

ANNO LXXVI - N. 3-4, LUGLIO-DICEMBRE 2024 - NUOVA SERIE

Iustitia

RIVISTA TRIMESTRALE DI CULTURA GIURIDICA
DEI GIURISTI CATTOLICI ITALIANI

FONDATA NEL 1948



Direttore:

Damiano Nocilla

Il Consiglio scientifico, ai sensi dello Statuto dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, è composto, oltre che dal Direttore, dai membri del Consiglio centrale dell'Unione aventi voto deliberativo:

M. Allena, V. Bassi, A. Buccaro, S. Budelli, A. Camilli, M. Corti, A. De Francesco, M. Ferraresi, M. Ferrero, A. Gambino, A. Lasso, O. Lanzara, C. Mirabelli, G. Paracampo, M. Pasqualato, C. Romanelli, M.A. Scino, P. Stanzione, V. Tondi della Mura, S. Troilo, R. Valori

Consiglio di direzione:

J. Adolphe, F. Amarelli, M.M. Albert Márquez, S. Amato, A. Aparisi Miralles, V. Bellver, M. Cartabia, U. De Siervo, J.R. de Verda y Beamonte, O. Descamps, C. Dominguez, P. Femia, G.M. Flick, C. Martinez de Aguirre, A. Nicolussi, M. Olivetti, A. Ollero, E. Rossi, P. Tejada Pinto, S. Tzitzis

Coordinatore di redazione:

V. Mastroiacovo

Comitato di redazione:

S. Bauzon, G. Carapezza Figlia, F. Macioce, C. Sartea

Segreteria:

Via della Conciliazione, 1 – 00193 Roma; telefono 06.6864865

Classificazione Decimale Dewey:

340.05 (23.) DIRITTO. PUBBLICAZIONI IN SERIE

RIVISTA SCIENTIFICA DELL'UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI

Iustitia, fondata nel 1948, è la Rivista di cultura giuridica dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani. Dal 2019, al fine di raggiungere un numero sempre maggiore di lettori e contribuire in modo sempre più incisivo al dibattito giuridico e culturale, viene pubblicata on-line e con contenuti ad accesso libero.

Iustitia ha l'obiettivo di rappresentare un luogo di analisi e discussione dei principali temi dell'attualità giuridica e istituzionale. Iustitia pubblica contributi attinenti a tutte le aree e i settori del diritto, ed è altresì aperta ai contributi degli studiosi della politica, dell'economia, della sociologia e della filosofia, ove presentino profili di interesse per la cultura giuridica.

La rivista Iustitia è organo dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, che intende promuovere un dibattito scientifico pluralistico. Le opinioni vengono espresse dagli Autori a titolo personale e non necessariamente agli orientamenti dell'Unione.



©

ISSN
2499-2763

ISSN-L
0021-3268

ISBN
979-12-218-1977-9

PRIMA EDIZIONE
ROMA 8 GIUGNO 2025

INDICE

EDITORIALE

- 9 *Interpretazione per principi e storicità del diritto – (Rileggendo Nicolò Lipari nel trigesimo della sua morte)*
GIANFRANCO GARANCINI

ATTUALITÀ E DOTTRINA

- 27 I – *Intelligenza artificiale e sistema penale. La disumanizzazione del diritto*
TOMASO EPIDENDIO
1. Introduzione, 27 – 2. Trasformazione delle condotte criminali: “despazializzazione” del diritto penale e responsabilità delle macchine, 29 – 3. Tecniche investigative e accertamento dei reati: i rischi di una giustizia preventiva e del controllo sociale generalizzato, 33 – 4. Decisori artificiali e incalcolabilità del diritto, 34 – 5. Conclusioni, 35.

SAGGI – INTERVENTI

- 39 I – *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*
PIERALBERTO MENGOZZI
1. L'idea di solidarietà tra gli Stati membri, 39. – 2. L'iniziativa della BCE, 41 – 3. Gli strumenti e programma di assistenza adottati dall'UE, 45. – 4. Il ruolo della Corte di Giustizia, 45 – 5. Conclusioni, 47.

- 51 II – *Looking for Sustainability in the Dispute Settlement Practice of the New Generation of EU Trade Agreements. A Path of Solidarity*

ELISA BARONCINI

1. Introduction, 52 – 2 The dispute settlement mechanisms of the new EU TAs, 58 – 3. The first three panel reports within the EU TAs dispute settlement mechanisms, 62 – 4. Civil Society, non-trade values, scope and binding force of TSD provisions in the EU TAs case law, 65 – 4.1. Amicus curiae and Domestic Advisory Groups, 65 – 4.2. Scope and binding force of the TSD provisions, 67 – 4.3. Emphasizing the sustainability nature of the EU TAs, 70 – 5. The disputes with Algeria, 73 – 6. The Single Entry Point (SEP) and the CNV Internationaal complaint, 79 – 7. Conclusions, 86.

- 89 III – *Quid Est Veritas? La dialettica Verità-Certezza nell'esperienza giuridica. Introduzione ad un Convegno*

DAMIANO NOCILLA

- 95 IV – *Habeas mentem: considerazioni sull'intelligenza artificiale alla luce della bioetica*

PASQUALE STANZIONE

FOCUS

- 111 *Tavola rotonda "Democrazia e Costituzione", Trieste 4 luglio 2024.*
Avvertenza

- 113 I – *Democrazia e Costituzione*

D. NOCILLA

Introduzione

- 117 II – *Democrazia e Costituzione*

S. BARTOLE

Presidenza

- 121 III – *Democrazia e Costituzione*
U. DE SIERVO
Relazione
- 131 IV – *Democrazia e Costituzione*
C. MIRABELLI
Relazione
- 135 V – *Democrazia e Costituzione*
G. AMATO
Relazione
- 143 VI – *Democrazia e Costituzione*
G.M. FLICK
Relazione
- 155 VII – *Democrazia e Costituzione*
C. PINELLI
Intervento programmato
- 161 VIII – *Democrazia e Costituzione*
M.M. ZUPPI
Indirizzo di saluto
- 165 IX – *Democrazia e Costituzione*
C. MIRABELLI
Conclusioni

INVITO ALLA LETTURA

167 I – *Vittorio DANIELE e Carmelo PETRAGLIA, L'Italia differenziata. Autonomia regionale e divari territoriali.*

C. MIRABELLI

169 II – *Paolo GHERRI, Diritto amministrativo canonico. Tutele codicili.*

C. MIRABELLI

171 *Libri ricevuti*

EDITORIALE

– | –

INTERPRETAZIONE PER PRINCIPI E STORICITÀ DEL DIRITTO¹

(RILEGGENDO NICOLÒ LIPARI NEL TRIGESIMO DELLA SUA MORTE)

GIANFRANCO GARANCINI²

Pur nella varia, complessa, articolata gamma dei suoi studi e delle sue ricerche – sempre originali e in molti casi innovative – Nicolò Lipari ha inteso seguire e perseguire l’obiettivo costante e stabile di adeguare non solo l’interpretazione, ma prima ancora i fondamenti stessi del diritto civile (e, più in profondità, del diritto stesso) all’esperienza giuridica nella storia (diacronica e sincronica), nella continua ricerca, da una parte, di affrancare l’interpretazione da una lettura formalistica e astratta (l’«interpretazione per categorie») e, dall’altra di sostenere e “legittimare” una lettura adeguatrice ai principi fondamentali quali emergenti dall’esperienza giuridica (l’«interpretazione per principi»), ed espressi, nel nostro Paese, dalla Costituzione repubblicana.

Fin dall’inizio di questa “avventura” umana e culturale (cfr. *Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, seconda edizione, Laterza, Roma-Bari 1976, *presentazione*, pag. XVI) l’intento espresso era stato quello di

¹ Editoriale dedicato al ricordo del compianto Prof. Nicolò Lipari, nel trigesimo della sua morte. *Varese-Roma, 31 agosto 2024, giorno di San Giuseppe d’Arimatea.*

² *Professore di Storia del Diritto all’Università degli Studi di Milano. Socio Onorario dell’UGCI.*

“offrire al futuro operatore giuridico... la consapevolezza critica che prima di ogni formulazione legislativa esiste una storia di fatti e di idee che è opportuno conoscere per intendere quel dettato e che dopo una legge (magari anche per sua influenza) si svolge una realtà di rapporti e di situazioni che è indispensabile capire per darvi disciplina attraverso il richiamo alla regola legislativa”,

essendo fin da allora lucidamente conscio che

“... solo nel momento in cui la scuola giuridica sarà capace di operare una saldatura tra le elaborazioni teoriche e le sollecitazioni della prassi sarà possibile ricollocare le operazioni dei giuristi al livello di un contesto culturale dal quale esse si sono - più o meno consapevolmente, ma comunque per influenza diretta dell’università e dei modi in cui in essa si svolge la didattica e la ricerca – estraniare”,

affidandosi ai (o rifugiandosi nei?) vecchi schemi concettuali (e interpretativi) astratti, nonché alle finzioni giuridiche sostitutive della realtà ma (proprio per questo) elusive della sostanza del diritto, anche se, nel tempo, siano state utili strumenti di approfondimento e riflessione (si veda, per esempio, la discussione dell’uso dei concetti di «*persona*» e di «*soggetto*» nel secondo capitolo, *La soggettività giuridica*, del libro su *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2013).

In una delle sue opere più recenti e intense e consapevoli – *Elogio della giustizia*, ed. il Mulino, Bologna 2021, pag. 34 – Nicolò Lipari aveva scritto (richiamando la prima delle *regulae iuris* del Digesto [D. 50, 17, 1, pr. 1]: *“non ex regula ius sumitur <sumatur>, sed ex iure regula fiat”*):

“La legge non deriva... la sua forza dalla arbitraria volontà di chi la pone, ma da una preesistente intrinseca giuridicità che si riconnette a un indice condiviso, lo si voglia o meno qualificare in chiave di giustizia. La scienza del diritto non può quindi essere intesa come volta esclusivamente a descrivere il sistema delle norme poste, ad analizzare testi,

strutture formali, enunciati. Deve scontrarsi con il modo d'essere di un'esperienza, con valori condivisi e diffusi, e quindi inevitabilmente misurarsi con l'idea di giustizia che, nella varietà delle situazioni date, emerge dal contesto sociale in chiave di condivisione e di consenso. Ogni essere umano riflessivo (e quindi anche il giurista e il giudice) è immerso in un contesto di senso e valuta necessariamente ogni situazione che gli si prospetta sotto l'aspetto del suo significato. Poiché l'interpretazione giuridica è attività umana, la pretesa del positivismo legalista di considerare i fatti in una loro oggettiva anelasticità, oltre che arbitraria, è anche impossibile”.

Di conseguenza – ma è una conseguenza decisiva e pregnante di significato – (*op.cit.*, pag. 36),

“La norma giuridica non vale mai in sé e per sé, ma in quanto si ingrana e si inserisce nella funzionalità di tutta l'esperienza. Essa si pone come comando giuridico in quanto è accolta dalla volontà che obbedisce ed è incorporata, più o meno consapevolmente, dal soggetto nella propria coscienza e nel proprio sentimento del diritto”;

con il che si sposta decisamente il lavoro, l'impegno (la «missione») del giurista dalla esplicazione pedissequa del «potere» che si esprime con una norma, alla comprensione delle situazioni soggettive che nell'applicazione della norma sono coinvolte, e pertanto alla individuazione dei criteri e degli strumenti interpretativi/applicativi delle norme nell'esperienza giuridica svolta, e che si va svolgendo, nella storia.

Ciò investe direttamente l'*interpretazione* e, nella specie, la necessità di spostare il fulcro della ridefinizione dei criteri di interpretazione della norma giuridica dall'astratto al concreto, dalla forma alla sostanza della legge stessa, alla effettiva situazione soggettiva *storicamente* coinvolta, tanto da far scrivere a Nicolò Lipari (*Le categorie del diritto civile*, cit.,

pagg. 58-59) che “*si può dunque dire che oggi l’individuazione del punto di riferimento degli effetti si sia venuto spostando da un soggetto astrattamente inteso ad un individuo concretamente definito nella peculiarità dei suoi connotati personali (...). Il diritto soggettivo non è più attribuito in astratto, ma in funzione della specifica condizione del suo titolare*”. Nel quadro della moderna fenomenologia, quello che viene in primo piano è l’«*homme en situation*» e la sua percezione di sé e del mondo esterno, e degli intercorrenti rapporti (MAURICE MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, Paris, 2005), rapporti che comprendono – in misura anche superiore a quel che appare – i rapporti giuridici, “*pubblici*” e “*privati*”.

Ma proprio per questo investe anche, in particolare, la questione delle *fonti*:

“Di fronte a quello che è stato chiamato il disordine (o addirittura la nebulizzazione) delle fonti il giurista, teorico e pratico, ha ormai preso sempre maggiore consapevolezza dell’incisività del suo ruolo. Sa non solo che il suo campo di analisi ha perduto i confini dell’originaria dimensione statualistica, ma altresì che il diritto nasce dal basso nella concretezza storica delle varie strutture della società civile. Avverte (anche se talora in maniera soltanto intuitiva) che i suoi punti di riferimento non possono più essere, in via esclusiva, degli atti di posizione comunque qualificati, poiché è necessario spostare l’ottica al piano degli atti di riconoscimento... È consapevole del sempre più decisivo ruolo assegnato al momento interpretativo, non solo per l’ambiguità dei dettati legislativi (fin dall’inizio offerti ad una pluralità di esiti applicativi), ma anche per la difficoltà di enucleare il precetto nella complessità di un contesto entro il quale giocano una pluralità di fattori, non sempre fra di loro omogenei” (Le categorie del diritto civile, cit., postilla, a pag. 219).

E dunque – riprendendo le premesse di molti decenni addietro, già espresse nella “mitica” prolusione barese del 1968, *Il diritto civile tra*

sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo), pubblicata autonomamente da Cedam, Padova, come estratto dalla ‘*Rivista di diritto civile*’, anno XIV, 1968, n. 4, parte prima; e ribadite nella *presentazione di Diritto privato. Una ricerca per l’insegnamento*, cit.— Nicolò Lipari ha posto il giurista, che non voglia essere pedissequo “*insegnante del Codice* [di Napoleone]” (secondo il celebre motto della ottocentesca *école de l’exégèse*: “*je ne connais pas le droit civil, j’enseigne le Code Napoléon*” [frase attribuita dal BONNECASE a J.J. BUGNET, 1794-1866]), o “traduttore” dei voleri dei poteri che hanno emanato le leggi, davanti al compito di interpretare e, poi, applicare le norme tenendo conto, sì, degli atti di posizione, ma sottolineando sempre più il valore necessario degli atti di riconoscimento; e per far questo occorre che il giurista si impegni in primo luogo a (e si attrezzi per) non più formalisticamente tipizzare, categorizzare, cercando di qualificare e interpretare i fatti a partire dalle norme per inserirveli in astratto, magari forzandoli, ma ad adattare l’interpretazione (e l’applicazione) delle norme ai fatti, alle soggettività, ai *protagonisti* dell’esperienza giuridica ed alle relative situazioni soggettive.

Ma poi – proprio a causa di quella “nebulizzazione” delle fonti di cui s’è detto (con le parole di Nicolò Lipari) – si pone al giurista, che non voglia passivamente accontentarsi di un ruolo di mero illustratore e di indifferente esecutore di norme, la *questione delle fonti*: qual è, in questo contesto di esperienza giuridica e di storicità (diacronica e sincronica) del diritto la fonte cui riferirsi per trarne i criteri d’un’interpretazione, e per conseguenza – e soprattutto – d’un’applicazione delle norme orientata ai principi desumibili dall’esperienza, senza cadere nella frammentazione e, alla fine, nella perdita di luoghi di riferimento e confronto?

Quando si parla di principi e di diritti inviolabili non si può non parlare di “costituzione”. Nella specie della Costituzione repubblicana approvata il 22 dicembre 1947 ed entrata in vigore con il 1° gennaio 1948.

Recentemente uno studio attento e approfondito presentato dal Servizio Studi della Corte costituzionale italiana all’incontro quadrilaterale di Siviglia (27 ottobre 2017) tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo, Corte costituzionale portoghese e Consiglio costituzionale francese, sul tema de *I diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali* (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_s...) ha confermato come la giurisprudenza costituzionale italiana abbia introdotto (ormai stabilmente) il concetto di «*principi supremi*», sia in presenza della riconosciuta possibilità di sottoporre a giudizio di costituzionalità anche leggi costituzionali che siano ritenute confliggenti con “i principi supremi dell’ordinamento costituzionale” (sentenza n. 1146 del 29 dicembre 1988, pres. Saja, rel. Baldassarre), i quali – insieme con i diritti inviolabili della persona – costituiscono “*gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale*”, e per ciò stesso sono sottratti anche alla revisione costituzionale. Ancora (sentenza 15 gennaio 2013, n. 1, pres. Quaranta, rel. Silvestri e Frigo) la stessa Corte costituzionale ha indicato quali principi costituzionali supremi “*la tutela della vita e della libertà personale*”, nonché “*la salvaguardia dell’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica*” (si trattava del noto conflitto di attribuzione sollevato dall’allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo che aveva utilizzato intercettazioni (catturate su altra utenza) di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica. Altri “principi fondamentali” sono stati oggetto di enucleazione e di tutela da parte della Corte costituzionale (studio citato, pagg. 8 segg.), tra i quali anche i c.d. «*principi impliciti*», di per sé non *direttamente* riconducibili ad una norma del testo costituzionale: per una sintetica (e non esaustiva, evidentemente, trattandosi – come si vedrà –

di una serie di per sé necessariamente *aperta* e in continua evoluzione), elencazione valga il richiamo al divieto di arbitrarietà della legge, al principio di ragionevolezza che è criterio di congruenza della legge rispetto, proprio, ai valori costituzionali ritenuti supremi o superiori; al principio di laicità, intesa in senso proattivo e non repressivo, e al principio di continuità dello Stato; al principio della leale collaborazione tra lo Stato e le autonomie territoriali; al principio della certezza del diritto e al principio del legittimo affidamento, nonché a quello umanitario, applicabile (e applicato) in tema di immigrazione. La fonte di tutti questi principi supremi e diritti fondamentali *impliciti* è il principio di uguaglianza sostanziale, “fonte” dei diritti sociali così come contenuti – implicitamente od esplicitamente – nella Costituzione repubblicana, segnatamente nel secondo comma dell’art. 3 (che anche Nicolò Lipari indica come il fulcro di tutto il *discorso* sull’interpretazione per principi). È noto come il principio di uguaglianza con la Costituzione repubblicana abbia assunto – oltre alla dimensione formale, astratta – anche e soprattutto uno spessore significativamente *sostanziale* con il dettato dell’art. 3, secondo comma, Cost., che non solo è una disposizione direttiva (o di programma) volta ad orientare l’azione legislativa e amministrativa, ma è altresì «una disposizione precettiva in quanto attributiva di significato all’intero sistema» costituzionale e – attraverso esso – all’intero ordinamento nazionale (ivi compresa la stessa costituzione, naturalmente): e ciò sia in ordine all’*interpretazione* e all’*applicazione* delle norme dell’intero ordinamento, sia in quanto l’esistenza di tale norma è «preclusiva di qualunque normazione o attività che si ponga in contrasto con il fine di ottenere, l’uguaglianza ‘di fatto’ e, nello stesso tempo, legittima gli atti indispensabili ad attuare il fine medesimo anche in deroga al principio di uguaglianza formale» (Studio, cit., pag. 14).

A questo proposito – e a supporto della lettura che fa Nicolò Lipari dell’ordinamento e che stiamo qui richiamando – vale la pena di rifarsi alla sentenza della Corte costituzionale 26 marzo 1993, n. 109 (pres.

Casavola, rel. Baldassarre), che affrontò la questione di legittimità costituzionale di alcune norme della legge 25 febbraio 1992, n. 215, che apprestava “azioni positive” per l’imprenditoria femminile, e che fu contestata – tra l’altro – sotto il profilo della “ragionevolezza” da alcune autonomie territoriali. Dopo aver individuato l’oggetto della legge contestata, la Corte sottolineò come si trattasse di *“interventi di carattere positivo diretti a colmare o, comunque, ad attenuare un evidente squilibrio a sfavore delle donne, che a causa di discriminazioni accumulate nel corso della storia passata per il dominio di determinati comportamenti sociali e modelli culturali, ha portato a favorire le persone di sesso maschile nell’occupazione delle posizioni di imprenditore o di dirigente d’azienda. – In altri termini –* proseguì la Corte al punto 2.2 della sua decisione - *le finalità perseguite dalle disposizioni impugnate sono svolgimento immediato del dovere fondamentale – che l’art. 3, secondo comma, della Costituzione assegna alla Repubblica – di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Le «azioni positive», infatti, sono il più potente strumento a disposizione del legislatore, che nel rispetto della libertà e dell’autonomia dei singoli individui, tende ad innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate – fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dell’art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) – al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico. – Nel caso di specie, le «azioni positive» disciplinate dalle disposizioni impugnate sono dirette a superare il rischio che diversità di carattere naturale o biologico si trasformino arbitrariamente in discriminazioni di destino sociale”.* Delineato così il contesto “programmatico” di quadro delle finalità di quella che Nicolò Lipari considerava la “norma-chiave”, per dir così, dell’interpretazione per principi, è la stessa sentenza n. 109/1993

della Corte costituzionale italiana che ne precisa la valenza precettiva: “*Trattandosi di misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni in una connotata da una sostanziale parità di opportunità, le «azioni positive» comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento, stabilito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione*”. E la ragione “giuridica” è che “*tali differenziazioni... presuppongono l'esistenza storica di discriminazioni atinenti al ruolo sociale di determinate categorie di persone, e... sono dirette a superare discriminazioni afferenti a condizioni personali (sesso) in ragione della garanzia effettiva del valore costituzionale primario della «pari dignità sociale»*”.

In questo senso la Costituzione – e *solo* la Costituzione – può essere fonte e criterio di interpretazione/applicazione (anche delle norme) dell'ordinamento (che non è *soltanto* la somma aritmetica delle leggi e di tutte le altre *fonti* di cui all'art. 1 delle *preleggi* al cod. civ.), proprio perché essa è – per dir così – “il *luogo* dei principi”, per sua stessa natura e (vorremmo dire) “*funzione*” il *luogo* dei criteri di interpretazione adeguatrice all'evoluzione della storia vissuta dai protagonisti dell'esperienza giuridica. L'insegnamento di Nicolò Lipari è conseguenziale in questa prospettiva:

“*Il riferimento ai principi rompe lo schema classico di una legalità riconducibile a dettati formali. Per il tramite dei principi e in conseguenza della loro apertura a ciò che viene prima della loro statuizione, la validità della legge è subordinata alla normatività del sociale e non più viceversa*” (*Elogio della giustizia*, cit., pag. 91).

Questa riconosciuta *irruzione* dell'esperienza e della storia (diacronica e sincronica: quel che è avvenuto, e quel che qui e adesso avviene

intorno a noi) nel mondo del diritto, e più specificamente nel vasto campo dell'interpretazione giuridica, non solo ha ridato vita “*alla consapevolezza di un diritto che è fondato su se stesso, che trova cioè la forza della propria intrinseca razionalità nel fatto di avere riguardo all'esito di un progetto condotto secondo ragione*” (Elogio..., cit., pag. 89), e che affonda le sue radici nell'esperienza giuridica “vivente”, ma non può che indicare (o passare attraverso) la Costituzione come fonte. Se è vero, infatti, che

“la riflessione che si è svolta fin qui ha... dimostrato non solo che non è astrattamente possibile ridurre il diritto a una semplice struttura di enunciati posti dal potere costituito, ma altresì che questa tesi non si concilia con il nostro sistema costituzionale che invece si fonda su sostanze, si radica su valori” (Elogio, cit., *ibidem*),

è nella Costituzione – intesa sia come “legge delle leggi” che come “direttiva” di per sé non eludibile per il legislatore – che si trovano non solo i principi, i valori, i diritti inviolabili, ma anche i criteri interpretativi (delle norme ordinarie e) dell'ordinamento tutto.

E qui il *ragionamento* si fa stringente:

“se si ammette – come ormai pacificamente accade – che vi siano principi supremi sottratti al procedimento di revisione costituzionale [come s'è visto qui addietro, a partire dal riferimento alle sentenze della Corte costituzionale nn.1146/1988 e 1/2013, e ad altre del medesimo tenore, seppure in diversi campi], non può più essere sufficiente dire che la Costituzione è sovra-ordinata alla legge ordinaria, nel senso che se la legge non rispetta i principi costituzionali essa è invalida, fermo restando tuttavia che ove quello stesso contenuto fosse reso nella forma di una legge costituzionale esso sarebbe legittimo. L'immodificabilità implica un fondamento autonomo che sta prima della Costituzione e che in qualche modo ne costituisce il presupposto; lascia intendere che anche

il testo costituzionale è soggetto a una valutazione in chiave di contenuto...” (Elogio..., cit., pag. 88).

Per vero anche chi – come Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pagg. 315 e s., punto 184 – si domanda: “*la costituzione come fonte: in che senso?*”, pur rilevando come “*in un terzo senso* [il primo è quello, che lo stesso Autore definisce “banale”, secondo cui gli enunciati costituzionali esprimono norme sull’organizzazione dello Stato e i rapporti tra Stato e cittadini; il secondo è quello secondo cui le norme costituzionali sono idonee ad abrogare e/o invalidare norme antecedenti alla Costituzione incompatibili con le norme costituzionali stesse, ovvero ad invalidare norme successive per le medesime ragioni], *si può dire che la costituzione sia fonte del diritto per intendere che le norme costituzionali sono idonee a disciplinare direttamente (non solo l’organizzazione statale e le relazioni tra Stato e cittadini, ma altresì) i rapporti inter-privati, e sono pertanto suscettibili di applicazione giurisdizionale da parte di qualunque giudice (e non solo da parte del giudice costituzionale, posto che un tale giudice vi sia*”, non va più in là, annotando che “*anche questo terzo modo di intendere la tesi in esame non è ovvio, sia perché è in contrasto con la concezione classica della costituzione (come limite al potere politico), sia perché, più in generale, è connesso ad un certo modo di interpretare i testi costituzionali*” (ma non dice quale modo).

D'altronde anche chi – come Livio Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, ed. il Mulino, Bologna, 1996, V, 6, *Considerazioni sui rapporti fra la Costituzione e la legislazione ordinaria* – apertamente ha riconosciuto che “*si può ripetere che la Costituzione è il frutto di una «creazione storica»: cioè rappresenta «un dato che di continuo si trasforma»*”, non ha fatto certo apertura alcuna alla *storicità del diritto* ma si è fermato all’interno del recinto della normazione di posizione, aggiungendo infatti subito “*poiché incide su di esso [dato] l’attività legislativa rivolta a concre-*

tarlo” (pag. 142); né vale ad affrancarlo da questa dipendenza formalistica il richiamo alla «*Costituzione vivente*», la cui idea “*non dev’essere confusa con l’idea di una costituzione materiale scissa da quella testuale. La «Costituzione vivente» non è altro che la carta costituzionale, in quanto ricostruita ed applicata; mentre la costituzione materiale è il frutto dell’inaccettabile pretesa di approdare altrove, di attingere direttamente i valori meritevoli di salvaguardia, di fare della giustizia costituzionale la vera fonte suprema, di mettere dunque fra parentesi la Costituzione scritta con l’iniziale maiuscola*” (sic!: pag. 145). Per altro abbiamo visto addietro come questo retorico allarmismo formalistico-conservatore (anche se limitato al mondo del diritto...) paventi cose che non accadono, restando comunque ancorato ad una schematizzazione “vecchia”, che non riesce a staccarsi da una «*gerarchia delle fonti*» che non tiene conto del fatto che la Costituzione non è solo (o è solo parzialmente) luogo di precetti comunque asseriti ed assestati, ma luogo di necessaria *costituzionalizzazione* di principi e d’altrettanto necessaria e per di più *pratica* individuazione dei *nessi* – desumibili, direttamente applicabili non solo alle *operazioni* tipiche della Corte costituzionale, ma altresì alla disciplina, alla valutazione, alla decisione giurisdizionale ordinaria sui rapporti tra privati. E tutto questo, dal momento che una interpretazione per principi – che sia sensibile alla storicità del diritto vissuta nell’esperienza giuridica e si faccia carico della *traduzione* dalla vita ai principi costituzionali, e da questi alla normazione e alla salvaguardia giurisdizionale dei diritti degli individui, singoli e associati, nonché dei principi supremi e dei diritti inviolabili – passa non solo dalla lettura attenta della *lettera* della Costituzione e dalla sua vigile applicazione, ma anche, e soprattutto, dalla vivace e vivente interpretazione adeguatrice alla realtà delle cose, che nulla *inventa*, ma – tutt’al contrario – si sforza di estrarre dallo scrigno della Costituzione, alla luce e con il mezzo dell’ascolto dell’esperienza giuridica che si svolge nella storia (diacronica e sincronica) “*cose vecchie e cose nuove*”. Intese, queste ultime, come *ade-*