



Fascicolo n°. 2/2026
Data di pubblicazione: 23/06/2026

Autore: Antonino Spadaro*

Interpretazione costituzionale e coscienza sociale**

«Se la questione è “i giudici sono forse influenzati dall’opinione pubblica che li circonda, dalla pressione dell’opinione pubblica”, la mia risposta è che essi lo sono certamente. Se tuttavia mi sta chiedendo se essi *dovrebbero* essere influenzati, la mia risposta è “certo che no”». [A. SCALIA, *La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.* n.3/2013, pp. 674 s.]

Sommario: 1. L’intelligente “interpretazione evolutiva” delle Carte quale prima, e più semplice, forma di “aggiornamento” delle Costituzioni.- 2. Prime caratteristiche dell’interpretazione costituzionale: a) non può ignorare l’*intentio constituentis* e b) ha per oggetto prevalente *principi*.- 3. Natura “specialissima” dei principi costituzionali: *principia principiorum* e principi sulla *Kompetenz-Kompetenz*.- 4. L’interpretazione costituzionale come necessario passaggio dal *testo* al *meta-testo*.- 5. I fattori che incidono – in senso positivo e negativo – sull’interpretazione *stabilizzatrice*, *moderatrice* o *equilibratrice* delle Corti.- 6. Dall’influenza negativa dell’*opinione pubblica* al riconoscimento del peso della c.d. *coscienza sociale*.

* Professore ordinario di *Diritto costituzionale*, Università degli studi *Mediterranea* di Reggio Calabria.

** Relazione al convegno su “L’evoluzione della coscienza sociale tra giudici e legislatori nel diritto italiano e comparato: i confini costituzionali alla prova?”, Roma, Università *La Sapienza*, 20 aprile 2026.

1. L'intelligente "interpretazione evolutiva" delle Carte quale prima, e più semplice, forma di "aggiornamento" delle Costituzioni.

Spesso pensiamo alle Costituzioni liberaldemocratiche come testi scritti che fissano principi, se non perenni, destinati a durare praticamente immutabili nel tempo: è la c.d. clausola di eternità (*Everigkeitsklausele*). Ma le società, che pure producono le Costituzioni, non sono affatto immutabili, si evolvono (o involgono) invece nel corso del tempo, fino a diventare – come in questo momento storico – addirittura "liquide"¹. La complessità dell'interpretazione costituzionale risiede proprio nella difficoltà a conciliare armonicamente l'intrinseca *staticità formale* del testo scritto della Costituzione con l'inevitabile *dinamicità* sostanziale della società che pure quel testo aveva prodotto. Mentre le società (e, con esse, i valori di cui sono portatrici) cambiano in continuazione, dunque si trasformano incessantemente, le Costituzioni (e i valori da esse protetti) restano... o si presume che dovrebbero restare. Inoltre, le società contemporanee – sempre più multi religiose, multietniche, multiculturali (e ora spesso manipolate, anche digitalmente) – esprimono continuamente nuovi e innumerevoli interessi/valori non di rado contrastanti fra loro. E non è facile comprendere quali, fra questi, siano realmente meritevoli di tutela, dunque da proteggere e garantire giuridicamente, n.b.: in quanto e nella misura in cui sono "compatibili" con il sistema dei valori, tradotti in principi giuridici, già presenti nelle Carte.

Ne consegue il problema – inevitabile vista l'importanza delle trasformazioni sociali – dell'"aggiornamento" dei testi costituzionali. Se davvero si vuole "conservare" l'essenziale di un testo costituzionale, bisogna saperlo "leggere" in modo aggiornato, estendendone la portata o, se si preferisce, attualizzandone l'efficacia attraverso un'interpretazione evolutiva. Insomma: per quanto possa sembrare paradossale, per *durare* bisogna *cambiare*, a condizione che cambiare non significhi "stravolgere". Per usare una metafora, potrebbe per esempio dirsi che, se davvero una persona vuole *durare*, non può non *cambiare*: resta "sé stessa" pur "maturando" nel tempo. In breve, se *perenni* pretendono di essere i principi fissati nelle Carte, contemporaneamente *perenni* dovranno essere anche gli aggiornamenti delle stesse. E, per restare alla stessa metafora, come saremmo costretti a non "riconoscere" più una persona che, *ratione aetatis*, perdesse lucidità, così sarebbe ragionevole non "riconoscere" più una Carta costituzionale il cui "aggiornamento" derivasse da un'interpretazione arbitraria capace di stravolgere, per dirla con la Corte italiana, i «principi fondamentali e diritti inviolabili» (classica formula della celeberrima sent. cost. n. 1146/1988).

Viviamo un tempo di *transizione*, anche ma non solo tecnologica, e le Costituzioni non sono insensibili a tali profonde trasformazioni². Più precisamente l'*aggiornamento* può avvenire almeno in quattro modi, due "diretti" e due "indiretti":

¹ Cfr. Z. BAUMAN, *Communitas. Uguali e diversi nella società liquida*, Reggio Emilia, Aliberti, 2013.

² Mi permetto di rinviare per tutti al mio *La "transizione" costituzionale: ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in AA.VV., *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio*, a cura di A. Spadaro, Torino, Giappichelli 2000, 17 ss.

- a) in modo diretto e chiaro, attraverso la procedura aggravata di *revisione* del testo che non attenti ai principi supremi del c.d. nucleo duro costituzionale (cfr. la menzionata sent. cost. n. 1146/1988);
- b) in modo diretto ma oscuro, incerto ed ambiguo, attraverso la procedura aggravata di *revisione* del testo che invece pretenda di derogare ai principi supremi del c.d. nucleo duro costituzionale: è il caso del III comma dell'art. 116 Cost. sul "regionalismo differenziato" (introdotto nel nostro ordinamento con la riforma del Tit. V: l. cost. n. 3/2001) – *alla lettera* palesemente lesivo di «principi fondamentali e diritti inviolabili» – ma salvato solo grazie a una abilissima e ardita re-interpretazione, vera e propria ricostruzione semantica, operata dalla Corte, arrampicandosi sugli specchi, con una sua per altro magistrale sentenza: cfr. sent. cost. n. 192/2024³;
- c) in modo indiretto e chiaro, attraverso l'*interpretazione evolutiva* dei testi stessi, ad opera essenzialmente dei giudici costituzionali;
- d) in modo indiretto ma oscuro, incerto ed ambiguo, attraverso le c.d. *modificazioni tacite*⁴.

Escludo dalla presente analisi i casi b) e d), oscuri, incerti e ambigui, perché *non* mi sembrano vere e buone forme di "aggiornamento" di un testo costituzionale: b) in quanto la procedura usata, pur corretta, lede *implicitamente* i limiti "sostanziali" alla revisione costituzionale (e solo la "santatoria" ermeneutica della Corte ne ha consentito la sopravvivenza), e d) in quanto non si sa cosa effettivamente siano le modificazioni tacite: si tratta, ad avviso di chi scrive, di una categoria concettuale imprecisata e dunque insicura. Per assurdo avrebbe potuto considerarsi "modificazione tacita", per esempio, anche un'eventuale sentenza costituzionale che – rispettando *la lettera* del III c. dell'art. 116 Cost. (e dunque non re-interpretandolo radicalmente) – avesse mantenuto in vita la legge attuativa n. 86/2024, c.d. Calderoli⁵.

Restano solo i casi sub a) e c). E poiché sulla corretta procedura di revisione (non lesiva dei valori fondanti della Carta) *nulla quaestio est*, allora essenzialmente è sull'interpretazione evolutiva che va fatta qualche riflessione.

Sia consentito, tuttavia, precisare che – al fine dell'"aggiornamento" di una Carta – entrambe, sia a) che c), sono vie perfettamente percorribili. Non può dirsi – *a priori* e in astratto – quale dei due modi sia migliore, perché non sempre occorre una revisione, ossia un intervento *hard*, formale e politicamente impegnativo, sulla disposizione testuale della Carta per "attualizzarne" il valore

³ Per approfondimenti sul punto specifico mi permetto di rinviare a: La "quadratura del cerchio"... o della sent. cost. n. 192/2024, in *Diritti regionali*, n. 1/2025, 1 ss. e La sent. cost. n. 192/2024: il "doppio schiaffo" della Corte costituzionale alla classe politica, di centro-sinistra e di centro-destra, in AA.VV., *Scritti in onore del Prof. Stelio Mangiameli*, 2026, 1320 ss.

⁴ Sul tema, la letteratura non manca. Per tutti, ricordo solo: F. PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le 'modificazioni tacite' della Costituzione* (1951), ora in *Scritti di diritto costituzionale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1965, 83 ss.; S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1959; A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo, R. Caridà, A. Lollo, A. Morelli e V. Pupo, Napoli, ES, 2019, 416 ss.; E. OLIVITO, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. un'ipotesi di studio preliminare*, in *costituzionalismo.it*, n. 2/2023, 26 ss.

⁵ Ma, esattamente all'opposto, paradossalmente forse potrebbe considerarsi "modificazione tacita" anche l'effettivo operato della Corte attraverso la ricordata sent. 192/2024. Dunque, nel legittimo dubbio sul concetto, è meglio rinunciare al suo uso, incerto e troppo rischioso.

sotteso, dunque per estrapolarne un significato normativo “aggiornato”. Molto più spesso, e convenientemente, è sufficiente piuttosto un’interpretazione intelligente – verrebbe da dire semplicemente diligente – delle disposizioni costituzionali, capace di adattare al momento storico presente il valore costituzionale protetto. Che *entrambe* queste ultime due vie siano percorribili è facilmente accertabile in quanto l’esperienza empirica ci dice che esse, se non sempre spesso, sono fungibili. Emblematico il caso della recente revisione costituzionale dell’art. 9, articolo che per altro rientra addirittura fra i “principi fondamentali” della nostra Carta, i quali – secondo il frettoloso giudizio di alcuni – in quanto tali, addirittura sarebbero “intangibili”. L’attuale disposizione è senz’altro migliore e più completa della precedente, dunque è opportuna, ma bisogna riconoscere che la revisione non appariva esattamente indispensabile: anche senza di essa, infatti, già esisteva un’ampia giurisprudenza suppletiva/sussidiaria (ad opera dei giudici comuni, internazionali e costituzionali) che estendeva la portata ermeneutica dell’art. 9, al fine appunto a tutelare «l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni».

Naturalmente ci saranno sempre giuristi misoneisti, conservatori per *forma mentis*, timorosi *per principio* anche solo di “toccare” la prima parte della nostra Costituzione, considerata alla stregua di una sorta di vangelo laico. Anche prescindendo dal fatto che è possibile, e ordinariamente viene svolta, una lettura filologico-scientifica dei Vangeli – di cui l’ermeneutica teologica, attraverso il metodo storico-critico, fa uso corrente, riconoscendo interpolazioni, manipolazioni, ecc. – l’“intangibilità” dei *principi fondamentali e dei diritti inviolabili* della Costituzione chiaramente va intesa non in senso *testuale*, ma *assiologico*. Da un punto di vista linguistico un testo costituzionale – anche nei suoi principi fondamentali – può sempre essere “migliorato” o “implementato” *per via giurisprudenziale*, senza per questo alterarne la portata assiologica (e spesso finanche semantica). Ove davvero l’ermeneutica teologica fosse più raffinata e avanzata di quella giuridica (e talvolta ne viene il sospetto), pensando ai giuristi conservatori che hanno terrore all’idea di “toccare” i primi 12 articoli della Carta verrebbe voglia di dire: *silete iurisconsulti in munere alieno!*, rovesciando la celebre formula del giurista Alberigo Gentili («*silete theologi in munere alieno!*»).

2. Prime caratteristiche dell’interpretazione costituzionale: a) non può ignorare l’*intentio constituentis* e b) ha per oggetto prevalente *principi*

Emerge, così, una prima e nota caratteristica tipica dell’interpretazione costituzionale, che la differenzia non di poco rispetto all’interpretazione della legge: «mentre l’interprete della legge non è vincolato all’*intentio legislatoris* (quindi agli atti dei lavori parlamentari), perché deve comunque attenersi al significato oggettivo del testo formalmente alla fine approvato – l’interprete della Costituzione non può ignorare l’*intentio constituentis* (ossia gli atti dell’assemblea costituente), che invece è indispensabile per comprendere e ricostruire il “senso” del testo costituzionale»⁶. Senza

⁶ Così mi esprimevo in *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi.it*, n.16/2021 (30 giugno 2021), 213.

entrare qui nella problematica della motivazione degli atti legislativi⁷, la *ratio legis* può essere colta solo deducendola dal testo scritto della legge, mentre la *ratio Constitutionis* esige un'analisi che va "oltre" il testo scritto della Carta per risalire alla volontà dei costituenti.

In breve: per quanta ampia possa essere, e immaginarsi, la capacità ermeneutica di estrapolare "significati" normativi *non explicitati* dal testo di una disposizione costituzionale "significante", comunque essa non può alterare l'*originale intentio constituentis* che certo può essere integrata, ma – s'è già detto – non stravolta. La conoscenza dell'*original intent* serve all'interprete della Carta per non uscire dal perimetro del contenuto assiologico fondamentale (c.d. *begriffskern*) della disposizione stessa, pena la «dissoluzione quasi completa della Costituzione come norma» e la trasformazione della Costituzione in un semplice «recipiente aperto», da riempire «a seconda del consenso intorno alla precomprensione del momento», dando vita a un «permanente mutamento costituzionale creatore di diritto» camuffato da interpretazione⁸.

Tuttavia, senza per questo negare la necessità di un approccio *originalista*, a parere di chi scrive occorre guardarsi dalle «più estreme correnti ermeneutiche *testualiste*, che tendono a "mummificare" una Carta costituzionale»⁹. In questo senso, forse sarebbe bene distinguere fra *original intent* (originalismo legato all'intenzione del Costituente, suscettibile di lettura evolutiva) e *original meaning* (basato sul significato storico – dunque, "cristallizzato" – di un termine).

Infatti, pur con le migliori intenzioni, le interpretazioni rigidamente testualiste/letteraliste rischiano di degenerare in un fondamentalismo costituzionale che, invece di tenere "vive" le Costituzioni, paradossalmente ne affievolisce la forza giuridica di fonte superprimaria¹⁰. Ma naturalmente la distanza fra un *ragionevole* originalismo e un *primitivo* letteralismo, pur ineccepibile, può essere delineata solo per grandi linee, e non può essere definita in astratto e *a priori*. Bisogna avere il coraggio di ammettere che la differenza fra l'uno e l'altro approccio ermeneutico si può cogliere solo sul campo, di volta in volta, comparando concretamente "opzioni etiche" diverse, non necessariamente opposte in modo netto (favorevoli/contrarie), ma più spesso e semmai confrontando scelte interpretative comunque buone (*id est*: costituzionalmente compatibili), ma *minormente* o *maggiormente* "inclusive". E, in una Costituzione chiaramente orientata al pluralismo, qual è la nostra, può ragionevolmente affermarsi una tendenziale preferenza per le interpretazioni *più* inclusive.

Più precisamente e com'è (o dovrebbe essere) noto a tutti, le Costituzioni contengono valori socio-politici normativi giuridicizzati al massimo livello, distinti nomologicamente in "regole" e

⁷ Cfr., per tutti, S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova 2008 e AA.VV., *La motivazione delle leggi*, a cura di F. Ferraro e S. Zorzetto, Torino, Giappichelli, 2018.

⁸ Sono parole di E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione e democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, spec. 79 e 81.

⁹ Cfr. *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, cit., 225.

¹⁰ Già nella sent. 1/2013 la Corte (redattore G. Silvestri) critica come "primitive" le interpretazioni «meramente letterali» della Costituzione. Per questo, un autorevole ex Presidente della Corte costituzionale, A. BARBERA, è arrivato a dire che la Corte talora è chiamata a «scelte che necessariamente richiedono una lettura dei parametri costituzionali non strettamente testuale, "non originalista"» (cfr. la *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera*, Roma, 18 marzo 2024, 12).

“principi”. Se la comprensione delle prime (regole) non pone particolari problemi interpretativi – nessuno dubita, per esempio, sul fatto che i deputati siano 400 (art. 56, II c., Cost.it) – l’indeterminatezza dei secondi (principi) dà vita a margini di creatività ermeneutica straordinariamente ampi, in quanto essi «sono capaci di una indefinita e, quasi si direbbe, inesauribile virtualità [... essendo ...] caratterizzati da un’eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico che dir si voglia) in confronto con le singole norme anche ricostruite nel loro sistema»¹¹. E, si sa, quest’eccedenza costituisce da sempre croce e delizia dei giuristi.

Ma è proprio la distinzione fra regole e principi («utilità sociale», «funzione sociale», «interesse generale», ecc.), non sempre sottolineata a sufficienza, che permette di segnalare una seconda peculiarità dell’interpretazione costituzionale. Partendo dal presupposto che siano possibili essenzialmente tre approcci ermeneutici – *nettamente cognitivista*, *moderatamente cognitivista* e *dichiaratamente scettico*¹² – l’interpretazione della Costituzione non può che ispirarsi a un *moderato cognitivismo*, proprio per la naturale e intrinseca “ambivalenza” dell’articolato delle Carte: nelle parti chiare del testo costituzionale (*regole*) l’interpretazione è, e non può che essere, un fenomeno prevalentemente dichiarativo/*conoscitivo*, mentre nelle parti indeterminate (*principi*) di necessità essa si manifesta invece essenzialmente come un fenomeno costitutivo/*valutativo*¹³.

Ossessionati dai possibili eccessi di uno *Stato giurisdizionale*, alcuni pensano che il secondo fenomeno – l’esistenza di un potere ermeneutico costitutivo/valutativo (e non meramente dichiarativo/conoscitivo) dei giudici – sia una patologia ordinamentale, mentre in realtà rientra nelle funzioni fisiologiche dei tribunali costituzionali¹⁴. Ferma restando una tendenziale «linea di confine fra la giuris-dizione e la legis-lazione»¹⁵, sarebbe ormai antistorico negare che il diritto non è più –

¹¹ Così E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 208 e 211. Sul punto, per tutti: D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1981.

¹² Sul punto, da ultimo, cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione senza verità? Lo scetticismo interpretativo in un libro di Pierluigi Chiassoni*, in *Lo Stato*, n. 15/2020, pp. 493 ss.

¹³ Cfr. ancora Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale, cit., 226.

¹⁴ Il timore dello “Stato giurisdizionale” – oggi assai paventato – a ben vedere è antico. Per tutti, sul punto: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (Paris, 1921), trad. it., Milano, Giuffrè, 1996; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Berlin, 1931), trad. it., Milano, Giuffrè, 1981, 41 ss., che notoriamente contesta, a proposito, «non una qualche giuridificazione della politica, ma una politicizzazione della giurisdizione»; conforme E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat oder Richterstaat?* (München, 1970), ora in ID., *Rechtsstaat im Wandel* (München, 1976), trad. it. in A. MANGIA, *L’ultimo Forsthoff*, Padova, Cedam, 1995, 81 ss.; M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano, EdC, 1977; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984; soprattutto, R.H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges* (2003), cit.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018; E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Modena, Mucchi, 2022; AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Napoli, ES, 2022; P. BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione «paralegislativa» dei giudici*, Napoli, ES, 2022; S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022 e ID., *Le strutture del potere*, Roma-Bari, Laterza, 2023; F. Saitta, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, ES, 2023.

¹⁵ La frase fra virgolette è di M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 3 ss. Ma v. pure ID., *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, vol. V, Napoli, Jovene, 2009, vol. III, 2009, 1055 ss. Fra gli altri, per tutti, ora A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021.

se mai è stato – un fenomeno di mera *auto-normazione* (legislativa), essendo invece anche espressione di *etero-normazione* (giurisprudenziale)¹⁶.

Ciò vale soprattutto per il diritto costituzionale vista la peculiare natura della fonte oggetto di interpretazione: non si dimentichi che la Costituzione è, per statuto, l'erculeo tentativo di “giuridicizzare la politica” e quindi di “porre limiti al potere”. E ciò inevitabilmente comporta che ogni qual volta un tribunale costituzionale prende una decisione, a maggior ragione (ma non solo) se di illegittimità, rischia l'accusa – quasi automatica – di “politicizzazione”: si troverà sempre qualcuno che, di fronte a una sentenza costituzionale, dirà che *non* è stata presa “in punta di diritto” (come se *davvero* le Corti costituzionali fossero “giudici” comuni *esattamente* al pari degli altri altri)¹⁷.

Ora, non arrivo a dire che i costituenti hanno esplicitamente immaginato/previsto il potere di interpretazione evolutiva della Corte costituzionale, ma è un fatto che lo stesso atto-fonte da interpretare, la Carta, però espressamente “preveda” – attraverso il riconoscimento della c.d. giustizia costituzionale – una speciale, conseguente e logica funzione etero-normativa per alcuni giudici. Il ricorso ancora a una metafora più aiutare: come una madre che muore di parto, così il potere costituente cessa di esistere nel momento stesso in cui dà vita all'atto costituito che chiamiamo Costituzione, ma – al pari di una madre morente che affida ad una nutrice di fiducia i figli – così il potere costituente crea i tribunali costituzionali affidando loro la funzione di “custodire” i valori costituzionali nell'unico modo concretamente possibile, dunque “aggiornando” nel tempo gli stessi originari valori/principi, senza che ciò necessariamente comporti l'uso della controversa formula di *costituenti stabili* o *permanenti*¹⁸. E, per restare alla metafora, come un corpo per restare “vivo” necessariamente nel *tempo si trasforma e cambia, pur restando sé stesso, così – se davvero si vuole “conservare”* l'essenziale di un testo costituzionale – non va “mummificato” ma bisogna tenerlo “vivo”, leggendolo in modo aggiornato, ossia attualizzandolo. Come è stato osservato: «Il linguaggio adoperato nel testo costituzionale aspira a promuovere l'intelligenza del sistema non solo rendendo accessibile il contenuto delle sue prescrizioni, ma anche, e più incisivamente, creando le condizioni affinché le parole, le espressioni, le formule linguistiche in esso trasfuse non siano di ostacolo ad un continuo confronto dialettico tra sistema e dinamiche sociali [...il senso, la *mens*, della Costituzione va portata....] a compimento, attraverso l'affermazione di soluzioni, di misure, anche solo di impulsi e idee in grado di inverare il disegno complessivo perseguito dal sistema costituzionale»¹⁹.

¹⁶ Basterebbe leggere le belle, e ancora attuali, pagine di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, *passim*.

¹⁷ Sul punto rinvio al mio *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017 (8 marzo 2017), 1 ss.

¹⁸ Rimarrebbe da dimostrare e chiarire, infatti, perchè un Costituente stabile sarebbe tenuto solo ad aggiornare i principi senza invece poterne introdurre di nuovi e diversi capaci di stravolgere i primi. Delle due l'una: o è un vero potere Costituente – e allora non ha bisogno della “delega” o autorizzazione dell'Assemblea costituente e non ha vincoli, se non quelli storici – oppure possiede un potere limitato al solo aggiornamento (ed allora non è esattamente un potere costituente).

¹⁹ Così Q. CAMERLENGO, *Uno studio su “mente” e “intelligenza” della Costituzione*, in *Rivista Aic*, n. 1/2026, 40 e 42.

In questo senso, com'è noto – contrariamente a quanto immaginava Hans Kelsen – i tribunali costituzionali non hanno avuto, e non hanno, la semplice funzione di “legislazione negativa” (*negative Gesetzgebung*)²⁰, in quanto, piaccia o no, alle sentenze da essi prodotte ormai si riconosce la natura di nuove “fonti del diritto” che concorrono a costruire la Costituzione vivente²¹. Sia pure sotto la rassicurante e prudente forma di “organi giudiziari”, i tribunali costituzionali sono stati creati appositamente per questo: conservare “nel tempo” – grazie a un’*interpretazione evolutiva* – gli originari valori enunciati nei principi costituzionali. Ciò che, ovviamente, nulla ha che vedere con il *decostruzionismo ermeneutico* che porta alle degenerazioni del c.d. diritto libero (*freies Recht*). In breve, anche se qualcuno finge di dimenticarselo, essere la *bouche de la Constitution* significa molto di più che essere la *bouche de la loi*. Infatti, «in teoria, nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza»²².

Ma è proprio lungo questa sottile linea di confine che si svolge il dibattito fra sostenitori del *judicial activism* e fautori della *judicial modesty*²³. Si sfonda una porta aperta dicendo che nessuno vuole il giudice-legislatore con poteri arbitrari e, parimenti, che nessuno davvero nega il carattere discrezionale dell’interpretazione delle Corti costituzionali. Ben più difficile è individuare criteri e standard di giudizio applicabili a casi concreti come le intercettazioni del Presidente della Repubblica, la legge elettorale, l’autodichia, le additive a rime aperte, ecc. Ha la Corte, in questi e in altri casi – come si cercherà di spiegare con alcuni esempi più avanti (cfr. § 6) – superato la linea di rottura? Quanto “creativa” è stata la sua lettura “evolutiva” del testo e dell’*intentio constituentis*?

3. Natura “specialissima” dei principi costituzionali: principi sulla *Kompetenz-Kompetenz* e *principia principiorum*

Le continue controversie sulle reticenze, o al contrario sugli eccessi, derivanti da un eventuale uso improprio delle tecniche dell’interpretazione costituzionale discendono innanzitutto dal fatto che – a differenza delle scienze c.d. *dure* (*Science*: matematica, fisica, chimica...) – il diritto è una c.d. scienza *molle*, come del resto le altre scienze sociali (*Wissenschaft*: economia, scienze politiche, sociologia...), avendo ad oggetto non calcoli ed esperimenti ma “valori” sociali e dando vita a valutazioni non esattamente oggettive, ma tutt’al più solo condivise, dunque “intersoggettive”.

²⁰ Cfr. H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV (1928), 197 ss., trad.it. Milano, 1981, 143 ss. e, criticamente sul punto, se si vuole, il mio *Kelsen versus Kelsen: simple democracy or constitutional democracy?*, in *Italian Journal of Public Law*, Issue 2/2021, vol. 13, 329 ss. e in AA.VV., *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, vol. I, Milano, Egea, 2022, 678 ss.

²¹ Sul punto, per tutti: P. VIPIANA, *La legislazione negativa. Saggio su un’insolita e controversa nozione del diritto costituzionale*, Torino 2017, spec. 41 ss. e A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2022, spec. 133 e 221.

²² Così S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015, 54

²³ Cfr., per tutti, il bel volume di M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2023.

Per questo esiste – già nell'ordinaria ermeneutica giuridica – un'inevitabile difficoltà a distinguere il deprecabile “arbitrio” dalla legittima “discrezionalità” dell'interprete.

Le controversie e le incertezze crescono, poi, di fronte alla questione specifica dell'“interpretazione della Costituzione”, la quale si colloca nell'ambito della più ampia problematica generale dell'“interpretazione dei principi”. Ma tutto si complica ancor di più quando soltanto si cerca di approfondire la “natura”, a dir poco peculiare, dei principi *costituzionali*.

1. Da sempre chi scrive, sulla scia del celeberrimo art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789²⁴, considera Costituzioni soltanto le Carte che si ispirano al costituzionalismo, dunque esplicitamente *liberaldemocratiche e personaliste*. Se si accoglie quest'impostazione, non solo si comprende – pur per grandi linee – il prevalente “oggetto” dell'attività ermeneutica costituzionale, ma se ne intuisce subito anche la sua straordinaria rilevanza meta-giuridica, dunque etico-politica, cui si connette la difficoltà dei tradizionali metodi “giuridici” di disciplinare l'interpretazione “costituzionale”.

Va detto senza mezzi termini che i principi di cui qui si parla essenzialmente proteggono quelli che un tempo venivano chiamati, semplificando in modo forse riduttivo, “diritti naturali” e oggi, laicamente e giustamente, si preferisce definire valori costituzionali superiori *meta-democratici*²⁵, o di natura *ultra-* o *super-epocale*²⁶, *indisponibili* in quanto appartenenti alla sfera – sottratta alla democratica volontà popolare – del c.d. “non decidibile”²⁷. Sperando non si consideri troppo ardito il passaggio, mi sembra che tali valori superiori *meta-democratici*, che si traducono in principi costituzionali, coincidano in larga parte con i «presupposti» di cui parla E.-W. Böckenförde quando osserva che «lo Stato liberale secolarizzato» vive di essi, ma «non è in grado di garantirli»²⁸. Ora, senza necessariamente accogliere la tesi del grande giurista tedesco per il quale tali principi hanno natura religiosa, è certo che serve, ed è possibile riconoscere, un «ethos unificante» (*unifying ethos*): «se è vero che lo Stato liberale secolarizzato non può creare i presupposti su cui si regge, è altrettanto vero che, però, li può riconoscere – beninteso nella loro articolazione pluralistica, non solo cri-

²⁴ Che è sempre bene ricordare: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Sull'assoluta centralità del punto mi permetto di rinviare ai miei: *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994; *Costituzionalismo*, per *Enciclopedia filosofica*, vol. III, Milano, Bompiani, 2006, 2369 ss.; *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, 1630 ss.; *Dalla “democrazia costituzionale”, alla “democrazia a maggioranza populista/sovranista” alla “democrazia illiberale”, fino alla... “democrazia”*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, (DPCE) online, n. 3/2020, 3875 ss.

²⁵ Cfr. OTA WEINBERGER, *Abstimmungslogik und Demokratie*, in *Reform des Rechts. Festschrift zur 200 Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz*, Graz 1979, 605 ss.; nonché ID., *Rechtspolitische Institutionanalyse*, in *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Oplanden 1988), trad. it. in N. MAC CORMICK - O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè, 1990, spec. 313 ss.

²⁶ Cfr. R. DE STEFANO, *Assiologia. Schema di una teoria generale del valore e dei valori*, Reggio Calabria, Laruffa, 1982, ora in ID., *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1990, 353 ss.

²⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, ES, 2017, 48.

²⁸ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, 1967, in *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1991, pp. 92 ss. Una critica a questo assunto è nelle conclusioni del saggio di Luciani, https://www.lincci.it/sites/default/files/2024-09/Luciani_Lectio_brevis_Diritto_della_forza19aprile2024.pdf, ove si sostiene che tali presupposti sono invece garantiti dallo Stato di diritto.

stiana – e conseguentemente tutelare»²⁹. Altri giuristi, come H. Heller, parlano di «principi giuridici *etic*», di «normatività extragiuridiche» che «hanno sede nella coscienza etico-morale della società» e lo stesso *Bundesverfassungsgericht* – andando al cuore della questione – parla esplicitamente di «principi giuridici che preesistono ad ogni diritto scritto e vanno al di là del diritto positivo»³⁰.

Sarebbe però un grossolano errore considerare tali principi – per la loro natura generalissima – talmente vaghi da essere scontati, banali, del tutto ordinari, *ovvi* e dunque inutili³¹.

Sintetizzando ancora necessariamente in modo estremo, tali principi sono riassumibili e sussumibili in un solo principio unificante che tutti li assorbe e li fonda: il *principio super- e meta-costituzionale di dignità umana*, il cui nucleo essenziale e profondo risiede, a sua volta, nella incoercibile *libertà di coscienza* di ogni uomo³². Ragioni logiche, anzi addirittura logico-matematiche, esigono il richiamo a questo principio unificante e fondante, al punto che in merito è stato richiamato il pensiero di K. Gödel, che ha elaborato forse «il più importante teorema della logica matematica», secondo il quale – come è stato acutamente osservato – «non può esistere un sistema coerente auto-fondantesi. Il teorema di Böckenförde è il suo corollario applicato al diritto costituzionale»³³.

Ad avviso di chi scrive, il principio di dignità della persona umana è *super- e meta-costituzionale* proprio in quanto costituisce un *passepourtout*, o *clausola ermeneutica aperta*, “esterno/a” all’ordinamento che permette, come una sorta di *deus ex machina*, di risolvere – in modo certo *discrezionale*, ma non *arbitrario* – le antinomie “interne” allo stesso, altrimenti insolubili sul piano meramente logico-giuridico. Purtroppo, ancora una volta, anche in questo caso non abbiamo certezze assolute e decisioni definitive, come in fondo non può non essere nelle scienze sociali: la Corte italiana, per esempio, sembra oscillare fra una concezione “oggettiva” (sent. n. 141/2019 sulla prostituzione) e una concezione “soggettiva” (caso Cappato: ord. n. 207/2018 e sent. 242/2019) della *dignità umana*. Del resto, come tutti i veri principi, a maggior ragione quello di dignità umana (che tutti li sussume) indica solo il *fine* da raggiungere e – appena ci si illude di avvicinarsi ad esso – subito il medesimo si allontana, per la sua ricordata inesauribile portata assiologica. Dunque, anche questo *super- e meta-principio* deve fare i conti con l’interpretazione evolutiva: l’ordinamento

²⁹ Cfr. *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, cit., 220.

³⁰ Per i riferimenti bibliografici, cfr. ancora il mio *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, cit., 212.

³¹ Cfr. D. FARIAS, *L’ermeneutica dell’ovvio. Studi sull’esplicitazione dei principi più evidenti*, Milano, Giuffrè, 1990.

³² Ho cercato di approfondire i temi della “dignità della persona umana” e della “libertà di coscienza” in più sedi, ma v. spec. *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico”)*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*, e, ora, *Non violenza e Costituzione. Lezioni di “Dottrina dello Stato”*, Torino, Giappichelli, 2024, spec. 17 s., 59, 64, 132, 135 s., 141, 159, 187, 231 ss., 253. *Infra* bibl. di riferimento.

³³ Così G. MASIERO, *Il teorema di Böckenförde*, in *Critica scientifica*, 26 agosto 2014 (v. <https://www.enzopennetta.it/2014/08/il-teorema-di-bockenforde/>). Su Gödel cfr. E. NAGEL e J.R. NEWMAN, *La prova di Gödel* (New York 1958), trad. it. Torino, Universale scientifica Boringhieri, 1974. V. pure R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996. Quanto a me, uso il teorema di K. Gödel, fra l’altro, nel mio *L’idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un’unica, identica “clausola d’Ulisse”*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid, Dickinson ed., 2003, 169 ss. e in RBD, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6/2005, 119 ss.

può solo “aspirare” ad esso, ma non è in grado di contenerlo/normarlo mai realmente e definitivamente.

Infatti il *diritto*, anche il diritto costituzionale, è semplicemente un mezzo; il fine è sempre e soltanto l'*uomo*. Per questo, un vero ordinamento costituzionale – avendo come fine/principio ultimo (da cui dipendono e a cui rinviano tutti gli altri) la dignità della persona umana – non è solo liberaldemocratico, ma necessariamente anche *personalista*: esso è tale proprio perché non è *riducibile* al, né *esauribile* nel, semplice “sistema” giuridico positivo dato.

Rebus sic stantibus, l'interpretazione costituzionale è intrinsecamente difficile e inevitabilmente controversa non solo perché si occupa di astratti principi generali del diritto e della classica e formale *Kompetenz-Kompetenz*, ma perché ha per oggetto anche la determinazione concreta, di volta in volta, dei prima ricordati principi supremi di più ampia e profonda rilevanza filosofico-politica, potrebbe dirsi: *principia principiorum*, che – s'è detto – addirittura pretendono di limitare il potere (politico, economico, ecc.).

Ad ogni modo, tutta la sofisticata e travagliata attività ermeneutica qui richiamata ha senso solo se è messa in moto al fine esclusivo di servire la persona umana “reale”, nella rete delle sue relazioni sociali concrete, dunque, come direbbe G. Burdeau: l'*homme situé*. E questo è possibile, se non esclusivamente essenzialmente, proprio per via di “interpretazione giurisprudenziale”, laddove il diritto concretamente vive, ossia dove viene applicato, in breve ad opera dei giudici (comuni e costituzionali, che non a caso devono lavorare “di concerto”).

4. L'interpretazione costituzionale come necessario passaggio dal *testo* al *meta-testo*

Penso che sia possibile trovare le coordinate per intuire la peculiare natura dell'interpretazione costituzionale solo riconoscendo che, se è vero che la Costituzione non è un semplice pezzo di carta, un mero abbozzo di senso affidato all'arbitraria libertà dell'interprete, è pure vero che essa non è solo un “atto” puntuale nel tempo (un *testo*, il singolo documento), ma anche un “processo” storico (un *meta-testo*, un insieme di atti e fatti che rendono “vivo” l'originario documento)³⁴.

L'operazione ermeneutica del passaggio dal *testo* al *meta-testo* costituzionale – dunque alla Costituzione reale vivente – non è riducibile alla mera e tradizionale dinamica dell'estrapolazione della *norma* dalla *disposizione*, comune a tutte le branche del diritto. Se è vero che la Costituzione non è solo un *atto*-documento, ma anche un *processo*-storico, allora può dirsi che in quanto “atto” essa *cristallizza* giuridicamente – sempre sotto forma di principi e regole – valori sociali originariamente condivisi dai consociati *nel momento in cui viene scritto* il testo, ma in quanto “processo storico” essa protegge e garantisce anche valori sociali del tutto nuovi, condivisi solo *nel corso del tempo* dai

³⁴ Rinvio a *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel sindacato di costituzionalità delle leggi*, Atti del Seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Torino Giappichelli 2000, 1 ss., ma già in *Quad. cost.*, n.3/1998, 343 ss. Ulteriori indicazioni pure nel mio *Costituzione (Dottrine generali)*, cit., 1630 ss.

consociati. In breve: dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale, non c'è una semplice e sola *disposizione* “significante” da cui trarre sincronicamente una specifica *norma* “significato”. Nella concreta determinazione del “significato” costituzionale giocano invece molteplici, complessi e talora sfuggenti fattori, in alcuni casi positivi, in altri negativi – come subito si cercherà di precisare meglio (cfr. § 5) – tutti da prendere in esame diacronicamente e di fronte ai quali le tradizionali categorie dell'interpretazione giuridica ottocentesche sono chiaramente inadeguate.

Si tratta di capire non tanto (e semplicemente) se i “nuovi” valori sociali che emergono siano compatibili con gli “originali” previsti nel testo della Costituzione, quanto (e soprattutto) se essi costituiscono un effettivo sviluppo storico, e talvolta persino un'implementazione, dei precedenti.

Se, come si ricordava, spetta soprattutto ai Parlamenti – con idonee leggi, all'occorrenza anche costituzionali – “integrare” ed “attualizzare” i valori costituzionali, il sofisticato passaggio ermeneutico dal *testo* al *meta-testo* è invece un lavoro che spetta prevalentemente ai giudici, soprattutto costituzionali, chiamati ad interpretare sapientemente gli “originali” valori costituzionali alla luce dei interessi “attuali”, anche attraverso un uso accorto delle fondamentali categorie giuridiche del *bilanciamento* e della *ragionevolezza*³⁵. I concetti di “bilanciamento” e “ragionevolezza” non sono certo riducibili a mero *arbitrio*; così pure quello di “dignità umana” ha un altissimo valore *ontologico*, ma rimangono tutti e tre controversi: quel che conta, sul piano pratico/giuridico, è che tutte e tre sono “parole magiche”, *passpartout* ermeneutici – come direbbe Kurt Gödel “esterni al sistema” – che ci permettono, come grimaldelli, di risolvere antinomie “interne al sistema” altrimenti insolubili. Tali categorie sono indispensabili proprio alla luce del già menzionato principio personalista (“la legge è fatta per l'uomo e non l'uomo per la legge”: Mc 2, 27).

Purtroppo l'ampiezza dei margini di discrezionalità (seppur non arbitrio) di tali sofisticati criteri ermeneutici li rende comprensibilmente oggetto di contestazione, e per taluno addirittura incomprendibili. Ciò vale almeno per i giuristi tradizionalisti e/o formalisti, attaccati più all'*esprit de geometrie* che *de finesse*, dunque legati al titanico mito – ché di questo si tratta se assolutizzato – della *certezza del diritto* e incapaci di “accontentarsi” di pretendere piuttosto la ragionevolezza delle norme e la correttezza dell'argomentazione giudiziale. Tali giuristi dimenticano, o peggio ignorano, l'unica cosa che davvero conta: la nobile aspirazione alla *giustizia* sostanziale, finendo con l'appiattirsi timorosamente più alla *lettera* della singola disposizione che al *fine* generale dell'ordinamento costituzionale, che – si ribadisce ancora – dovrebbe essere sempre l'uomo concreto, vero e presente, con i suoi bisogni effettivi.

Dunque, se la Costituzione reale-vivente (*meta-testo*) non è solo un atto (*testo*), ma anche un processo storico, forse è riduttivo parlare “in senso storico puntuale” soltanto di *presupposti* necessari per l'esistenza dello Stato liberale secolarizzato, esistendo anche non meno importanti principi costituzionali *acquisiti* “nel corso del tempo”, perchè lentamente metabolizzati, sotto la *ragionevole* forma di nuovi “interessi” (non esplicitati nel testo scritto, ma) costituzionalmente comunque meritevoli di tutela. A ben vedere, infatti, nemmeno tutti gli originari “valori” di una Carta sono

³⁵ Sulle quali rinvio per tutti a: AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino Giapichelli, 2002 e A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, spec. 143 ss., ma v. *passim* e (bibl. ivi citata).

fin dall'inizio esplicitati come “principi” giuridici nel testo. Buona parte dei valori politici fondamentali sono “esterni” al *testo*, nel duplice (e apparentemente contraddittorio) senso che, per un verso, sono *precedenti* e impliciti al testo (“presupposti”), per l'altro sono invece espressione di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela emersi *successivamente* e implementativi del testo.

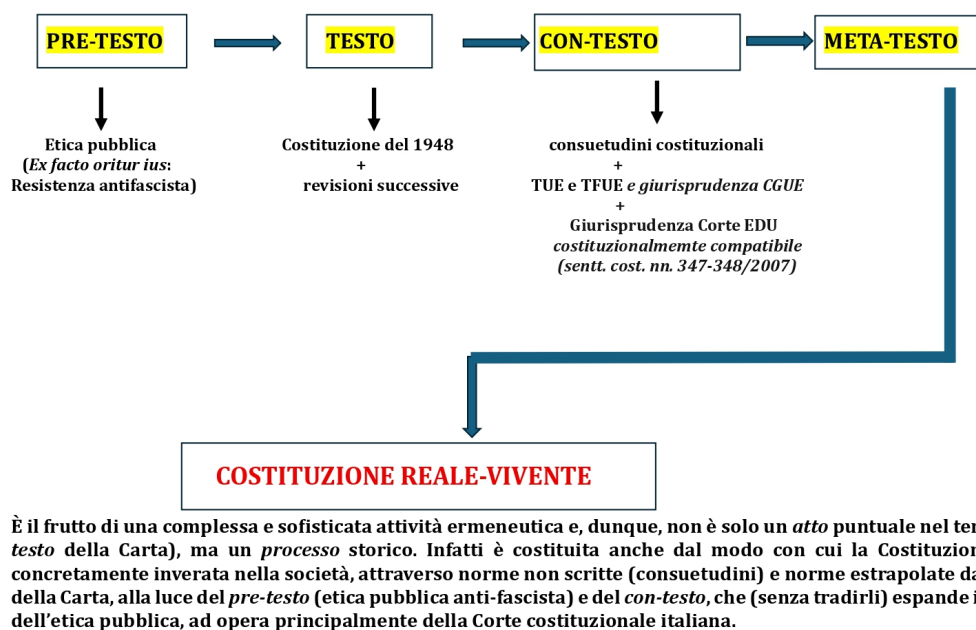
Chiaramente l’“etica pubblica costituzionale” nasce come *pre-testo* storico che permette di dar vita al *testo* costituzionale, ma essa è anche una meta-etica laica generale che, in quanto tale, rende possibile la coesistenza *nel tempo* di altre, diverse etiche collettive: se ciò è vero, non è più possibile averne una concezione meramente *statica*. Insomma, per forza di cose l’etica pubblica costituzionale – senza rinunciare alla sua identità di fondo³⁶ – è sempre in continua formazione ed evoluzione, dunque è *dinamica*, non potendo considerarsi semplicemente qualcosa di presupposto, solo di preesistente. Essa è invece anche il frutto di una maturazione sociale legata all’evoluzione del *con-testo* storico³⁷.

Il passaggio dal *testo* al *meta-testo* costituzionale – dunque alla Costituzione reale vivente – esige una corretta interpretazione che tenga conto dell’etica pubblica anche in senso *dinamico*.

Pur sinteticamente – attraverso le principali fonti di riferimento, spesso *esterne all’ordinamento italiano* – lo schema che segue cerca di ricostruire i passaggi che portano appunto alla Costituzione reale-vivente.

³⁶ Sul tema delicatissimo dell’ “identità”, accanto a classici studi sociologici e politologici, sta crescendo la letteratura “giuridica”. Anche per ulteriori indicazioni bibl., mi permetto di rinviare a: *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, II/2001, *Annali*, 621 ss.; *Italia, Patria, Nazione, Paese, Stato, Repubblica: il soggetto è lo stesso, ma i termini sono “sempre” fungibili, ossia sinonimi in senso stretto?*, in *federalismi.it*, n. 8/2023, 103 ss.; *Identità “costituzionale” e identità “nazionale”: non sempre simul stabunt e non sempre simul cadent*, in *Rivista AIC*, n.3/2025, 59 ss.; *La Costituzione federale dell’UE come unica possibile forma di “identità europea”*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, n.1/2026, 31 ss.

³⁷ Per questo, secondo chi scrive, la distanza concettuale fra Böckenförde e Häberle è forse minore di quanto si pensi. Osservavo (*Rileggendo E.-W. Böckenförde*, cit., 223): «Mi sembra dunque corretto il punto di vista di Peter Häberle che, richiamando “la società aperta degli interpreti della Costituzione”, ricorda come “lo Stato costituzionale può e anzi deve contribuire ai presupposti spirituali sui quali si fonda”[... dunque...] la cultura giuridico-politica – o etica pubblica – in parte certo è *pre-esistente* al testo costituzionale, in parte invece si forma e si costruisce quotidianamente, ossia *successivamente*, nel corso del tempo».



5. I fattori che incidono – in senso positivo e negativo – sull'interpretazione *stabilizzatrice, moderatrice o equilibratrice* delle Corti

L'etica pubblica costituzionale di cui si è parlato (intesa in senso “dinamico”), per quanto densa assiologicamente, non ha una collocazione “di parte”, ma accomuna – o almeno dovrebbe accomunare (*sollen*) – tutti, o quasi, i consociati quale *idem sentire* comune. Ciò spiega perché, negli ordinamenti liberaldemocratici e personalisti, le Corti costituzionali – oltre a custodire, insieme al principio democratico, gli originari valori meta-democratici indisponibili cui prima si accennava – hanno anche una relevantissima «funzione non pregiudizialmente anti-maggioritaria, ma ragionevolmente contro-maggioritaria, dovendo sempre difendere i diritti delle minoranze contro lo strapotere della maggioranza democratica»³⁸. Infatti le Corti – che dal punto di vista giuridico sono organi di garanzia (rispetto a quelli di indirizzo politico) – dal punto di vista politologico si

³⁸ Mi esprimevo così in *I confini della Corte: dal “triangolo delle bermuda” al “quadrilatero costituzionale”*, in *Consulta online*, fasc. I/2024, 468, nonché in lingua spagnola, in AA.VV., *La independencia de la justicia constitucional a examen*, a cura di A. de la Iglesia Chamarro y P. Rodríguez-Patrón Rodríguez, Madrid, Aranzadi, 2025, 55 ss. Ma v. anche AA.VV., *Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista*, a cura di J. M. Castellà Andreu e E. Expósito, Madrid//Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marical Pons, 2024.

caratterizzano quali contrappesi/*checks* (rispetto ai pesi/*balances*) e dal punto di vista sociologico come “contro-poteri” (rispetto ai “poteri”).

Proprio in quanto teoricamente indifferente ai desiderata della maggioranza politica di turno, l'attività ermeneutica dei tribunali costituzionali appare ancora una volta intrinsecamente “ambivalente”: non solo perché, come ricordato (cfr. § 2), si svolge in modo diverso a seconda che si tratti di *regole* o di *principi* costituzionali, ma anche perché è “nello stesso tempo” *conservativa* (dei valori enunciati nei principi scritti delle Carte) ed *evolutiva* (degli stessi alla luce dei nuovi interessi sociali emergenti). Quest'ambivalenza ha un chiaro riverbero sulla giurisprudenza, anche essa, per così dire, mista: ora sembra arrestarsi sul versante giuridico-processuale (*self-restraint*), ora invece sembra sbilanciarsi sul versante politico (*judicial activism*). Anche per questo – in conformità alla ricordata collocazione nell'ordinamento di tali organi: dichiaratamente di garanzia, indipendenti e *super partes* – l'interpretazione operata dalle Corti costituzionali può senz'altro definirsi *stabilizzatrice, moderatrice* o *equilibratrice*³⁹.

Soffermandoci in particolare sulla situazione italiana, direi che la nostra Corte ha usato gli strumenti ermeneutici a sua disposizione insieme con fantasia e prudenza, svolgendo in modo esemplare – con pochissime eccezioni – la sua funzione, sempre cercando soluzioni progressive e, quando possibile, dialogate con gli altri operatori del diritto: si può dunque parlare, a mio avviso, di *evoluzione*, più che di *involuzione*, nell'uso di sempre più sofisticate tecniche decisorie da parte dei giudici della Consulta⁴⁰. E quelli che a taluno appaiono “confini” ermeneutici *arbitrariamente* superati dalla Corte, verosimilmente sono in realtà “trampolini” che hanno permesso alla Corte di svolgere coraggiosamente la sua autentica funzione di ... *giustizia* costituzionale⁴¹.

A ben vedere i *confini*, appunto, entro cui si è mosso il nostro Tribunale costituzionale nell'interpretazione evolutiva della Carta costituiscono anche i *fattori* che hanno concorso, *nel bene e nel male*, alla formazione dell'attuale Costituzione vivente italiana. Cercare di definire, pur brevemente, i ricordati confini, o fattori, equivale in pratica e in larga misura a delineare quali sono i reali *parametri* di cui la Corte deve tener conto nell'esercizio del suo arduo compito, non di piatto custode, ma di un custode che cerca di “attualizzare” la Costituzione in modo non arbitrario, dunque senza abusare dei suoi poteri ermeneutici.

³⁹ Così: G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 141 ss.; A. SPADARO, *Una Corte per la Costituzione. Nota sull'originaria e prioritaria funzione della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, Giuffrè, 1987, 1239 ss., ma v. spec. 1252 ss. e 1268 s.; nonché ID., *Bilanciamento*, in *Enc. filos.*, II, Milano, Bompiani, 2006, 1261 ss.; G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 248; e ancora A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, spec. 20 e 357.

⁴⁰ Per una disamina complessiva della giurisprudenza in questa prospettiva, rinvio a *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista Aic*, n. 2/2023, 103-140. Infra ampia bibl.

⁴¹ Osserva G. SILVESTRI (*Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, n. 3/2020, 2) che la Corte deve: «inverare la Costituzione nell'ordinamento, traendola dal rarefatto campo delle norme “super-primarie”, per farla diventare materia viva [...] Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l'aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda».

Ho il dovere di dire che deliberatamente escludo dalla presente analisi il peso crescente delle c.d. *evidenze scientifiche*, non solo perché meriterebbero di essere oggetto di una specifica trattazione, ma anche perché andrebbero esaminate più che nella veste di “fattori” dell’interpretazione costituzionale, piuttosto quali fenomeni da collocarsi nel quadro del tutto peculiare delle “riserve”: mi riferisco – accanto alla “riserva di legge” e di “giurisdizione” – alla c.d. “riserva di scienza”, di cui ovviamente la Corte non può non tener conto... ma paradossalmente appunto sotto forma di *limite* ai suoi poteri ermeneutici. In merito faccio solo un’unica, ma necessaria, precisazione: le micro-verità scientifiche, ché di questo qui si accenna, sono sempre *allo stato delle conoscenze* e non vanno ciecamente osservate come perenni verità di fede: altrimenti si tratterebbe di una pericolosa “riserva di scientismo”⁴².

Sgombrato il campo dell’interpretazione costituzionale da questo aspetto particolarissimo, di recente sottolineavo che, nel corso del tempo, siamo passati dall’originario rigido *monismo* [la Costituzione del 1948 quale “unico” parametro], a un diabolico *triangolo delle Bermuda* entro cui la Consulta si muove [1) la Carta, ossia il parametro costituzionale per definizione; 2) la coscienza sociale; 3) l’opinione pubblica], per arrivare a una sorta di *quadrilatero costituzionale*, ove si aggiungesse il peso di un altro fattore [4) la giurisprudenza dei tribunali inter- e sovra-nazionali: Corte di giustizia internazionale, *International Criminal Court* dell’Aja, Corte di Giustizia dell’Unione Europea di Lussemburgo, Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo, ecc.], quadrilatero che addirittura potrebbe diventare un *pentagono costituzionale*, ove si decidesse di ricorrere ancora ad un ulteriore fattore [5) la comparazione fra le giurisprudenze delle Corti costituzionali, che ormai si citano reciprocamente, quale ultimo canone interpretativo]⁴³. Ma, continuando, forse potrebbe pure parlarsi di *esagono costituzionale*, se si riconoscesse pure il ruolo non indifferente che svolge la “dottrina” giuridica (soprattutto attraverso la stampa specializzata, ma non solo), n.b.: *prima, durante e dopo* la stesura delle pronunce della Corte.

Triangolo, quadrilatero, pentagono o esagono che sia, ovviamente si tratta comunque di semplificazioni geometriche di un quadro giuridico ben più complesso di cui la Corte – che non è un *club* di “supergiuristi” rinchiusi nell’empireo di una *turris eburnea* isolata dal resto del mondo – tiene conto o, *melius*, più semplicemente non può ignorare. Il ricordato “con-testo” spazio-temporale inevitabilmente incide sul lavoro di tutti i tribunali costituzionali, che infatti non sono castelli chiusi, impenetrabili e impermeabili. Del resto, la Corte non può sempre essere deferente al legislatore, utilizzando la prassi del rinvio alla c.d. discrezionalità dello stesso, ignorando così i bisogni e, talvolta, le urgenze impellenti che emergono dalla società in cui, piaccia o no, è “immersa”. Da ciò prima i “moniti” e poi gli interventi “caduatori”, anche *additivi*, della Consulta. Partendo da questi dati, un’analisi appena più approfondita del “recinto” e quindi dei “confini” entro cui si muove in particolare la nostra Corte permette di distinguere – beninteso selezionan-

⁴² Cfr. sulla “riserva di scienza” cfr. spec. S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia: “chi” decide “cosa”*, in *Federalismi.it*, n. 3/2022, 1 ss. Per l’Italia, cfr. sentt. cost. nn: 282/2002; 151/2009 (punto 6.1 del cons. in dir.); e 5/2018 (punto 8.2.1 del cons. in dir.).

⁴³ Cfr. *I confini della Corte: dal “triangolo delle bermuda” al “quadrilatero costituzionale”*, spec. 469 ss.

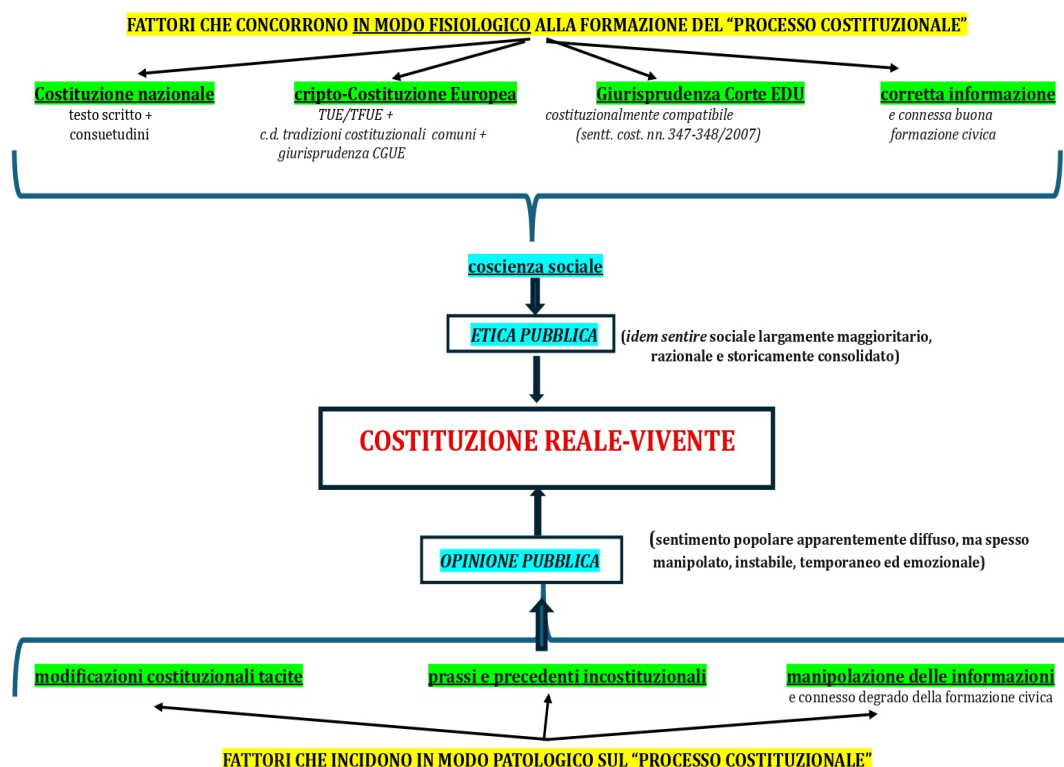
do *solo* i fattori i che ci sembrano più importanti – ciò che “può” condizionarne *nel bene e nel male* l’attività ermeneutica.

Fra i fattori che condizionano “nel bene”, è appena il caso di segnalare – accanto alle già ricordate “fonti esterne” all’ordinamento – l’importanza di una *corretta informazione*, premessa ineludibile di una *buona formazione* civica.

Quanto ai fattori “negativi”, ricordo le *modificazioni tacite della Costituzione* (la cui vaghezza concettuale ho già stigmatizzato), eventuali *precedenti* e *prassi incostituzionali* (deplorevoli, ma che l’interprete della Costituzione, dunque anche la Corte, non può ignorare) e, quale *pendant* di una buona informazione/formazione, la *manipolazione dell’informazione*, con connesso *degrado della formazione civica*: si tocca, in quest’ultimo caso, il cuore del discorso pubblico, anzi l’intera “sfera pubblica” (*Öffentlichkeit*). E ciò vale particolarmente *hinc et nunc*: viviamo, come si sa, in un tempo di “post-verità” e in società altamente digitalizzate, com’è noto caratterizzate da “info-crazia”, “medio-crazia” e “algo-crazia”⁴⁴.

Lo schema che segue riporta – accanto ai “fattori” che, a mio avviso, possono influire *in modo patologico* – quelli che invece concretamente incidono *in modo fisiologico* sull’attività ermeneutica della Corte, concorrendo utilmente quindi alla costruzione della Costituzione reale/vivente come “processo” storico.

⁴⁴ Sul punto, anche per indicazioni bibl., rinvio a *Libertà, pluralismo e limiti nel discorso pubblico*, in *Rivista AIC*, n. 1/2025, 86 ss.



6. Dall'influenza negativa dell'opinione pubblica al riconoscimento del peso della c.d. coscienza sociale

Si è sostenuta l'esistenza di una "pluralità di fattori", interni ed esterni all'ordinamento, che incidono nel bene e nel male sull'interpretazione costituzionale. Le "parole" che, a questo punto, si potrebbero prendere in esame per definire l'*idem sentire* sociale sono molte: logica condivisa, senso comune, buon senso, opinione pubblica, coscienza sociale, ecc.

Purtroppo uno degli aspetti più controversi che dà vita a speciosi equivoci è proprio l'assenza di convenzioni linguistiche precise in merito, per cui spesso gli studiosi – usando lo stesso termine (specialmente "coscienza sociale") – credono di parlare dello stesso oggetto, generando in realtà un dialogo fra sordi. La riprova di questo assunto è che la qualificazione (positiva o negativa) del termine usato di solito cambia, di volta in volta, a seconda del contesto: quando l'*idem sentire* sociale è conforme alla *Weltanschauung* dell'interprete (studioso o giudice costituzionale), allora viene considerato un buon argomento *ad adiuvandum* della decisione, mentre quando l'*idem sentire* sociale è in contrasto con la *Weltanschauung* dell'interprete, questi sarà portato a ritenere un'interpretazione conforme all'*idem sentire* sociale alla stregua di un volo pindarico, ricordando con preoccupazione che l'unico vero parametro cui attenersi è il testo della Costituzione.

La verità è che esistono entrambi – il testo della Costituzione e l'*idem sentire* sociale – e un buon tribunale costituzionale deve custodire la gravidanza assiologica del primo, ma non può ignorare l'altro. Anche per questo, sorvolando su tutti gli altri termini utilizzabili, propongo di distinguere nettamente i concetti di opinione pubblica e coscienza sociale, i cui contorni di fatto sono incerti. Per quanto siano entrambi di grande rilievo per la teoria generale del diritto e dello Stato, dunque anche per la teoria della Costituzione, siamo chiaramente di fronte a due termini (e quindi concetti) non strettamente giuridici. Onde evitare diatribe meramente nominalistiche, un tempo si sarebbe detto di lana caprina, e soprattutto per non usare categorie concettuali imprecise/in sicure (come si ricordava a proposito delle “modificazioni tacite”), se ne danno qui brevi definizioni “convenzionali”.

Preciso subito che i due termini, che non sono esattamente sinonimi, comunque qui vengono usati con accezione nettamente distinta: negativa l'opinione pubblica e positiva la coscienza sociale.

Per la verità, in astratto si può legittimamente avere sia una nozione negativa che una positiva del termine “opinione pubblica”, su cui non a caso si sono versati fiumi d'inchiostro in entrambi i sensi. E si può anche usarlo con accezione del tutto “neutra”: esisterebbe, in quest'ultimo senso, la possibilità di un'opinione pubblica buona e di un'opinione pubblica cattiva. Infatti, non ogni cambiamento sociale è un'“evoluzione” sociale, talvolta manifestandosi invece come “involuzione”: la società non cambia «sempre e solo per il meglio, in un incessante e inarrestabile progresso dei diritti individuali e collettivi»⁴⁵. Ma necessariamente sorvolo, in questa sede, sull'ampia diatriba circa il valore e persino il significato dello stesso concetto di opinione pubblica – come si sa si contano più di 50 definizioni diverse – che ha visto confronti accesi fra gli studiosi⁴⁶.

Qui ho il dovere rilevare, da giurista-costituzionalista, che potrei considerare “buona” soltanto un tipo di opinione pubblica: quella conforme a Costituzione. Dunque, soltanto ove fosse usato con questa accezione particolare (opinione pubblica buona = costituzionalmente conforme), il termine si “potrebbe” avvicinare a quello di coscienza sociale, il quale richiama quello di etica pubblica, termine/concetto che a sua volta delinea il “pre-testo” che fonda storicamente – e, n.b., legittima nel corso tempo – il “testo” costituzionale. Ma, come subito si vedrà, è la natura stessa dell'opinione pubblica (nell'accezione qui accolta) che – anche laddove fosse “buona” – esclude che essa possa incidere sul lavoro ermeneutico della Corte.

Infatti, in questa sede l'opinione pubblica viene intesa alla stregua di un sentimento popolare apparentemente diffuso, ma spesso manipolato, instabile, temporaneo ed emozionale, manifestazione di un soggetto collettivo plausibilmente maggioritario, ma per sua natura psicologicamente

⁴⁵ Così N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce delle recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 2012, 97.

⁴⁶ Nell'immane bibliografia sul punto, del tutto opinabilmente, ricordo solo: A.V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento* (1905), trad. it. Bologna, Il Mulino, 1997; J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), Roma-Bari, Laterza, 2002; H.L. CHILDS, *Public Opinion: Nature, Formation and Role*, Princeton, 1965; N. LHMANN, *L'opinione pubblica* (1970), trad. it. in ID., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli 1970, 85 ss.; Z. BAUMAN - E. MAURO, *Il silenzio dell'opinione pubblica*, Milano, Feltrinelli, 2026.

incerto e irresponsabile⁴⁷. Con tali caratteristiche, l'opinione pubblica può essere considerata addirittura un "potere tirannico"⁴⁸. Se ciò è vero, non si sottolinea mai abbastanza che "faro" – dunque parametro – esclusivo dell'attività ermeneutica dei giudici è sempre e soltanto la Carta e mai l'opinione pubblica, che certo può influenzare i magistrati ma non dovrebbe condizionarli, come giustamente ricorda il giudice costituzionale americano Antonin Scalia, nella citazione ripresa nell'*incipit* di questo lavoro.

Per converso, il termine coscienza sociale richiama un *idem sentire* sociale largamente maggioritario, razionale e storicamente consolidato, caratterizzato da una consapevolezza sociale matura e conseguente, comune senso di responsabilità collettiva che, direttamente o indirettamente, si richiama al sistema dei valori costituzionali, dunque all'etica pubblica condivisa che sottostà al testo costituzionale⁴⁹.

A differenza della coscienza sociale che – n.b.: pur evolvendosi nel tempo – per definizione è sempre in continuità con l'etica pubblica, «la Corte deve accettare il confronto con la pubblica opinione, ma senza diventare succube di essa [...] L'opinione pubblica va ascoltata [...] ma non rincorsa, non inseguita, semmai indirizzata»⁵⁰.

Possono piacere o meno questi abbozzi di definizione dei due termini, ma è in tale senso che essi vengono qui usati. In particolare, già sul generalissimo piano speculativo, non solo opinione (δόξα) e scienza (ἐπιστήμη) sono contrapposti, ma anche opinione ed etica sono termini/concetti diversi: nessuna opinione, in sé, può costituire veramente un'etica, men che meno pubblica, richiamando semmai un punto di vista individuale piuttosto che collettivo/pubblico. In ogni caso, l'opinione "pubblica" non coincide necessariamente con l'etica "pubblica".

La differenza si coglie pure sul piano della verifica dell'esistenza, dunque dell'"accertabilità", dell'una e dell'altra. Mentre l'opinione "pubblica" si può misurare con semplici e continui "sondaggi", la determinazione coscienza sociale esige una complessa e interdisciplinare valutazione di un presupposto ben più solido della semplice opinione pubblica: la compatibilità con l'etica "pubblica".

Nel tentativo di accertare l'esistenza di un'effettiva coscienza sociale, la Corte costituzionale italiana potrà tener conto, dopo il rinnovo delle norme integrative del 2020, anche delle considerazioni fornite da esperti di chiara fama e dagli *amici curiae*, ma certo è un'attività difficile e controversa, cui comunque la Corte non può sottrarsi. La contestazione, che pure è stata fatta, per cui

⁴⁷ Dunque un sentimento, se non negativo, almeno *potenzialmente* negativo: tutto dipende dal suo orientamento, di volta in volta, *pro* o *contra Constitutionem*. In ogni caso – si noti – è un sentimento diffuso "instabile" e "temporaneo".

⁴⁸ Cfr. A. RAUTI, *Il "diritto" alla reputazione del singolo di fronte al "tribunale" dell'opinione pubblica: la Corte costituzionale nelle vesti del barone di Münchhausen*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Torino, Giappichelli, 2005, 622 ss.

⁴⁹ Spia o indizio, non esclusivo ma decisamente importante, dell'essersi formata una coscienza sociale è proprio «la presenza di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che sollevano questioni di legittimità costituzionale (e che perciò indicano chiaramente una "direzione") [...] considerabili [...] quali "antenne" della Corte costituzionale»: così N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, *op.cit.*, 14 s.

⁵⁰ Così giustamente M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica* in AA. VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 148 s.

il nostro tribunale costituzionale in tal modo diventerebbe un “organo di mediazione sociale”, sostituendosi al Parlamento, non mi pare particolarmente stringente. Infatti – anche a prescindere dal fatto che comunque nulla impedisce al Parlamento di fare, o continuare a fare, il suo mestiere (di mediazione fra diversi interessi sociali) – anche la Corte non può ignorare l'*idem sentire* sociale, con l'unica peculiarità che la Corte deve, e può, far suo soltanto quell'*idem sentire* sociale che è “sicuramente” compatibile con l'etica pubblica costituzionale. Non a caso i tribunali costituzionali – che formalmente sono organi giudiziari – per definire questa attività non usano il termine di “mediazione sociale”, ma argutamente quello più tecnico di “bilanciamento”, che pure richiama (con le precisazioni ricordate) analoghe funzioni.

In breve – per assumere la funzione (giammai di parametro, ma solo) di “argomento *ad adiuvandum*” della decisione – la coscienza sociale deve essere coerente con l'etica pubblica costituzionale, dunque deve essere espressione (non di un'involuzione, ma) di un'evoluzione costituzionalmente compatibile. Anche per questo, parlare di “più” coscienze sociali, al plurale, non è accettabile: in società pluraliste, se non liquide, di fatto sociologicamente possono certo esistere diverse etiche individuali e collettive e diverse opinioni pubbliche (più o meno compatibili con la Carta), ma giuridicamente può e deve esservi “una sola” coscienza sociale, perchè “una sola” può essere l'etica pubblica costituzionale, su cui tutti devono convenire. Per tale ragione è bene che i giudici costituzionali non dimentichino di essere, prima di tutto, “giuristi” al servizio della Costituzione.

In questo contesto, ancora una volta giuoca un ruolo importante la stampa. Da un'informazione manipolata, per esempio, ordinariamente discende una formazione “cattiva” dell'opinione pubblica, tale – dal punto di vista giuridico – perché può allontanare dal (o addirittura contrastare il) sistema dei valori costituzionali. Un'informazione corretta, invece, genera una buona opinione pubblica, la quale può essere uno degli elementi che concorre alla formazione di una vera coscienza sociale, presupposto dell'etica pubblica, da intendersi, sì, in senso dinamico (cfr. § 4), ma sempre – insisto – in senso costituzionalmente compatibile (*verfassungskonforme*).

Per le caratteristiche accennate, a differenza della coscienza sociale, l'esistenza di una semplice opinione pubblica – quale che sia: anche filo-costituzionale – non è capace, in sé, ossia di per sé sola, a dar vita al pre-testo che legittima il (e permette l'implementazione del) testo costituzionale, non foss'altro perché, come già detto, gli orientamenti dell'opinione pubblica per definizione sono contingenti, mutevoli e comunque possono essere – e purtroppo spesso sono – incompatibili con il sistema dei valori costituzionali. Ciò significa che anche un eventuale opinione pubblica “buona” (id est: costituzionalmente conforme), per la sua intrinseca natura contingente e temporanea, comunque non assurge allo status di “coscienza sociale” e non dovrebbe incidere sull'attività di interpretazione costituzionale.

Naturalmente nell'impostazione che qui si propone non si può escludere che un'opinione pubblica (che pretenda di rimettere in discussione un valore costituzionale), se assiduamente e adeguatamente manipolata, non si manifesti più quale fenomeno instabile e temporaneo, ma – per quanto largamente irrazionale/emozionale – per converso si “consolidi” e stabilizzi sul piano sociale. Tuttavia ciò non trasforma l'opinione pubblica in coscienza sociale, dovendo invece quest'ultima

– per definizione, ossia per l'espressa convenzione linguistica che qui si è proposta – essere sempre costituzionalmente conforme⁵¹. In tal caso, siamo piuttosto di fronte a una situazione eccezionale, un classico e schmittiano “stato d'eccezione”, ossia un radicale mutamento sociale che costituirebbe un rilevante fatto costituente, vero e proprio preludio di un mutamento di regime, nella fattispecie (visto il consenso, melius: “assenso” sociale) non necessariamente violento. Infatti, in alcuni tragici momenti storici, purtroppo anche ideologie aberranti (nazismo, stalinismo, fanatismo politico/religioso, ecc.) possono divenire maggioritarie, insinuandosi non superficialmente e per poco tempo, ma persino in forme profonde e socialmente consolidate. Il che conferma, senza ombra di dubbio, l'impossibilità di “ridurre” l'idea di Costituzione al semplice principio democratico, per ricondurla a valori liberali, come prima si ricordava: meta-democratici, super-epocali e indisponibili.

Una volta delineati, pur per grandi linee e con le precisazioni ricordate, i molteplici fattori che, nel bene e nel male, incidono sull'interpretazione costituzionale e chiarita la distinzione fra opinione pubblica e coscienza sociale, resta il vero problema, quello classico di sempre: *quis interpretabitur?* Che in questo contesto si potrebbe tradurre così: chi distingue “in concreto” i moti contingenti di una mutevole opinione pubblica dalle consolidate acquisizioni di una matura coscienza sociale? Chi stabilisce “se” e “quando” i nuovi interessi/valori sociali emergenti sono costituzionalmente conformi e dunque espressione di una naturale “evoluzione” storica dell’“originaria” etica pubblica? O, in modo non dissimile, chi stabilisce quando il pre-testo – che porta al meta-testo – non tradisce il testo?

Alle formidabili sfide ermeneutiche che suscitano queste domande sono chiamati a rispondere tutti i consociati, ma dal punto di vista giuridico – come s'è detto – precipuamente e (rispetto agli altri attori istituzionali) definitivamente i tribunali costituzionali, che non a caso operano sulla base di una legittimazione ben diversa da quella democratico-popolare.

Che sia un percorso arduo, non privo di insidie e dunque di errori per le stesse Corti costituzionali, è confermato dall'esperienza empirica. Basti ricordare il notissimo, emblematico e citatissimo esempio di uso improprio (perché in contrasto con il parametro costituzionale) del concetto di coscienza sociale – fatto dalla Corte con l'ord. n. 64/1961 – esprimendo una diversa valutazione dell'allora reato di adulterio femminile rispetto a quello maschile, scandalosamente ritenuto non in contrasto con la Carta. Con tale improvvida decisione la Consulta, pur riconoscendo astrattamente il principio di uguaglianza, si nascose dietro il fragile paravento di una presunta e opposta coscienza sociale (maschilista e patriarcale) recepita dal legislatore, dando l'impressione di ignora-

⁵¹ Che una “coscienza” sociale *contra Constitutionem* non sia più tale, forse può comprendersi solo per analogia. So bene che la sfera di percezione soggettivo-individuale è diversa da quella collettivo-sociale, ma non ho difficoltà ad ammettere che la definizione *positiva* (non negativa o neutra) qui data di “coscienza sociale”, come forma di coscienza collettiva, richiami implicitamente e per analogia quella di “coscienza individuale”, quale luogo di riesame critico delle proprie azioni e convinzioni. In questo senso, se una coscienza c.d. *recta* può essere, talvolta, *erronea*, l'assoluta mancanza di capacità critica (e quindi l'incapacità di distinzione fra vero e falso) svuota invece totalmente di senso l'idea stessa di “coscienza”, quale istanza etica ultima e libera. E ciò che vale per il soggetto individuale, a mio avviso, dovrebbe valere anche per il soggetto collettivo. Sul punto, per approfondimenti, mi permetto di rinviare a *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale*, cit., *passim*.

re che tale principio costituzionale (uguaglianza) non fosse astratto e “programmatico” ma invece concreto, giuridico e immediatamente vincolante, in quanto espressione di un’etica pubblica che il legislatore per primo, ma la stessa Corte non per ultima, avrebbero dovuto contribuire a formare, a maggior ragione anche laddove tale etica non si fosse ancora pienamente formata quale *idem sentire* comune. In questo senso le stesse pronunce della Corte sono, o dovrebbero essere, importanti tasselli, fra gli altri, che creano il mosaico di una “vera” (dunque costituzionalmente conforme) coscienza sociale⁵².

Come si sa, poi, la Corte invece ha finalmente e fortunatamente considerato illegittima la stessa normativa con le sentt. costt. nn. 126-127/1968, anche se non senza qualche incoerenza e incongruenza argomentativa. Infatti: «il “coniglio” (argomento) che la Corte trae fuori dal suo “cilindro” (motivazione) convince poco: se veramente il compito dei giudici costituzionali è quello di far valere il valore costituzionale anche contro il costume, gli stessi avrebbero dovuto farlo proprio nel periodo storico di massimo contrasto»⁵³. Cos’è cambiato in 7 anni, dal 1961 al 1968? Il “parametro” costituzionale (gli artt. 3 e 29 Cost.) è rimasto lo stesso. È cambiata, invece, la “percezione sociale” dell’ingiustizia causata dalla discriminazione, la “consapevolezza diffusa” dell’assurdità giuridica ed etica di un trattamento diverso dello stesso comportamento sessuale. Ricordo, per altro, che addirittura bisognerà aspettare il 1981 (l. n. 442), per l’abolizione della primitiva pratica del matrimonio riparatore e del delitto d’onore e che ancor più tardi, solo nel 1996 (art. 609 bis c.p.), lo stupro verrà riconosciuto reato non contro la morale, ma contro la persona. Dirò un’ovvietà, ma necessaria: il tempo, insomma, incide molto sulla valutazione sociale dello stesso fatto da parte del corpo sociale.

E bisogna pure riconoscere che, insieme a tale diversa valutazione sociale, probabilmente muta anche la sensibilità costituzionale degli stessi giudici costituzionali, a conferma del fenomeno generale della precomprensione e dell’esistenza del classico “circolo ermeneutico” anche

⁵² Riporto di seguito un significativo frammento delle agghiaccianti considerazioni offerte dai 15 giudici (maschi) della Corte, fra i quali il grande Costantino Mortati (della cui eventuale opinione dissenziente nulla possiamo sapere): «secondo una pura valutazione morale, alla quale, a parte le leggi, è auspicabile che idealmente si ispiri la vita della famiglia, il principio della fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo. Tuttavia, l’ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come s’è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare» (cfr. n. 3 del Cons. in dir. dell’ord. n. 64/1961).

⁵³ Così, in modo ineccepibile, A. RAUTI, *op. cit.*, 636, (c.vo dell’A.). Sulla scia di queste conclusioni, mi pare anche il ragionamento di Q. CAMERLENGO (*Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del nudge*, in *Lo Stato*, n. 21/2023, 5, 9 s., 26), che si chiede: «la Costituzione può essa stessa, e in che modo, “condizionare” la coscienza sociale?», pervenendo alla conclusione che fortunatamente esiste «una discreta, ma decisa, ingerenza della Costituzione [...] nelle dinamiche sociali [...] potendosi [...] immaginare un ruolo “sostenibile” della Costituzione quale “stimolatrice” della coscienza sociale», portando quali esempi di *constitutional nudging* – ossia di “spinta gentile” costituzionale che non inficia la libertà, ma «ridefinisce la coscienza collettiva in un senso congeniale all’inveramento dei principi costituzionali» – il *silenzio-assenso* sulla donazione degli organi o lo *ius culturae* quale libera modalità di acquisizione della cittadinanza italiana.

nell'interpretazione costituzionale⁵⁴. Per usare il nostro linguaggio, fra il 1961 e il 1968 si era formata una vera coscienza sociale, tale perché compatibile con l'etica costituzionale, la quale non si limita certo a “fotografare” il consenso etico diffuso nel momento di adozione del testo della Carta, ma indica piuttosto una “strada etica” che deve (ancora *sollen*) essere perseguita indipendentemente dal consenso sociale o, come a me piace dire, indipendentemente dall'opinione pubblica del momento.

L'esempio storico conferma, senza dubbio, che “parametro” ultimo dell'interpretazione dei giudici costituzionali, è sempre e solo la Costituzione. Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Ricordo soltanto – stavolta plaudendo al lavoro ermeneutico della Corte – le decisioni sul riconoscimento delle “unioni civili” per coppie anche non eterosessuali (sentt. costt. nn. 7/2013 e 66/2024), dove la Corte riconosce subito i confini che le impone il testo-parametro della Costituzione (il «matrimonio» come legame etero-sessuale), inchinandosi dunque all'originaria etica pubblica, ma integra/aggiorna quest'ultima prendendo atto della diversa sensibilità sociale esistente verso le unioni di fatto e la comunità Lgbtqi+ (evoluzione costituzionalmente compatibile della “coscienza sociale”), dando vita a una corretta e tipica interpretazione equilibratrice (grazie al ricorso alle «formazioni sociali» di cui all'art. 2 Cost.) che esclude ogni forma di discriminazione e ammette le c.d. unioni civili, senza però cadere nella trappola di inventare essa stessa un meta-testo (in contrasto il combinato disposto testuale degli artt. 29-31 Cost. e comunque) del tutto nuovo, facendo dire al testo – dunque al costituente – non quel che non dice (ciò che alle condizioni prima ricordate talvolta è legittimo), ma quel che presumibilmente esso non avrebbe mai né detto, né pensato di dire⁵⁵.

Infatti, l'“interpretazione evolutiva” della Costituzione è sempre necessaria ed auspicabile, ma è tecnicamente praticabile solo nella misura in cui è possibile estrapolare da un testo- significativo – che esiste e non può essere ignorato – un meta-testo, o norma-significante, non solo assiologicamente compatibile con il sistema dei valori costituzionali, ma semanticamente deducibile da esso o riconducibile ad esso. In breve: nei casi in cui la stessa e inequivocabile lettera della Costituzione pare un ostacolo insormontabile all'aggiornamento della Carta, a mio avviso è scorretto pretendere che il “lavoro sporco” lo faccia la Corte, che dovrebbe arrampicarsi sugli specchi dando vita ad un'interpretazione...totalmente creativa, dovendo invece spettare, almeno in prima battuta

⁵⁴ Per la cronaca, la composizione della Corte nel caso della sent. n. 126/1968 vedeva – oltre a quella di Costantino Mortati e sempre in assenza di giudici donne – anche la presenza di un altro autorevolissimo costituzionalista, Vezio Crisafulli. In merito N. ZANON (*Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, cit.*, 13) esprime perplessità sul fatto che la «coscienza individuale» dei giudici costituzionali – ricondotta alla semplice «soggettività» – possa farsi «direttamente interprete della coscienza “sociale” e dei suoi mutamenti». Presumo che in questo caso l'A. per “coscienza individuale” non intenda tanto il criterio della inviolabile consapevolezza morale dell'individuo, quanto piuttosto l'“opinione ideologica” personale. Almeno a mio parere, infatti, è evidente che – pur in assenza di *dissenting* o *concurring opinions* – il voto di ogni singolo giudice (che esprime la scelta per un'opzione ermeneutica) “deve” sempre essere dato in “scienza e coscienza”, senza incompatibilità o inconciliabili contrasti fra le due istanze.

⁵⁵ Per ulteriori dettagli sul punto, rinvio a *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it (9 settembre 2013) e in www.gruppodipisa.it (settembre 2013) e in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di I. Nicotra e F. Giuffrè, Milano 2014, 327 ss.

ta, al legislatore costituzionale, cui prioritariamente compete la revisione del testo. Altrimenti detto: i tribunali costituzionali possono, anzi devono, “aggiornare” ermeneuticamente le Carte, ma non tutti gli aggiornamenti sono consentiti ai tribunali costituzionali, a maggior ragione nei casi di “ostacoli testuali” e/o di incertezza sull’effettiva esistenza di una reale coscienza sociale (e connessa, consolidata, etica pubblica).

Concludo queste brevi riflessioni su interpretazione costituzionale e coscienza sociale con una sintetica analisi della giurisprudenza costituzionale italiana. La Corte ha fatto un uso abbastanza diffuso del concetto di coscienza sociale, con diverse varianti terminologiche nel tempo: i giudici parlano ora di «coscienza etica della Nazione italiana» (n. 125/1957), ora di «coscienza del popolo italiano» [nn. 58/1960, dove per la prima volta appare il termine “coscienza comune”; ma v. pure 64/1961] o di «coscienza collettiva» (n. 126/1968), ora infine testualmente di «coscienza sociale» (n. 76/1971). Cfr. pure nn. 110/1962; 115/1964; 42/1965; 174/2016; 221/2019. Salvo errore, il termine/concetto è presente in un centinaio circa di decisioni. Fra le ultime, nn.: 84 e 286/2016, 265-272/2017, 112/2018, 221/2019, 230/2020, 1-41-79-131/2022, ecc. dove il termine “coscienza” è sempre accompagnato da aggettivi quali «matura», «radicata», «diffusa», e di solito la sua determinazione viene rimessa alla discrezionalità del legislatore (n. 1/2022), ma v. pure nn. 66-71-85 (coscienza sociale e giuridica) -148 (coscienza e costumi sociali)-182/2024, 2019/2025, 7/2026 (costume sociale, cultura e coscienza sociale)⁵⁶.

L’utilizzo che la Corte ne fa – ovviamente e correttamente – non è quello di “parametro” *stricto sensu* inteso, ma di semplice “argomento” o “strategia argomentativa” la cui valutazione è necessaria per esercitare la propria valutazione⁵⁷. A dire il vero non pare che la Corte ne abbia (e ne manifesti) un’idea precisa, ma certo il termine/concetto non viene mai ricondotto a quello, ben diverso e contingente, di volontà dell’“opinione pubblica”. L’opinione pubblica, infatti, resta un pericoloso spettro per i Tribunali costituzionali, rischiando di influenzarne le scelte, che dovrebbero invece essere (se non imperturbabili) serene e distaccate rispetto alle mutevoli involuzioni sociali causate dalla manipolazione digitale dell’informazione e dalle attuali degenerazioni del dibattito pubblico prima ricordate (cfr. § 5).

Per converso, l’attenta presa d’atto di una matura “coscienza sociale” – dunque di un *idem sentire* consolidato e costituzionalmente compatibile – rimane uno dei fattori più importanti di cui la Corte deve tener conto nella sua intrinseca, anche se misconosciuta e spesso contestata, funzione di “aggiornamento” della Carta.

Talvolta gli aggiornamenti delle Costituzioni operate dal legislatore di revisione costituzionale (c.d. novelle), in quanto causati dalle peggiori pulsioni dell’opinione pubblica, possono rivelarsi veri e propri stravolgimenti: si pensi al ricordato art. 116, III c., Cost., scritto sull’onda del rischio

⁵⁶ Sul punto, fra gli altri e con diversi accenti, cfr.: A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. Dir.*, n. 4/2019, 523 ss.; D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena, Mucchi, 2021, spec. 45 ss.

⁵⁷ Non si accede quindi alla tesi (V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 380 ss.) secondo cui sarebbero manifestazioni della coscienza sociale anche la “coscienza costituzionale” e la “consapevolezza del progresso tecnico-scientifico”, concetti certo connessi ma mio avviso ben diversi.

di secessionismo (cfr. § 1). In tanti altri, troppi, casi il legislatore costituzionale è reticente e pavido, se non latitante: si pensi al tema del fine vita, ma non solo (per esempio è incredibile che – dopo quasi 50 revisioni costituzionali dal 1948 ad oggi – non si sia riusciti a cancellare ancora il Cnel!). Infine, sappiamo tutti che esistono pure aggiornamenti dell'ordinamento – costituzionali e sub-costituzionali – gattopardeschi: si cambia formalmente tutto perché sostanzialmente nulla cambi (penso, per esempio e provocatoriamente, alla legge n. 42/2009 sul c.d. federalismo fiscale).

In estrema sintesi: per aggiornare una Carta costituzionale all'evoluzione della società in un ordinamento di Civil Law – ed escludendo la via diretta della procedura aggravata di revisione costituzionale – resta la via indiretta dell'interpretazione. Se si prende questa strada, le opzioni ermeneutiche astrattamente praticabili sono 3: 1) far dire alla Carta ciò che la Carta esplicitamente non dice, ma chiaramente sottintende (per es.: dedurre dall'art. 21 anche il diritto al libero accesso ad internet); 2) far dire alla Carta ciò che la Carta esplicitamente non dice e nemmeno sottintende, ma che potrebbe dire in quanto pienamente coerente con lo spirito della Costituzione, ossia con il “sistema” dei valori costituzionali esplicitamente protetti (per es: dedurre dall'art. 3 che per divieto di discriminazione “per sesso” s'intenda anche “per tendenza sessuale”); 3) far dire alla Carta ciò che la Carta non dice, né sottintende né potrebbe dire, in quanto non in chiara e inequivoca armonia con il resto del testo costituzionale (per es.: introdurre una forma libera e pura di eutanasia, senza alcuna condizione). Mentre le prime due sono forme – l'una *soft* e l'altra *hard*, ma comunque legittime – di interpretazione “evolutiva”, la terza non è una attività veramente ermeneutica, ma puramente creativa: si tratta di “diritto libero” (*freies Recht*). Come tale, non rientra fra i mezzi interpretativi che l'ermeneutica giuridica, per quanto complessa e sofisticata essa sia, prevede.

Poi, in concreto, i giuristi – che per campare devono pur fare qualcosa – si confronteranno polemicamente, o addirittura scanneranno, addirittura anche sui singoli casi pratici di interpretazione evolutiva, *soft* o *hard* che sia. Ma questo rientra nella normale dialettica della nostra scienza che, come ricordavo, non è esatta e dura come la matematica, ma sociale o molle (*Wissenschaft*).

In breve, tutte le volte in gli interpreti – e segnatamente le Corti costituzionali – nell'adozione di una decisione, sono mosse dal fascino tentatore dell'opinione pubblica prevalente (nell'accezione negativa qui proposta) non fanno una vera interpretazione evolutiva, ma travalicano le proprie competenze e abusano dei propri poteri. Per converso, tutte le volte in cui le Corti costituzionali, per conseguire l'obiettivo della “giustizia” costituzionale, utilizzano con ragionevole prudenza l'argomento della coscienza sociale, per come qui si è definita, restano nei limiti, nel recinto, delle proprie competenze naturali. L'utilizzo dell'argomento della coscienza sociale – proprio in quanto, per la definizione che qui se ne è data, è sempre *in re ipsa* compatibile con la Costituzione – è dunque assolutamente legittimo, a maggior ragione ove si osservi che la coscienza sociale concorre a definire l'etica pubblica sottesa alla Costituzione vivente, etica che non è statica, ma sempre in evoluzione e dunque va intesa in senso non semplicemente originalistico, ma dinamico. Un ultimo schema sintetizza la tesi.

OPZIONI ERMENEUTICHE

1) INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA *SOFT*
[si fa dire alla Carta ciò che la Carta esplicitamente non dice, ma chiaramente sottintende]

2) INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA *HARD*
[si fa dire alla Carta ciò che la Carta esplicitamente non dice e nemmeno sottintende, ma che potrebbe dire in quanto pienamente coerente con lo spirito della Costituzione (ossia con il "sistema" dei valori costituzionali esplicitamente protetti)];

3) DIRITTO LIBERO (*FREIES RECHT*)
[si fa dire alla Carta ciò che la Carta non dice, né sottintende né potrebbe dire (in quanto non in chiara e inequivoca armonia con il resto del testo costituzionale)].

uso legittimo dell'argomento della
COSCIENZA SOCIALE

ETICA PUBBLICA

influenza pericolosa della mera
OPINIONE PUBBLICA

Titolo [En]: Constitutional Interpretation and Social Conscience.

Abstract [It]: Nella concreta determinazione del contenuto della Costituzione incidono molti fattori, positivi e negativi, che il saggio mette in luce. Per poter sopravvivere di fronte ai cambiamenti storici – al di là del difficile ricorso al procedimento aggravato di revisione costituzionale – una Costituzione si può, e si deve, “aggiornare” solo attraverso una sofisticata interpretazione evolutiva *soft* ed *hard*, nella quale v’è spazio per il riconoscimento delle istanze di una stabile coscienza sociale, ma non per una volubile opinione pubblica. Una corretta ermeneutica giuridica esclude, invece, il c.d. diritto libero (*freies Recht*).

Abstract [En]: The concrete determination of the content of the Constitution is influenced by many factors, both positive and negative, which this essay highlights. In order to survive historical changes, beyond the difficult recourse to the special procedure for constitutional amendment, a Constitution can, and indeed must, be “updated” only through a sophisticated form of evolutionary interpretation, both soft and hard. Such interpretation allows for the recognition of the demands of a stable social conscience, but not of a volatile public opinion. A correct legal hermeneutic, however, excludes the so-called free law doctrine (*freies Recht*).

Parole chiave [It]: Costituzione; coscienza sociale; opinione pubblica; interpretazione evolutiva; diritto libero; original intent and original meaning.

Parole chiave [En]: Constitution, social conscience, public opinion, evolutionary interpretation, free law doctrine, original intent, original meaning.