

Corte costituzionale e minimalismo*

di Michele Massa

Il contributo prende in considerazione i vantaggi di un approccio minimalista, da parte del giudice costituzionale, al diritto e alle grandi contese sui diritti fondamentali, al fine di veicolare nell'ordinamento le pronunce costituzionali passo dopo passo, oltre che di orientare i giudici comuni secondo i criteri più efficaci per sollevare questioni di legittimità.

1. Premessa / 2. Minimalismo / 2.1. Cosa è / 2.2. Come funziona / 2.3. Da dove viene / 3. Una Corte minimalista? / 4. Esempi e minime indicazioni operative

1. Premessa

Non c'è dubbio: passare parecchi mesi in meno di tre metri quadrati, assiepati con altri detenuti in celle troppo piccole, è degradante e contrario al senso di umanità. È una di quelle situazioni che la Corte europea condanna senza esitazioni, rilevandone agevolmente tanto le cause strutturali, quanto le ricadute feroci sulla situazione di ciascun individuo.

Le incertezze insorgono quando si passi a ragionare sui rimedi e sulla possibilità di trovarli in via di interpretazione giuridica, segnatamente costituzionale. Rinviare l'esecuzione della pena o modificarla, più o meno incisivamente, le modalità? E poi, se rinviarla, per quanto tempo, e in quali casi? A cosa porterebbe il rilascio di un'ampia delega, ai giudici dell'esecuzione, del compito di riesaminare ogni singola situazione di detenzione in condizioni di sovraffollamento? I lettori

di questa Rivista riconosceranno gli interrogativi dinanzi ai quali si è arrestata la notissima sentenza n. 279 del 2013 della Corte costituzionale, sia pure con un disagio palesato in seguito dal presidente di quel collegio¹ e anche da alcuni sviluppi della giurisprudenza (vedi oltre). Non si è trattato di reticenza: la sentenza è esplicita nel condannare lo stato delle cose. Piuttosto, di ritrosia a intervenire: una decisione di accoglimento avrebbe avuto una portata sterminata, con effetti difficili da ponderare *ex ante*, in relazione alla varietà dei casi e delle sensibilità, nonché alla compressione dei molteplici interessi implicati, compreso quello identificato dal rimettente come «difesa sociale».

Questo è un esempio di questioni *difficili* che tipicamente la giustizia costituzionale affronta, nel cui esame è naturale, se non proprio adottare *ex professo*, quantomeno valutare con attenzione le virtù di un approccio minimalista. Approccio che poi, in ultima

* Avendo appena terminato un periodo di servizio presso la Corte costituzionale come assistente di studio (2015-2017 e, poi, 2020), mi fa piacere dedicare le pagine seguenti, con gratitudine e stima, ai colleghi con i quali ho condiviso questo lavoro e – in particolare – alla memoria di Serena Oggianu. Studiando insieme a loro, ho visto bene la difficoltà di alcuni dei dilemmi decisionali, alla cui istruzione era nostro compito collaborare.

1. «Di fronte a questa situazione disastrosa, la Corte costituzionale – sollecitata ad intervenire da alcuni giudici – ha compiuto di recente un estremo atto di deferenza verso il legislatore e le autorità politiche (...). Quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*»: così G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 5, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Seminario_AIC_Il%20senso%20della%20pena_Silvestri.pdf.

analisi, è solo uno spunto per dare una forma più ordinata e generale alle riflessioni, che tanto spesso affiorano nell'esame di singole pronunce o filoni giurisprudenziali, sul *self-restraint*, sulla *deference*, sui *levels of judicial scrutiny*.

Mi è capitato di imbartermi in riflessioni di questo genere in diverse occasioni (richiamate qui in nota), delle quali queste pagine costituiscono uno sviluppo. Con la sinteticità raccomandata da questa sede editoriale, dopo avere spiegato le premesse teoriche (§ 2.1) e le logiche operative del minimalismo (§ 2.2), si ricapitolano le ragioni storiche di questa proposta (§ 2.3), per domandarsi se esse si possono trasporre anche al contesto italiano (§ 3) e, qualora e nei casi in cui così sia, in quale modo (§ 4). In ultima analisi, ciò che si vuole rivolgere ai lettori è un invito a prendere in considerazione le virtù di questo approccio, i testi in cui esso è illustrato e il dibattito che ne può scaturire.

2. Minimalismo

2.1. Cosa è

In senso generale, il minimalismo consiste in una preferenza per uno sviluppo graduale, mediante passaggi essenziali². Nel campo del diritto, e in particolare del diritto e della giustizia costituzionale statunitense, la proposta del minimalismo giudiziario è legata a un nome e a un momento specifici. Il nome è quello di Cass Robert Sunstein (1954): influente costituzionalista, professore a Chicago e Harvard, incaricato durante la prima amministrazione Obama di presiedere l'Office of Information and Regulatory Affairs (2009-2012). Il momento sono gli anni novanta del XX secolo³. La proposta si basa sull'analisi che, già in precedenza, l'autore aveva abbozzato a proposito dei limiti istituzionali tipici delle corti nel contesto di una più ampia teoria dell'interpretazione costituzionale e della democrazia deliberativa⁴. Rispetto alla prima, si accettava pragmaticamente l'idea che essa – nonostante l'importanza di dati quali testo, struttu-

ra e storia della Costituzione – incorporasse elementi valutativi ineliminabili, ma non incontrollabili: vale a dire, corrispondenti a processi di ragionamento, sia pure non meramente deduttivi. Il luogo principale di questi processi è la democrazia deliberativa: descritta come un processo prolungato di discussione e deliberazione, in cui sono raccolte informazioni e prospettive e ha luogo un'ampia partecipazione, nella convinzione che sia possibile distinguere le risposte giuste ai problemi politici da quelle sbagliate, e che alle prime ci si possa avvicinare raccogliendo il consenso dei cittadini, all'interno di un dibattito che si svolga in condizioni di relativa eguaglianza. I diritti costituzionali, dal canto loro, sono in parte presupposti, ma in parte anche esiti di questo processo.

Le corti di giustizia, anche costituzionale, non sono – o quantomeno possono non essere – la sede ottimale per un simile processo. Raramente sono osservatori adatti ad abbracciare problemi sociali di grande respiro in tutta la loro estensione. Tantomeno sono nella posizione di indurre veri e propri cambiamenti sociali: anzi, quando cercano di operare in questo senso, con decisioni di grande impatto, possono incontrare difficoltà anche nel prevedere i risultati ultimi di esse. Un tribunale costituzionale può anche essere inteso come foro dei principi, ma sicuramente non come l'unico: l'idea che lo sia, in contrapposizione a un processo politico fatalmente pervaso e condizionato da interessi settoriali, è al contempo rischiosa e desolante (un «*counsel of despair*»⁵). È alle istituzioni politiche che Sunstein raccomanda di affidarsi per l'assolvimento del compito essenziale ascrivito all'azione pubblica: la gestione dei rischi sociali e l'emancipazione dei settori svantaggiati della società, mediante una continua revisione degli assetti esistenti e delle ragioni che, in ciascun momento, possono giustificarli o, al contrario, richiederne una correzione. Se un determinato assetto – un certo *status quo* – è soggetto a una deliberazione democratica efficiente, allora le corti dovrebbero tendenzialmente astenersi dall'alterarlo; ma altrettanto raramente dovrebbero impedire alla politica di modificarlo⁶.

2. Il concetto ha avuto applicazioni principalmente nel campo dell'arte e della politica. Qui, esso designa gli indirizzi progressisti che, per raggiungere i propri obiettivi, rifuggono dal radicalismo rivoluzionario e cercano piuttosto di avanzare attraverso punti di convergenza, sia pure parziali, con altri indirizzi diversamente orientati. In campo figurativo, architettonico, letterario, musicale, è uno stile o una tecnica caratterizzata da concisione ed essenzialità, incline a svilupparsi mediante la ripetizione di un modulo geometrico, eventualmente con variazioni o sfasature graduali. Il prodotto finale può anche accentuare la fruibilità a scapito della densità concettuale. In particolare, nella musica il minimalismo nasce come reazione agli eccessi matematici del serialismo, con aperture a influenze extraeuropee.

3. Limitando l'attenzione alle monografie, cfr. C.R. Sunstein, *One Case At a Time*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1999 (il principale testo di riferimento); *Id.*, *Radicals in Robes*, Basic Books, New York, 2005; *Id.*, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 2009; *Id.*, *Constitutional Personae*, Oxford University Press, New York, 2015.

4. C.R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1993, capp. IV e V.

5. *Ivi*, p. 146.

6. *Ivi*, p. 149.

2.2. Come funziona

Insomma, in un contesto pluralista, i problemi dell'applicazione e, prima ancora, dell'interpretazione possono dare adito a dissensi, il cui superamento può risultare lento, faticoso o addirittura impossibile. Due esempi:

– una controversia costituzionale può situarsi al confine con questioni etiche altamente conflittuali, rispetto alle quali fatte proprie (o che possono esserlo) dai giudici sono, per quanto rispettabili, solo alcune fra le varie posizioni teoricamente sostenibili;

– è possibile che, prima di prendere una decisione, si debba avere riguardo alle implicazioni pratiche delle diverse soluzioni possibili e che, però, ogni prognosi risulti incerta, specie per un organo giudiziario, che di solito incontra limiti precisi quanto agli angoli visuali, agli strumenti e persino alle competenze di cui dispone per guardare alla realtà. «*Law and life may outrun seemingly good rules and seemingly plausible theories*»⁷.

In circostanze siffatte, invece di affrontare le grandi questioni di principio con grandi decisioni di principio, il minimalismo suggerisce di procedere «un caso per volta»: del resto, proprio questo è il titolo del principale volume in argomento. Più precisamente, la preferenza dovrebbe andare a decisioni circoscritte (*narrow*) e poco profonde (*shallow*): orientate alla singola fattispecie e motivate principalmente dalle sue peculiarità; caute nell'adottare tesi di portata generale o premesse teoriche ambiziose e impegnative; nient'affatto desiderose di coprire l'intero ambito, cui il singolo caso inerisce, con dottrine sistematiche e teoreticamente complete. Decisioni siffatte costituiscono accordi solo parzialmente teorizzati (*incompletely theorized agreements*) e, proprio perché lasciano in sospenso alcune questioni di fondo, rappresentano un esempio di uso costruttivo del silenzio: convergono su un determinato esito del giudizio, ma sono in grado di accordarsi con una pluralità di posizioni teoriche e, per questo, lasciano spazio affinché la riflessione collettiva prosegua, anche nelle sedi politiche. La si potrebbe considerare un'applicazione dell'approccio tipico del liberalismo politico, che valorizza il cd. «consenso per intersezione» (*overlapping consensus*) tra ideologie che, al di là del punto di convergenza,

possono differire anche molto; oppure l'inverso della ascensione teorica (*conceptual ascent*) con la quale, secondo John Rawls, andrebbero affrontati i dissensi ideali⁸: invece di risalire sino ai principi primi per fare prevalere una concezione organica di essi a discapito di un'altra, ci si arresta a un livello più vicino alla questione concreta da decidere, sul quale è più agevole convenire.

Questa preferenza può operare attraverso due ordini di istituti giuridici. In primo luogo, attraverso valvole processuali riconosciute da tempo come strumenti delle cd. «virtù passive» della Corte suprema⁹: la verifica di qualità e presupposti quali *mootness*, *ripeness*, *reviewability*, *standing* (traducibili come attualità, maturità e sindacabilità delle questioni, e legittimazione delle parti a sollevarle). A seconda che li si interpreti e applichi in maniera più o meno stringente, questi istituti condizionano la possibilità che il merito di una questione costituzionale sia esaminato.

Sul piano del merito, o meglio delle tecniche di motivazione e decisione, il minimalismo raccomanda l'applicazione di canoni, argomenti e dispositivi che contengano il peso teorico e le implicazioni pratiche delle decisioni. Due esempi:

– quando vengono in rilievo limitazioni alle libertà individuali imposte per ragioni di sicurezza nazionale, si dovrebbe pretendere anzitutto una chiara autorizzazione legislativa, in mancanza della quale è possibile giudicarle negativamente senza chiedersi se esse siano compatibili con i principi costituzionali sostanziali¹⁰;

– quando si scrutinano determinate differenziazioni di trattamento o misure (azioni positive) destinate a scongiurarle, piuttosto che affermarne o negarne in via generale la legittimità, è preferibile verificare singolarmente ciascuna di esse, in base al rispettivo contesto, ai contenuti e alle motivazioni, mantenendo una certa elasticità degli *standard* di giudizio¹¹.

2.3. Da dove viene

Nella letteratura giuridica statunitense, il minimalismo ha ascendenze antiche e nobili, risalenti al magistero di James B. Thayer (1831-1902), agli scritti e alla giurisprudenza di personaggi del calibro di Oliver W. Holmes Jr. (1841-1935) e Felix Frankfurter

7. C.R. Sunstein, *One Case At a Time*, op. cit., p. 40.

8. *Ivi*, p. 250.

9. Cfr. A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962, spec. cap. IV, che corrisponde a *Id.*, *Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 40 ss.

10. C.R. Sunstein, *Radicals in Robes*, op. cit., pp. 175 ss., spec. p. 190.

11. *Ivi*, cap. III.

(1882-1965), alla notissima opera (qui già citata in nota) di Alexander Bickel (1924-1974) sulle virtù passive della Corte suprema. Senza dilungarsi troppo in riferimenti, del resto ampiamente disponibili nei testi di Sunstein¹², basterà dire che la proposta di quest'ultimo viene avanzata in una specifica contingenza.

Negli Stati Uniti, dopo la stagione di attivismo progressista della Corte suprema guidata dal *Chief Justice* Warren (1953-1969), ha gradualmente preso forma un movimento culturale, giuridico e politico che ha cercato di attrarre il potere giudiziario federale nell'orbita del conservatorismo repubblicano. Ciò è iniziato con la nomina del *Chief Justice* Burger da parte di Nixon ed è divenuto chiaro sotto la presidenza Reagan (1981-1989), anche con la nomina (1986) del *Chief Justice* Rehnquist (già *Associate Justice* dal 1972)¹³. L'asse ideologico della Corte suprema è venuto spostandosi a destra e la sua bandiera teorica è divenuta quella dell'originalismo. La proposta del minimalismo si inserisce in questo scenario e si sviluppa quando esso appare ormai consolidato: in teoria, si ricollega alla critica di ogni impostazione favorevole a un ruolo massimalista dei giudici; in pratica, si propone soprattutto come alternativa al radicalismo originalista e conservatore. Anche da questa parte, non a caso, sono infatti venute critiche al minimalismo professato esplicitamente (se anche praticato concretamente, è materia di discussione) dall'attuale *Chief Justice* Roberts¹⁴.

Proprio per questo, il minimalismo ha un rapporto ambivalente con quelle teorie che sono usualmente chiamate, nel dibattito statunitense, perfezionistiche e, in quello italiano, neocostituzionali. Per quanto qui interessa, si tratta delle teorie che mettono al centro la logica del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi e, in particolare, enfatizzano la connessione tra diritto e morale, la duplice legittimazione – democratica e contenutistica – delle decisioni poli-

tiche, nonché la razionalità e oggettività del discorso pratico e la conseguente revisione della metodologia giuridica¹⁵. Un autore di riferimento è Ronald Dworkin (1931-2013), con cui lo stesso Sunstein si mette in dialogo¹⁶. Dworkin è un perfezionista nel senso che, a suo avviso, il giudice dovrebbe sviluppare autonomamente una propria teoria costituzionale completa, attingendo anche a fonti meta-positive, e impegnarsi sempre ad applicarla con coerenza. Orbene, il minimalismo si muove nello stesso orizzonte culturale del perfezionismo, del quale si considera una variante di secondo grado¹⁷: vale a dire, è dotato di premesse e ambizioni in parte simili, ma presta più attenzione ai limiti tipici delle corti ed è più prudente circa la loro capacità di muoversi al livello delle argomentazioni di lato principio. Il minimalismo non rinnega affatto l'importanza della teoria sul piano scientifico e non pone alcun limite alle ambizioni che essa, sul piano suo proprio, può perseguire; tuttavia, quando si passa all'applicazione giudiziaria, è restio a pretendere, o a sollecitare, che ciascun magistrato inseguia necessariamente il mitico ideale del giudice Ercole, reso celebre da Dworkin nel suo libro del 1986¹⁸.

Da questa prospettiva si possono comprendere meglio, forse, le ragioni di interesse del minimalismo. In realtà, nonostante la sua larga affermazione dal Secondo dopoguerra in avanti, la giustizia costituzionale ha sempre destato qualche preoccupazione in merito al rischio che essa – date soprattutto le particolarità dei parametri con cui opera – si spingesse troppo in là. Si potrebbe rintracciare questo filone sin dai primordi, non solo nel dibattito statunitense, come si è già accennato, ma anche in quello continentale. Senza dilungarsi qui in riferimenti eruditi, sarà sufficiente rinviare a quello che è stato definito «uno dei più interessanti bilanci critici del Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG)

12. Qualche ragguaglio in più nel mio *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 524 ss.

13. Cfr. ancora C.R. Sunstein, *Radicals in Robes*, op. cit., p. 9.

14. Cfr., ad esempio, D. Sykes, *Minimalism and Its Limits*, in *Cato Supreme Court Review*, 2014-2015, pp. 17 ss. C'è anche chi ritiene, per converso, che lo stile del *Chief Justice* serva a porre le fondamenta per future vittorie conservatrici da raccogliere al momento opportuno, nel frattempo preservando il prestigio della Corte e prevenendo reazioni politiche avverse (J.O. McGinnis, *What Does the Chief Justice Maximize?*, in *Law & Liberty*, <https://lawliberty.org/what-does-the-chief-justice-maximize/>, 9 luglio 2020).

15. Per qualche maggiore riferimento, rinvio al mio *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, pp. 291-292.

16. Le repliche a Sunstein di R. Dworkin si possono leggere in *Id.*, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2006, pp. 66 ss.

17. Cfr. C.R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, op. cit., p. 25.

18. In traduzione italiana, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, pp. 212 ss., spec. p. 225, ove battezza in questo modo la figura del «giudice immaginario dotato di un potere intellettuale e di una pazienza sovrumani che faccia propria la concezione del diritto come integrità», vale a dire l'idea che le proposizioni giuridiche siano vere se in esse sono presenti i principi di giustizia, equità e *procedural due process* che forniscono la migliore interpretazione costruttiva della prassi giuridica della comunità.

tracciati dalla dottrina tedesca»¹⁹, non a caso intitolata «*Il giudice senza limiti*»²⁰. Lo studio che conclude questa raccolta è prevalentemente un lungo ragionamento sulla legittimazione del BVerfG, in relazione al ruolo sempre crescente che esso ha rivendicato nel corso degli anni; e la conclusione è che, nel lungo periodo, sarebbero opportuni una riduzione della densità degli *standard* di giudizio, un maggiore ancoraggio ai singoli casi esaminati (ossia alla dimensione soggettiva di tutela dei diritti, nelle procedure di ricorso costituzionale diretto, che costituiscono gran parte della materia giudicata dal tribunale) e una particolare cautela nelle affermazioni relative ai principi costituzionali irrinunciabili²¹. Mentre il primo saggio del volume, dopo avere riassunto ragioni e passaggi storici dell'affermazione del BVerfG, mette in luce anche i fattori che inducono a ritenere che esso abbia superato il proprio zenit o, comunque, si trovi in una situazione assai più complessa che in passato; e, in proposito, suggerisce un atteggiamento di maggiore umiltà²².

Il peculiare interesse di queste prospettive sta in ciò: esse nascono meno da premesse teoricamente scettiche nei confronti della garanzia giudiziaria delle costituzioni, e più dall'osservazione diretta di esperienze storiche che, pure, si possono legittimamente considerare di successo, data l'autorevolezza che le istituzioni esaminate hanno acquisito, e mantengono, nei rispettivi sistemi²³.

3. Una Corte minimalista?

Queste considerazioni si attagliano anche all'Italia? Anche il nostro sistema repubblicano incorpora un tribunale costituzionale così forte da fa sì che anche ad esso sia raccomandabile un opportuno eserci-

zio delle virtù passive e un uso sapiente e costruttivo della reticenza?

In linea di massima, la Corte costituzionale italiana si trova in una posizione diversa da quella delle sue controparti. Questo è vero rispetto alla Corte suprema, per così tante ragioni che non è neppure il caso di enumerarle. Ma è vero anche rispetto al BVerfG:

- in assenza di forme di ricorso diretto, la Corte italiana ha un numero di gran lunga minore di casi su cui pronunciarsi (e deve pronunciarsi su tutti, sostanzialmente sempre nelle stesse forme, senza particolari filtri);

- per la provvista di questioni da decidere, dipende integralmente dalle iniziative dei giudici comuni, dello Stato, delle Regioni e degli organi costituzionali;

- opera secondo una regola di integrale collegialità – e con una composizione ampia – per ciascuna decisione;

- non ammette opinioni dissenzienti e, anzi, tendenzialmente cerca di aggregare un largo consenso in seno al collegio sia sulla decisione, sia sulla motivazione;

- tiene ben chiuso il contraddittorio dinanzi ad essa²⁴, e raramente con le proprie udienze, per quanto pubbliche, attira l'attenzione dei grandi mezzi di comunicazione;

- impiega una tecnica di argomentazione relativamente asciutta – quantomeno a paragone dello stile tedesco – e tende ad astenersi da trattazioni generali, di taglio dottrinale, molto dettagliate;

- non dispone di poteri in merito all'esecuzione delle proprie sentenze;

- anche per questo, e perché è consapevole di non ricevere sempre pronto ascolto dalla politica, avverte un ragionevole *horror vacui* e, di conseguenza, maneggia – e talora rimaneggia – le proprie tecniche

19. A. von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, p. 20.

20. C. Schönberger - M. Jestaedt - O. Lepsius - C. Möllers, *Das entgrenzte Gericht*, Suhrkamp, Berlino, 2011; trad. inglese (da cui si cita): *The German Federal Constitutional Court. The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

21. C. Möllers, *Legality, Legitimacy, Legitimation of the Federal Constitutional Court*, *ivi*, pp. 194-196.

22. C. Schönberger, *Karlsruhe. Notes on a Court*, *ivi*, pp. 27-31.

23. Per lo stesso motivo risulta interessante, ad esempio, l'ormai notissimo R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 2004. In estrema sintesi, vi si sostiene che la costituzionalizzazione di alcuni diritti e l'istituzione di garanzie giudiziarie per essi può risultare funzionale non solo a visioni elevate della giustizia sociale o dei diritti universali, ma anche – e forse, a volte, principalmente – a contenere evoluzioni altrimenti dirompenti, pericolose per lo *status quo* politico e sociale (cfr. ad esempio, pp. 213-214). Va detto, però, che buona parte del ragionamento si basa sull'osservazione della giustizia costituzionale relativa ai diritti delle minoranze svantaggiate, e ad alcune questioni istituzionali fondamentali, in quattro ben precisi contesti nazionali (Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica).

24. La recente introduzione del cd. “*amicus curiae*” (si rinvia al contributo di M. D'Amico in questo fascicolo) innova più sul piano dell'istruttoria, che su quello del contraddittorio: come precisa puntualmente il nuovo art. 4-ter delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», le formazioni sociali e i soggetti istituzionali, le cui opinioni scritte siano state ammesse, «non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale». Il loro ruolo precipuo – che è nella piena disponibilità della Corte (o meglio, del relatore e del presidente) – dovrebbe essere quello di offrire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

decisorie in modo da non aprire lacune, i cui effetti potrebbero essere imprevedibili o addirittura lasciare senza protezione interessi costituzionalmente rilevanti²⁵.

Per tutte queste ragioni, convince la formula della «relazionalità» che è stata impiegata per riassumere il tratto essenziale della Corte italiana²⁶: il suo lavoro è segnato più dalla necessità di tenere conto di vari livelli di complessità, interni ed esterni, e di adattarsi ad essi, che non dalla possibilità di contare che sia, all'inverso, la complessità a conformarsi più o meno ordinatamente alle indicazioni via via impartite dal principale organo giurisdizionale di garanzia della Costituzione. Insomma, la Corte si trova strutturalmente in una situazione tale da rendere quasi naturale una certa vocazione al minimalismo: tanto che potrebbe apparire persino superfluo porsi, per essa, i problemi sollevati negli Stati Uniti o in Germania.

Eppure, il discorso è più complesso. Almeno dagli anni settanta, anche nel nostro Paese si è consolidata la transizione al modello che è stato autorevolmente chiamato dello «Stato costituzionale»: uno schema triangolare in cui la Costituzione è al vertice, le funzioni legislativa e giurisdizionale ai lati, a indicare due vie parallele per il «processo d'interpretazione, di concretizzazione e di attuazione dei precetti costituzionali», in fisiologica tensione tra loro²⁷. In seguito, però, sono accadute molte cose: il sistema politico ha stentato sempre di più a svolgere il proprio ruolo di selezione e sintesi degli interessi sociali; le pressioni di questi ultimi nei confronti del sistema giudiziario sono cresciute; di conseguenza, si è affermata una concezione del diritto – anche costituzionale – più come giurisdizione che come legislazione; a tal punto che nella stessa giurisdizione si è manifestata la tendenza ad astrarre anche dai pur elastici principi costituzionali, per attingere direttamente al piano dei valori, magari scegliendo con una certa libertà tra una pluralità di cataloghi di diritti, a prescindere dalle loro differenti origini e collocazioni giuridiche, in nome del meta-principio della massima tutela dei valori nei singoli casi concreti²⁸. Il modello triangolare è in crisi: uno dei due lati va sfumando, e anche il vertice sembra in discussione. Resta il lato giudiziario: ma, proprio per questo, su questo versante, la

stagione culturale sembra, insomma, più propizia alla creatività e al massimalismo, che al *self-restraint*.

Se poi si concentra l'attenzione sugli ultimi anni, si trovano numerosi segni di un maggiore attivismo della Corte costituzionale, inteso come duplice tendenza sia a ricondurre alla propria cognizione tipologie di questioni che, in precedenza, erano state lasciate ai giudici comuni o a quelli europei, sia ad arricchire e rafforzare il proprio strumentario operativo.

Per tornare da dove si era iniziato, proprio l'impostazione seguita nella sentenza n. 279 del 2013 è stata oggetto di revisione critica attraverso due nuovi filoni: le ordinanze di rinvio, funzionali a indicare al Parlamento un termine entro il quale rivedere la disciplina in esame²⁹; la nuova teoria che dalle «rime obbligate» è passata, per così dire, agli «endecasillabi sciolti», o quasi, nel senso di ritenere che, perché una norma costituzionalmente illegittima possa essere sostituita dal Giudice delle leggi, non è necessario che esista un'unica soluzione costituzionalmente vincolata, ma è sufficiente trovare nel sistema complessivo punti di riferimento e soluzioni già esistenti³⁰.

Si potrebbero fare molti altri esempi della fase attuale della giustizia costituzionale:

- le posizioni critiche assunte nei confronti dell'ordinamento internazionale, come interpretato dalla Corte dell'Aja, nonché nei confronti della Cedu e della stessa Corte di giustizia;
- il parziale allentamento dell'onere di interpretazione conforme e la tendenza dei relativi interrogativi a spostarsi dall'ammissibilità al merito;
- le novità in tema di incidentalità (sia pure in funzione di contenimento delle zone franche) e di modulazione degli effetti nel tempo delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale;
- una maggiore larghezza nel valutare l'ammissibilità, ad esempio, di questioni su norme regolamentari;
- sul versante dei giudizi in via principale, l'applicazione della dottrina della cd. «ridondanza» anche a temi di diritti fondamentali;
- il potenziamento dei mezzi istruttori e l'apertura ai cd. *amici curiae* nelle nuove norme integrative emanate nel 2020.

Questo fascicolo tratta molti degli argomenti elencati. Comunque, di questa stagione – che è stata

25. Questo elenco è ricalcato su quello in A. von Bogdandy e D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza*, op. cit., pp. 9 ss.

26. V. Barsotti - P.G. Carozza - M. Cartabia - A. Simoncini, *Introduction. Dialogue as a Method*, in Id. (a cura di), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Routledge/Giappichelli, Abingdon/New York/Torino, 2020, pp. 1 ss.

27. M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, p. 15.

28. Per riferimenti rinvio ancora al mio *Prospettiva storica*, op. cit., pp. 293 ss.

29. Ordinanze nn. 207/2018 (seguita dalla sent. n. 242/2019) e 132/2020.

30. Questa «rimeditazione» (così definita) è esplicitata nella sentenza n. 222/2018.

definita del «ri-accentramento» – esistono già bilanci sistematici³¹. A fronte di tutto ciò, ragionare (anche) sul minimalismo non sembra affatto fuori luogo: il momento giusto è proprio quello in cui il ruolo del giudice costituzionale cresce, anche per l'astensione di altre istituzioni.

Di questo esistono testimonianze importanti: sul piano scientifico e, a ben vedere, anche sul piano giurisprudenziale. In sede dottrinale, Roberto Bin, da un lato, ha incisivamente decostruito le teorie tradizionali dell'interpretazione, dell'argomentazione, delle fonti del diritto e degli stessi diritti fondamentali; dall'altro, ha ritenuto necessario accompagnare a questa sorta di entropia teorica l'invito a considerare la dimensione istituzionale dell'interpretazione e applicazione giudiziaria del diritto, patrocinando espressamente approcci minimalisti³².

Sul piano propriamente giurisprudenziale, un esempio di strategia prudente è stato quello applicato dalla stessa Corte costituzionale nell'esame di uno dei corpi normativi più controversi degli ultimi anni: il cd. «decreto Salvini», nella parte in cui è andato a toccare la disciplina di coloro che richiedono asilo o protezione umanitaria. Per comprendere bene il punto, occorre tenere presente tutta la vicenda giudiziaria, nell'insieme:

– dapprima la Corte è stata adita con ricorsi in via principale particolarmente audaci, non solo per il numero delle questioni sollevate, ma anche per i presupposti teorici e, a tratti, persino per l'intonazione – emblematico il ricorso della Regione Piemonte, che teorizzava una sorta di proprio «dovere di resistenza» e caldeggiava una «concezione evolutiva» del giudizio in via principale, che la Corte stessa avrebbe fatto propria, «come giudizio “sulla legittimità sostanziale delle leggi” (...) a prescindere dalla spettanza del po-

tere legislativo in capo all'uno o all'altro ente»³³;

– a domande così roboanti, la Corte ha risposto essenzialmente con dichiarazioni di inammissibilità (sentenza n. 194 del 2019), quando non si è limitata a prendere atto della rinuncia ai ricorsi, accettata dalla controparte;

– intanto, sulle questioni di maggiore delicatezza, come l'efficacia della normativa nel tempo e il diritto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, è proseguito il contenzioso dinanzi ai giudici civili, in termini che non è possibile ricordare qui;

– quando poi, da un rivolo di questo contenzioso, la questione dell'iscrizione anagrafica è stata riportata alla Corte, illuminata anche attraverso la concretezza dei problemi applicativi³⁴, essa è stata finalmente accolta, con una sentenza che, nel merito delle questioni sostanziali, ha scelto una via piana e tutta interna alla (mancanza di) logica dello specifico intervento normativo (contraddittorio rispetto alle finalità di monitoraggio amministrativo dei richiedenti asilo, nonché alla disciplina delle altre fattispecie di soggiorno legale in Italia)³⁵.

Uso prudente delle categorie processuali (nel caso, le condizioni per la legittimazione delle Regioni a fare valere in via d'azione violazioni di parametri estranei al titolo V della parte II della Costituzione); rigetto di iniziative tendenti a decisioni “tutto e subito”; attesa di una certa decantazione del contenzioso e della (prevedibile) emersione di nuovi casi, meglio radicati in problemi applicativi concreti; selezione di percorsi argomentativi prudenti, per linee interne al settore normativo di riferimento, con assorbimento delle questioni di respiro teorico più ampio e impegnativo. Sono tutti segni di un atteggiamento complessivamente minimalista. Intanto, la politica parrebbe avere maturato la volontà di ritornare – forse – sul tema³⁶.

31. D. Tega, *La corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020 (ma vds. anche il contributo della stessa Autrice in questo fascicolo).

32. Per riferimenti, rinvio ancora al mio *Discrezionalità e discrezione del giudice*, op. cit., dedicato appunto a questo Autore.

33. Questo ricorso e quello – più equilibrato – della Regione Emilia-Romagna sono riassunti nel *Bollettino delle questioni pendenti e delle decisioni di rilievo costituzionale dei giudici comuni*, in *Quad. cost.*, rubrica *Orizzonti di giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019. *Ivi*, nei nn. 3/2019 e 1/2020, sono segnalate anche alcune decisioni in materia dei giudici civili.

34. Testimoniati, in giudizio, dalla difesa del Comune di Milano, parte del giudizio *a quo*.

35. Sentenza n. 186/2020, in cui peraltro emerge anche l'affermazione secondo cui, «[p]er la portata e per le conseguenze anche in termini di stigma sociale dell'esclusione operata con la norma oggetto del presente giudizio, di cui è non solo simbolica espressione l'impossibilità di ottenere la carta d'identità, la prospettata lesione dell'art. 3, primo comma, Cost. assume in questo contesto – al di là della stessa violazione del principio di eguaglianza – la specifica valenza di lesione della connessa “pari dignità sociale”, lesione consistente in una «minorazione» sociale senza idonea giustificazione».

36. Ciò risulta non solo dalle dichiarazioni alla stampa del Ministro dell'interno in carica, ma da una bozza provvisoria di decreto-legge («Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, nonché in materia di diritto penale») che ha iniziato a circolare: essa si apre, nel preambolo, con il riferimento alla necessità e urgenza di garantire la corretta applicazione delle disposizioni in materia di immigrazione, nel rispetto dei principi costituzionali e internazionali; e reca disposizioni, tra l'altro, in materia di protezione umanitaria, soccorso marittimo, iscrizione anagrafica, accoglienza.

4. Esempi e minime indicazioni operative

Il minimalismo non si propone affatto come approccio adatto a ogni situazione: dipende dal tipo di questione in esame e dal suo oggetto, che può richiedere atteggiamenti più radicali, se investe le condizioni basilari per il funzionamento del sistema. Da qualche tempo mi sono trovato a ragionare su alcune tipologie di questioni, in relazione alle quali un certo grado di minimalismo sembra consigliabile, anche nel nostro sistema:

- i problemi del principio di eguaglianza al di fuori del suo nucleo forte e, in particolare, allorché vengano in rilievo quelle circostanze che l'art. 3, comma 1, Cost. designa genericamente come «condizioni personali e sociali»³⁷;

- la determinazione delle prestazioni che formano oggetto dei diritti sociali³⁸;

- gli interrogativi su nodi economici controversi o il cui impatto economico può essere ramificato e massiccio³⁹;

- gli argomenti che intrecciano difficoltà giuridiche, scientifiche ed etiche⁴⁰;

- la ricerca di nuovi equilibri nei rapporti, in particolare, con il diritto dell'Ue e con la Corte di giustizia⁴¹.

Questioni siffatte sono teoricamente aperte, talora non solo sul piano tecnico-giuridico, conflittuali e rispetto ad esse può risultare difficile prevedere le conseguenze generali di una determinata decisione, considerata la complessità e la delicatezza degli equilibri – anche istituzionali – ai quali si pone mano e il numero e la varietà dei soggetti e degli organi coinvolti nella loro continua definizione e ridefinizione.

Orbene, valutare se e come, in questi casi, sia opportuno un atteggiamento minimalista è compito soprattutto della Corte costituzionale, la quale si muove sempre tra il singolo giudizio *a quo* e la prospettiva

di sistema. Per tornare all'esempio del paragrafo precedente, spetta alla Corte decidere come interpretare e applicare concetti processuali controversi (come la cd. "ridondanza" di problemi sostanziali sulle attribuzioni regionali), oppure in quale modo esercitare poteri ampiamente discrezionali (come la scelta dell'ordine logico in cui affrontare questioni multiple, portandone alcune alla ribalta dell'accoglimento e lasciandone altre sullo sfondo).

In questa sede, desidero però concludere ragionando su come (la parte o) il giudice rimettente, allorché abbia la sensazione di essersi imbattuto in un caso che merita un approccio minimalista, possa realizzare questa impostazione, costruendo una (eccezione o) questione il cui accoglimento risulti il meno problematico possibile. Le parole chiave e gli esempi fatti sopra offrono alcune indicazioni. Costruire una questione "*narrow*" significa prestare attenzione al caso concreto e alla specifica situazione normativa che su di esso si proietta, in modo da costruire un interrogativo la cui risposta – intesa sia come *decisum*, sia come precedente – si contenga il più possibile entro quell'ambito, senza obbligare a valutare le implicazioni in orizzonti più vasti e più faticosi da abbracciare con lo sguardo della mente. Costruire una questione "*shallow*" significa evitare di porre questioni la cui soluzione richiede sforzi teorici particolarmente ambiziosi e controversi, optando piuttosto per un'analisi particolareggiata del singolo segmento normativo e della sua coerenza, o meno, con quelli contermini, oppure per una traiettoria che si muova attraverso i precedenti con una gradualità puntualmente ricostruita. Si rischia di mettere il Giudice delle leggi in imbarazzo, quando gli si pone una questione il cui esito dipende linearmente da una certa interpretazione di concetti generali come quello dei «diritti inviolabili dell'uomo», del divieto di distinzione in base alle «condizioni

37. M. Massa, *Diseguaglianza e condizioni personali. Una polemica sull'eguaglianza*, in M. Della Morte (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 143 ss.

38. M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, pp. 73 ss.

39. M. Massa (a cura di), *Introduzione*, in *La Corte costituzionale e l'economia*, Vita e Pensiero, Milano, 2018, pp. 9 ss.; *Id.*, *Corte costituzionale e giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio: dal principio alle regole (e ritorno)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2019 (www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/3-2019/1478-corte-costituzionale-e-giustiziabilita-dell-equilibrio-di-bilancio-dal-principio-alle-regole-e-ritorno/file).

40. M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/nota_207_2018_massa.pdf), 1° dicembre 2018, e poi in *Riv. it. med. leg.*, n. 4/2018, pp. 1323 ss. Non posso negare che, in questo commento, auspicavo un esito ben diverso da quello avuto, poi, dal cd. "caso Cappato". Quantomeno, l'approccio seguito dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 242/2019) è rimasto strettamente ancorato alla fattispecie concreta, attraverso uno specifico parallelo con il rifiuto delle cure vitali, e si è guardato bene dall'affermare – anzi, ha smentito – l'idea, avanzata dal rimettente, di un nesso biunivoco tra autodeterminazione in materia sanitaria e diritto all'assistenza al suicidio.

41. M. Massa, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2019, pp. 737 ss.

personali e sociali», del nucleo essenziale dei diritti etc. Le possibilità di accoglimento sono maggiori se si resta ben saldi sul terreno – magari più prosaico e meno affascinante – di ciò che è già stato deciso in sede legislativa o giurisdizionale, per dimostrare che il progresso, di cui si patrocina il compimento, è solo

un passo in più su una pista già battuta, i cui ulteriori sviluppi restano aperti e impregiudicati. Non è certamente escluso che, in questo modo, si riesca anche a compiere molta strada. Per il minimalismo, almeno in alcuni ambiti, è meglio che ciò avvenga «un caso per volta».