione costituzionale intensamente contestata dalla maggioranza popolare. Il concetto è il perno di un'ampia trattazione di come, storicamente, le corti si siano tendenzialmente tenute in linea con l'opinione pubblica maggioritaria e, quando non l'hanno fatto, cercando invece di imporre la propria differente prospettiva, abbiano causato reazioni tali da compromettere proprio le cause che si volevano avanzare; e di quanto farebbero bene a continuare a servire in questa maniera la democrazia.

51. Anche questo è un tema ampiamente sviluppato da Sunstein. Ma cfr. altresì le pagine in cui Guido Calabresi (*Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, 31, 50-51) argomenta come sia tentazione di vanità, per il giudice, quella di scrivere la «bella sentenza»: non solo elegante e icastica, ma dotta, magistrale e scientificamente accurata, piuttosto che chiara, sobria e concentrata sulla controversia da dirimere.

52. L.G. Sager, *Justice in Plain Clothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, 2004, 87 ma *passim*. L'autore intende sottolineare lo scarto tra la Costituzione in senso proprio e la Costituzione giurisdizionalmente garantita (a questo risponde la categoria delle norme «*underenforced*», ossia solo limitatamente passibili di garanzia giudiziaria) e argomentare che, nel compito di rendere effettiva la Costituzione, le possibilità di intervento del giudice non sono equiestese a quelle del legislatore.

53. Cfr., a contrario, C. Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, cit., 1222 ss., laddove descrive l'attivismo come l'esercizio, da parte di un giudice, di un potere non sindacabile («*unsupervised*», riservato esclusivamente al giudice) al di fuori dei limiti della «*judicial propriety*», ossia di convinzioni condivise circa il ruolo dei giudici. Queste convinzioni corrisponderebbero a standard culturali, non per questo meno importanti nel prevenire gli abusi del potere giudiziario: di matrice non solo logica e filosofica, ma storica e istituzionale, risulterebbero da un intreccio di elementi descrittivi e prescrittivi.