

**Recensione a M. Massa, *Minimalismo giudiziario: l'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2023**

NICCOLÒ DECORATO\*

---

**Data della pubblicazione sul sito:** 8 aprile 2024

**Suggerimento di citazione**

N. DECORATO, *Recensione a M. Massa, Minimalismo giudiziario: l'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale, Franco Angeli, Milano, 2023*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2024. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

---

\* Allievo del Corso di PhD in Diritto nell'Istituto di Diritto, politica e sviluppo della Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: [niccolo.decorato@santannapisa.it](mailto:niccolo.decorato@santannapisa.it)

1. La prima domanda cui rispondere per ogni recensione non può che essere “perché leggere questo libro”? Quesito ancor più pertinente quando l’opera recensita è un testo che si propone di presentare ad un pubblico di giuristi italiani lo sviluppo di un filone dottrinario estero.

Ebbene, il recente libro di Michele Massa affronta espressamente il tema, che ne è tutto sommato la stessa *raison d’être*. Il giurista europeo continentale ha familiarità con il dibattito fra Hans Kelsen e Carl Schmitt sulla natura politica o meno del giudice e del giudizio costituzionale, ma è probabile che invece non abbia contezza non solo di come un simile dibattito si fosse tenuto ben prima negli Stati Uniti, ma di come al momento della tenzone fra i due costituzionalisti europei quel tema trovasse oltre-oceano ormai una trattazione teorica ed una concretazione pratica già secolare.

Esso risale difatti sino alle discussioni sulla questione federale. E, secondo certe ricostruzioni<sup>1</sup>, l’idea di un controllo sulle leggi risalirebbe addirittura sino al sistema delle *Charter* coloniali, che prevedevano un controllo esterno delle scelte del legislatore coloniale. Non stupisce quindi che sia fiorito un ampio filone di discussione in cui i costituenti americani si sono interrogati se volessero una corte costituzionale, su come la volessero, sui poteri che dovesse avere il giudice e se questi fosse oppure no «il meno pericoloso dei poteri»<sup>2</sup>. Questione, quest’ultima, che al giurista europeo continentale non può che ricordare il celebre «*pouvoir nul*» di Montesquieu, che difatti fu citato estesamente da Madison e Hamilton nel dibattito federalista.

Ma la discussione è continuata in sede di applicazione concreta e giornaliera della Costituzione. Infatti, pur ormai affermatasi la *judicial review*, era ancora controversa la sussistenza della *judicial supremacy*, il principio per cui l’interpretazione della Corte suprema fosse vincolante anche per gli altri poteri. Al contrario, Jefferson arrivò ad enunciare<sup>3</sup> la c.d. teoria dipartimentale, secondo cui Presidente, Corte e Congresso sarebbero indipendenti nelle rispettive attribuzioni ed equi-ordinati, con la conseguenza di poter legittimamente valutare in piena autonomia quali siano i rispettivi doveri costituzionali entro i confini della propria sfera di

---

<sup>1</sup> Si vedano i riferimenti bibliografici in M. MASSA, *Minimalismo giudiziario: l’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2023, p. 51, nt. 6 quanto pagato a titolo di sanzione.

<sup>2</sup> L’espressione viene da un passaggio di A. HAMILTON, *The Federalist* (1788), n. 78, cui ebbe a replicare in senso contrario T. Jefferson, a fronte delle vicende giudiziarie successive all’entrata in vigore della Costituzione federale–v. M. MASSA, *Minimalismo giudiziario* cit., p. 44 s.

<sup>3</sup> Ed applicare, graziando coloro che erano stati condannati dai giudici di ideologia federalista in forza dell’*Alien and Sedition Act* e facendo restituire loro dal Congresso

competenza<sup>4</sup>. La Corte suprema, secondo questa lettura, non poteva imporre un'interpretazione costituzionale vincolante per tutte le agenzie amministrative e per il Congresso, dovendo l'esegesi provenire da più fonti, secondo i rispettivi settori di competenza. Perciò, se si consente la similitudine, nella trinità costituzionale *à la* Jefferson vi sarebbero tre principî ed altrettante spirazioni; secondo la visione, infine vittoriosa, della Corte suprema, invece, il giudizio di costituzionalità è una spirazione che procede da un solo principio, che è incarnato dalla Corte stessa. Non, quindi, tre poteri equi-ordinati ed autonomi nell'interpretare la Costituzione, bensì un sostanziale primato (*supremacy*) esegetico del potere giudiziario su ogni altro.

2. Il secondo capitolo apre il nucleo centrale della monografia, cioè la rassegna delle voci che hanno sostenuto la causa minimalista nel panorama americano.

Il primo autore, cui è accreditato aver fatto emergere con dignità teorica il tema della prudenza giudiziaria, è James Bradley Thayer (1831-1902), che fu docente nell'Università di Harvard. Non potendo più negare nelle sue fondamenta l'ormai consolidatosi sistema di giustizia costituzionale, questi cercò una soluzione teorizzando un dovere di prudenza in capo al giudice, il quale avrebbe dovuto ricorrere alla declaratoria di incostituzionalità solo nei casi di manifesta illegittimità.

Tale autore segnalò come anche il legislatore non possa che interpretare implicitamente la Costituzione ogni volta che fa le leggi. Per di più, laddove non sorgano controversie, tale interpretazione rimane financo l'unica. Peraltro, anche nel caso di insorgenza di controversie, l'interpretazione del legislatore, con i suoi effetti, arriva molto prima e molto più capillarmente di quella giudiziaria. A ciò aggiungeva che laddove la Corte avesse invece prevalso vi sarebbero stati considerevoli effetti collaterali. In particolare, avrebbe bloccato la discussione politica. Ed era proprio questo che lo spaventava: il troppo facile e frequente aggiramento del circuito politico con devoluzione delle questioni a quello giudiziario avrebbe finito per atrofizzare le capacità politiche popolari, erodendone il senso di responsabilità.

Per questo, Thayer riteneva che la Corte si dovesse limitare a valutare la razionalità delle leggi, poiché ogni scelta razionale sarebbe per ciò solo costituzionale. La questione non è affatto quella impostata da Marshall, cioè se la legge debba conformarsi a Costituzione, cosa ovvia, bensì se, come e quando la Corte suprema possa eccepirne l'incostituzionalità.

Il suo contributo è quindi aver colto come il tema dominante sia che la responsabilità di interpretazione ed attuazione della Costituzione non debba essere

---

<sup>4</sup> V. *ibidem*.

un'esclusiva delle Corti, occorrendo piuttosto che essa permei l'intero sistema costituzionale e, soprattutto, la responsabilità politica e, di conseguenza, quella civica.

3. Il capitolo successivo è dedicato ad Oliver Wendell Holmes jr. (1841-1935), precursore del realismo americano, nonché il primo ad applicare tale approccio prudenziale in maniera costante lungo il suo operato presso la Corte suprema<sup>5</sup>. Holmes riteneva che la Corte dovesse assumere un atteggiamento di deferenza nei confronti della politica, perché, in sostanza, il diritto non si ricava da deduzioni logiche, né è fatto di formule matematiche. Esso è, piuttosto, il condensato dell'evoluzione storica di un Paese<sup>6</sup>. Inoltre, si deve prestare riguardo agli interessi soggiacenti alle norme, che ne determinano l'adozione e mutamento di significato<sup>7</sup>. Qui sta la sua professione di realismo: ciò che conta è ciò che il diritto è nella pratica; ci sono interessi contrapposti e bilanciarli è il compito del legislatore, non del giudice. Un pensiero che nutriva anche sulla scorta di un certo scetticismo per le possibilità cognitive umane in generale, ma in ispecie della Corte, che non ha le competenze adeguate per affrontare certi temi, per i quali l'unica opzione possibile è un approccio empirico: il legislatore deve poter discutere, ponderare e poi adottare tentativamente delle decisioni, pronto a monitorarne e correggerne gli effetti. Il suo approccio, in ispecie in ambito economico, fu di deferenza rispetto al legislatore e questo lo rese progressista, poiché non sindacò l'intervento pubblico nell'economia. Fu invece interventista in tema di libertà di espressione, poiché è vero che al legislatore spetta un margine di discrezionalità, ma proprio perché consente la discussione.

4. L'autore successivo è Billings Learned Hand (1872-1961), il quale, nonostante la chiara fama, a differenza di Holmes non fu mai giudice della Corte suprema<sup>8</sup>, ma solo giudice federale.

Di estremo rigore, financo maggiore di quello di Thayer, riteneva che in ambito di diritti civili fosse improprio per il giudice cercare di ripercorrere le scelte legislative, discrezionali e politiche, poiché avrebbe finito per sostituire la discrezionalità della Corte a quella del legislatore. Di conseguenza, criticò il doppio canone

---

<sup>5</sup> Degno di nota che abbia anche tenuto per breve tempo una cattedra ad Harvard.

<sup>6</sup> Tale prospettiva gli derivava sicuramente dai suoi celebri studi sul *common law*, cui dedicò una monografia.

<sup>7</sup> Ciò lo portò ad elaborare espressamente e professare una precisa metodologia per gli studi giuridici, v. *ibid.*, p. 65

<sup>8</sup> Tanto che l'autore sottolinea come sia stato «uno dei più illustri giudici a non far parte della Corte Suprema», *ibid.*, p.84

affermatosi alla Corte suprema, che si traduceva in deferenza nella materia economica, ma attivismo in quella di diritti civili. Per Hand tale distinzione non aveva senso, così come non ne aveva che le Corti avessero l'ultima parola: perché le sentenze sono definitive, perché vincolano la legislazione successiva, perché il giudice è inidoneo ad essere una guida nei conflitti sociali e perché c'è il rischio di una perdita di fiducia nelle capacità dei giudici.

Solo sulla libertà di espressione del pensiero la sua posizione fu più sfumata: pur essendovi anche in tal caso profili di discrezionalità politica, tale libertà ha un ruolo fondamentale nella salvaguardia delle minoranze, che è più imparzialmente affidata al giudice.

Di questo autore è in particolare di grande interesse la schiettezza con cui sottolineava che se serve una terza Camera e la Corte suprema deve essere una terza Camera, allora essa deve apparire tale, non essendo accettabile che la Corte porti avanti surrettiziamente un tale lavoro politico.

5. Nel capitolo successivo le conseguenze del passaggio del grosso del contenzioso costituzionale americano dalla materia economica a quella dei diritti civili sono esemplificate dalla figura di Felix Frankfurter (1882-1965), un così compiuto esempio di minimalismo giudiziario da guadagnarsi forti critiche e giudizi sprezzanti sulla sua eredità giurisprudenziale<sup>9</sup>.

Infatti, finché si trattò di decisioni in materia economica tale approccio fu progressista, perché evitò che la Corte si ingerisse, così ostacolando la costituzionalizzazione di visioni liberiste.

Quando, invece, la più parte del contenzioso costituzionale virò sul settore dei diritti, Frankfurter, integerrimamente minimalista, passò dall'essere progressista all'essere conservatore, pur mantenendo (anzi, proprio per aver mantenuto) immutato il suo approccio metodologico. Ciò illustra con grande chiarezza come il minimalismo – come forse ogni rigorosa impostazione metodologica coerentemente praticata – possa avere esiti e valutazioni diverse a seconda del periodo storico e di come si attagli il contenzioso costituzionale: è un metodo, di per sé, né conservatore né progressista, i suoi risultati dipendono dal contesto.

Frankfurter presenta la particolarità di aver declinato sovente il minimalismo come metodo teso a decidere se la Corte debba pronunciarsi, materia in cui predilesse l'uso di strumenti procedurali, valorizzando tutti gli istituti che consentono alla Corte di “non dire”.

---

<sup>9</sup> V., ad es., M.I. UROFSKY, *The Failure of Felix Frankfurter*, 26U. Rich. L. Rev. (1991), p. 211: «*It is not that Frankfurter lacked a vision, but rather that time outran his vision; he would have been the perfect judge a generation earlier*».

La coerenza metodologica di Frankfurter ha spinto alcuni a ritenere che andasse consegnato alla storia come modello negativo e che il suo pensiero fosse destinato a finire nel dimenticatoio. Tuttavia, le sue idee hanno ancora un che di validità e, soprattutto, ciò di cui tale autore è stato alfiere è l'idea per cui la Costituzione non la si difende solo nelle aule giudiziarie, bensì nella società civile, in particolare con la responsabilità politica e quindi civica. Altrimenti la prima scade, si atrofizzano i sensi dell'elettorato e si finisce per fare affidamento unicamente sulla Corte.

Un altro merito di Frankfurter è aver messo l'accento sulla necessità che il giudice abbia certe capacità: partendo dall'assunto che la Costituzione sia relativamente indeterminata, ne consegue che il giudice non può semplicemente fare riferimento ai concetti giuridici per risolvere le controversie con un metodo di pura logica.

6. Il capitolo successivo passa dal pensiero di Frankfurter a quello di Alexander Mordecai Bickel (1924-1974), che del primo fu *law clerk*, per poi divenire professore a Yale.

Emblematica, per scopo, la sua monografia *The Least Dangerous Branch*, la «prima – e probabilmente tuttora storicamente più influente – trattazione monografica del *judicial restraint*»<sup>10</sup>.

Questo autore si inserì nel filone del c.d. *legal process*, che aveva cercato di reagire all'erosione della tradizione di *common law* operata dal giusrealismo americano, recuperando un carattere di obiettività al diritto, facendo leva sugli aspetti procedurali ed istituzionali della sua evoluzione.

Nella sua opera affrontò le carenze logiche di *Marbury v. Madison* e della base positiva deficitaria del *judicial review*, identificando le radici teoriche del problema nella «difficoltà contromaggioritaria». Non era affatto persuaso dall'argomentazione di Hamilton per cui, nel sindacare le leggi, i giudici sarebbero guidati dalla sovranità popolare: ciò è un mero artificio, un velo rispetto alla realtà: sono le Corti le vere autrici di tali scelte. Partendo dal presupposto che la democrazia, più che governo della maggioranza, è governo di minoranze in concorso fra loro, alle istituzioni giudiziarie spetta di considerare gli effetti collaterali delle leggi concretamente esperiti dopo un certo periodo dalla loro entrata in vigore. Esercitata questa loro funzione, la parola torna al popolo ed ai suoi rappresentanti. A tenere insieme sindacato giurisdizionale sulle leggi e democrazia sta il fatto che la Corte raramente afferma principi rigidi, anzi ha buon gioco ad impiegare altri mezzi persuasivi prima di essere costretta ad imporsi. Peraltro, una Corte che agisse improvvidamente rischierebbe nel lungo periodo di minare la propria stessa legittimazione.

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 116

Partendo dal presupposto che le decisioni costituzionali non sono un esercizio di logica deduttiva, la Corte, pur basandosi su dei principî, non può raccontare a sé e agli altri che tragga le proprie decisioni dal testo o dalla storia costituzionale. Di qui il pregio del criterio dell'errore manifesto di Thayer: chiarisce che il sindacato giurisdizionale è un vero e proprio processo di *policy-making*, dalla natura politica. Il problema quindi è come pesare i principî nel loro bilanciamento.

Questioni di principio e di opportunità, per Bickel, non sono nettamente distinguibili. Come non vi è una buona società senza principî, non vi può neanche essere una società *viable* guidata esclusivamente da essi: le istituzioni rappresentative, guidate dall'opportunità, non possono ignorare del tutto i principî, così come le istituzioni giudiziarie, votate ai principî, non possono ignorare del tutto le questioni di opportunità.

L'unico modo per uscire da questa *impasse* è praticare l'arte del compromesso, il che sposta l'attenzione sugli strumenti che lo consentono. Atteso che per Bickel una decisione è costituzionale se incide sulla libertà di determinarsi, presente o futura, delle istituzioni politiche, anche una pronuncia di rigetto va pesata con cura, poiché potrebbe legittimare delle scelte legislative, consolidandole. È per questo che la Corte ha uno strumentario ampio che comprende mezzi di definizione di una controversia che non richiedono il suo impegno sul piano dei principî (c.d. "strumenti passivi"), così come modi di limitare l'impatto sulla politica delle decisioni di merito. Ciò consente sia un margine di manovra per aprire alle ragioni di opportunità, senza per questo sacrificare i principî, sia di rispettare la discrezionalità politica.

Conseguentemente, Bickel si dedicò all'esame dell'arsenale procedurale grazie al quale la Corte può esimersi dal dover decidere improvvidamente. Così, in assenza, di pronunce le istituzioni politiche e l'opinione pubblica possono dibattere nel merito, trovare altre soluzioni o persino porre le basi di legittimazione per successive sentenze. Il prezzo da pagare, chiaramente, è il sacrificio sia della tempestività degli interventi della Corte, che delle ragioni dei singoli ricorrenti.

Bickel, in definitiva, reagì alla seconda stagione della Corte Warren, preoccupato dalla inidoneità del giudice ad essere uno strumento di *policy-making*, per la sua intrinseca vocazione ai principî e per la sua lontananza dalle situazioni e dagli interessi in gioco in tutta la loro complessità. Il giudiziario non può pensare di risolvere i problemi più profondi e pervasivi di una società, pena il rischio di una proporzionalità inversa fra importanza della decisione e sua attuazione.

Il pensiero di Bickel, per quanto tuttora tenuto in alta considerazione, ha incontrato varie critiche, fra le quali quella per cui la difficoltà contromaggioritaria sarebbe immaginaria, anche per via del retroterra culturale dei giudici. Piuttosto, ci sarebbe un problema di abuso della maggioranza.

Ciò nonostante, resta un autore influente, con il pregio di aver posto l'accento sulla questione istituzionale, sul problema dell'inidoneità del potere giudiziario a

fungere da motore del cambiamento sociale e sugli effetti delle pronunce della Corte sulla democrazia rappresentativa.

7. L'ultimo autore esaminato è Cass Robert Sunstein (1954-vivente) – *law clerk* di T. Marshall alla Corte suprema prima di approdare ad Harvard e dirigere l'*Office of Information and Regulatory Affairs* sotto la presidenza Obama –, cui si deve la più ampia analisi recente del tema.

Il suo sforzo teorico prese le mosse dal periodo di forte tensione politica del dibattito giuridico americano nel periodo tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso, probabilmente conseguenza del successo dei *critical legal studies* e del loro approccio all'attivismo politico mediante la pratica giuridica, che aveva suscitato la reazione organizzata delle forze conservatrici.

In questo quadro, ritenuto preoccupante, per il sostanziale successo del partito repubblicano nel popolare le Corti federali e per la mancanza di remore nel disattendere i precedenti, la proposta di Sunstein critica l'originalismo conservatore<sup>11</sup>, ma stempera lo scontro ideologico aprendo a maggiore prudenza nell'attività giurisdizionale senza fondamentalismi interpretativi.

Sunstein, partendo dal presupposto che la Costituzione non sia né chiara, conclusa ed autosufficiente, né del tutto indeterminata, ne propone una visione evolutiva aperta al pluralismo: anziché fare affidamento sul giudice Ercole, idealtipo della teoria interpretativa dworkiniana che affida alle eroiche fatiche del giudice una composizione dei dilemmi morali soggiacenti alle questioni di diritto, rinviene nella democrazia deliberativa la soluzione al problema pluralista.

Ciò pone il problema del consenso, risolto indicando la via degli accordi solo parzialmente teorizzati, ai quali può addivenirsi o mantenendosi su un certo livello di astrazione, oppure concordando su una decisione particolare compatibile con più impostazioni generali.

Il minimalismo fa leva su ciò, seguendo l'intuizione di Holmes per cui è possibile un accordo sui particolari a partire da basi teoriche diverse e financo non ben definite. Perciò, il giudice minimalista predilige decisioni "strette" (*narrow*) quanto ad ambiti applicativi e "poco profonde" (*shallow*) quanto a presupposti teorici,

---

<sup>11</sup> L'originalismo è, forse, la più nota teoria interpretativa di area statunitense, la cui fortuna è, probabilmente, anche legata al fatto che abbia animato un longevo membro della Corte Suprema, Antonin Scalia (*Justice* dal 1986 al 2016). Nel suo nucleo essenziale, in contrapposizione frontale con le impostazioni che affermano la legittimità e financo la necessità di un'interpretazione evolutiva, l'originalismo erge a criterio esegetico il "significato originale" o "l'intento originale" di una disposizione. In ambito costituzionale, ciò significa che alle disposizioni di una Carta fondamentale non possono essere assegnati significati che non fossero quelli intesi dai suoi estensori.



limitandole il più possibile a contesti ben definiti e senza risalire ai principî primi, lasciando la porta aperta a soluzioni diverse al mutare delle circostanze.

Tale risultato teorico è possibile, da un lato, in ragione della suddivisione, da parte di Sunstein, delle norme in regole e *standard*: solo le prime determinerebbero in maniera pressoché completa diritti, doveri od effetti giuridici al ricorrere di certe situazioni, mentre i secondi lascerebbero alla valutazione del caso concreto una serie di fattori suscettibili di integrare il dato normativo.

Dall'altro, perché l'autore considera le sentenze sotto due diversi aspetti: come atto definitivo della singola controversia e come precedente. Ne consegue che la domanda cui il minimalismo intende rispondere è quella circa le modalità con cui le Corti dovrebbero motivare la sentenza, tenuto conto soprattutto della sua seconda funzione. Ciò giustifica decisioni "strette" e "poco profonde", dacché l'impegno teorico profondo contrasta sia con la tempestività delle decisioni, sia con la mancanza delle necessarie competenze nel ceto giudiziario.

A tale preferenza andrebbe affiancata quella per soluzioni che non si collochino agli estremi e per il mantenimento dei precedenti, che andrebbero superati in via graduale, per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché evitano l'impegno teorico sul piano dei principî. In secondo luogo, perché il giudice deve riconoscere i propri limiti e valorizzare l'apporto della storia applicativa di una norma. Ciò consentirebbe sia decisioni più semplici, sia più teoricamente fondate.

Chiaramente, sono stati sottolineati diversi limiti di una simile impostazione, in particolare notando che anche la ricognizione dei precedenti presenta profili selettivi e che il giudizio di loro adeguatezza al momento presente è di carattere valutativo. Peraltro, il rispetto della tradizione è un approccio metodologico che mal si attaglia in certi contesti, come l'interpretazione di norme di rottura (es. principio di non discriminazione).

In questo Sunstein diverge da Dworkin, poiché ritiene inopportuno lo slancio del giudice nel campo della filosofia politica, preferendo mantenere la tradizione giuridica come punto di riferimento, mentre il giudice dworkiniano è costantemente volto al perfezionamento del sistema tramite il confronto critico e la possibilità di superamento di qualsiasi dottrina e precedente, sulla base di un contatto diretto con il sostrato di questioni morali che animano la controversia.

Come Bickel, invece, ammette che le Corti non siano il luogo più opportuno per le discussioni sui grandi principî, che dovrebbero invece essere affrontate nelle sedi politiche rappresentative.

Nel caso specifico del diritto costituzionale, che raramente conosce regole nel senso detto, per Sunstein è necessario prendere atto che nella pratica le argomentazioni raramente si basano sul testo o la struttura costituzionale, sul significato originario o su certe teorie dei principî fondamentali. Di solito, si basano su costruzioni teoriche meno impegnative, come il ragionamento sui precedenti. Nella giustizia costituzionale le questioni sostanziali sono limitate da considerazioni di

carattere istituzionale, fra le quali il difetto di capacità tecnico-scientifiche, di capacità di accertamento e di legittimazione democratica che caratterizzano il potere giudiziario. Da ciò deriverebbe la necessità di cautela che si traduce nell'impostazione minimalista.

Dove Sunstein diverge da autori come Thayer ed Holmes, è sulla deferenza: il giudice minimalista è ben capace di mettere in discussione scelte legislative. Il suo tratto distintivo, tuttavia, è il *modus operandi*, cioè la predilezione per uno stile motivazionale “stretto” e “poco profondo”. Pur apprezzando le “virtù passive” bickeliane, per Sunstein il giudice non dovrebbe avere problemi ad entrare nel merito, purché motivi le proprie scelte con la raccomandata prudenza, prediligendo tecniche di risoluzione della controversia che non pregiudichino i principi e lascino spazio sia a successivi interventi legislativi che a successive pronunce.

La proposta teorica di questo autore, per quanto duramente e variamente criticata<sup>12</sup>, anzi, forse proprio per questo, presenta un grande interesse per lo studioso costituzionale, se non altro per i suoi innumerevoli punti di contatto con altri importanti studiosi americani<sup>13</sup>. In definitiva, Sunstein si colloca a valle di un lungo filone di pensiero, che in qualche modo recupera e potenzia, attualizzandolo al mutato contesto costituzionale americano e tenendo conto di certi sviluppi di sistema, quale l'attività di promozione culturale organizzata dal fronte conservatore. Non si può, in effetti, non avere la sensazione che il convitato di pietra sia un'altra nota teoria costituzionale americana, quella dell'originalismo, letto come strumento di lotta politica conservatrice<sup>14</sup>.

8. Come detto, il libro si pone sin dall'inizio la domanda sul perché si dovrebbe guardare a questi autori. Quesito certo non ozioso per il lettore italiano, che è preso per mano ed accompagnato attraverso alcuni snodi cruciali del sistema americano di giustizia costituzionale, la cui più nota caratteristica è l'estrema politicizzazione delle nomine giudiziarie, espressamente partigiane.

Il tema che così riesce a mettere in luce è quello scettico: come può il giudice dire qualcosa di migliore di quanto detto dal legislatore? Se il Parlamento od il Governo sono la sede in cui si contemperano gli interessi, in cui si dibatte, oltre che i soggetti che dispongono degli apparati necessari a fornire il doveroso apporto istruttorio mediante istruttorie di carattere tecnico, perché l'ultima parola la dovrebbero avere i giudici, che invece difettano di tali competenze?

<sup>12</sup> Per un ampio quadro delle critiche v. *ibid.*, p. 176 ss.

<sup>13</sup> V. *ibid.*, p. 182 s.

<sup>14</sup> Sugli sforzi del fronte conservatore per contrastare i *critical legal studies* e sul successo dei repubblicani nel popolare le corti federali e nell'attrarne le ideologie interpretative, v. *ibid.*, p. 148 ss.

Questa è la domanda di fondo dietro a queste dottrine della deferenza. Anche per questo Holmes parlava della necessità che il giudice deliberi ed eserciti, sì, la «prerogativa sovrana della scelta»<sup>15</sup>, ma negli interstizî, proprio perché difetta delle necessarie competenze. Tema che troviamo anche in Frankfurter – sul punto invero un po' ambiguo –: da un lato, era consapevole che tipicamente manchino di tali competenze; dall'altro, era ottimista sul fatto che tali dati possano essere portati all'interno del processo e che i giudici li possano scandagliare.

Resta quindi attuale il monito di Hand: se la Corte è una terza Camera, non dovrebbe forse anche apparire come tale? E qui si manifesta l'utilità per l'esperienza italiana, dove solitamente la Corte è vista e rappresentata in una veste molto istituzionale e posata, legata anche alla sua relativa debolezza all'interno del sistema, dovuta ad una serie di fattori: nomine indirette; mancanza di un crisma elettorale; posizione che richiede la cooperazione di altri agenti istituzionali; accesso indiretto... Non è che, forse, in realtà, la politicità dei giudici costituzionali, tema che nella cultura giuridica europea continentale viene spesso confinato alla storia del dibattito fra Kelsen e Schmitt, esiste anche in Italia? E se c'è – e sappiamo che c'è –, non si tratta forse di un criptoformante, che disvela la propria natura con il confronto con l'esperienza americana? La similarità di approccio, riflessioni e preoccupazioni dovrebbe, forse, farci capire che effettivamente c'è molta politica anche nella nostra di Corte costituzionale, ed abbiamo quindi un problema di manifestazione di tale politicità. Non è che, forse, ciò che verrebbe in luce è che la differenza con il sistema americano è piuttosto che il legislatore è assente, ha abdicato alla sua funzione nel nostro sistema, e che la deferenza non sia verso il Parlamento, bensì verso l'esecutivo?

9. A ciò che l'esperienza italiana può imparare da quella americana grazie alla comparazione giuridica è dedicata la seconda parte del libro.

A tal fine, sono anzitutto sottolineate le differenze strutturali fra Corte suprema americana, Corte costituzionale italiana e *Bundesverfassungsgericht*, da cui si ricava una posizione istituzionale del nostro giudice delle leggi molto diversa da quella americana, al punto da revocare in dubbio l'utilità del quadro teorico *supra* riassunto. Tuttavia, l'Autore ritiene invece che la riflessione sul minimalismo giudiziario sia fruttuosa anche per lo studioso italiano, per due ordini di motivi.

Primo: anche ammesso e non concesso che le impostazioni americane siano del tutto inapplicabili nel contesto italiano, sarebbe comunque di sicuro interesse scientifico analizzare i profili differenziali fra i due sistemi che portano ad un simile esito.

---

<sup>15</sup> O.W. HOLMES, *Law in Science and Science in Law*, in *Harvard Law Review*, 1899, vol. 12, n. 7, p. 461

Secondo: le particolarità dell'esperienza italiana «possono avere arginato, ma non di per sé soli fermato l'espansione del ruolo della giustizia costituzionale», un dato che difatti porta a rilevare nella dottrina italiana «spunti teorici coerenti con i presupposti della riflessione sul minimalismo»<sup>16</sup>.

Per questo, nella seconda parte del suo libro, l'Autore, all'esito di una disamina dell'esperienza italiana, esamina come *exempla* quattro aspetti della giustizia costituzionale italiana per i quali il discorso sul minimalismo giudiziario ben si attaglia: il potere di determinare l'ordine di esame delle questioni, con eventuale assorbimento di quelle non trattate in quella accolta; il sindacato di ragionevolezza e proporzionalità; gli schemi dispositivi elaborati dalla Corte nei casi di «impossibilità di intervenire con un accoglimento “secco”», cioè quelli di “doppia pronuncia”; l'esistenza in certi settori di un orientamento per cui il sindacato di legittimità sarebbe limitato ai vizi manifesti<sup>17</sup>. Tutti istituti o temi rispetto ai quali le problematiche da affrontare sono affini a quelle d'oltre-oceano. Infatti, involgono la questione fondamentale dei sistemi di giustizia costituzionale, cioè il rapporto dinamico e mai banale fra il potere di fare le leggi e quello di disfarle, fra un potere manifestamente politico ed uno – si potrebbe osare di dire – larvamente tale, che abbisogna dello schermo dell'ideologia normativa e di un approccio ben cauto per sopravvivere incontestato, pena la perdita della propria legittimazione istituzionale.

Aver messo in luce questo genere di dinamiche istituzionali è il grande pregio della recensita monografia, che consegna agli studiosi italiani fecondi spunti di discussione e riflessione, confermando l'utilità del metodo e degli studi di diritto comparato anche in questo settore.