

30 GIUGNO 2021

Rileggendo E.-W. Böckenförde su
potere costituente e interpretazione
costituzionale

di Antonino Spadaro

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria



Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*

di Antonino Spadaro

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria

Abstract [It]: A ben vedere, l'etica pubblica costituzionale non è semplicemente qualcosa di “presupposto”, solo di preesistente, perché invece essa è anche il frutto di una maturazione sociale cui contribuisce pure lo stesso testo giuridico della Carta, per la sua forza orientativa, e perché la Costituzione non è solo un *atto* (puntuale nel tempo), ma un *processo* (storico). Per questo forse non è incolmabile il fossato che sembra dividere – sul piano del “metodo interpretativo” – le posizioni di E. -W. Böckenförde e P. Häberle.

Abstract [En]: At a closer look, constitutional ethics is not simply something “presupposed”, only pre-existing, because instead it is also the result of a social maturation to which the text of the Constitution also contributes, due to its guiding force, and because the Constitution is not just an act (timely), but a (historical) process. And for this reason, perhaps, the gap that seems to divide E. -W. Böckenförde and P. Häberle positions, on the “interpretative method”, cannot be bridged.

Parole chiave: potere costituente, interpretazione costituzionale, discrezionalità dei giudici, funzione di supplenza delle Corti costituzionali, Costituzione come processo storico

Keywords: constituent power, constitutional interpretation, discretion of judges, substitute function of constitutional Courts, Constitution as a historical process

Sommario: 1. Il potere costituente. 2. L'interpretazione costituzionale. 3. Cenni sul c.d. paradosso di Böckenförde. 4. Considerazioni conclusive: compatibilità fra le tesi di E.-W. Böckenförde e P. Häberle?

1. Il potere costituente

Ernst-Wolfgang Böckenförde – prolifico autore, del quale, per la ricchezza e complessità della produzione, v'è sempre il rischio di poter fraintendere il pensiero (sicché mi scuso subito per eventuali dimenticanze o trascuratezze) – innanzitutto ricorda una cosa ben nota e largamente condivisa, ossia che *ex facto oritur ius*, per cui ogni ordinamento giuridico si fonda e si legittima sulla base di «circostanze pre-giuridiche». Ciò significa che esiste «un'origine storico-politica della Costituzione», che Böckenförde chiama «questione genetica», la quale ovviamente può essere esaminata sotto diversi aspetti: di teoria generale, di dogmatica giuridica, di filosofia del diritto (e, io aggiungerei, di filosofia politica)¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. Relazione del 26 aprile 2021 al Corso PhD in Law del Sant'Anna (Scuola Universitaria Superiore) di Pisa su “E.-W. Böckenförde, Interpretazione costituzionale e potere costituente” [da Stato, Costituzione e democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale, Giuffrè, Milano 2006, pp.61-142], nel quadro del ciclo “Lecture di classici del Diritto costituzionale”.

¹ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione e democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 115.

Com'era prevedibile, per Böckenförde non è sufficiente l'esistenza di una "norma fondamentale" *presupposta* per individuare il potere costituente. Il normativismo positivista kelseniano non basta: «La forza che produce e legittima la Costituzione deve necessariamente presentarsi come [...] dimensione politica»². Proprio in quanto il potere costituente (*pouvoir constituant*) «deve precedere la Costituzione stessa e i *pouvoirs constitués* che essa disciplina e limita», esso può essere definito come «quella autorità e forza (politica) che è nella condizione di produrre, sostenere e sopprimere la Costituzione nel suo diritto di validità normativa»³.

Questa definizione di Böckenförde sembra impeccabile, ma – ad un'analisi appena più approfondita – nella sua pretesa di completezza presenta, almeno a mio avviso, una certa astrattezza formalistica: mi chiedo perchè mai un potere costituente dovrebbe non solo produrre e sostenere, ma addirittura...*sopprimere* la Costituzione. Naturalmente, in astratto tutto è possibile, ma – ammesso, e non concesso, che il potere costituente sopravviva al potere costituito (si vedrà: anche su questo manifesto forti perplessità) – esso certo non sopprimerà mai la Costituzione, che costituisce invece il fine esclusivo, la stessa ragion d'essere, del potere costituente. Insomma: per evidenti ragioni logiche, nel momento stesso in cui il potere costituente sopprimesse la Costituzione, ossia i principi giuridico-politici che reggono l'ordine costituito, non sarebbe più il potere costituente, ma esattamente il suo contrario: una forza *eversiva* dell'ordine voluto dal potere costituente, cioè da sé stesso. A ben vedere sarebbe, dunque, un... "altro" potere costituente.

In relazione, poi, alla decisiva questione di chi possa essere il titolare (o soggetto) del potere costituente, Böckenförde essenzialmente si sofferma su un unico soggetto: il popolo, in relazione al quale davvero molto opportunamente ricorda che ad esso l'Abbé Sieyès, che era un teologo, attribuisce i poteri di Dio: "*potestas constituens, norma normans, creazione ex nihilo*". Il senso di tutto questo è importante per la storia del pensiero giuridico-politico: si riconosce finalmente l'autonomia umana rispetto all'ordine divino e naturale: «sono gli uomini stessi a prendere in mano il loro destino e l'ordine del mondo»⁴.

Ciò premesso, il "popolo" – per Böckenförde – non è il proletariato come nella teoria politica marxista-leninista, né semplicemente l'insieme giuridico-formale dei cittadini, né il popolo in senso etnico, linguistico o culturale (che in Italia definiremmo nazione: *Kulturnation*), ma la nazione in senso politico, ossia uomini che si aggregano coscientemente per un fine politico (*Staatsnation*)⁵. Mi sembra possa cogliersi, sul punto, una certa originalità, anche rispetto al pensiero schmittiano. S'intende, poi, che può

² Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione e democrazia*, cit., p. 117.

³ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 118.

⁴ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 120.

⁵ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 121, spec. nt. 14.

esservi coincidenza fra i due concetti (*Kultur-* e *Staats-nation*), ma non è detto sia sempre così e, per Böckenförde, la Svizzera è un buon esempio di *Staatsnation*.

A ragione, poi, Böckenförde ricorda che il potere costituente, proprio in quanto preesistente, «non è normabile giuridicamente dalla Costituzione stessa»⁶. Non a caso in un mio vecchio lavoro ricordavo metaforicamente che il potere costituente è come un “toro imbizzarrito”, cui non è possibile insegnare la buona educazione mettendogli un bavaglino a tavola⁷. Ma proprio per questo trovo francamente eccessivo immaginare che il potere costituente “sopravviva” al potere costituito perché, senza di esso – come dice Böckenförde – la Costituzione non sarebbe capace di sostenersi “da sé”⁸. Mi pare che questa affermazione provi troppo: credo invece che (non il potere costituente ma semmai) l'*etica pubblica* che ha portato alla formazione di un potere “costituente” (il quale ha dato vita a un ordine giuridico costituito) debba rimanere e consolidarsi affinché l’ordine “costituito” si mantenga. Tutt’al più, forse potrebbe dirsi che il potere costituente potrebbe storicamente sopravvivere solo *temporaneamente* alla Costituzione per favorire una sua migliore attuazione, ma si tratta di situazioni di modesto rilievo storico-politico⁹.

Bisogna invece distinguere l'*etica pubblica costituzionale* – che, come si vedrà (cfr. §§ 3 e 4), solo in parte preesiste alla Carta, formandosi invece anche *dopo*, nel corso del tempo – dal *potere costituente* che è un “fatto politico” eversivo dell’ordine costituito precedente e che permette a una nuova *etica pubblica* di affermarsi. Insomma, a mio avviso non rimane in vita il potere (ma forse meglio sarebbe dire: il *fatto*) *costituente* che, per definizione, invece è sempre “sregolato”, non ammettendo limiti e regole e che, per questo, invece “muore” (c.d. *atto giuridico ad effetto istantaneo*) nel momento in cui dà vita al nuovo ordine costituito, per definizione “regolato”.

Del resto, non esiste solo il potere *costituente* democratico, che da vita ad un ordine giuridico *costituito* di tipo “costituzionale”, ossia liberaldemocratico e personalista. In questo senso, Böckenförde non sembra prendere in esame l’ipotesi che ci possono essere molti *fatti costituenti* (golpe, putsch...), solo alcuni dei quali sono di origine popolare (rivoluzione, guerra civile com’è stata la Resistenza italiana...): a ben vedere, soltanto in questi ultimi casi si può sperare che il nuovo ordine costituito nasca democraticamente,

⁶ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 124.

⁷ Cfr. A. SPADARO, *La “transizione” costituzionale: ambiguità e polivalenza di un’importante nozione di teoria generale*, in A. SPADARO (a cura di), *Le «trasformazioni» costituzionali nell’età della transizione. Incontro di studio*, Catanzaro 19 febbraio 1999, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 17 ss., ma spec. pp. 86 ss.

⁸ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pp. 125 s.

⁹ Si pensi per esempio, in Italia, al fatto che l’Assemblea costituente decise di non estinguersi subito e prorogare di poco il termine dei suoi lavori, approvando alcuni testi normativi (Statuti speciali, legge cost. n.1/1948...). In questo senso, assai riduttivo, potrebbe forse parlarsi di auto-limitazione del potere costituente per il fatto che poi l’Assemblea costituente abbia deciso di “cessare di esistere”. Ma trattasi comunque, più che di una facoltà, di una *necessità*, quando l’ordine costituito è di tipo “costituzionale”, ossia un ordine giuridico costruito sul concetto di *limitazione di ogni potere*, anche popolare.

ossia da un'assemblea costituente che, dando vita alla Costituzione, “estingue” lo stesso potere costituente con tutta la sua incontrollabile forza eversiva¹⁰.

Naturalmente Böckenförde – che, ricordo, si occupa soltanto del potere costituente del *popolo* – è ben consapevole che «un potere assoluto, che vuole rimanere tale, non si lascia costituzionalizzare»¹¹ e, quindi, è ben consapevole della necessità di porre *vincoli giuridici* alla “sovranità popolare”. Allo scopo segnala quattro diverse procedure: elezione di un'assemblea costituente del popolo che approva la Costituzione; elezione di un'assemblea costituente che scrive la Carta ma la sottopone all'approvazione del popolo; iniziativa popolare volta a modificare o creare una nuova Costituzione; voto “plebiscitario” su una nuova Costituzione proposto da chi ha conquistato il potere.

Ma la cosa forse più importante è che, alla fine, Böckenförde riconosce che al fatto/potere costituente «non potrebbero essere imposte limitazioni dall'esterno» e che quindi tali limitazioni – oggi coincidenti soprattutto con il «riconoscimento dei diritti dell'uomo» – sono semmai, sulla scia di K. Hesse, «una delimitazione interna del *pouvoir constituant*»¹².

In realtà, dal mio punto di vista, non è tanto vero che il potere costituente si *auto-limiti* dall'interno, quanto piuttosto che esso semplicemente “muoia”, si *auto-estingua*, nel momento in cui dà vita al particolare tipo di potere costituito che crea un ordine giuridico-politico liberaldemocratico e personalista. Ciò perché – una volta creato un ordine costituito, quindi *giuridico*, a maggior ragione se di tipo “costituzionale” – non può continuare ad esistere un potere/fatto *politico* (quello costituente) che si caratterizza appunto per essere “senza regole”, quale pura forza *di fatto*, non *di diritto*. Del resto, tutti i vari tentativi di autolimitazione interna del potere costituente storicamente si sono rivelati infruttuosi o inadeguati. Basti pensare alla rivoluzione francese, in cui il *potere costituente permanente* ha impedito la regolare applicazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (prevalenza di Robespierre su Condorcet) o – nelle più acute fasi di transizione costituzionale da un potere autoritario ad un potere (si auspica) democratico – ai “tribunali del popolo”, alla c.d. “giustizia col fucile”, rivoluzionaria o sommaria (con norme penali retroattive), o ancora alle prime Costituzioni sovietiche e al tentativo di giuridicizzare concetti come quelli di “dittatura del proletariato”, “rivoluzione permanente”, “legalità socialista”... Ma è, in fondo, quello che lo stesso Böckenförde riconosce quando ammette, come ricordavo, che nessuna Costituzione può disciplinare il potere costituente.

¹⁰ Ma ciò accade per il semplice fatto che – per E.-W. BÖCKENFÖRDE (*op. cit.*, p. 119) – dichiaratamente il potere costituente è «un concetto democratico e rivoluzionario, e ha la sua collocazione solo nel contesto di una teoria costituzionale democratica». Per un diverso approccio al concetto di “fatto” e “potere” *costituente*, nel più ampio senso indicato nel testo, cfr. A. SPADARO, *La “transizione” costituzionale: ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, *op. et loc. cit.*

¹¹ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pp. 136 ss.

¹² Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 137.

In breve e conclusivamente sul punto, direi che finché esiste un potere *costituente* vuol dire che non è ancora nato l'ordine *costituito* desiderato dal potere costituente e, conseguentemente, appena nasce un ordine *costituito*, cessa di esistere – perché non ha più ragione di esistere – il potere *costituente* che lo ha prodotto.

Concordo, poi, pienamente con Böckenförde quando rileva che buona parte dei principi espressi dal potere costituente del popolo sono, o dovrebbero essere – per dirla con il *Bundesverfassungsgericht* – «principi giuridici che preesistono ad ogni diritto scritto e vanno al di là del diritto positivo». Böckenförde ammette che non è chiaro «a che tipo di diritto e di validità giuridica ci si riferisca», ma è certo che si tratta di principi che «non sono (ancora) parte del diritto positivo»: si tratta quindi – con le parole di Herman Heller – di «principi giuridici *eticì*», di «normatività extragiuridiche» che «hanno sede nella coscienza etico-morale della società»¹³.

In breve – ove il concetto di diritto naturale, che emerge da quest'approccio, urtasse qualche suscettibilità – si può parlare a proposito, come da tempo faccio, di un legame inscindibile fra “potere costituente democratico” e “positivismo illuminato”, il quale è niente più che un positivismo giuridico consapevole del fatto che il diritto non può (*comprendere* e *disciplinare*) tutto, ma anzi si riconosce come semplice e imperfetto “sistema di limiti” fra i consociati, in opposizione strutturale agli ordinamenti autoritari e/o totalitari¹⁴.

2. L'interpretazione costituzionale

Chiaramente Böckenförde non è un kelseniano. Se Kelsen è stato forse il maggiore, anzi il più accanito, oppositore della teologia politica¹⁵, Böckenförde è invece, senza scomodare C. Schmitt, uno dei più significativi interpreti della teologia politica contemporanea: non è un caso che abbia ricevuto una laurea *honoris causa* anche in teologia dall'Università di Bochum¹⁶. Ma paradossalmente – e quando si studia il pensiero di Böckenförde ci si imbatte in più di un paradosso – non mancano percorsi comuni. Kelsen, com'è noto, pone l'accento sulla Costituzione essenzialmente come insieme di metanorme, ossia di norme

¹³ Per tutti questi aspetti, v. sempre E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pp. 139 s.

¹⁴ Proprio commentando il celebre paradosso di Böckenförde, su cui cfr. *infra* il § 3, alcuni anni fa sostenevo che sarebbe semplicistico ridurre lo stesso: «...a una poco laica genuflessione verso il vecchio diritto naturale cristiano, costituendo invece, a parer nostro, semplicemente l'attestazione dei limiti intrinseci del mero positivismo giuridico: nulla di meno, ma anche nulla di più. Il riconoscimento dei limiti del positivismo significa rifiuto dell'idolatria del diritto, della kelseniana presunzione di perfezione auto-referenziale del diritto e, dunque, atteggiamento di “apertura” dell'ordinamento, apertura che – essendo propria degli ordinamenti costituzionali – è squisitamente *laica*» (così A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 216).

¹⁵ Ma ciò non esclude il suo interesse per la teologia politica, confermata da uno dei suoi libri meno noti: cfr. H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), ora trad. it. come *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, Mimesis editore, Sesto San Giovanni (Mi), 2017.

¹⁶ Come giustamente è stato ricordato: cfr. M. NICOLETTI e O. BRINO, *Presentazione* a E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. IX.

sulla produzione di norme (o norme di procedura). Böckenförde non arriva a tanto, ma comunque sostiene che la Costituzione non sarebbe un “sistema di valori”, quanto un insieme di principi e regole giuridiche. Naturalmente la precisazione terminologica è corretta, a condizione di riconoscere che i *principi* e le *regole* giuridiche siano, a loro volta, espressione di *valori* sociali condivisi: dunque ai valori (sia pure giuridici) si torna sempre. Ora, per quanto possa sembrar strano, questa preoccupazione, che potremmo definire sul ruolo dell'*assiologia nel diritto*, alla fine sembra accomunare Kelsen e Böckenförde: entrambi non ignorano il rischio di un possibile ruolo “superlegislativo” dei giudici costituzionali volti a garantire valori (sia pure giuridico-costituzionali) e, dunque, l’includibilità (e forse l’irrisolubilità) del connesso problema dell’interpretazione costituzionale.

Anche per questo, secondo Böckenförde, mentre è consolidata la giurisdizione costituzionale, non è ancora unanime il consenso sul *metodo dell’interpretazione costituzionale* e accusa, anzi, il *Bundesverfassungsgericht*, di cui poi farà autorevolmente parte, di una certa incoerenza/incostanza metodologica.

Ritiene poi che i problemi dell’interpretazione costituzionale siano diversi da quelli derivanti dell’ordinaria interpretazione degli altri testi giuridici. Su questo punto specifico concordo pienamente, per almeno due motivi tutt’affatto trascurabili: 1) l’indeterminatezza del contenuto ideologico-politico del testo costituzionale, ben diverso da un ordinario prodotto legislativo¹⁷; 2) il fatto che – 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. Purtroppo su questo punto specifico, per me molto importante, mi sembra che Böckenförde non dica nulla di specifico ed esplicito. Ma, vista la mole degli scritti, posso sbagliarmi.

Ad ogni modo, com’è noto, Böckenförde individua quattro metodi fondamentali di interpretazione della Costituzione, naturalmente rifacendosi in gran parte (anche se non esclusivamente) alla dottrina tedesca. Provo di seguito a sintetizzare, in maniera inevitabilmente lacunosa, il suo denso e complesso pensiero:

a) Metodo ermeneutico classico (E. Forstboff)

Si richiamano, in questo caso, i classici canoni dell’interpretazione della legge (logica, grammaticale, storica, sistematica, teleologica), che si scontrano con l’oggettiva difficoltà di applicarli al testo costituzionale, che appare frammentario e indeterminato, contenendo formule di compromesso e accordi

¹⁷ Di questo problema Böckenförde fa ripetutamente cenno nei suoi lavori. Sul tema ricordo per tutti, in Italia, soprattutto il bellissimo e ancora attuale libro del filosofo del diritto D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1981, studioso dai cui libri e dalle conversazioni con il quale ho tratto infiniti spunti per molti miei lavori.

quadro procedurali. Ne discende la necessità di ricorrere ad “altri” criteri ermeneutici *suppletivi*, che però restano indefiniti e dunque, secondo Böckenförde, inevitabilmente facilitano l’arbitrio interpretativo¹⁸.

b) Metodo topico, che Böckenförde chiama “orientato al problema” (H. Ehmke, P. Häberle...).

In questo caso, i principi costituzionali perdono il loro carattere «normativo» e si trasformano in semplice «materiale di diritto costituzionale» utile per risolvere il singolo caso concreto, attribuendo all’interprete amplissime possibilità argomentative, sulla base di una comune *precomprensione* (*Vorverständnis*) di «tutti gli uomini che operano secondo razionalità e giustizia» (soprattutto docenti di diritto, giudici, ecc.)¹⁹. Emerge così il primato metodico del *caso/problema* sulla *norma/sistema*. Nell’approccio metodico topico sembra di potersi cogliere l’evoluzione altrove ben descritta da N. Luhman: quella del passaggio dall’astratta *dogmatica* giuridica alla concreta *problematica* giuridica²⁰.

Ma la *precomprensione* che permetterebbe di risolvere i problemi ermeneutici legati alla Costituzione è frutto del consenso sociale esistente in un certo momento storico e l’implicita democraticità di questo metodo comporta, secondo Böckenförde e altri (per esempio M. Kriele), uno «scivolamento dell’interpretazione nell’arbitrarietà»²¹. La Costituzione diventa, in questo modo, un semplice «recipiente aperto» che viene interpretata «a seconda del consenso intorno alla precomprensione del momento»²². Non credo di sbagliare se dico che, in fondo, è proprio questa l’originaria idea in America di B. Ackerman e altri, che parlano (non di circolo ermeneutico, ma) di “ciclicità” storica delle interpretazioni costituzionali ad opera della Corte Suprema. Idea facilmente contestata, anche di recente, dal giudice costituzionale A. Scalia²³ e che, almeno in questi termini, anch’io non condivido assolutamente, fin dal lontano 1987, quando ricordavo che “faro” – dunque parametro giuridico – di ogni Corte costituzionale deve essere la Carta scritta e non l’opinione pubblica (in deroga alla frase di M. de Unamuno: “*A donde vas Vicente? A donde va la gente!*”). Naturalmente è innegabile che – a differenza dell’*opinione pubblica*, perennemente instabile e

¹⁸ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, spec. pp. 75 ss.

²⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1974), trad. it. a cura di A. Febbrajo, Il mulino, Bologna, 1978.

²¹ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 76.

²² Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 79.

²³ Così A. SCALIA [La mia concezione dei diritti. Intervista di Diletta Tega ad Antonin Scalia, in *Quad. cost.* n.3/2013, pp. 674 s.]: «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”». Per altro A. Scalia – per il quale l’interpretazione *originalista* è il male minore (*the lesser evil*) – a mio avviso esagera, e semplifica troppo, quando brutalmente afferma: «gli unici diritti delle minoranze che esistano in una democrazia sono quelli che la maggioranza ha deciso volontariamente di introdurre e accettare» (p. 676). I diritti, invece, sono di “tutti” i cittadini, che appartengano o meno alla maggioranza. Ben più equilibrato il punto di vista, per esempio, di un ex Presidente della Corte costituzionale italiana, G. SILVESTRI [La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista di Diletta Tega a Gaetano Silvestri, in *Quad. cost.* n.3/2014, pp. 763 s.] per il quale «È un processo inevitabile: la Corte ha sì un ruolo necessariamente contro-maggioritario, ma non contro-maggioritario per principio».

oscillante – un qualche ruolo nel giudizio di costituzionalità possa invece avere la *coscienza sociale*, ma mai sostitutivo della Carta come “parametro giuridico”²⁴.

Ma l’attacco più forte, anzi durissimo e forse ingeneroso, di Böckenförde è quello che muove all’impostazione di P. Häberle, il quale – come si sa – parla di Costituzione come “processo pubblico” e viene accusato da Böckenförde esplicitamente di «dissoluzione quasi completa della Costituzione come norma», dandosi vita così a un procedimento più *politico* che *argomentativo*, con un metodo di «permanente mutamento costituzionale creatore di diritto» camuffato da interpretazione²⁵. Non nascondo che – pur comprendendo e condividendo le preoccupazioni di Böckenförde (soprattutto di uno svuotamento della Costituzione come “parametro” *giuridico*-normativo, sostituito da un’opinione pubblica *politicalmente* mutevole) – da sempre il mio punto di vista è più vicino a quello di P. Häberle: non a caso parlo, non da ora, della Costituzione non solo come “atto” (puntuale nel tempo), ma soprattutto come “processo” (storico), in larga parte determinato proprio dalla giurisprudenza costituzionale²⁶.

Non v’è dubbio che neanche Böckenförde vorrebbe una Costituzione imbalsamata/mummificata, ma credo che la semplificazione estrema, direi *tranchant*, da lui offerta del pensiero soprattutto di Häberle, forse non aiuti una armonica ricostruzione del concetto di Costituzione e l’adozione di un metodo dell’interpretazione sufficientemente aperto all’inevitabile necessità di *aggiornamento* di ogni Carta fondamentale, n.b.: non solo per via di revisione costituzionale, ma anche per via giurisprudenziale.

c) L’interpretazione costituzionale orientata su una considerazione scientifica della realtà (R. Smend)

Secondo quest’approccio, per interpretare, e quindi comprendere, la Costituzione non basta il testo letterale della Carta, né serve la dogmatica giuridica, ma semmai la conoscenza del processo di integrazione fra società e istituzioni che fa la vita reale dello Stato. La teoria smendiana, notoriamente complessa se non addirittura oscura, immagina che la Costituzione diventi una realtà elastica che, trasformandosi, si integra da sé: quindi l’interprete non può controllare, ma solo *riconoscere* (*Anerkennung*) queste trasformazioni/integrazioni.

Sotto quest’aspetto, la Costituzione non delimita valori ma recepisce lo spirito culturale del tempo, sicché forse i principi “prescritti” sembrano contare meno della funzione “sociale” della Carta. L’interpretazione costituzionale – «grazie al procedimento intuitivo delle scienze dello spirito» – ha «carattere elastico,

²⁴ Cfr., per tutti, B. ACKERMAN, *We, The People*, I, *Foundations*, Cambridge, 1991. Sul punto mi permetto di rinviare criticamente, fra gli altri, ad 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, p. 1245 e pp. 1264 ss. Ma v. pure A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2019, spec. pp. 20 s.

²⁵ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, spec. pp. 79 e 81.

²⁶ Cfr. A. SPADARO, *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, pp. 343 ss.

suppletivo». Sostanzialmente si tratta – come sinteticamente e felicemente propone B. Schlink a Böckenförde – di un’«interpretazione *sociologica*» della Costituzione, che ha natura più descrittiva/ricognitiva della realtà costituzionale che recettiva dei valori prescrittivi della Carta²⁷.

In fondo, anche questo approccio ermeneutico – per molti versi affascinante – si avvicina chiaramente a quello topico/problematico e va incontro, quindi, alle stesse critiche.

d) Metodo interpretativo ermeneutico-concretizzante (K. Hesse)

Secondo quest’impostazione ermeneutica, l’interpretazione costituzionale ha davvero senso e serve solo quando il testo della Carta non è univoco: in questa prospettiva, essa costituisce una «concretizzazione creativa» della Carta, almeno nelle sue parti più indeterminate.

A differenza del metodo topico-problematico, però, l’interpretazione concretizzante di Hesse esige il più rigoroso rispetto del “testo” normativo, che costituisce un limite invalicabile per l’interprete. Dunque, in quest’impostazione emerge non tanto il primato del *problema*, quanto del *testo*²⁸, salvo il caso – a ben vedere tutt’affatto trascurabile nelle Costituzioni contemporanee, assiologicamente pregnanti – di testo polisenso/indeterminato/ambiguo, dove invece la *concretizzazione*, che diventa qui una necessità, si traduce in “creatività” dell’interprete²⁹.

Una variante forse più raffinata della teoria della concretizzazione di Hesse è quella di F. Müller il quale ha il merito, per Böckenförde, di cercare di “razionalizzare” il processo di concretizzazione. Pur riconoscendo il classico vincolo normativo derivante dalla Carta, si sottolinea che – per essere applicabile al singolo caso di vita – ogni norma costituzionale (mi sembra di capire considerata tendenzialmente sempre indeterminata) va pure sempre “concretizzata”, nel senso che proprio all’interprete spetta determinarla.

Per quanto non sempre limpida, la tesi di Müller appare suggestiva a Böckenförde, ma a Suo avviso può essere accettabile solo a condizione che preventivamente esista invece una chiara e vincolante *teoria della Costituzione* (intesa come teoria dei diritti fondamentali) che costituisca una guida normativa per l’interpretazione della Costituzione stessa³⁰.

²⁷ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, pp. 86 ss. (v. spec. nt. 77).

²⁸ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, 93.

²⁹ Almeno sotto questo aspetto specifico, l’approccio ricorda quello di A. SCALIA (*op. cit.*, p. 670), il quale esclude un’interpretazione “per principi”, “sinottica” e “teleologica” di fronte a testi per definizione “chiari”: «Affermare che un testo costituzionale chiaro e con un adeguato livello di dettaglio possa essere riscritto sulla base di principi generali identificati altrove nella Costituzione, ai miei occhi non appare altro se non una “fuga dal testo”. Un metodo [...] privo di principi e decisamente spregiudicato (*unprincipled*)».

³⁰ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 96.

Quali conclusioni trarre da questa veloce (ammetto) “scorribanda” sulle diverse teorie dell’interpretazione costituzionale? Posto che giustamente – per Böckenförde – il metodo classico è insufficiente, per Lui anche tutte le altre teorie ricordate demoliscono la *normatività* della Costituzione, proprio per l’assenza di una «*teoria della Costituzione* che possa esprimere riferimenti direttivi vincolanti e fondare strutture dogmatiche» adeguate all’interpretazione³¹.

In particolare ed in sintesi, Böckenförde esclude che una corretta teoria della Costituzione vincolante possa essere fondata sulla semplice precomprensione soggettiva della Carta o sul mero consenso politico-sociale del momento. La precomprensione è solo un punto di partenza, ma non può determinare il contenuto della Carta, perché va confrontata con la “forma normativa” del testo, né il consenso politico è sufficiente a creare la norma costituzionale.

Insomma, per Böckenförde, la Costituzione è qualcosa di *già posto* e non un semplice «abbozzo di senso» affidato alla libera interpretazione³². Se la questione è posta in questi termini, è difficile darGli torto. Si scorge, sullo sfondo, il dilemma cruciale fra funzione “dichiarativa” (quando la Costituzione è vista soprattutto come un *atto* puntuale nel tempo) o “costitutiva” (quando la Costituzione è vista anche come *processo* storico) dell’interpretazione. A mio giudizio sono entrambi effetti inevitabili dell’ermeneutica costituzionale, ma restano le perplessità del maestro tedesco. Böckenförde, inoltre, ricorda il carattere *giurisdizionale* delle decisioni del *Bundesverfassungsgericht* (processo, concatenazione logica di argomenti, obbligo di motivazione, ecc.) – e quindi di tutti i tribunali costituzionali – per cui *in teoria* dovrebbe essere esclusa la possibilità che tali tribunali possano *integrare* il testo costituzionale, quindi che possano “sostituirsi” al legislatore costituzionale, trasformandosi in «“signori” della Costituzione»³³.

Come dicevo, comprendo le ragioni della rigorosa impostazione di Böckenförde, ma francamente faccio fatica ad arrivare ad una conclusione così rigida e – di fatto – slegata dalla realtà costituzionale contemporanea. Mi sembra innegabile, per esempio, che non poche decisioni della Corte costituzionale italiana (e dei tribunali costituzionali in genere), ancorché formalmente non siano qualificabili come “fonti del diritto”, oggi invece siano ormai ampiamente riconosciute tali e non solo nel senso di fonti del diritto primario, ma anche come fonti del diritto superprimario o costituzionale: alcuni di noi addirittura parlano, a proposito, di «sentenze di revisione costituzionale»³⁴. Si accetti o meno quest’ultima tesi, appare improbabile che oggi si possa dubitare della necessità di un ruolo suppletivo/sussidiario delle Corti costituzionali nello Stato costituzionale contemporaneo.

³¹ Così E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, p. 102, ma v. pure conformemente pp. 96 e 99.

³² Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, spec. pp. 103 e 106.

³³ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *op. cit.*, spec. pp. 110 s.

³⁴ Cfr. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 193 s. e 205.

A ben vedere, il fenomeno cui qui si accenna, che potrebbe sembrare una patologia costituzionale, non è tale, perché di solito non è ricercato/auspicato dalle Corti, che vi sono però costrette per risolvere “problemi” reali – e qui ritorna il tema dell’inevitabile metamorfosi della *dogmatica* nella *problematica* – spesso causati dall’inerzia/ignavia del legislatore di fronte a interessi, forse non esplicitamente enunciati nella Carta, ma che comunque sono costituzionalmente protetti. E tutto ciò avviene proprio all’esclusivo scopo – per usare la formula di Ehmke – di “concretizzare” i molti valori costituzionali protetti da principi generalissimi³⁵. Quasi sempre, dunque, la funzione suppletivo-creativa delle Corti è una *felix culpa* dei tribunali costituzionali che, per altro, certo e di regola devono cercare di *non* diventare degli *Überparlament*³⁶.

Non so se ho davvero compreso il pensiero del “giudice costituzionale” Böckenförde, ma – se è così – mi sembra che la sua lezione sia comunque preziosa come saggio e perenne avvertimento sui limiti (e sui rischi) dei possibili eccessi o abusi che in astratto potrebbero discendere da un’interpretazione imprudente da parte dei Tribunali costituzionali³⁷.

In conclusione, l’interpretazione costituzionale può essere – io direi: non può non essere – *discrezionale* almeno per le parti indeterminate delle Carte, ma certo non può mai diventare *arbitraria*, degenerando nel c.d. diritto libero (*freie Recht*).

3. Cenni sul c.d. paradosso di Böckenförde

Com’è noto, nel 1967 Böckenförde ricorda – e questo costituisce il Suo celebre paradosso – che «Lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire. Questo è il grande rischio che esso si è assunto per amore della libertà [...] Da una parte esso può esistere come Stato liberale solo se la libertà, che esso garantisce ai suoi cittadini, si regola dall’interno, vale a dire a partire dalla sostanza morale del singolo e dall’omogeneità della società. D’altra parte, se lo Stato cerca di garantire da sé queste forze regolatrici interne attraverso i mezzi della coercizione giuridica e del comando autoritativo, esso rinuncia alla propria liberalità e ricade – su un piano secolarizzato – in quella stessa istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali»³⁸.

³⁵ Un approfondimento di tutta questa problematica in A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017 (8 marzo 2017), nonché in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 117 ss.

³⁶ L’idea di riprendere la formula agostiniana di “*felix culpa*” è di G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, IX, Utet, Torino, 1994, p. 32.

³⁷ ... eccessi che io stesso, in alcuni casi, riconosco e stigmatizzo: cfr. il mio *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità. Le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019 (26.11.2019), pp. 145 ss.

³⁸ 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.

In pratica, senza una preesistente etica sociale condivisa – direi *pre-politica*: dunque culturale e spirituale – la Costituzione, come atto giuridico dello Stato secolarizzato, non regge. Ora, benché il concetto di *secolarizzazione* abbia un significato più ampio – di generale de-sacralizzazione di ogni istituzione e non necessariamente negativo³⁹ – dal punto di vista del filosofo e giurista tedesco “secolarizzazione” equivale essenzialmente a “scristianizzazione”.

Ad un lettore superficiale sembrerebbe che Böckenförde non dica nulla di nuovo: infatti è noto e difficilmente contestabile che – da un punto di vista *antropologico* – dietro ogni “etica sociale” si nasconde una concezione religiosa, una *Weltanschauung* religiosa. Per esempio, al di là delle significative differenze esistenti fra le famiglie giuridiche occidentali (*common law* e *civil law*), penso che (non tutto ma) buona parte del diritto occidentale possa considerarsi una traduzione giuridica, naturalmente imperfetta ma chiara, di precedenti valori ebraico-cristiani – dalle tavole di Mosè (non uccidere, non rubare, ecc.) allo stesso principio di uguaglianza (che affonda largamente le sue radici nella fraternità cristiana) – esattamente come buona parte del diritto islamico contemporaneo esprime, in tutte le sue molteplici forme e per grandi linee, la concezione religiosa del mondo legata all’Islam. E lo stesso potrebbe dirsi per le Carte giuridiche non solo dei diritti, ma dei doveri, presenti in Asia, dove spesso emerge con evidenza la preesistente cultura religiosa *confuciana* di base che, notoriamente, concepisce di più il clan, il gruppo, la famiglia, l’impresa rispetto alla singola persona, all’individuo, tant’è che ci sono stati grandi problemi linguistici nella traduzione di parole, come “persona” e “diritto soggettivo”, in cinese o giapponese.

Se ci limitassimo a questa lettura, mi sembra che il paradosso di Böckenförde attesti solo un’evidenza storico-empirica a cascata: dietro ogni *concezione del diritto* c’è una concezione dello Stato; dietro ogni *concezione dello Stato* c’è sempre una concezione del mondo; e, infine, dietro ogni *concezione del mondo* c’è sempre un’*antropologia religiosa*, di cui naturalmente si può essere più o meno consapevoli.

La questione, mi sembra di capire, piuttosto è un’altra: Böckenförde non si limita a questa constatazione, ma sostiene qualcosa di ben più importante, ossia che “senza questa etica preesistente” (di fondazione non esclusivamente ma largamente religiosa) l’ordine costituzionale, alla lunga, non regge.

Dieci anni dopo – nel 1977, in un contesto storico che forse potrebbe già definirsi post-secolare – Böckenförde conferma senz’altro la precarietà dello Stato liberale secolarizzato, che evidentemente da Stato di diritto non può tornare indietro nel tempo, trasformandosi in *Stato etico* (*sittlicher Staat*), con un apparato di propaganda volto ad indottrinare l’opinione pubblica: significherebbe rinnegare la libertà e dunque sé stesso. Ma tale Stato, però, nemmeno può continuare a sottostare al rischio del soggettivismo/relativismo esasperato che discende dalla cancellazione nichilistica delle sue radici (anche

³⁹ Infatti – a differenza del *secolarismo*, che sfocia nel nichilismo – i processi di secolarizzazione/desacralizzazione possono presentare, come si sa, aspetti positivi, consentendo di andare al vero cuore dei valori e dei principi che si intendono proteggere, sgravandoli/purificandoli dal fardello di aspetti inutilmente rituali.

religiose). Dunque, la soluzione al problema – imperfetta e dall’esito incerto, ma ragionevole e senza alternative – è quella di riconoscere che la neutralità e laicità (*Weltlichkeit*) dello Stato non equivale ad assenza di valori e connessi principi giuridici, per cui lo Stato liberale secolarizzato può e deve proporre un “suo” progetto di «formazione culturale della cittadinanza»⁴⁰. E qui, mi pare e come si vedrà meglio nel § 4, il suo pensiero si avvicina non poco a quello di P. Häberle.

Alla legittima domanda di Böckenförde – «di che cosa vive lo Stato e dove trova la forza che lo regge e che gli garantisce omogeneità, dopo che la forza vincolante proveniente dalla religione non è e non può più essere essenziale per lui?»⁴¹ – si possono dare risposte *tranchant* e unilaterali o invece dar vita a un fruttuoso “dialogo” sul punto, come nel 2004 hanno tentato di fare l’allora cardinal J. Ratzinger (che richiama la necessità, per lo Stato laico, di presupposti, oltre che spirituali, *anche* “razionali”) e il filosofo J. Habermas (che riconosce il ruolo *anche* della “religione” nello spazio pubblico)⁴². Mi pare che da questo dialogo discenda un utile compromesso: è vero che lo Stato liberale secolarizzato non può creare i presupposti su cui si regge, ma è altrettanto vero che, però, li può riconoscere – beninteso nella loro articolazione pluralistica, non solo cristiana – e conseguentemente tutelare.

Nel 2010, Böckenförde rende forse ancor più chiaro il pluralismo del suo approccio, ricordando – oltre il cristianesimo – l’illuminismo ed in genere l’umanesimo quali componenti fondamentali per il buon funzionamento dello Stato (che a questo punto io chiamerei, più che liberale, costituzionale *tout court*). In breve, se davvero lo Stato vuole vivere e durare, serve un «ethos unificante» (*unifying ethos*) e «un “senso di comunità” tra coloro che vivono nello Stato» (*a "sense of community" among those who live in this state*)⁴³.

In conclusione, più che di Stato liberale secolarizzato, oggi possiamo parlare di *Stato costituzionale post-secolarizzato* che, proprio in quanto laico e pluralistico, riconosce un ruolo pubblico a credenti e non credenti, a tutte le fedi religiose e a tutte le culture, in uno spirito di reciproco dialogo costruttivo, nel quale proprio il cristianesimo nella sua accezione più autentica è la “religione della libertà”. In questo senso – come ricorda Böckenförde – alla libertà di religione, ed in particolare alla libertà di *coscienza* del singolo, deve essere riservato un ruolo decisivo: *das Grundrecht der Gewissensfreiheit*⁴⁴. Ed è esattamente lo

⁴⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Lo Stato come Stato etico* (1977), ETS, Pisa 2017, *passim*. Su questi temi e sull’intreccio fra secolarizzazione, Costituzione come “processo” e come “opera” (nel senso di H. Arendt), di recente si è soffermato A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, ES, Napoli, 2021, spec. pp. 42 ss.

⁴¹ Così E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säcularisation*, op. et loc. cit.

⁴² Cfr. *Ragione e fede in dialogo*, a cura di G. Bosetti, Marsilio, Venezia, 2005, *passim*.

⁴³ La frase completa, ben chiara, è: «To conceive of such a state the liberal order needs a unifying ethos, a "sense of community" among those who live in this state. The question then becomes: what is creating this ethos, which can neither be enforced by the state nor compelled by a sovereign? One can say: first the common culture. But what are the elements and factors of that culture? Then indeed we are dealing with its sources such as Christianity, Enlightenment and humanism. But not automatically any religion»: cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Freiheit ist ansteckend*, archived 2010-11-04 at the Wayback Machine, Frankfurter Rundschau, 1. November 2010 online, 2. November 2010, S. 32f.

⁴⁴ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE (*Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säcularisation*, op. et loc. cit.) dove sostiene che: «i cristiani dovrebbero comprendere la laicità non più come un corpo estraneo alla propria fede ma come opportunità della

stesso orientamento di pensiero che ho cercato di esprimere in un mio libro del 2008 sulle radici “religiose” del concetto “laico” di libertà di coscienza⁴⁵.

Ma proprio nel paradosso di Böckenförde trovo un ulteriore spunto, o tratto di vicinanza, con il mio piccolo percorso di ricerca, durante il quale – occupandomi del *principio super- e meta-costituzionale di dignità umana* – mi è capitato di incontrare felicemente 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»⁴⁶. In fondo, è proprio così: i “presupposti” di cui qui si è discusso sono tali proprio perché non *riducibili* al, né *esauribili* nel, semplice “sistema” giuridico positivo dato.

Ora, ho accennato al paradosso, o dilemma, di Böckenförde perché mi pare che ci sia un collegamento fra questo e i problemi interpretativi minuziosamente esaminati dal Nostro (cfr. *infra* il § 2). Come si ricorderà, più volte Böckenförde ha insistito sulla necessità di una *teoria della Costituzione* vincolante, che definisca “strutture dogmatiche” adeguate all’interpretazione.

Qui giunto, mi chiedo sommessamente se proprio i celeberrimi “presupposti” del paradosso di Böckenförde prima ricordati coincidano (in qualche modo o almeno in parte) con la “teoria della Costituzione” sempre invocata dallo stesso Autore quale condizione necessaria per una corretta interpretazione della Carta: non ne sono sicuro, ma penso sia plausibile, o quanto meno ragionevole, cogliere un qualche nesso fra i due concetti. Infatti, probabilmente è solo una matura percezione/consapevolezza di quegli indispensabili “presupposti” culturali e spirituali – quella che io chiamo *etica pubblica costituzionale* – che rende possibile l’elaborazione di una buona “teoria della Costituzione” e permette di svolgere una corretta e conseguente “interpretazione della Carta”, intesa come *atto giuridico-normativo vincolante* e non come mero “abbozzo di senso” affidato all’arbitraria libertà dell’interprete.

libertà, che è anche loro compito preservare e realizzare». Cfr. pure ID., *Stato, costituzione, democrazia*, cit., pp. 263 ss. Ma v. pure ID., *Cristianesimo, libertà, democrazia*, Morcelliana, Brescia, 2007. E naturalmente il principio costituzionale di libertà di coscienza vale anche “all’interno” della Chiesa: cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Kirche und modernes Bewußtsein*, in *Communio*, n. 15/1986, pp. 153 ss.

⁴⁵ Cfr. *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, cit.

⁴⁶ Così G. MASIERO, *Il teorema di Böckenförde*, in *Critica scientifica*, 26 agosto 2014 (v. <https://www.enzopennetta.it/2014/08/il-teorema-di-bockenforde/>). 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 F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di), *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism context*, Dickinson ed., Madrid, 2003, pp. 169 ss. e in *RBDC, Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6/2005, pp. 119 ss.

4. Considerazioni conclusive: compatibilità fra le tesi di E.-W. Böckenförde e P. Häberle?

Provo ora – usando categorie linguistiche e concettuali a me più congeniali e altrove esposte *funditus*⁴⁷ – a tirare le somme di quanto descritto.

Dal mio punto di vista, la Costituzione liberaldemocratica e personalista è essa stessa un’etica, con tre caratteristiche particolari e qualificanti:

- 1) pur non essendo una mera etica procedimentale, o vuota, è comunque una semplice *meta-etica* o etica generale di “secondo livello” (limitandosi a fissare solo alcuni valori minimi essenziali – tradotti in principi giuridici – che rendono possibile, da parte dei consociati, l’adesione a tutte le altre etiche individuali e collettive, naturalmente non in contrasto con questa meta-etica generale o comune, che non a caso G. Jellinek chiamava *das Ethische Minimum*⁴⁸);
- 2) per quanto appena detto è anche un’etica *pubblica*, ossia può e deve valere “per tutti” (dunque, a differenza delle altre, è l’unica vincolante per tutti i consociati);
- 3) è un’etica *laica*, perché – pur risentendo certo di un pensiero *ideologico* (non solo illuminista, ma anche religioso) – almeno formalmente non sposa un pensiero politico o religione particolari.

In questo senso, ogni Costituzione liberaldemocratica è un “compromesso” fra etiche sociali, generoso e altissimo, ma sempre “compromesso”, fra etiche diverse e quindi fra diverse concezioni del mondo. E, a ben vedere, la parola usata da Böckenförde – «presupposti» – è forse più felice di “etica” perché è già in sé un “plurale”. Si può anche parlare, al singolare, di un’etica preesistente, ma nel senso che il “compromesso costituzionale” genera una *nuova* etica – appunto una *meta-etica* – che è il frutto sofferto di un equilibrio fra diverse etiche che si sono felicemente *fuse*. E solo il *corso della storia* ci può dire se davvero la nuova etica comune cui si è accennato esiste davvero, ossia se, e in che misura, è reale, vivente, positiva.

Se le cose stanno così, almeno stanno così dal mio punto di vista, non trovo incolmabile il fossato che sembra dividere – sul piano del “metodo interpretativo” – le posizioni di Böckenförde e Häberle.

La formula dei «presupposti» di Böckenförde, come s’è detto felice per alcuni aspetti, è però un’arma doppio taglio. Infatti – sia se ci troviamo di fronte a una c.d. *Costituzione-bilancio* (che attesta e consolida un processo storico), sia nel caso, invece e “a maggior ragione”, di una *Costituzione-programma* (che guarda a un futuro comune da costruire) – può forse essere riduttivo parlare *in senso cronologico* di «presupposti» necessari per l’esistenza dello Stato liberale secolarizzato. Infatti, la cultura giuridico-politica – o etica

⁴⁷ Mi permetto di rinviare soprattutto a due volumi: cfr. spec. *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, Giuffrè, 1994 e *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici «religiose» dello Stato «laico»*, cit.

⁴⁸ Così G. JELLINEK, *Die Sozialethische Bedeutung von Recht, unrecht und Strafe* (Wien 1878), ora Reinheim 1967, p. 42: «...Das recht ist nichts Anders, als das Ethische Minimum».

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, proprio grazie al testo costituzionale.

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»⁴⁹.

Faccio l'esempio dell'Italia, a noi più vicino: dubito che nel 1946-48 – gli anni della costituente – al di là di un comune ma generico rifiuto della dittatura fascista, esistessero veramente i “presupposti” di cui parla Böckenförde: le divisioni ideologiche erano abissali. Erano così profonde che apparentemente ben poco accomunava, per esempio, un Togliatti con un La Pira. Il felice “compromesso costituente” italiano ha però favorito l'assorbimento, successivo, lento e graduale, dei valori comuni giuridicamente fissati sotto forma di principi giuridici nella Carta. Proprio quei “presupposti”, che solo formalmente venivano riconosciuti nella nostra Carta fondamentale nel 1948, forse solo oggi, a più di 70 anni di distanza, sono diventati sostanzialmente patrimonio comune.

Naturalmente ciò non varrà per *tutti* i consociati e non per *tutto* il patrimonio assiologico costituzionale, ma credo che buona parte dei valori e principi dell'originario “compromesso costituente” siano stati realmente accolti, psicologicamente percepiti e, per dir così “metabolizzati”, dall'opinione pubblica del nostro Paese, solo lentamente, gradualmente, di generazione in generazione, sicché presumo che, per esempio, oggi *tutti, anche se fossimo non credenti*, “non potremmo non dirci cristiani” e *tutti, anche se fossimo socialisti/laburisti*, “non potremmo non dirci liberali”, ecc. In breve, i più di 70 anni trascorsi hanno ridotto le differenze ideologiche (gli abissi di cui parlavo).

Il fatto, poi, che al “mito di fondazione costituzionale della Resistenza” sia stato sostituito il mito della “Riconciliazione nazionale” non significa che siano venuti meno i valori della Carta del 1948, ma al contrario che essi si sono consolidati *per stratificazione sociale e culturale* negli anni⁵⁰. Credo proprio, e spero, che oggi a ben pochi, se non a nessuno, verrebbe in mente di definirsi “comunista stalinista” o “fascista” o di invocare la religione cattolica come “religione di Stato” e oggi – ma solo oggi e grazie anche a Carte internazionali dei diritti – immagino che nessuno dubiti dell'assurdità di discriminazioni non solo secondo sesso, ma anche secondo “tendenza sessuale”.

⁴⁹ Sul punto cfr. spec. J. LUTHER, *La scienza häberliana delle Costituzioni*, in *Analisi e diritto. Ricerche di filosofia analitica*, 4 (2001), p. 137. Ma utilissimo, ora, è anche P. HÄBERLE, *Scienza e dottrina giuridica, natura e cultura, musica e amicizia. Uno schizzo autobiografico di Peter Häberle, Bayreuth*, su cui felicemente F. LANCHESTER, *Uno schizzo autobiografico esemplare*, entrambi in *Nomos*, n. 1/2021.

⁵⁰ Sul punto cfr., per tutti, P. POMBENI, *Una nuova Costituzione? A cinquant'anni dall'Assemblea Costituente*, in *La Chiesa nel tempo*, 2/1996, spec. pp. 81 e 90 ss.; ID., *Idee per una costituente*, in *Dem. dir.*, 1995-1996, 111 ss.; ID., *La Costituente*, il Mulino, Bologna 1995.

Non mi pare che si possa parlare, dunque, tanto e solo di principi *pre-esistenti*, quanto semmai ed anche di principi *acquisiti* “nel corso del tempo” (lentamente metabolizzati e/o nuovi). Insomma, l’etica pubblica costituzionale non è semplicemente qualcosa di presupposto, solo di preesistente, perché invece essa è anche il frutto di una maturazione sociale cui contribuisce pure lo stesso testo giuridico della Carta, per la sua forza orientativa, e perché la Costituzione, come dico da tanti anni, non è solo un *atto* (puntuale nel tempo), ma un *processo* (storico).

Del resto – come riconosce anche Böckenförde – la Costituzione è un testo cartaceo limitato, ordinariamente fatto di pochi articoli, che non può pretendere di disciplinare tutto, sicché necessariamente una 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, per l’altro sono invece *successivi* ed esplicativi del testo.

Usando le categorie – prese a prestito dalla semiotica, a me più gradite e altrove approfondite⁵¹ – proprio per interpretare la Costituzione, intesa come “processo storico”, occorre tener conto del *pre-testo* (meta-etica pubblica laica), di un *testo* (la Carta), del *con-testo* (storico) per giungere, quando serve, anche a un *meta-testo* (dovuto appunto al lavoro ermeneutico degli operatori pratici del diritto, Corte costituzionale *in primis*, che contribuiscono a formare/integrare l’etica pubblica). Ed è possibile garantire e tutelare proprio la libertà di coscienza – cui tanto Böckenförde, come chi scrive, tiene – proprio perché la Costituzione è, sì, normativa e vincolante, ma anche “aperta”, come del resto aperta deve essere la società liberale cui proprio il Nostro fa riferimento⁵².

A questo punto, la contrapposizione fra Böckenförde e Häberle mi sembra meno aspra di quanto non appaia.

Certo i presupposti dello Stato liberale non sono creati, né sufficientemente garantibili, dallo Stato stesso, ma ciò che in parte *precede* il testo (*pre-testo*: etica pubblica) deve inverarsi e realizzarsi anche *successivamente*, nel corso tempo, dando vita alla Costituzione *reale/vivente* (*meta-testo*). Dal mio punto di vista, l’ermeneutica costituzionale è costruita proprio su questo paradosso: per *conservare* i valori culturali e spirituali precedenti al testo (*pre-testo*), e che sono alla base del testo, bisogna necessariamente *aggiornare* il testo stesso. Ciò è possibile proprio per la naturale c.d. “eccedenza assiologica” dei principi costituzionali, che permette di espanderne la portata giuridico-normativa⁵³. Dunque, se si vuole davvero *conservare* l’essenziale, bisogna saper *cambiare* e non poco: solo un’interpretazione “evolutiva” della Costituzione ne può permettere

⁵¹ Cfr. il mio *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico)*, op. et loc. cit., ma v. pure ID., voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1630 ss.

⁵² Per tutti cfr., ovviamente, K. POPPER, *The Open Society and its Enemies* (London 1966, IV ed.), trad. it., Armando, Roma, 1974, vol I e II.

⁵³ Cfr. D. FARIAS, *op. et loc. cit.* (che richiama sul punto la lezione di E. Betti).

l'effettiva "conservazione" nel tempo e, a mio avviso, nessuno più e meglio dei giudici – che devono risolvere problemi legati a casi di vita concreti e imprevisi (e talora imprevedibili) – può essere adatto a svolgere questo compito.

Naturalmente, affinché l'evoluzione non diventi stravolgimento del testo costituzionale, serve un delicato e difficile equilibrio ermeneutico: una parte della dottrina italiana parla, a proposito, di *interpretazione stabilizzatrice, moderatrice o equilibratrice della Costituzione*⁵⁴.

E ciò può dirsi proprio in relazione a una teoria della Costituzione che – come vorrebbe Böckenförde – sia essenzialmente una teoria dei *diritti* umani. Quale che ne sia il fondamento, questi ultimi non sono assoluti, ma vanno sempre rapportati ai *doveri*, dunque sono sempre relativi/positivi e relazionali, costituendo un limite l'uno all'altro. Ma nessun catalogo dei diritti è mai esauriente, perchè le aspirazioni umane sono infinite e assolute rinviando appunto ad un meta-testo sempre *in fieri*⁵⁵.

Per questo resta preziosa la lezione di Böckenförde di stare in guardia dall'abuso dei poteri "interpretativi" delle Corti costituzionali, che non devono diventare "creativi" per semplicistico appiattimento sull'*opinione pubblica* prevalente, cosa che finirebbe di svuotare di senso la Costituzione come testo giuridico. È già mi sono espresso sul fatto che, auspicabilmente e ordinariamente, i tribunali costituzionali non dovrebbero sostituirsi, salvo casi estremi, al legislatore.

Escluderei pure che questa tesi di Böckenförde – certo sensibile all'approccio *originalista* – sia ridicibile alle più estreme correnti ermeneutiche *testualiste*, che tendono a "mummificare" una Carta costituzionale. È appena il caso di ricordare, nonostante le evidenti differenze, i nessi fra l'ermeneutica giuridica e quella teologica. Dunque, per quanto ardito suoni il paragone, penso possa dirsi che, come un'interpretazione meramente testualista/letteralistica delle sacre scritture generi quasi sempre un approccio teologico e pastorale "integralista" o "fondamentalista", così un'interpretazione rigidamente testualista/letteralistica della Costituzione rischia di degenerare in quello che chiamerei, più che "patriottismo", "fondamentalismo" costituzionale. Ora, a mio avviso, sarebbe un grave errore leggere in questa chiave semplificativa e negativa l'*originalismo* ermeneutico di Böckenförde e il richiamo che Questi fa a ciò che "pre-esiste" al testo costituzionale e consente – beninteso, s'è visto, insieme a un'interpretazione evolutiva

⁵⁴ Cfr. spec.: G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 141 ss.; A. SPADARO, *Una corte per la Costituzione*, cit., pp. 1252 ss. e 1268 s.; ID., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli, 1990, pp. 38 ss.; ID., *Bilanciamento*, in *Enc. filos.*, II, Bompiani, Milano, 2006, pp. 1261 ss.; A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, p. 19; G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 248.

⁵⁵ Si può, forse, considerare assoluto il "fondamento" di questi diritti (v., se si vuole, il mio *Il problema del "fondamento" dei diritti "fondamentali"*, in *Dir. e soc.*, n. 3/1991, pp. 453 ss. e in AA.VV., *I diritti fondamentali, oggi*, Cedam, Padova, 1995, pp. 235 ss.), ma certo tutti i diritti costituzionali sono positivi e relazionali: cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 1/2006, pp. 167 ss. [nonché in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2007, pp. 129 ss.] e, ancora, ID., *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2005, *passim*.

– una buona ermeneutica del “testo” di una Carta, rendendolo davvero reale-vivente. In fondo, proprio questo mi sembra l’aspetto forse più rilevante e coraggioso del prezioso contributo di Böckenförde all’ermeneutica costituzionale.

Nel quadro dei tre principali approcci ermeneutici possibili (*nettamente cognitivista, moderatamente cognitivista, dichiaratamente scettico*)⁵⁶, non saprei dire con certezza se il punto di vista di Böckenförde rientri fra il primo o il secondo, ma certo per Lui l’interpretazione dei testi normativi, ed in particolare della Costituzione, è un’attività “conoscitiva” e non “valutativa”. Del resto – esattamente come, fra giusnaturalismo e giuspositivismo, personalmente propendo per il *costituzionalismo*, che considero una specie di “terza via”: non a caso parlo di “positivismo illuminato”⁵⁷ – così nella diatriba ermeneutica da sempre ho preso posizione per il “cognitivism moderato” (l’interpretazione giuridica è ora un fenomeno dichiarativo/*conoscitivo*, ora invece un fenomeno costitutivo/*valutativo*)⁵⁸.

In questo senso, resta la differenza fra chi teme che lo Stato costituzionale si trasformi in Stato giurisdizionale (*Gericht.Staat*) e chi invece ne prende atto, se non con compiacimento, con sano realismo. Ma, in conclusione, mi sembra che sia possibile cogliere costruttivamente una certa *compatibilità fra le tesi di E.-W. Böckenförde e P. Häberle*, potendosi percorrere una “via mediana” che coglie i pregi dell’una e dell’altra. Almeno questo è quel che ho cercato di fare nel percorso della mia ricerca personale.

È vero che i valori *etico-politici*, quando addirittura non religiosi (Böckenförde), sono *presupposti* su cui si fonda lo Stato mondano secolarizzato ed è vero che quando vengono meno questi valori nella società viene meno anche la Costituzione che da sola non può esigerli, ma proprio in quanto tali valori *etico-politici* sono diventati principi *giuridico-costituzionali*, è “dovere” dello Stato educare i cittadini agli stessi e dunque contribuire al consolidamento dei presupposti spirituali su cui si fonda, grazie all’educazione e alla cultura. Proprio in quanto “propone” un *ethos* unificante, è chiaro che lo Stato non lo può “imporre” come potrebbe fare se fosse totalitario. E quindi il suo intervento dovrebbe essere, oltre che di riconoscimento, soprattutto *educativo-promozionale*, anche al fine di rinsaldare il senso di comunità.

È, o dovrebbe essere, un processo circolare e virtuoso. Dunque, il paradosso di Böckenförde è forse compatibile con la funzione educativo-culturale propria dello Stato costituzionale cui espressamente mira Häberle che considera la cultura, con ciò che comporta, un quarto elemento dello Stato⁵⁹ e, alla fine, forse con la stessa teoria dell’integrazione di R. Smend.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Cfr. *retro*, § 1.

⁵⁸ Cfr. *retro*, §§ 2 e 3. Per approfondimenti, rinvio a *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, in *Pol. dir.*, n. 3/1996, pp. 399 ss.

⁵⁹ Cfr. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale, I) Principi generali*, in *Enc. giur.*, XXXIV, Istituto della enciclopedia italiana, Roma 2007, 7, ma v. *passim* e, per ulteriori indicazioni, ID., *Scienza e dottrina giuridica, natura e cultura, musica e amicizia*, op. et loc. cit.