



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2024 FASCICOLO I

Antonino Spadaro

**I confini della Corte:
dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”**

29 aprile 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Antonino Spadaro
I confini della Corte:
dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”*


SOMMARIO: 1. La “giustizia costituzionale” quale pilastro indispensabile dello Stato di diritto contemporaneo. – 2. Dalla legittimazione monistica (*mera democrazia*) alla legittimazione pluralistica del potere (*democrazia costituzionale*): il riconoscimento dell’esistenza di valori *meta-democratici*. – 3. Necessità logica, accanto a organi di indirizzo “politico” (*poteri*), di organi di garanzia “giuridico-costituzionale” (*contropoteri*). – 4. La storica funzione (non pregiudizialmente, ma ragionevolmente) *anti-maggioritaria* dei tribunali costituzionali. – 5. Dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”. – I 4 fattori che incidono sui tribunali costituzionali: le Carte, le decisioni dei tribunali inter- e sovra-nazionali, la coscienza sociale, l’opinione pubblica. – 6. Evoluzione (o involuzione) della *coscienza sociale*? La difficile funzione “equilibratrice” delle Corti costituzionali. Il *sollen* dei giudici costituzionali: non solo “tecnici”, ma “saggi”.

ABSTRACT: Four factors, above all, affect Constitutional Courts nowadays: constitutional texts, international and supranational Courts’ decisions, social conscience and public opinion. While the Courts must take social conscience in due account, they should not be influenced by public opinion.

1. La “giustizia costituzionale” quale pilastro indispensabile dello Stato di diritto contemporaneo

Le osservazioni che seguono sono – o *melius*: dovrebbero essere – considerate come “elementari”, mi verrebbe anzi da dire “scontate”. Purtroppo, però, come esistono (accanto ad evoluzioni) involuzioni *sociali*, così si verificano pure (accanto ad evoluzioni) involuzioni *dottrinali* e spesso le seconde sono conseguenze inevitabili delle prime. Proprio l’attuale difficile contesto sociale e giuridico – tipico di un mondo in perenne transizione – spiega, e a mio avviso giustifica ampiamente, le ragioni che inducono a “ribadire” ancora una volta, seppur forse con qualche argomento in più, le ragioni per cui esistono le Costituzioni e, di riflesso, le Corti costituzionali. Ragioni che spiegano il senso di questi fondamentali organi “nel sistema” costituzionale e che – soprattutto di fronte al rischio che le *liberaldemocrazie* si trasformino in *democrazie illiberali* o, peggio, in *democrazie* – dovrebbero ormai essere incontrovertibili, ma che evidentemente non sono tali, almeno non per tutti.

L’introduzione della “giustizia costituzionale” – in tutte le sue forme: sindacato accentrato, diffuso o misto – rappresenta un momento decisivo nell’evoluzione dello Stato contemporaneo. Credo possa

*  Relazione di sintesi, rivista e corredata di note, della I sessione [*Il difficile equilibrio della giustizia costituzionale nel sistema costituzionale*] del Convegno italo-spagnolo del “Gruppo di Torino” su *L’indipendenza della giustizia costituzionale sotto esame* (Madrid, 21 marzo 2024). Testo destinato agli *Scritti in onore di Gianni Serges*.

Antonino Spadaro à Professore ordinario di Diritto costituzionale nell’Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.



dirsi che un ordinamento giuridico liberaldemocratico, dunque uno Stato costituzionale, *oggi* non potrebbe qualificarsi tale in assenza di un controllo di costituzionalità. Infatti, il controllo di costituzionalità – la c.d. giustizia costituzionale – rappresenta uno dei pilastri caratterizzanti lo Stato costituzionale, tant'è che – in sua assenza o anche solo in sua carenza – lo Stato non può essere qualificato come democrazia costituzionale, ma semmai (come dicevo) quale democrazia illiberale o, peggio, democrazia. Anche per questo lo Stato “costituzionale” contemporaneo appare spesso come Stato “giurisdizionale” (*Verfassung und Richterrecht*), ricevendo – nel timore che venga cancellata «ogni linea di confine fra la giuris-dizione e la legis-lazione» – spesso feroci quanto ingenerose critiche¹. Per converso, la presenza di Tribunali costituzionali “funzionanti” appare ormai indispensabile per la sopravvivenza stessa delle Costituzioni liberaldemocratiche. Potrebbe quasi dirsi: *simul stabunt simul cadent*.

Insomma, al di là delle perplessità talvolta espresse su alcuni (presunti) eccessi giurisprudenziali, oggi però possiamo dire con certezza che senza una vera giustizia costituzionale – che davvero funzioni: quindi con giudici competenti ed indipendenti – non esiste un vero Stato costituzionale (*Hoy podemos decir con certeza que sin justicia constitucional no hay Estado de derecho y Estado constitucional*). Se si rimette in discussione questo concetto elementare si finisce, magari involontariamente, per alimentare la confusione che purtroppo permane in questo campo (essenzialmente da parte di chi, in dottrina, fa fatica ad accettare che esista qualcosa di più importante della tradizionale “supremazia parlamentare”, in cui in pratica si sostanzia il principio di “sovranità popolare”)².

¹ 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, 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. Invero il timore dello “Stato giurisdizionale” – oggi assai paventato anche in Italia – a ben vedere è antico e diffuso. Per tutti, con tesi ed accenti diversi: 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* (1921), cit.; 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.; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967; 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*, Washington DC 2003, trad. it. Macerata, Liberilibri, 2006; 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 «parelegislativa» 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.

² Un modello di quest'approccio monistico – che riconduce tutte le componenti del “sistema costituzionale” esclusivamente alla sovranità popolare – è, per esempio, il recente volume di L. BUFFONI, *Valore di legge*, Torino, Giappichelli, 2023, XVI s., 360 ss. ma v. *passim*.



Non è un caso che, ormai in molti Paesi (Ungheria, Polonia, Israele, USA, ma anche Inghilterra, dove la giustizia costituzionale è ancora un istituto *in nuce*) le Corti costituzionali siano – oggi più che mai – duramente attaccate e spesso delegittimate. Perché? Probabilmente perché sono in crisi non tanto le democrazie, quanto le *democrazie costituzionali*. Anzi, è la stessa idea di democrazia costituzionale che viene rimessa in discussione. Mi sia consentito, allora, di soffermarmi qualche minuto su questo concetto elementare, strutturale, basico, la cui definizione è però necessaria per comprendere la funzione dei tribunali costituzionali nel sistema costituzionale.

2. *Dalla legittimazione monistica (mera democrazia) alla legittimazione pluralistica del potere (democrazia costituzionale): il riconoscimento dell'esistenza di valori meta-democratici*

Nel linguaggio comune la parola “democrazia” assume un valore positivo superiore e ben più ampio rispetto alla sua portata semantica effettiva. Per converso, va detto senza troppi giri di parole che la semplice democrazia essenzialmente è soltanto una procedura, ossia un regime politico fondato sul mero principio di maggioranza, e sappiamo bene che la *major pars* non sempre è la *melior pars*. Per questo nei regimi costituzionali, la democrazia – in quanto mera procedura democratica – è “temperata” da principi liberali e personalisti. Ciò significa che la democrazia, da sola, non basta più, anzi non è mai bastata: servono garanzie e controlli giuridici appunto “costituzionali”. Infatti, in tali forme di Stato (o regimi) liberaldemocratici, la democrazia – ovvero il potere c.d. sovrano del popolo – si auto-limita attraverso la Costituzione: si tratta della famosa “clausola di Ulisse” di cui parlano, oltre il sottoscritto, per esempio J. Elster e J. Finnis³. Del resto, come tutti sappiamo, già l’art. 16 della *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* del 1789 ci ricordava che «Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution». Questa affermazione è già molto importante, ma in sé non è ancora sufficiente per pervenire ad uno Stato di diritto costituzionale maturo. Infatti, per quanto sia evidente che l’assetto giuridico fondamentale di un ordinamento *senza* “diritti” e “separazione” fra i poteri *non* possa essere definito “Costituzione”, è solo con l’introduzione della giustizia costituzionale che si dà effettiva attuazione a questa affermazione, in quanto si creano gli strumenti, le tecniche e gli organi che *concretamente* garantiscono proprio diritti e separazione fra i poteri.

Ed è per questo che (non la mera democrazia, ma) la democrazia costituzionale costituisce, com’è noto, un sistema di poteri e contro-poteri, pesi e contrappesi (*checks and balances, controles y contrapesos*), in cui non prevale il *monismo* costituzionale, ossia il solo principio democratico: la sovranità popolare, ma al contrario il *pluralismo* costituzionale. Ciò significa che, in tale ordinamento

³ Cfr. spec. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2 vol., New York University Press, 1991, 154 ss. e J. ELSTER, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality Precommitment and Constraints* (Cambridge 2000), Bologna, Il Mulino, 2004. Se si vuole, v. pure il 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, Ed. Dickinson, 2003, 169 ss. e in [Revista Brasileira de Direito Constitucional](#), n. 6/2005, 119 ss.



statuale evoluto⁴, si prevede una pluralità delle fonti di legittimazione del potere. Più precisamente almeno tre. Una *dal basso* o derivante dalla “sovranità popolare” – ed in questo caso si parla di *riserva di legge* – ma anche due *dall’alto*: la legittimazione “scientifica” (e si parla di *riserva di scienza*)⁵ e, per ultima ma non ultima, la legittimazione “costituzionale”. Solo la coesistenza pluralistica di queste tre diverse legittimazioni rende possibile il miracolo (imperfetto, ma pur sempre miracolo) del regime liberaldemocratico e dà vita ad a un vero “sistema costituzionale”⁶.

In particolare la legittimazione “costituzionale” comporta il riconoscimento di una *riserva a favore di valori costituzionali superiori meta-democratici*, come li definisce Ota Weinberger⁷, o di natura ultra- o super-epocale⁸, o “indisponibili” come direbbe Luigi Ferrajoli che parla di una sfera dell’indisponibile o del “non decidibile”⁹, dunque una sfera sottratta alla volontà popolare, che in maniera troppo semplificativa un tempo veniva ricondotta alla insufficiente formula dei c.d. “diritti naturali”.

Se comprendiamo questo percepiamo quale sia il *senso* profondo della giustizia costituzionale e perché sia così indispensabile, e insieme così difficile, la funzione di *equilibrio* che le Corti costituzionali possono e devono svolgere nel sistema costituzionale.

3. Necessità logica, accanto a organi di indirizzo “politico” (poteri), di organi di garanzia “giuridico-costituzionale” (contropoteri)

Nel quadro pur velocemente testé descritto, le Corti costituzionali sono soprattutto organi chiamati a garantire/custodire, accanto ovviamente allo stesso principio democratico, proprio i valori *meta-*

⁴ Anche per ulteriori indicazioni bibl. mi permetto di rinviare al mio *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, n. 8/2017, 139 ss. (versione italiana del saggio *Les évolutions contemporaines de l’État de droit*, pubblicato in *Civitas Europa*, 2/2016, n. 37, 95 ss.). V. pure M. FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, Mucchi, 2021.

⁵ L’importanza delle c.d. micro-verità scientifiche è confermata proprio dal *self-restraint* che di fronte ad esse mostrano i tribunali costituzionali. Fra gli altri, S. CECCANTI (*Scienza e politica dopo la pandemia: “chi” decide “cosa”*, in *Federalismi.it*, n. 3/2022, 1 ss.) parla esplicitamente dell’esistenza – accanto alla “riserva di legge” e di “giurisdizione” – anche di una sorta di “riserva di scienza”. Per l’Italia, cfr. per es. [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.).

⁶ Approfondimenti nei miei *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Torino, Giappichelli, 2006, 569 ss. e *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2017 (02.08.2017).

⁷ Cfr. O. 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 Istitutionanalyse*, in *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (Oplanden 1988), trad. it. in N. MAC CORMICK - O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè, 1990, spec. 313 ss.

⁸ 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.

⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, ES, 2017, 48.



democratici indisponibili cui poc'anzi si accennava. Valori la cui inevitabile indeterminatezza – derivante dalla densità assiologica e dalla struttura giuridico-nomologica che li caratterizza (*principi*) – non ne attenua minimamente la forza¹⁰.

Le Corti costituzionali devono interpretare la Costituzione cercando certo di tener conto delle continue nuove esigenze e interessi sociali, ma senza “tradire” la volontà dei Costituenti. Se questa è la funzione di equilibrio dei tribunali costituzionali, allora si comprende che la questione essenzialmente si riduce e traduce nel dar vita ad una buona, appunto equilibrata, ermeneutica giuridico-costituzionale. Questa funzione *equilibratrice* vede le Corti talvolta arrestarsi sul versante giuridico-processuale (*self-restraint*), talaltra invece sbilanciarsi sul versante politico (*judicial activism*). In ogni caso, questi organi, specialmente la Corte italiana – per la gioia (o disperazione) dei giuristi – spesso non esitano a manifestare una grande creatività in ordine alle tecniche processuali usate: sentenze monito, riduttive, additive, additive di principio, manipolative nel tempo, di rinvio a data fissa, ecc. su cui qui non è possibile soffermarsi in dettaglio¹¹. In ogni caso, rinunciando a ipocrisie formalistiche, bisogna riconoscere che qualunque decisione *giuridica* della Corte inevitabilmente ha un chiaro riverbero *politico* perché il principale “parametro” che la Corte utilizza – la Costituzione – altro non è che il tentativo di giuridicizzare al massimo livello delle fonti la stessa materia politica. Di ciò va preso atto, con autentico realismo giuridico¹², senza per altro negare i rischi di politicizzazione che sempre corrono gli organi di garanzia (dunque non solo la Corte), ma bisogna avere il coraggio di ammettere che quasi sempre ciò è dovuto, almeno in Italia, alla necessità di supplire sussidiariamente alla “latitanza” degli organi di indirizzo, ossia del tandem Parlamento/Governo.

Per la verità, la funzione “generale” di garanzia ordinariamente è già svolta dalla magistratura (comune, amministrativa, contabile...), soprattutto quando applica direttamente la Costituzione o solleva una q.l.c. alla Corte costituzionale. Ma, a ben vedere, i veri e più importanti organi “specifici” di controllo ed equilibrio giuridico-costituzionale in Italia sono almeno due. Non a caso spesso io parlo di “consolato”. Come gli organi di indirizzo politico sono due (Parlamento e Governo), così gli organi di garanzia sono due: il Presidente della Repubblica (più precisamente garante dell’ “equilibrio fra i poteri”) e la Corte costituzionale (essenzialmente “custode generale” della Carta)¹³. In Spagna non è

¹⁰ Cfr., per tutti, D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1981 (che richiama sul punto la preziosa lezione di E. Betti).

¹¹ Per una ricostruzione, con non trascurabili rilievi critici, sia consentito rinviare a *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2023, 103-140. Ma v. pure, fra i molti, spec. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2013.

¹² V. il mio *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in [federalismi.it](#), n. 5/2017 (8 marzo 2017). Osserva pure 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»

¹³ Cfr. *Storia di un “consolato” di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a cinquant’anni dall’inizio dell’attività della Consulta*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza*



esattamente così, ma sottolineo che l'esistenza di più forme di controllo (pluralità di contrappesi) vale, almeno tendenzialmente, in tutte le forme di governo parlamentari. Si tratta di una necessità "logica", negli ordinamenti pluralisti, che possono davvero funzionare solo se accanto a organi decisori esistono, direi simmetricamente, autorevoli organi controllori in posizione di chiara indipendenza.

Ad ogni modo, quale che sia la forma di governo, in tutte le forme di Stato liberal-democratiche – ossia negli Stati, ribadisco, non semplicemente democratici ma nelle democrazie costituzionali, come l'Italia e la Spagna – gli organi di garanzia, i controllori che si contrappongono ai decisori, i contro-poteri che si confrontano con i poteri, rimangono essenzialmente, prioritariamente, in via definitiva le Corti costituzionali.

4. La storica funzione (non pregiudizialmente, ma ragionevolmente) anti-maggioritaria dei tribunali costituzionali

Nei diversi ordinamenti liberaldemocratici ovviamente i tribunali costituzionali svolgono molteplici funzioni (giudizio sui reati presidenziali, risoluzione dei conflitti fra poteri e fra enti, sindacato sull'ammissibilità dei referendum e/o sulla costituzionalità dei partiti, ecc.), ma per la loro natura intrinseca hanno soprattutto una imprescindibile funzione "comune" non *pregiudizialmente* anti-maggioritaria (*función sin prejuicios anti-mayoritaria, anti mayoria*), ma *ragionevolmente* contro-maggioritaria (*función razonablemente contra-mayoritaria*): in pratica le Corti non devono porsi *a priori* in opposizione alla maggioranza parlamentare, ma devono sempre difendere i diritti delle minoranze contro lo strapotere della maggioranza democratica, nella peggiore delle ipotesi garantendo alle minoranze almeno il diritto all'obiezione di coscienza. Ed è proprio questo che rende ontologicamente diversi gli Stati costituzionali (liberaldemocratici e personalisti) da "altri" tipi di Stato (democrazie illiberali, democrazie o, peggio, ordinamenti autoritari e/o totalitari).

A differenza di quanto sostenuto da una parte della dottrina¹⁴, che vede nelle Corti costituzionali gli strumenti di "adattamento" progressivo delle Costituzioni alla volontà popolare che si evolve nel tempo, da un punto di vista teorico credo/ribadisco che negli Stati costituzionali, dunque nelle

costituzionale, a cura di A. Ruggeri, Napoli, ESI, 2006, 597 ss. Fra gli altri, ricordo anche F. FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁴ Cfr. per tutti, se ne abbiamo ben inteso il pensiero, B. ACKERMAN, *We, The People*, I, *Foundations*, Cambridge 1991, su cui criticamente, fra gli altri, già A. SPADARO, *Una Corte per la Costituzione (Nota sull'originaria e prioritaria funzione della Corte costituzionale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, tomo II, Giuffrè, Milano 1987, 1245 e 1264 ss. Ma v. pure A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2022, spec. 20 s. Per la verità, l'ultimo Ackerman sembra più moderato. Mi riferisco a *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Harvard University Press, 2019, dove – pur parlando di rivoluzione costituzionale – non a caso e saggiamente esalta, non massimalisti, ma le figure "riformiste" di N. Mandela, J. Nehru, A. De Gasperi, C. De Gaulle, L. Walesa. Sul punto cfr. N. ZANON, *Some Remarks on Bruce Ackerman's "The rise of World Constitutionalism. Volume one: Revolutionary Constitutionalism: Charismatic Leadership"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (ottobre 2018) e D. TEGA, *The Constitution of the Italian Republic: Not revolution, but principled liberation*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 17, Issue 2, 2019, 690 ss.



democrazie costituzionali, i tribunali costituzionali non devono inseguire la volontà popolare (*a donde vas Vicente? a donde va la gente!*), ma hanno piuttosto ed essenzialmente le ricordate due funzioni prioritarie o basiche:

- 1) custodire, accanto al principio democratico, i valori meta-democratici indisponibili e
- 2) garantire i diritti delle minoranze.

Per poter svolgere realmente queste due ardue e complesse funzioni le Corti devono essere *indipendenti*, soprattutto indipendenti da tutti gli altri poteri dello Stato. Come? Per esempio, prevedendo che i giudici siano persone particolarmente qualificate sul piano giuridico – anche se, lo dirò meglio fra poco, questo non basta – facendoli eleggere da “più” poteri dello Stato (cui però non devono essere vincolati) e garantendo agli stessi una buona retribuzione e una lunga durata del mandato¹⁵.

Questo in teoria. In pratica, che succede?

5. Dal “triangolo delle Bermuda” al “quadrilatero costituzionale”. I 4 fattori che incidono sui tribunali costituzionali: le Carte, le decisioni dei tribunali inter- e sovra-nazionali, la coscienza sociale, l’opinione pubblica

AmMESSO (e non concesso) che i giudici siano, o riescano a mantenere, sempre la loro indipendenza, purtroppo da un punto di vista pratico-operativo, le Corti costituzionali, soprattutto fino a metà del secolo scorso, erano alle prese con una specie di diabolico “triangolo delle Bermuda”. Erano alle prese, insomma, con tre diversi fattori, che talvolta si contrapponevano fra di loro: 1) la Carta, ossia il parametro costituzionale; 2) la coscienza sociale; e 3) l’opinione pubblica. Si tratta di tre cose diverse e metaforicamente costituiscono appunto il “triangolo delle Bermuda” in cui si dibattevano (ed in parte ancora si dibattono) le Corti. Dico subito cosa io intendo “convenzionalmente” con questi tre termini, per evitare di essere frainteso.

In estrema sintesi, per *Costituzione* si può considerare l’atto giuridico supremo (*leges legum, norma normans*) che custodisce, giuridicamente e tendenzialmente in modo stabile nel tempo, il sistema dei valori fondamentali di una società. Ordinariamente tali valori, espressi spesso in forma di principi, sono sanciti in una fonte scritta superprimaria “rigida” e, come ricordato, sono essenzialmente quelli della liberaldemocrazia personalista.

Quanto all’*opinione pubblica*, si tratta di un termine che evoca un sentimento popolare diffuso ma temporaneo, occasionale, contingente, continuamente mutevole perché emozionale o emotivista (*emocional o emocionalista*): non a caso i sondaggi (*encuestas*) ne costituiscono un facile termometro. Nella lingua italiana la fragilità/volatilità del concetto di opinione pubblica si coglie per esempio

¹⁵ Sul tema segnalo, fra gli altri, il volume di A. Fusco, *L’indipendenza dei giudici*, Napoli, Es, 2019. Non indispensabile, ai fini dell’*indipendenza* dei giudici – anzi, a giudizio di molti, in contrasto con essa – è l’istituto della *concurring e dissenting opinion*, la cui introduzione in Italia, a mio parere, potrebbe tuttavia rendere invece più trasparente il lavoro dell’organo, purché non nelle forme indirette di fatto offerte ora dall’ex giudice N. ZANON, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 2024. Una bibl. più completa sul punto in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 57 e 336.



nell'aggettivo, che ha la stessa radice, di "opinabile", parola che non credo sia presente nella lingua spagnola (dove troviamo però la parola *cuestionable*)¹⁶.

La *coscienza sociale*, invece, è un concetto che indica la percezione collettiva, matura e consolidata nel tempo di un "interesse" sociale che ormai è diventato un "valore" sociale riconosciuto, perché sicuramente accolto, se non dall'unanimità, certo dalla più ampia maggioranza dei cittadini di uno Stato. A differenza dell'opinione pubblica – che è sfuggente, ambigua ed instabile – la coscienza sociale è solida, chiara e tendenzialmente stabile. Proprio per questo – e sempre a differenza di un semplice desiderio/auspicio che proviene dall'opinione pubblica – un valore comune e consolidato, riconosciuto dalla coscienza sociale, può essere ritenuto dalla Corte *eventualmente* meritevole di tutela costituzionale.

La distinzione fra *opinione pubblica* e *coscienza sociale* può a taluno non sembrare evidente. Inoltre, certo non è agevole (per quanto non sia impossibile) una sua ragionevole misurazione. Ma, ad avviso di chi scrive, è indispensabile cercare di non confondere i due concetti. Del resto, proprio la giurisprudenza della Corte costituzionale ormai fa un uso significativo, anche se non esplicitamente "convenzionale", del termine *coscienza sociale*, che – pur ovviamente non essendo qualificabile alla stregua di un "parametro" – certo è un "argomento" che i giudici non possono più ignorare¹⁷.

Le Corti costituzionali, in teoria ed in astratto, dovrebbero tener conto "solo" del parametro costituzionale – ossia dovrebbero avere come "faro" solo la Costituzione (*deberían sólo tener la Constitución como su "faro"*) – ma la Costituzione non è qualcosa di statico e immobile, dovendo continuamente essere interpretata: una buona ermeneutica costituzionale, cui prima si accennava, deve certo rispettare l'*original intent* dei costituenti, ma deve rigettare l'approccio dell'originalismo più retrivo (*textualism*). Anche l'attuale Presidente della Corte, A. Barbera – pur escludendo «una fragile "Costituzione dei custodi"» – richiama la necessità di «scelte che necessariamente richiedono una lettura dei parametri costituzionali non strettamente testuale, "non originalista"»¹⁸. Una buona ermeneutica costituzionale, insomma, non deve temere l'interpretazione evolutiva, senza però scadere nel relativismo legato alla moda del decostruzionismo ermeneutico, che finisce col degenerare

¹⁶ Nella vasta bibliografia (non solo giuridica) sul tema, segnalo solo: AA.VV., *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, a cura di D. Chinni, Napoli, ES, 2019 e A. RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risolta)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2023, 28 ss.

¹⁷ La giurisprudenza costituzionale parla ora di «coscienza etica della Nazione italiana» (n. 125/1957), ora di «coscienza del popolo italiano» (nn. 58/1960, 64/1961) o di «coscienza collettiva» (n. 126/1968), ora infine di «coscienza sociale» (n. 76/1971). Cfr. pure nn. 110/1962; 115/1964; 42/1965. Salvo errore, il termine 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 e 131/2022, ecc. dove il termine "coscienza" è sempre accompagnato da aggettivi quali «matura», «radicata», «diffusa», altrimenti la q.l.c. è considerata inammissibile. Sul punto, fra gli altri, 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.; V. MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 377 ss.; D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena, Mucchi, 2021, spec. 45 ss.

¹⁸ [Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera](#), Roma, 18 marzo 2024, 12.



nel diritto libero (*das Freie Recht*). Per esempio, anche se la Costituzione italiana non parla di internet, bisogna “leggere” la libertà di manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost. anche come facoltà di accesso alla rete di internet, ma certo non possiamo far dire ai costituenti ciò che essi presumibilmente mai avrebbero “voluto” dire.

L’interpretazione costituzionale, dunque, non può essere piattamente conservativa, né ciecamente evolutiva, ma – come ricordato – deve essere appunto equilibratrice-moderatrice. Esattamente come lo Stato costituzionale, in quanto stato *laico* [Stato *a-confessionale* (*no confesional*) per gli amici spagnoli, che non distinguono fra laicità e laicismo, parlando solo di *secularismo*] costituisce un intreccio ragionevole fra prevalenti valori/principi del passato ed impellenti interessi sociali del presente, così nelle attuali società contemporanee globalizzate ogni comunità sociale tendenzialmente *identitaria* (nazionale) è chiamata a diventare multi-etnica, pluri-religiosa, in breve *inter-culturale* (o, se preferite, *trans-culturale*) senza per questo rinunciare alla propria identità nazionale, alla cui formazione però concorrono anche le altre minoranze culturali, religiose, etniche, ecc.¹⁹

Anche quanto testé detto aiuta a comprendere perché la Costituzione sia definibile non solo come un “atto” puntuale nel tempo (la Carta scritta), ma anche come un ben più complesso “processo” storico²⁰. E questo spiega anche la difficilissima – purtroppo mai perfetta, ma sempre necessaria – funzione equilibratrice delle Corti costituzionali.

Le Corti, per ben operare nel “triangolo delle Bermuda” prima ricordato senza disperdersi, devono totalmente ignorare le istanze (i capricci sempre mutevoli e contingenti) dell’opinione pubblica, per definizione manipolabile²¹. Non possono non tenere in conto invece le esigenze di una coscienza sociale che ha consolidato nel tempo la sensibilità di nuovi diritti, o comunque di situazioni giuridiche soggettive, espressamente non previste dal testo della Carta, ma comunque meritevoli di tutela costituzionale. Infatti, recepire le istanze della coscienza sociale – beninteso: se compatibili con la Carta costituzionale – non equivale a favorire il populismo, come accadrebbe invece ove una Corte cedesse alle pressioni dell’opinione pubblica. Le Corti dovrebbero dunque essere sempre ispirate dal faro delle Carte – ossia, come direbbe *Böckenförde*, dal testo “scritto” delle Costituzioni²² – tenendo conto non dell’opinione pubblica più o meno maggioritaria, ma della coscienza sociale matura che si evolve e si consolida.

¹⁹ Sul punto mi permetto di rinviare a *La Costituzione come “meta-etica” pubblica laica: la felice risposta del diritto costituzionale alla questione dell’inter-culturalismo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Torino, Giappichelli, 2023, 753 ss. Sull’uso talora ambiguo del concetto di Nazione, rinvio a *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, 5 aprile 2023, 103 ss.

²⁰ 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 *Quad. cost.*, n.3/1998, 343 ss.

²¹ Se, per esempio – immediatamente dopo lo stupro compiuto da un pedofilo su una minorenni – si facesse un sondaggio, chiedendo alla gente se è favorevole alla pena di morte in simili fattispecie, non può escludersi che la maggioranza degli intervistati, in preda all’emozione del momento, direbbe di sì, in palese spregio dei valori costituzionali (art. 27, comma 4., Cost).

²² Per una ricostruzione del pensiero di questo grande studioso tedesco, rinvio a *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in federalismi.it, n.16/2021 (30 giugno 2021), 208 ss.



Ciò detto, la situazione attuale è che le Corti – almeno i tribunali costituzionali europei – oggi non sono *racchiusi* nel semplice ricordato “triangolo delle Bermuda”, ma si muovono ed operano in quel che potremmo chiamare, con un’ulteriore metafora, piuttosto un “quadrilatero costituzionale”. Va infatti aggiunto, ai tre ricordati, un ulteriore, e decisivo, fattore di cui le Corti non possono non tener conto: la sempre crescente, per quantità e qualità, giurisprudenza dei tribunali inter- e sovra-nazionali. Senza ignorare la rilevanza, non sempre di *soft law*, delle decisioni degli organi giudiziari di rilievo ancor più grande, quindi mondiale (basti pensare alla *International Criminal Court* dell’Aja), mi riferisco, soprattutto e ovviamente, alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE) di Lussemburgo e alla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) di Strasburgo. La rilevanza giuridica di questi due consessi è davvero grande e ormai fuori discussione, incidendo profondamente sulla giurisprudenza costituzionale dei singoli Paesi europei, soprattutto dei 27 membri dell’UE²³.

Se poi crescesse in modo significativo anche l’influenza che *reciprocamente* esercitano le decisioni dei singoli tribunali costituzionali, con espliciti richiami *intrecciati* alla giurisprudenza l’uno dell’altro, non può escludersi, infine, che in un futuro prossimo si potrà parlare, più che di un “quadrilatero”, addirittura di un “pentagono” costituzionale che fissa i confini entro cui si muovono le Corti contemporanee del Vecchio continente²⁴. Per ora ci sono solo significativi segnali, seppur solo in forma iniziale: chi vivrà, vedrà.

6. *Evoluzione (o involuzione) della coscienza sociale? La difficile funzione “equilibratrice” delle Corti costituzionali. Il sollen dei giudici costituzionali: non solo “tecnici”, ma “saggi”*

Accennavo prima all’importanza del fattore “coscienza sociale” nell’ermeneutica costituzionale. Purtroppo, però, anche quando tale fattore non viene confuso con quello (invece, a mio avviso, giuridicamente trascurabile) dell’“opinione pubblica”, non sempre si può parlare di *evoluzione* della “coscienza sociale”. Talvolta, in società sempre più liquide ed edonistiche quali sono le nostre²⁵, si può constatare piuttosto il fenomeno di un’*involuzione* della coscienza sociale: basti pensare a una coscienza sociale consolidata, ma non matura, che veda solo i vantaggi del progresso della citologia, o scienza delle cellule, dimenticando i connessi, enormi rischi dell’eugenetica. Ma non esito ad essere provocatorio: si pensi pure alla recentissima introduzione nella Costituzione francese della “libertà di aborto”, che costituisce – a mio sommo avviso – espressione non di una evoluzione, ma semmai di un’*involuzione* sociale, visto che già esisteva in Francia una più che sufficiente normazione legislativa dell’interruzione della gravidanza. Bisogna però onestamente riconoscere che la decisione di modificare la Costituzione francese non discende, almeno così mi pare, dall’accoglimento del capriccio

²³ Anche qui, a parte ovviamente la vastissima giurisprudenza, la dottrina è ormai praticamente immensa. Nel *mare magnum* degli scritti, scelgo di ricordare solo il bel volume di S. POLIMENI, *Controlimiti ed identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” fra le Corti*, Napoli, ES, 2018.

²⁴ È emblematica, fra tutte, la decisione della Corte italiana sul caso Cappato ([n. 242/2019](#)), anche per il richiamo alle analoghe decisioni delle Supreme Corti degli ordinamenti del Canada, del Regno Unito e degli Stati Uniti d’America. Sulla comparazione come “quinto canone interpretativo proprio della giurisprudenza costituzionale”, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., spec. 35 (ivi bibl.).

²⁵ Cfr. spec. Z. BAUMAN, *Communitas. Uguali e diversi nella società liquida*, Reggio Emilia, Aliberti, 2013.



di una mutevole opinione pubblica, ma dal corretto recepimento di una chiara e consolidata coscienza sociale presente in quel Paese²⁶.

In ogni caso giuridicamente la coscienza sociale – evoluta o involuta che sia – non può essere ignorata da un tribunale costituzionale che, salvo palese contrasto con la Costituzione scritta, dovrà tenerne conto. Per questo è davvero arduo il compito delle Corti costituzionali e difficilissima la funzione di equilibrio ermeneutico – ossia contemporaneamente di conservazione e aggiornamento (*simultáneamente conservación y actualización*) – che ad esse compete. Per questo le Corti dovrebbero essere composte non semplicemente da tecnici, giuristi esperti, ma da “persone sagge” (*no sólo técnicos, sino gente sabia*). Infatti, v’è un’*auctoritas* che discende dalla “competenza professionale”, e questa può essere garantita dall’adozione di precisi requisiti formali di accesso alla carica di giudice costituzionale (“giuristi esperti” in quanto professori universitari, avvocati cassazionisti, ecc.), ma v’è anche un’*auctoritas* che potremmo definire “etica” e che ha origini più profonde (*sapienza* come conoscenza orientata al bene), senz’altro più rara e, prendiamone atto, molto più difficile da valutare attraverso semplici requisiti tecnico-professionali. Per quanto la prospettiva che qui si configura possa sembrare impraticabile e dunque ingenua, sono convinto che il *sollen* dei giudici costituzionali non sia quello di essere semplici “intellettuali specialisti” (ossia di possedere un’ottima capacità *tecnico-professionale*: è già questo, al di là del formale possesso dei requisiti richiesti, è affatto scontato), ma anche di essere “intellettuali generalisti”, il che presuppone quasi sempre una non comune sensibilità e saggezza etica²⁷.

In conclusione, penso possa dirsi che sempre più – in società multietniche e multiculturali, quali ormai sono le nostre (italiane e spagnole, ma in genere occidentali) – le Corti non dovrebbero avere paura del nuovo, ma contemporaneamente dovrebbero essere fattori di stabilità, capaci di mettere punti fermi. In ciò possono essere aidate dalla consapevolezza della loro originaria e duplice funzione basica: come già detto, *custodire i valori indisponibili* del sistema e *proteggere le minoranze* in senso ragionevolmente contro-maggioritario. Per svolgere adeguatamente queste funzioni, di fatto non basta disporre semplicemente di formali competenze tecnico-professionali, che pure sono imprescindibili. Servono anche requisiti etici (e di vasta cultura generale) ben più rari e rilevanti.

In breve, le Corti costituzionali dovrebbero essere un “aeropago della ragione”. Cosa poi si intenda con questa formula – “aeropago della ragione” – non è facile dire. Posso però dire che tutti i cittadini,

²⁶ Anche se espressione di un approccio non condiviso da me e da tanti altri (penso, per citare figure ben più autorevoli, a Norberto Bobbio e a Pier Paolo Pasolini) che – pur ritenendo assolutamente necessaria, dunque indispensabile, una disciplina giuridica dell’interruzione della gravidanza – non fanno assurgere a *diritto fondamentale* l’aborto, che rimane sempre un fenomeno sofferto e controverso. Ho espresso il mio punto di vista in *Il “concepito”: questo sconosciuto...*, in [Biola Journal – Rivista di BioDiritto](#), Special Issue, n. 2/2019, 419 ss.

²⁷ Sulla nota distinzione, già di J.P. Sartre, fra *specialist* e *generalist intellectual*, cfr., per tutti, T. PARSON [con G.M. PLATT, *The American University*, Cambridge (Mass.), 1973] e D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza*, cit., 330, spec. nt. 41. Non può escludersi che, in qualche caso, si passi dalla conoscenza specialistica, o “tecnica”, addirittura al “tecnicismo”: cfr. R. BIN, [La sostituzione dei giuristi con tecnici: i cambiamenti indotti nella pubblica amministrazione](#), in questa *Rivista*, *retro*, 280 ss. Per approfondimenti sulla “sapienza” quale particolare tipo di conoscenza rinvio al mio *Potere globale*, in AA.Vv., *Potere e Costituzione - Enciclopedia del diritto*, a cura di M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, Giuffrè, 2023, 724 ss., ma spec. 743 ss.



e a maggior ragione chi riveste il delicatissimo incarico istituzionale di giudice costituzionale, devono essere costantemente chiamati al *dialogo interculturale*. Per dialogo interculturale non intendo qualcosa che miri a bassi compromessi, o a sincretismi infecondi (*sincretismos infructuosos*), ma una paziente e continua attività di “mediazione culturale”: un terreno difficile ma che non può esser evitato ed in cui si confrontano – si noti bene – argomenti non di fede, ma solo razionali ed etici.

Sotto questo aspetto dobbiamo accettare che talvolta – nello Stato costituzionale laico – il punto di vista di una confessione religiosa (per esempio quella cattolica, rispetto alla maggioranza dei cittadini) inevitabilmente sia minoritario: penso all’aborto o all’eutanasia, per molti inaccettabili (o accettabili solo ad alcune condizioni), ma non per tutti. Bisogna dunque stare attenti a non presumere che il punto di vista di una confessione religiosa, pur storicamente rilevante, coincida necessariamente con la coscienza sociale maggioritaria. Se è vero che esistono valori indisponibili, è parimenti vero che per definizione spesso essi sono indeterminati e che non ne è agevole, anzi quasi sempre controversa, la loro concreta determinazione. In questo quadro, a differenza di una mutevole e contingente opinione pubblica, non può essere ignorata la rilevanza giuridica di una consolidata coscienza sociale, ignorare le cui istanze potrebbe equivalere a *by-passare* irragionevolmente lo stesso principio giuridico-democratico. Occorre dunque molto equilibrio, molta saggezza e molta prudenza, qualità non solo “tecniche” che non a caso dovrebbero sempre caratterizzare la *giurisprudenza*, soprattutto quella costituzionale.

Ma proprio in questi casi-limite, che spesso sono accomunati dalla generica formula di *political question*, emerge la funzione minima/basica delle Corti costituzionali, attraverso il riconoscimento almeno – ripeto almeno! – del diritto all’*obiezione di coscienza*. Sarà poco, ma è essenziale affinché un “sistema costituzionale” in senso liberaldemocratico possa funzionare.

Presumo infine che molti studiosi, compreso chi scrive, vorrebbero che le Corti costituzionali come “aeropago della ragione” fossero in realtà ispirate addirittura dallo Spirito Santo. Ma questo non possiamo imporlo, possiamo soltanto sperarlo.