

CIR

CENTER FOR INTER-LEGALITY RESEARCH

Working Paper No. 08/2021

GIANLUIGI PALOMBELLA

ENRICO SCODITTI

**L'INTERLEGALITÀ E LA 'NUOVA' RAGION GIURIDICA DEL DIRITTO
CONTEMPORANEO**

The Inter-Legality Working Paper Series can be found at

www.cir.santannapisa.it/working-papers

L'INTER-LEGALITÀ E LA 'NUOVA' RAGION GIURIDICA DEL DIRITTO CONTEMPORANEO

Gianluigi Palombella* e Enrico Scoditti**

1. Il tempo della legalità al plurale

Legalità è un sostantivo al singolare per il giurista europeo formatosi nel tempo dominato dall'esperienza della statualità. Lo Stato moderno, quale precipitato del lungo processo di monopolizzazione della forza, ha condotto all'accentramento della legalità, dotandola di un vertice, dal quale si dipartono le articolazioni di un'unitaria entità¹. La norma giuridica diventa così, dopo il sovrapporsi medievale di una pluralità di ordinamenti, per definizione esclusiva. In pagine che hanno formato nel secolo scorso i giuristi italiani, Angelo Ermanno Cammarata scriveva che la giuridicità risiede nell'assunzione della norma come unica ed esclusiva regolatrice dell'attività pratica². Il diritto è necessariamente 'unico' se deve esercitare la propria forza precettiva. Ma questa unicità è fatta dipendere dalla riduzione della capacità di produzione di norme ad una fonte sovrana e dalla definizione di "confini", atti a delimitare una sfera interna, separandola da ogni possibile 'esterno'. L'intera dimensione giuridico-normativa conosce una logica binaria, che consente di distinguere tra norme e fatti, annoverando le prime nell'area chiusa del sistema ordinamentale e i secondi fuori di esso. Pertanto, la complessa costruzione artificiale che allinea Stato-sovranià-ordinamento dispone di un potere essenziale e sottile, al di là del monopolio della coercizione, che non è solo quello di "normare" ma anche quello di eleggere ciò che vale e di relegare ciò che residua a mero fatto.

Per riprendere il linguaggio di una delle più influenti teorie della scienza sociale novecentesca, la teoria dei sistemi di Niklas Luhmann, nel momento in cui un senso specificatamente giuridico si differenzia dagli altri contesti dell'agire, tutto ciò che è all'esterno dei confini segnati da quel senso diventa un ambiente indeterminato di possibilità sottoposto

¹ Vale rinviare alla c.d. "giuspubblicistica tedesca" e tra i suoi maestri, a C.F. von Gerber, *Diritto pubblico* (1913), Milano, Giuffrè, 1971; O. Mayer, *Deutsche Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895. Significativa silloge in G. del Vecchio, *On the Statuality of Law*, in "Journal of Comparative Legislation and International Law", 19, 1937, n. 1, p. 8 ss.

² A. E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, passim.

alle operazioni selettive del diritto. Alla base di quest'ultimo vi è l'asimmetria che connota il rapporto fra un sistema e l'ambiente che lo circonda.³

Nel tempo della legalità *al singolare* vive naturalmente anche la pluralità degli ordinamenti giuridici, ma essa non intacca l'esclusività moderna, si dispone lungo piani non assimilabili a quelli del mondo precedente, caratterizzato dalla co-vigenza, ossia dalla nota concorrenza medievale di ordinamenti.

La compatibilità fra l'esclusività del criterio giuridico ed il pluralismo viene instaurata, proprio come nelle tesi di Cammarata, attraverso la relatività della distinzione fra il diritto ed il fatto. C'è sempre una distinzione fra un elemento materiale e l'elemento formale corrispondente al valore giuridico, solo che quella distinzione è *relativa* e dipende dal punto di vista dell'osservatore: pertanto, ciò che è valore, se muta l'angolo di osservazione, può essere derubricato a fatto. Dal punto di vista dell'attore collocato entro un dato ordinamento giuridico, gli altri ordinamenti esistono, ma non quale valore giuridico (qualità riservata all' "interno"), bensì come fatto, o come ambiente, per riprendere il linguaggio di Luhmann. Ogni ordinamento può quindi diventare fatto/ ambiente per l'altro ordinamento. Ciò che importa è che la distinzione, fra valore e fatto o fra sistema e ambiente, non venga mai meno, pena la fine della giuridicità come criterio esclusivo di valutazione.

La solitaria voce di Santi Romano, in Italia, manifestò l'inadeguatezza dell'intero, dogmatico, assetto della giuridicità, ponendo in questione anche uno degli assiomi da cui quell'assetto dipendeva: "Quale, infatti, potrebbe essere il nesso necessario fra il diritto e lo Stato, per cui il primo non potrebbe altrimenti immaginarsi che come un prodotto del secondo? Non solo non si può dimostrare che questo nesso esista, ma si può dimostrare che non esiste. Infatti, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto".⁴

Al di là dell'istituzionalismo che Santi Romano adottò per interpretare quella società plurale che il '900 avrebbe consacrato, uno sguardo alla giuridicità del millennio medievale relativizza la costruzione "ontologicamente" statalistica del diritto. Presa sul serio, questa diversa visione del diritto che ne promuove la ri-espansione oltre il vincolo concettuale dello

³ All'interno di una vastissima letteratura, si vedano almeno N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1997 e Id., *La differenziazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990.

⁴ S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1946², p. 111.

Stato, mina alla base il dispositivo fondamentale che questo attivava: quello dell'*esclusività*, con il connesso potere di attribuzione di valore, l'elezione e la determinazione del discrimine tra fatti e norme. Da questo diverso angolo visuale, la giuridicità non decadrebbe né avrebbe fine se perdesse il carattere dell'*esclusività*.

La teoria del diritto, del resto, non dovrebbe poter ignorare lo stato delle cose.

Quest'ultimo, com'è noto, è oggi descritto alquanto diversamente da quello con cui si erano misurati molti grandi giuristi del '900. Su uno stesso livello di produzione giuridica convivono gli Stati nazionali, a competenza territoriale e vocazione universale (lo Stato quale ente "a fini generali"), i sistemi di amministrazione de-territorializzati ed a vocazione specialistica, regimi regionali o globali che esercitano poteri regolatori non sempre riducibili alla catena di controllo degli Stati (sul piano sostanziale o anche sul piano formale), gli ordinamenti sovranazionali su base regionale derivanti da parziali cessioni di sovranità da parte degli Stati nazionali (è il caso dell'Unione europea), gli ordinamenti puramente giurisdizionali che presidiano specialmente la violazione dei diritti umani, per rammentare in breve un vasto elenco. Sovente essi si pongono a un identico livello di produzione giuridica, ossia manifestano una co-vigenza di ordinamenti, concorrendo in relazione ad un medesimo contesto fattuale a definirne la disciplina. Da un lato non si dà gerarchia che stabilisca un ordine, e dall'altro le autorità di produzione normativa, che siano di origine pubblica, privata o ibrida, restano autoreferenziali (*self-observing systems, self-contained regimes*⁵), operano in prospettive non disegnate per coordinarsi tra loro in direzione di un qualche bene comune, cui debbano subordinarsi. Lo "stato delle cose" suggerisce, tra l'altro, che la congerie di autorità normative insiste su spazi funzionali integrando ciascuna la visione dell'altra, occupando i suoi angoli ciechi, senza che vi sia un preordinato effetto complessivo, né che divergenze e conflitti siano effettivamente risolubili tramite assunti d'ordine formale o gerarchico. Per questa ragione, l'eterarchia⁶ dell'insieme è apparsa la meno controversa caratteristica di un dis-ordine orizzontale⁷ per altri versi molto problematico. Ne deriva, tra l'altro, che la costruzione teorica

⁵ Per es. cfr. Gunther Teubner and Andreas Fischer-Lescano, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in "Michigan Journal of International Law", 25, 2004, pp. 999 ss.

⁶ Il campo di applicazione è stato soprattutto quello dell'Unione Europea; si veda oggi per esempio, Massimo Fichera, *Solidarity, Heterarchy, and Political Morality*, in "Jus Cogens", 9, 2020, pp. 1 ss.

⁷ Neil Walker, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in "*International Journal of Constitutional Law*", 6, July-October 2008, n. 3-4, pp. 373 ss.

più plausibile della stessa natura dell'autorità, sul piano giuridico, appare sempre più avvicinarsi a quella di una "relative authority"⁸ che sostituisce miti di 'esclusività' precedenti.

Legalità diventa *legalities*, un sostantivo al plurale (come consente la lingua inglese)⁹. *Il confronto tra legalità molteplici, di diverso livello, di diversa natura, estensione e dislocazione*, portatrici di meri imperativi di efficienza regolativa o espressive delle comunità sociali realmente esistenti, resta la conseguenza inevitabile di interconnessioni formali o sostanziali tra gli *oggetti* stessi di regimi o ordinamenti diversi (diritti umani, sicurezza, commercio, ambiente, e via seguendo), inevitabili al punto da entrare in contrasto con la presunzione di autoreferenziale esclusività che ciascuna sfera normativa mantiene. Data l'inevitabile complessità, molti dei problemi giuridici da affrontare sono solo fittiziamente questioni isolate relative a un singolo settore regolativo, e al contrario sono più spesso inquadrabili da prospettive normative multiple ispirate da logiche e finalità interferenti. Come ha scritto Yuval Shany, "in complex social systems composed of multiple regulatory frameworks, one set of 'legalities' must be cognizant of other sets of 'legalities,' notwithstanding the stance taken by any specific legal order toward the way in which specific normative conflicts should be reconciled (e.g., monism, dualism, or pluralism). This means that some form of cross-regulation – *inter-legality* – is essential, even if at a 'second-order' level; that is, between the institutions interpreting and applying the competing regulatory frameworks."¹⁰

Le interazioni, filtrate attraverso le pronunce delle Corti, nazionali o sovranazionali, ci restituiscono una realtà giuridica che appare mettere in relazione ciò che è nato per non esserlo, ossia impone sia pure incrementalmente interferenze non previste negli statuti

⁸ Per quanto sotto significati non sempre tra loro coincidenti, la nozione è alquanto ricorrente. Si veda per esempio Roger Cotterell, *Does Global Legal Pluralism need a Concept of Law?*, in U. Baxi, C. McCrudden and A. Paliwala (a cura di), *Law's Ethical, Global and theoretical Contexts. Essays in Honor of William Twining*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 310. Vi ha dedicato il suo volume N Roughan, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2013, che scrive: "The relative authority theory argues that, when there are multiple prima facie legitimate authorities in interacting or overlapping domains, and there is no outweighing reason to have just one singular authority, then those prima facie legitimate authorities can have only relative authority and must coordinate or cooperate or tolerate one another in order to be legitimate for their subjects. In these circumstances, law can still claim to possess legitimate authority; indeed, claiming legitimate authority remains an important part of law's having authority".

⁹ G. Palombella, *È possibile una legalità globale?*, Bologna, Il Mulino, 2012, cap. III: *Una mappa del globo: Legalità al plurale*, pp. 107 ss.; E. Scoditti, *Legalità al plurale*, in «Quaderni costituzionali», 2013, pp. 1031 ss.

¹⁰ Yuval Shany, *International Courts as Inter-legality Hubs*, in J. Klabbers e G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 319.

normativi di quei *self-observing systems* identificati nelle pionieristiche letture sistemiche di Gunther Teubner.

Tra le principali conseguenze, sta il fatto che il carattere normativo di ciò che ha per fonte altri ordinamenti sfugge alla nostra decisione piuttosto che dipendervi.

Riconoscere che qualcosa ha carattere normativo, peraltro, non coincide con la necessaria subordinazione ossia, come si legge in Hans Georg Gadamer, con l'applicazione della pretesa normativa altrui nel 'nostro' contesto¹¹. Dalla posizione dell'ordinamento adottato come punto di vista, tuttavia, la pluralità degli ordinamenti *non* si risolve in un fatto o in ambiente, ma è produttiva di valori giuridici, fornisce anch'essa a sua volta prestazioni selettive del sistema giuridico. L'ordinamento che fronteggia l'ordinamento nel quale l'attore è collocato non è un fatto ma è valore giuridico esso stesso ed è diritto cogente allo stesso modo. Nel rapporto fra ordinamenti non c'è più l'asimmetria luhmanniana fra sistema e ambiente: ciascun ordinamento vale al cospetto dell'altro come sistema e non come ambiente.

Nel tempo della legalità al plurale dunque, la precettività giuridica è condivisa fra più ordinamenti. Il "pluralismo" ha carattere effettivo, nel senso che si tratta di ordinamenti ad efficacia giuridica costante, e non intermittente a seconda del punto di vista adottato. L'un ordinamento produce effetti giuridici in costanza di quelli prodotti dall'altro, e non in dipendenza della decisione di quest'ultimo.

In secondo luogo cambia volto l'assioma del diritto valido. La validità riconduce ad un criterio, si tratti della norma presupposta in senso logico-trascendentale *à la* Kelsen o della prassi sociale di riconoscimento del diritto valido *à la* Hart, criterio che discrimina fra il diritto che vale e ciò che non può valere come tale, collocando nel girone della non-validità il diritto prodotto dall'ordinamento informato ad un diverso criterio di validità¹². Nel regno della legalità

¹¹ Su questo punto, vd. G Palombella, , *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in «Diritto e questioni pubbliche», dicembre 2018, p. 323.

¹² Sulla funzione della regola di riconoscimento in Hart, si noti quanto, anche in senso parzialmente 'liberalizzante', ricordava Giorgio Pino: "La norma di riconoscimento, dunque, anziché essere una lista di criteri di validità, è l'insieme dei criteri e delle considerazioni normative che guidano il giudice nelle sue attività di applicazione del diritto: può dirigere il giudice verso l'applicazione di norme valide o, come pure può ben accadere, verso l'applicazione di norme e standards di altro tipo; e includerà anche un ordine di preferenza delle varie fonti, metodologie interpretative ed autorità decisionali rilevanti. Nel complesso, nei sistemi giuridici contemporanei, prodotti da complesse stratificazioni storiche, con molteplici livelli di fonti del diritto, e con complicate interazioni con altri sistemi giuridici, è abbastanza implausibile che la norma di riconoscimento consista di un insieme assiomatico, nettamente strutturato di criteri; più probabilmente, sarà un insieme di considerazioni normative defettibili, che funzionerà più o meno come la ricerca di un equilibrio riflessivo " (*La norma di riconoscimento come ideologia delle fonti*, in «Analisi e diritto», 2015, p. 198). Cfr. anche G. Palombella. *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 105-106.

al plurale anche la validità acquista una connotazione al plurale. Essa continua ad essere criterio di identificazione del diritto, ma non quale operazione costruibile esclusivamente da un punto di vista, per così dire, domestico. La ricostruzione della validità rilevante diventa plurale, se saranno plurali le ‘legalità’ rilevanti: sarà cioè debitrice di altrettanti giudizi di validità compiuti attraverso criteri che altri regimi e altri ordinamenti a loro volta posseggono. Assumendo un punto di vista ordinamentale dato, non si esclude più *necessariamente* la validità del diritto retto da una diversa norma fondamentale o di riconoscimento.

Secondo la celebre distinzione esposta da Herbert Hart fra punto di vista interno al sistema giuridico, che è quello di colui che lo adotta come regola di comportamento, e punto di vista dell’osservatore esterno, che guarda al sistema (non come precetto ma) come fatto storico¹³, il criterio di validità di un ordinamento è sì osservabile dall’esterno, ma per l’appunto quale fatto e non quale valore giuridico. Nello scenario della legalità al plurale quel criterio può essere colto, dal punto di vista del sistema giuridico che lo fronteggia, proprio come valore giuridico: cioè come criterio non solo operante nell’ “altro” sistema, ma anche *nel contesto comune del caso* in cui di quel sistema è riconosciuta la legalità¹⁴.

La semplice superficie del fenomeno sembra ricondurre al diritto disperso fra impero, feudi, municipalità e corporazioni, come all’epoca di Federico II di Svevia e del Sacro Romano Impero. In realtà, al di là della mera sovrapposizione di ordinamenti, e al di là della superficie, una trama giuridica appare alla base della legalità al plurale. C’è una struttura che si forma nell’apparente dispersione, come vedremo più avanti, e si manifesta nel diritto che emerge in occasione delle mille convergenze che si stabiliscono fra ordinamenti.

2. Interferenze “in concreto”

Se in un contesto dato due o più ordinamenti sono produttivi di effetti giuridici, se tutti costituiscono un valore giuridico e ciascuno non resta l’uno criterio di valutazione dell’altro, il diritto rilevante è allora quello che risulta dall’interconnessione che si stabilisce fra le diverse

¹³ H. L. A. Hart, *Il concetto del diritto*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 118 ss. (a p. 291 Hart differenzia la propria nozione di norma di riconoscimento da quella fondamentale di Kelsen).

¹⁴ A volerne estendere le implicazioni e *mutatis mutandis* potrebbe rivelarsi interessante al confronto, non solo *per differentiam*, la discussione di termini come validità ed applicabilità svolta da Giorgio Pino, in particolare con riferimento ai cd. «metacriteri» di applicabilità che si formano in relazione alla cultura giuridica rilevante: G. Pino, *Teoria analitica del diritto, I: Teoria della norma*, Pisa, ETS, 2016, specie pp. 152-154.

legalità nel caso concreto. Nel regno della legalità al plurale il diritto è necessariamente composito e multi-verso, ma non ha la forma astratta e generale, bensì quella del caso concreto.

Per quanto un ordinamento, come accade con il primo comma dell'art. 117 della Costituzione italiana, contemplici “vincoli” derivanti dall'ordinamento sovranazionale e da quello internazionale, l'inter-legalità, costituendo il “fra” delle relazioni dei diversi regimi giuridici *nel caso concreto*, non emerge né rileva su quel piano, dell'enunciazione astratta e generale all'interno del singolo sistema. Essa è il “corpo” normativo e la specifica qualità giuridica che emergono nei singoli episodi di contatto fra ordinamenti. In primo luogo, l'esercizio della funzione normativa da parte di un ordinamento “nel rispetto” dei “vincoli” derivanti da un altro ordinamento attiene alla dinamica *interna* del singolo sistema giuridico, il quale si dispiega nei confronti del proprio ambiente di riferimento considerando *anche* quanto ritiene di incorporare, facendolo proprio, da altri ordinamenti. Con l'inter-legalità è invece in questione l'interferenza che avviene fra sistemi quando un singolo episodio fattuale ricade allo stesso tempo in due o più ordinamenti senza che possa considerarsi interno all'uno o all'altro. In secondo luogo, l'inter-legalità non risiede in una enunciazione astratta di sistema, perché l'articolazione fra regimi giuridici non è l'esito di una preventiva pianificazione da parte di un soggetto creatore di diritto, ma è un accadimento di interferenza nel caso concreto di vettori normativi di provenienza diversa. E' solo quando, nel singolo caso, le legalità si fronteggiano e si intrecciano che emerge l'istanza dell'inter-legalità. Dal punto di vista astratto, invece, si nota la *giustapposizione* fra le diverse legalità.

Tutta la forza di gravità del fenomeno dell'inter-legalità è dunque concentrata nel fondo del caso: le circostanze che si irradiano dal fatto evocano diversi ordinamenti; all'unitarietà del fatto si contrappone la pluralità delle fonti, a sua volta derivante dalla necessità che la sua disciplina ha imposto. Il diritto inter-legale è un diritto *re-centrato*, è un diritto del caso concreto.

Si tratta pertanto di un diritto in primo luogo aggiudicatorio, ma non solo. E' in primo piano l'opera delle corti, ma non solo di queste: il fatto costituisce un evento alla cui disciplina e finanche soluzione, lavorano per innumerevoli rami i funzionari, i ‘regolatori’, gli stakeholders. A questi, senza nulla voler sottrarre al ruolo svolto dall'opera giudiziale, è sempre più affidato un processo permanentemente ‘sperimentale’ di *problem solving*, e un metodo

decisamente post-moderno di apprendimento attraverso i casi (*trial and error*¹⁵), reali o potenziali.

Tuttavia, risalire dalla dimensione ‘concreta’ che l’interlegalità possiede a una sua predeterminazione in astratto (come codificata e pre-normata), significa scegliere una strada che alla fine conduce a negarla. Un teorema di armonizzazione ispirato da un tendenziale monismo giuridico non corrisponde al punto di vista dell’interlegalità per il quale, riflettendo le presenti trasformazioni del diritto, le possibilità di una *reductio ad unum* appaiono lontane. Il monismo appare una legittima scelta normativa che si pone tuttavia su un diverso piano rispetto all’ottica interlegale.

Vi è una differenza tra l’interlegalità e l’*intercostituzione*, tesi emersa nella dottrina italiana¹⁶, e che istituisce un rapporto di sistema tra le varie carte dei diritti (nei diversi livelli, nazionale internazionale e sovranazionale) ponendo la propria norma fondamentale nella ‘massima tutela dei diritti’. L’inter-costituzione ha un approccio diverso rispetto a quello dell’interlegalità, e tende ad apparire come un sistema unitario imperniato appunto sulla regola della tutela dei diritti al massimo livello.¹⁷ E’ da considerare se e quanto l’effetto unificante, derivante dalla presenza di un meta-norma, smarrisca lo specifico del tema della legalità al plurale. Dal punto di vista dell’interlegalità, l’interferenza fra ordinamenti, che si stabilisce per effetto delle circostanze del caso, non è risolta da una meta-norma, ma dallo stesso dispiegarsi della dinamica dell’interferenza, la quale per ciò solo produce un diritto che è inter-legale, come si dirà nel seguito.

¹⁵ È significativo che l’«apprendimento» su cui sembra concentrarsi la discussione in tema di *governance* e di regolazione non solo concerne l’evolversi delle regole, ma anche l’istituzionalizzazione di nuove autorità normative o giudicanti. Criticamente scrive Jorge Viñuales, «[A]ll too often, discussions of trial-and-error processes focus neither on trial nor on errors» (J.E. Viñuales, *Experiments in International Adjudication. Past and Present*, in I. de la Rasilla e J.E. Viñuales [a cura di], *Experiments in International Adjudication*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 11). In diritto internazionale per esempio, secondo Viñuales, il focus cade sull’istituzione di nuovi, stabili tribunali arbitrali, o di una corte permanente, o di giudici specializzati etc. Il baricentro dell’interesse dovrebbe riguardare essenzialmente il progresso del ragionamento giuridico e la incrementale ridefinizione delle modalità e dei rapporti tra norme che ne risulta (appunto il focus su *trial and errors*).

¹⁶ Si tratta della tesi sostenuta da Antonio Ruggeri, del quale si veda a titolo esemplificativo, fra i numerosi scritti, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in «Consulta OnLine», 5 febbraio 2015, n. 1, pp. 33 ss.

¹⁷ Tanto l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quanto l’art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, prevedono una simile regola: tuttavia, dal punto di vista dell’interlegalità, questa è in realtà la norma che disciplina solo il conflitto fra più fonti, e segnatamente il conflitto fra più carte dei diritti. Si veda in generale sull’art. 53, E. Crivelli, *Commento all’art. 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 774-779.

Altrettanto diversi sono i molti tentativi teorici di costruzione di un *global constitutionalism*¹⁸. Un nuovo monismo di questo tipo, sia pure attenuato, frastagliato e multilivello, opera su un piano universalizzante, suggerisce per esso criteri e vincoli di contenuto sostanziale, cui è solitamente assegnata una funzione unificante¹⁹.

L'inter-legalità fa riferimento al multi-verso aperto *delle* legalità, che non si lascia contenere attraverso presupposti sostantivi, unificanti.

Questi ultimi peraltro non ricorrono nemmeno nella teorie “dualiste”, emerse, tradizionalmente, nei rapporti tra gli ordinamenti statali e quello internazionale: tuttavia esse escludono in linea di principio la possibilità stessa di ogni interferenza, e considerano ordinamenti (in realtà interferenti) in un caso concreto come meramente giustapposti.

Nell'ormai famoso caso Kadi²⁰, la Corte di Giustizia (CJEU) annullava un proprio regolamento per violazione dei diritti della persona, protetti dalle norme primarie dell'Unione: un regolamento adottato in attuazione della risoluzione del Consiglio di Sicurezza che obbligava a congelare il patrimonio di Mr Kadi, sospetto fiancheggiatore di Al Qaeda. L'annullamento coincideva, di fatto, con il rifiuto di adempiere all'obbligo di attuare le risoluzioni del Consiglio, fissato dall'art. 103 della Carta. La Corte sostenne però di essersi limitata allo scrutinio di una norma interna, concludendo che tale scrutinio non aveva alcuna implicazione circa l'illegalità della Risoluzione ONU (né ne costituiva una violazione), la quale restava del tutto impregiudicata nel separato dominio del diritto internazionale. L'argomento della ‘separatezza’, come si vede, non offre alcuna risposta agli obblighi di diritto

¹⁸ Ne è divenuta ormai rappresentativa sostenitrice e forum di elaborazione la rivista «Global Constitutionalism» (CUP) (<https://www.cambridge.org/core/journals/global-constitutionalism>). Criticamente, Jan Klabbers, spiegando il sospetto che il *global constitutionalism* sia più un'ideologia che una teoria: J. Klabbers, *Constitutionalism as Theory*, in J. Dunoff e M. Pollack (a cura di), *International Legal Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. Cfr. anche G. Palombella, *Dal costituzionalismo alle relazioni tra legalità*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 16/2, 2016, pp. 248 ss.

¹⁹ Vale la pena notare che la stessa coerenza di un impianto monista, kelseniano si reggeva invece sulla sua struttura *dinamica* e dunque grazie al carattere formale delle autorizzazioni e delegazioni normative che ‘agganciano’ in un tessuto unico una serie di ‘ordini’ i cui aspetti materiali, sostanziali, in una parola ‘impuri’ finiscono tuttavia tra parentesi, immunizzando la coerenza complessiva della legalità ‘unica’ dagli attriti e le incompatibilità che ne scaturirebbero. Come Kelsen spiega, in un ordinamento di tipo «statico» le relative «norme sono in vigore (...) per il fatto che la loro validità può essere ricondotta ad una norma, nel cui contenuto si può sussumere il contenuto di tutte le norme che costituiscono l'ordinamento, così come il particolare si può sussumere nel generale» (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. di M. Losano, Torino, Einaudi, 1975, p. 219). La norma fondamentale in tal caso è quella dal cui contenuto può essere dedotto il contenuto delle altre norme «mediante un'operazione logica» (*ibidem*, p. 220). Al contrario in un ordinamento di tipo dinamico la norma fondamentale semplicemente istituisce «una fattispecie produttiva di norme» ossia è «una regola che determina come si devono produrre le norme generali ed individuali dell'ordinamento» (*ibidem*, pp. 220-221).

²⁰ CJEU, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi v Council*, ECLI:EU:C:2008:461.

internazionale²¹; il fatto che la risoluzione effettivamente incida, disciplinandola, sulla posizione di Mr Kadi è ignorato: ciò sebbene il caso non avrebbe mai potuto sorgere se non a causa della risoluzione stessa. Ma nonostante le forvianti parole della Corte, nulla avrebbe potuto nascondere che l'artificio astratto delle legalità meramente "giustapposte" era già infranto.

Il problema che sorge per effetto del singolo episodio di interferenza, ha la natura dell'inter-legalità.

3. C'è diritto fra gli ordinamenti?

Quando un ordinamento 'incontra' l'altro il diritto che conta è quello che si determina proprio per via della loro confluenza nella disciplina di un determinato caso. E' il diritto inter-legale, lo spessore giuridico che emerge fra più ordinamenti ("in-between"²²) nelle circostanze della loro concreta interferenza. E' infatti l'interconnessione in tali circostanze a determinarne l'emergere.

Non si tratta quindi di una qualche norma gerarchicamente superiore, che governi l'interconnessione, perché la prospettiva sull'interlegalità muove dall'assenza di una dimensione legale per così dire sovra-ordinata alle molte legalità, che vi si imponga incontestabilmente ed efficacemente. Più realisticamente, come si è detto sopra, operano alle volte norme *nel singolo ordinamento* che impongono di considerare come "vincolo" l'altro ordinamento. Se non si accoglie l'idea di una legalità sovraordinata, fra i diversi regimi giuridici ricorre un *gap*, che deriva dalla loro "separatezza", in quanto "sistemi", rappresenta tutta la distanza che corre fra ordinamenti considerati dal punto di vista delle rispettive norme fondamentali. Nell'ipotesi in cui le discipline normative siano molteplici e non coordinate, o siano *prima facie* divergenti, e le pronunce delle corti esponenziali dei diversi regimi siano non conciliabili in relazione ad un caso che le convochi entrambe, quale deve essere considerato il diritto vigente?

²¹La decisione fu criticata perché a differenza di quanto aveva disposto il Tribunale di primo grado nel 2005, la Corte non si uniformava al diritto internazionale e appariva ad alcuni ripetere una specie di *American style exceptionalism*, che contraddice gli atteggiamenti propri dell'Unione europea sin dagli anni Cinquanta: G. de Burca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, in «American Journal of International Law», 105, 2011, pp. 649 ss.

²²G. Palombella, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality. A Manifesto*, in Klabbers e Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, cit., p. 378.

La prima via per superare il *gap* inter-legale è emersa, sia al livello teorico che al livello pratico, nell'agire strategico dei soggetti e delle corti esponenziali delle diverse legalità. Lì dove il diritto non arriva, possono mettersi in campo strategie basate su mutui accomodamenti e forme di negoziazione, in una parola può essere percorsa la via del dialogo. Il dialogo fra le Corti²³ è un *topos* della teoria e della prassi degli ultimi anni. Quando non dipende da una previsione normativa, come invece nel caso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, esso è per così dire extra-normativo, non perché si collochi all'esterno del diritto ma perché, sorgendo in uno spazio franco dal diritto, è retto da considerazioni di opportunità (strategiche). Manca un'infrastruttura giuridica fra le diverse legalità, che ne codifichi un percorso giuridico obbligato delle reciproche relazioni.

Certamente *topoi* degli ultimi decenni come la protezione equivalente²⁴, il principio Solange²⁵ o i controlimiti²⁶ italiani, hanno reso possibili accomodamenti al livello delle autorità istituzionali coinvolte, definiti da canoni stabiliti dalla giurisprudenza. Ma, allo stesso tempo, deve riconoscersi il ricorrente montare di quella che appare una sorta di *resistenza* nel rapporto tra legalità: nelle alterne sorti odierne dell'aureo internazionalismo dei lunghi decenni del secondo '900 postbellico, sembra disperdersene la priorità etica mitigatrice dei nazionalismi (e degli egoismi) degli stati. Ad emergere è anche l'argomento *identitario*²⁷ che risale al *Maastricht Urteil* e al *Lissabon Urteil*,²⁸ alla recente pronuncia post Weiss della Corte

²³ Tra i molti lavori sulla questione, E. Kassoti, *Fragmentation and inter-judicial dialogue: The CJEU and the ICJ at the interface*, in «European Journal of Legal Studies», 8, 2015, n. 2, pp. 21-49.

²⁴ Espresso testualmente da ECtHR 30 June 2005, Case No. 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland* (ma nella sostanza presente in precedenza, per es. nella decisione tedesca *Solange I* (cfr. *infra*, nota seguente) che usa un'espressione... equivalente: («la protezione effettiva dei diritti fondamentali deve essere assicurata nello stesso modo garantito dalla legge fondamentale» tedesca).

²⁵ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (1970) Case 11/70, nota come *Solange I*, è un caso di diritto europeo e costituzionale tedesco, concernente il conflitto tra un ordinamento nazionale e l'Unione. *Re Wünsche Handelsgesellschaft* (22 October 1986) BVerfGE 73, 339, è la decisione nota come *Solange II*.

²⁶ Vd. Decisione "Frontini" Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

²⁷ Di una terza ondata, a questo riguardo, parlano D. Lustig e J. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and prospective*, in «I-CON», 16, 2018, n. 2, p. 315.

²⁸ Sul Trattato di Maastricht (BVerfG 89, 155, 12 October 1993) e sul Trattato di Lisbona: BVerfG 123, 267, 30 June 2009)

costituzionale tedesca²⁹, o alle resistenze russe e britanniche verso la ECtHR sul voto ai detenuti³⁰, e via seguendo.

Nell'insieme, la *ratio* delle relazioni appare più legata all'autocomprensione delle corti disposte più a rimanere custodi verso autorità esterne, che a prendere in carico il peso delle ragioni che di volta in volta provengono da altri regimi concorrenti. Anche il rapportarsi delle corti tende ad oscillare dal problema in attesa di giustizia, alla domanda di *primacy* dell'una o dell'altra. Ma la questione è evidentemente la prima, non la seconda. Pur dovendo superare quella 'acoustic separation' in cui i sistemi ignorano reciprocamente le scelte altrui, il dialogo, per quanto commendevole, resta più spesso nell'ottica di ordinamenti che rimangono come 'cicli' separati, secondo la metafora proposta da Triepel³¹ con riguardo alla vita parallela del diritto statale e di quello internazionale. Al contrario, il confronto tra gli ordinamenti non dovrebbe avvenire, come ciascuno pretende, *alternativamente nell'uno o nell'altro ordinamento (e dunque nel mero 'interesse' dell'uno o dell'altro)* e, nell'occorrenza dei casi, non può non avvenire che su un terzo terreno, il quale, come ci accingiamo a mostrare, è esso stesso un terreno *di diritto*.³²

²⁹ La Corte costituzionale tedesca (Secondo senato) nel suo giudizio senza precedenti del 5 Maggio 2020, 2 BvR 859/15 ha deciso la illegittimità costituzionale del Public Sector Purchase Programme (PSPP) adottato dalla European Central Bank: la decisione contraddice quella assunta dalla Corte di Giustizia nel *preliminary ruling* dell'11 dicembre 2018 (*Weiss and Others*, C-493/17), secondo cui il programma non eccedeva il mandato della Banca centrale, né violava il divieto di operare nel finanziamento economico degli Stati. La Corte tedesca di conseguenza assume che il giudizio della Corte europea, colpevole, tra l'altro, di non aver correttamente utilizzato il test di proporzionalità secondo il modello tedesco, valga *tamquam non esset*. Come ha scritto Jacques Ziller, «the *BverfG* is for the first time giving effect to its more or less explicit threat not to implement rulings of the ECJ, which was already expressed in several of its earlier judgments, in particular the judgment on the Treaty of Lisbon, and in the text of its references for preliminary rulings in the *Gauweiler* and *Weiss* cases: the *BverfG* arrogates to itself the power to make a final assessment of the legality of an act of the European Union and thus threatens to dismantle the unity of application of Union law» (J. Ziller, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge*, consultabile all'indirizzo <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>).

³⁰ Cfr. A. Sajo e S. Giuliano, *The Perils of Complacency: The European Human Rights Backlash*, in Klabbers e Palombella, *The Challenge of Inter-legality*, cit., pp. 239-240.

³¹ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899, p. 111.

³² Si può proporre di interpretare questo spazio comune di diritto "tra" il diritto internazionale e quello costituzionale, dunque "tra" due ordinamenti, anche attraverso una possibile lettura delle conseguenze della decisione della nostra Corte costituzionale n 238/2014 che rifiuta di uniformarsi alle sentenza della Corte internazionale di Giustizia - *Germany v. Italy* del 2012 – secondo cui la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati esclude il giudizio dei tribunali italiani legittimamente impedendo alle vittime l'accesso alla giustizia e la protezione dei diritti della persona, nei confronti dello Stato responsabile di crimini di guerra (e anche in mancanza di altri rimedi). Oltre che ribadire i pilastri di principio della Costituzione italiana (la protezione degli artt. 2 e 24 Cost), la decisione sembra elevare una questione di diritto, non riducibile a una mera contesa tra due ordinamenti. Più estesamente, G. Palombella, *German War Crimes and the Rule of International Law*, in «Journal of International Criminal Justice», 14, luglio 2016, n. 3, pp. 607-613; e anche Id., *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, Jus cogens e principi «supremi»*, in «Quaderni

Se ci si sposta dal piano astratto dei diversi ordinamenti a quello concreto del caso, l'evocazione di più legalità che il caso compie determina un'intersezione di effetti giuridici, la quale è un fenomeno *giuridico* in senso proprio. Il caso situato come all'incrocio tra ordinamenti non è terra di nessuno, ma uno spazio in cui convergono discipline derivanti da più fonti: paradossalmente è un luogo in cui c'è *più* diritto e la questione giuridica riguarda proprio quale sia la disciplina di un fatto cui è associato un *eccesso* di diritto.

L'eccesso di diritto è un fenomeno primario spesso erroneamente scambiato per l'assenza di norma. Ma quest'ultima dovrebbe richiamare piuttosto ben altri scenari di 'vuoto giuridico'. Si pensi alle tristemente note logiche con cui l'Amministrazione statunitense, aveva collocato i sospetti di terrorismo nella detenzione della Baia di Guantanamo. La Corte Suprema riuscì a maggioranza a sostenere che anche in quel non-luogo, sottratto formalmente alla giurisdizione statunitense come a quella cubana, il principio dell'*Habeas corpus* doveva trovare applicazione. E, nella sua opinione dissenziente Antonin Scalia stigmatizzò la decisione precisamente per l'effetto che avrebbe avuto: far sorgere garanzie giuridiche in tutti gli "angoli del mondo" utilizzati dal governo statunitense, sfruttando in essi l'*assenza* di diritto per sottrarre i propri atti ai vincoli operanti per il tempo di pace o in tempo di guerra.³³

Se la (pretesa) *assenza* di diritto si lascia esemplificare da simili ipotesi, l'*eccesso di diritto* richiama, a sua volta, a prima vista, un mero, irrisolto coacervo. Ma i suoi elementi richiedono di essere considerati nel loro *insieme e nelle circostanze date*. Questa considerazione *complessiva non* può compiersi se il ragionamento giuridico resta vincolato dai limiti di 'giurisdizione' che ciascun sistema unilateralmente tende ad imporvi. Per questo, all'*eccesso* di diritto dovrebbe corrispondere quel *jurisdictional overstepping* che mira alla considerazione di *tutte le fonti* normative rilevanti, rinunciando a determinazioni puramente unilaterali, basate sulla mera conformità ad una sola di esse. Nel caso *Al Dulimi*³⁴, la ECtHR condannò la Svizzera per violazione dell'art. 6 della Convenzione, a tutela dei diritti di difesa e accesso alla giustizia di Mr Al Dulimi, colpito a seguito di risoluzione del Consiglio di Sicurezza dalla sanzione che

costituzionali», 35, settembre 2015, n. 3, pp. 815-830. Ancor più decisamente, però, valgono altri casi, tra cui l'esempio della decisione della ECtHR nel caso *Al Dulimi*, come ricordiamo *infra*.

³³ *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004). Si legga anche questa rivelatrice parte del *dissent* di Scalia: «Di norma, noi consideriamo gli interessi di coloro che hanno fatto affidamento sulle nostre decisioni. Oggi la Corte fa saltar fuori una trappola per l'Esecutivo, assoggettando allo scrutinio delle corti federali Guantanamo Bay, sebbene non si sia mai ritenuto prima d'ora che questa ricadesse entro la loro giurisdizione – e così trasformandola in un luogo dove è insensato avere confinato detenuti stranieri in tempo di guerra [and thus making it a foolish place to have housed alien wartime detainees]». Così, secondo Scalia, abbandonando i propri precedenti, la Corte «estende l'ambito di applicazione dell'*habeas corpus* ai quattro angoli della terra» (*ibidem*, pp. 497-8).

³⁴ ECtHR, *Al- Dulimi et Montana Management inc. c. Suisse*, 26 nov. 2013. Ma si veda anche, tre anni dopo, *Grand Chamber*, 21 June 2016.

imponeva il blocco dei suoi beni. Se la Svizzera, tuttavia, avesse rispettato l'art. 6 della Convenzione avrebbe così violato la norma al vertice del sistema della Nazioni Unite, l'art 103 della Carta che riconosce il primato, incondizionato, delle obbligazioni nascenti dal sistema Onu (e quindi dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza). La difficoltà fondamentale ancora una volta discendeva dalla incoerenza interna del diritto inter- ed extra-statale. Il giudizio qui non poteva risolversi su basi meramente formali, e la Corte assunse in sostanza il punto di vista del 'partecipante' in un insieme normativo composito in cui l'ordinamento svizzero e due diversi regimi internazionali erano interconnessi; considerò la relazione tra le corrispondenti 'istituzioni' e la *ratio* delle previsioni normative rilevanti: ponendosi in questo spazio comune, e interlegale, la Corte eccedeva il proprio margine di stretta giurisdizione nella Convenzione, analizzando e soppesando anche le ragioni al fondo della Carta dei diritti e del regime di sicurezza ONU.³⁵

Nell'"in-between" dei regimi giuridici, *che si realizza nell'episodio concreto*, non c'è- si è detto sopra- un vuoto dal punto di vista giuridico. Si è prodotta una sovrapposizione/convergenza di effetti promananti da legalità distinte la quale impone che la norma del caso concreto sia fissata sulla base di quella convergenza. Che delle corti siano all'opera, è peraltro il segno esteriore che un diritto c'è, il quale si rivela presto un fenomeno non solo intra-ordinamentale, ma anche inter-ordinamentale. Se il diritto, nelle circostanze dell'interlegalità, emerse nel caso, appare come un *continuum*³⁶ privo pertanto di soluzioni di continuità, la prospettiva delle corti che devono farsene carico diviene così giuridica e non strategica.

Quest'ultimo aspetto emerge anche *per differentiam* rispetto agli esiti delle teorie autenticamente 'pluraliste'. Nella nota proposizione del pluralismo avanzata da Neil McCormick, pluralità e autonomia normativa dei sistemi vengono in primo piano, ma resta irrisolto il problema se vi siano criteri giuridici capaci di controllare, di volta in volta, le loro relazioni. E' per questa ragione che in una seconda fase del suo lavoro McCormick sposa un pluralismo meno genuino in cui la soluzione delle sovrapposizioni e dei conflitti dipende da

³⁵ Più estesamente, si veda G. Palombella, , *The principled, and winding, road to Al-Dulimi. Interpreting the interpreters*, in «QIL Questions of international law», 6, 2014, pp. 15 ss.

³⁶ Il punto è sottolineato tra l'altro in G. Palombella, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto e il ruolo delle Corti*, in «Diritto e questioni pubbliche», 18/2, 2018, p. 331: con riguardo a «questioni che (...) sorgono tra più sistemi», la «soluzione è posta precisamente "al di là" di ciascuno di essi», e dunque «può essere trovata solamente in termini inter-sistemici: i quali contraddicono il destino dell'aut-aut (essere di "un sistema o niente") e configurano la legalità come un continuum».

una regola sovraordinata ed esterna: si tratta del pluralismo risolto “under international law”³⁷. La creazione di questa cornice internazionalistica cui spetta la decisione ultima, l’ultima parola, trasforma le autonomie, su cui il pluralismo si fonda, in subsistemi del diritto internazionale, che di conseguenza detiene i criteri di validità ultima. Sotto questo profilo, il pluralismo revoca se stesso. La difficoltà dell’ottica pluralistica nel trattare in termini giuridici e non meramente strategici (o politici, di negoziazione, di opportunità) le relazioni e le questioni inter-sistemiche distingue, per quanto detto sopra, il pluralismo dalla prospettiva dell’inter-legalità per la quale nella concorrenza tra fonti emerge un diritto interlegale. Tutto questo induce ad approfondire come l’interlegalità reagisca sul diritto dei casi.

4. Il diritto inter-legale e le sue assonanze casistiche

Al diritto casistico è immanente la logica del precedente e del ragionamento in forma analogica. Dove vi è una comune sostanza fattuale, lì deve essere una medesima soluzione giuridica: “Ubi eadem aequitas, ibi idem ius”, dicevano i maestri della *interpretatio* medievale. Com’è noto, l’analogia dei fatti nell’identificazione della regola del caso comporta che al precedente si faccia riferimento fino alla soglia di similitudine dei fatti, oltre la quale intervengono gli adattamenti al caso concreto, secondo le tradizionali tecniche del *distinguishing* e *limiting* applicate dal giudice di *common law*³⁸.

Affinché dal confronto fra le singolarità possa emergere la norma del caso concreto, si deve riconoscere un principio di riferimento con un’estensione maggiore del singolo caso. Il principio ha qui una funzione regolativa, ossia il suo carattere normativo è una forma ordinatrice e selettiva dell’esperienza, alla quale ultima, tuttavia, non può essere ridotto³⁹: non nasce dal

³⁷ La versione radicale del pluralismo e quella soft sono esemplificate nella traiettoria dei lavori di Neil McCormick che passa così dalla prima alla seconda. Si vedano, N. McCormick, *Risking Constitutional Collision in Europe?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 1998, n. 3, p. 517; Id., *Beyond the Sovereign State*, in «Modern Law Review», 56, 1993, 1; Id., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in «European Law Journal», 1, 1995, p. 259; Id., *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

³⁸ Naturalmente, la determinazione del precedente e il suo uso fanno parte della pratica delle corti, ben al di là della tradizione specifica di *common law*. A questo riguardo si veda soprattutto l’illuminante studio di M. Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

³⁹ Quel principio ha natura formale, per questo potrebbe ben essere considerato schiettamente *trascendentale*, alla stessa stregua del principio regolativo kantiano: «Un principio della maggiore possibile continuazione ed estensione della esperienza; un principio, per cui nessun limite empirico può valere come limite assoluto; quindi un principio della ragione, che, come regola, postula ciò che da noi deve farsi nel regresso, e non anticipa ciò che nell’oggetto è dato in sé innanzi a ogni regresso» (I. Kant, *Critica della ragion pura*, Roma-Bari, Laterza, 1977, vol. II, p. 413).

caso in sé, ma è il risultato di un'esigenza normativa⁴⁰, che respinge la formazione integralmente empirica della regola.

Ora, con riguardo a una situazione inter-legale, sappiamo che per il giudice non si tratta di dare attuazione a una enunciazione astratta e generale, ma di considerare le diverse concorrenti fonti normative alla luce della situazione di inter-legalità e delle circostanze concrete. Le operazioni che l'interlegalità richiede sono dunque più d'una: tra esse, il riconoscimento delle disposizioni normative rilevanti provenienti da ordini, regimi, fonti tra loro autonome comporta la collocazione di queste su un unico piano comune al caso⁴¹ e la enucleazione dei principi di cui esse sono portatrici. Il fatto è da quelle fonti diversamente qualificato, e per questo appare poi formulabile in termini di 'caso'⁴². Ma le diverse qualificazioni giuridiche contenute nelle concorrenti legalità non possono essere assunte ciascuna come la regola del caso, come accade nell'applicazione del diritto legislativo, semplicemente perché il caso non è costruibile, in circostanze di interlegalità, come una fattispecie unica. Nessuna delle legalità presa in sé e in astratto può essere assunta come portatrice della regola da 'applicare' al caso. Se la fattispecie è a più dimensioni, la regola del caso concreto non è posta dal giudice mediante la mera corrispondenza empirica di un fatto ad una norma presupposta, come avviene con riguardo al comune diritto legislativo, ma attraverso l'utilizzazione delle concorrenti *rationes* normative offerte dalle legalità rilevanti *in re*⁴³.

⁴⁰ Più diffusamente E. Scoditti, *Non solo forma: fenomenologia giudiziaria del diritto*, in «Il Pensiero. Rivista di filosofia», 2019, n. 2, pp. 127 ss.

⁴¹ Il famoso rapporto della Commissione di diritto internazionale, del 2006, suggeriva le risorse logico-giuridiche tradizionali per il superamento della 'frammentazione', ma all'interno di un quadro normativo comune tracciato dai confini dell'ordinamento internazionale, e aggiungendo comunque il *caveat* che la Commissione non aveva assunto il compito di risolvere anche i problemi conseguenti al carattere istituzionale della frammentazione. Quest'ultimo evidentemente, restava impregiudicato, ma è proprio in ragione di ciò che il ricorso alle risorse logico-argomentative sopra indicate avrebbe potuto rivelarsi non risolutivo. Si veda M. Koskeniemi, *Introduction*, par. 13, p. 11 di *Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of IL*, ILC, 58 sess., 2006 (A/61/10, par. 251) (<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>).

⁴² Sulla distinzione tra fatto e caso, si veda in questo volume il capitolo di A. di Martino, *Dalla regola del caso al caso della regola*.

⁴³ Ostacoli alla considerazione della pluralità delle qualificazioni sono però non rari. La tutela dei diritti politici dei prigionieri richiesta dalla ECtHR, *Anchugov and Gladkov*, appl. 11157/04, 4 July 2013 (violazione art. 3 del Protocollo I della Convenzione) contrasta con l'art. 32 della Costituzione russa che prevede l'esclusione dei diritti politici di tutti i detenuti senza distinzioni di gravità dei reati e di durata della pena. Si tratta di un caso insolubile per il giudice costituzionale russo: il quale «rispondendo» il 19 aprile 2016 (No. 12- II/2016) non ha accolto né rideterminato la regola del caso, ma definito la sentenza ECtHR "impossibile da seguire". Le ragioni addotte non riguardano tanto il punto di merito (se spetti o meno il diritto di voto a qualche categoria di detenuti), ma la relazione tra l'ordinamento costituzionale e quello convenzionale, la natura e i termini dell'impegno a suo tempo sottoscritto dallo stato membro, e così via. La decisione costituzionale dunque viaggia largamente al di sopra del caso da risolvere. Nondimeno si è poi accettato che la decisione russa al proprio § 5.5 consentisse comunque un qualche rispetto della sentenza dell'ECtHR suggerendo che il legislatore avrebbe potuto sollevare il divieto per una categoria di detenuti sottoposti a una pena 'separata' attraverso confinamento in "colonie".

Alcuni dei casi in cui è stato coinvolto l'ordinamento giuridico italiano possono essere riguardati anche sotto questa prospettiva. Nel caso *Lautsi* la ECtHR ha discusso *in re* in che cosa consista il principio di laicità, il diritto di libertà dalla religione, nonché quali siano il valore specifico, la funzione e la conseguenza del crocifisso- e dei simboli religiosi- nelle scuole pubbliche: la regola del caso, accertata a Strasburgo (contraddittoriamente) per due volte, al di là del merito, contiene una congiunta elaborazione delle pretese normative della convenzione e dell'ordinamento italiano; non si tratta di un mero arbitraggio nei limiti delle opposte ragioni, bensì dell'individuazione di un principio ordinatore: la regola che ne risulta deve infatti essere proiettata su un piano di universalizzabilità, e dunque resistere alla prova della sua proiezione sul sistema dei diritti convenzionali in relazione agli ordinamenti membri.⁴⁴ Il caso *Taricco*⁴⁵ più recentemente, contiene un mirabile esempio di uso del rinvio preliminare, guidato dalle circostanze del caso a rivolgere domande di "principio" alla Corte di giustizia, autrice di una decisione la cui 'regola' era 'sembrata' entrare in rotta di collisione con principi di rango costituzionale nell'ordinamento italiano. Le domande poste hanno indotto la Corte di giustizia a ridefinire l'estensione della 'regola' adattandola in base ad un principio di riconoscimento e di compatibilità con l'ordinamento dello stato membro, in quanto portatore di ragioni primarie anche per l'ordinamento europeo: in particolare quelle riassumibili nel principio di legalità. Si è trattato, in fondo, di una rivalutazione, non più unilaterale, dei principi normativi in gioco, che non avrebbe potuto svolgersi né in astratto né separatamente 'entro' i confini di ciascun ordinamento. Si noti che il punto del primato o dell'effetto diretto dell'ordinamento dell'Unione su quello dello stato membro non è venuto in gioco e non è stato dunque il criterio di risoluzione del caso. In un'altra decisione italiana, sulle c.d. "pensioni svizzere", la nostra Corte costituzionale ha elaborato i principi domestici di eguaglianza e di sostenibilità economica in contrasto con il principio del giusto processo (art. 6 Convenzione) sollevato dalla ECtHR (per

⁴⁴ *Indipendentemente dal merito*, proprio quest'ottica sembra suggerita dall'intervento di Joseph Weiler innanzi alla Grande Camera della Corte di Strasburgo nel 2010 sul caso "Lautsi": Weiler ricolloca le circostanze del caso entro il più complesso 'sistema' europeo di scelte costituzionali e culturali, e suggerisce che la regola individuata dalla prima decisione della ECtHR rispondeva a un principio inaccettabile per il pluralismo europeo: "Una regola per tutti, come ha deciso la seconda Camera, priva di un contesto storico, politico, demografico e culturale non è solamente sconsigliabile, ma mina il pluralismo, la diversità e la tolleranza più autentici che la Convenzione intende salvaguardare, e che sono il marchio dell'Europa". (Intervento trascritto in traduzione italiana disponibile al link <https://www.dirittocomparati.it/intervento-di-josep-weiler-alla-corte-di-strasburgo-sul-crocifisso/>).

⁴⁵Se la CJEU (Grand Chamber) 8 September 2015, Case C-105/14, *Ivo Taricco and Others* a seguito di rinvio preliminare del Tribunale di Cuneo) aveva considerato i ridotti termini di prescrizione italiani per reati in violazione dell'IVA, contrastanti con gli interessi e le norme dell'Unione, la nostra Corte rivolge, di rimando (Rinvio preliminare 23 nov. 2016, n. 24/2017) stringenti domande alla CJEU, sottolineando il carattere sostanziale in Italia (e non procedurale) della prescrizione e l'insuperabilità del principio di legalità e del diritto di conoscere le conseguenze penali delle proprie azioni non dopo (e attraverso) le sentenze, ma prima di esse. La CJEU ha accolto gli argomenti della nostra Corte, contemplando eccezioni alla propria precedente 'regola', in caso di contrasto con il principio di legalità: CJEU, 5 December 2017, Case C-42/17, *M.A.S. and M.B.*

interferenza della legge successiva sui procedimenti in corso). La nostra Corte ha opposto alla tutela “parcellizzata” dei diritti, cui è tenuta la Convenzione, “una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata,” facendo così valere, a fronte del carattere ‘astratto’ delle norme convenzionali, l’esigenza di bilanciamento con riferimento al concreto contesto ed al sistema ordinamentale in cui quelle norme devono valere⁴⁶.

Il criterio *decisorio* ha un’origine necessariamente casistica, e questa richiede a sua volta la considerazione, sia in sé sia nella loro relazione, delle *rationes* normative che gli ordinamenti offrono, in circostanze individuate.

5. Ragione medievale e ragione moderna

5.1. Emerge più distintamente a questo punto la distinzione fra l’orientamento alle circostanze del fatto, nel diritto inter-legale, e il cosiddetto ‘reicentrismo’ medievale. La distanza dipende dal riferimento al principio normativo. Nell’universo medievale la ragione giuridica riposa sul presupposto di un’ idea sostanziale che è al fondo di ogni caso controverso e che è compito dell’interprete scoprire e portare alla luce. Quella sostanza corrisponde all’*aequitas*⁴⁷ e la regola ne è la *manifestazione*. La regola preesiste pertanto al caso e deve solo essere rinvenuta da colui che dice il diritto⁴⁸.

Il diritto casistico in chiave *moderna* ha in comune con quello medievale l’orientamento al caso. Tuttavia nel contesto medievale, le *leges* sono una ricognizione autoritativa di una preesistente *convenientia rerum*, e dunque sono da rintracciarsi⁴⁹ nelle *cose in sé*. L’apparente frammentarietà del multiverso giuridico medievale non solo è tenuta insieme proprio dal diritto, come insegna lo storico Paolo Grossi, ma sullo sfondo *presuppone quell’ordine universale* ispirato dall’alto, celebrato da agostiniani e tomisti. Nulla sta da sé, ma è parte di un mondo ordinato a sua somiglianza da Dio. Ed è solo dentro di esso che anche il

⁴⁶ Sent. Corte Cost. n. 264 del 2012, su cui E. Scoditti, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la Cedu come parametro interposto di costituzionalità*, in «Il Foro italiano», 136, 2013, n. 1, col. 788. Cfr. G. Palombella, *La politica come limite al diritto? Contrasti normativi oltre lo Stato*, Napoli, ESI, 2018, pp. 9 ss. Il caso è originato in considerazione del ricalcolo dei contributi versati in Svizzera agli effetti del trattamento pensionistico italiano.

⁴⁷ P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 177.

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 135 ss.; P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100 – 1433)*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 134 ss.

⁴⁹ *Reicentrismo* qui indica il fuoco sul complesso intreccio fattuale dei significati sociali rilevanti per la valutazione e la decisione giuridica di situazioni concrete: le cose stesse, in altre parole, sono logicamente precedenti rispetto alla *regula juris*, considerata come un’ulteriore fase, un successivo distillato o un derivato da esse.

principio deve perseguire il bene comune⁵⁰, che figura come un presupposto pilastro materiale della medievale ontologia ‘pratica’.

La ragione moderna opera diversamente. L’interprete non si rivolge al caso come per rintracciarvi il giusto e il bene che vi sarebbe (ontologicamente) sotteso, il diritto non è un’entità preesistente da ritrovare nelle cose ma è un artificio: la comparsa illuministica dell’idea del soggetto legislatore distanzia per sempre dagli assunti propri del reicentrismo medievale. Questo ‘superamento’ impedisce di tracciare una linea continua, nonostante le istruttive, illuminanti somiglianze, tra due versanti mai totalmente coincidenti, da un lato gli intrecci di legalità medievale dall’altro il presente proliferare di inter-legalità; da un lato il reicentrismo pre-illuministico dall’altro quello emergente nel terzo millennio; da un lato l’equità da rinvenire nel caso dall’altro il principio regolativo che tende a disciplinarlo; da un lato una concezione della casistica e dell’aggiudicazione come dispersione e contestualità al caso dall’altro il diritto come artificio ordinatore.

Ciò che nel suo insieme il secondo versante mostra, spiega anche come in esso la costruzione della regola muova tuttavia dall’appello dell’interprete ad un ideale normativo: per cui il diritto del caso concreto non è altro che la concretizzazione di un principio normativo, una forma di ‘sintesi’, per dir così, cui il senso della insorgente casistica nell’interlegalità contemporanea non potrà sottrarsi.

Non è dunque il semplice fatto che l’inter-legalità venga *dopo* l’instaurazione della ragione giuridica moderna a giustificare l’estraneità di essa alla concezione medievale del diritto come scoperta di una sostanza pre-esistente. L’inter-legalità non è l’*aequitas* medievale, è una relazione, è l’idea di interconnessione tra fonti e principi di qualificazione normativa, e non prefigura i contenuti che l’articolazione delle legalità può nel concreto assumere. E’ il riflesso della relazionalità nella definizione del diritto inter-ordinamentale. La regola del caso concreto non è così oggetto di rinvenimento o scoperta, ma è costruita quale artificio che l’interprete elabora nell’identificare il principio normativo in grado di regolare tale relazione.

5.2. L’elaborazione della regola per il caso è il compito che il ragionamento giuridico persegue, ma nell’ipotesi dell’inter-legalità il caso giuridico come s’è detto non è la semplice

⁵⁰ Tommaso, *Quaestiones*, 91, artt. 1 ss.; *Quaestiones*, 91 ss.

articolazione di fatto e diritto. La regola viene fissata in un contesto in cui i fatti sono giuridicamente costruiti (quali *casi*) da angoli di valutazione diversi, ossia dalla disciplina che ciascuna legalità concorrente ha teso ad imporvi. A differenza del ‘comune’ caso, quello inter-legale è il prodotto di un composito e poliedrico plesso di qualificazioni normative in genere determinate attraverso le singole legalità rilevanti in modo, per così dire, autoreferenziale. E’ questo inevitabile presupposto che caratterizza l’interlegalità ed è da esso che muove l’elaborazione della *regula iuris*, in un ambiente che è già giuridicamente/normativamente pieno, ma è alla ricerca della misura che può rintracciarsi solo nel comune ‘precipitare’ delle singole pretese normative. L’elaborazione della regola adeguata al caso può avvalersi del ricorso al precedente in termini alquanto lati, in realtà intreccia i riferimenti a ‘principi’ che sono collocati in ogni luogo della cultura giuridica, e che vengono in rilievo in dipendenza delle circostanze ‘di diritto’ di cui le legalità sono portatrici (e delle correlative qualificazioni del fatto che ne discendono).

La decisione dell’ottobre 2020 della Corte di giustizia dell’Unione europea che dichiara illegittima la legge ungherese che, per le sue conseguenze pratiche, mette al bando la Central European University (in Budapest), non riguarda solamente un ‘fatto’ materiale, ma un ‘caso’ già ‘qualificato’ giuridicamente, all’incrocio tra le regole della *World Trade Organisation (WTO)*, le norme sulla “libertà di stabilimento”, i diritti protetti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (in particolare: la libertà accademica, la libertà di finanziare istituzioni di istruzione superiore, e la libertà di iniziativa economica) e naturalmente le previsioni costituzionali dell’ordinamento ungherese. La Corte svolge il proprio ragionamento attraverso i diversi profili di legalità senza utilizzare una delle legalità rilevanti come insuperabile scudo nei confronti dell’altra. La Corte inoltre evita che l’illegittimità in virtù del contrasto con una di esse (per es. con il regime di tutela dei diritti nella Carta) assorba quella derivante dal contrasto con le altre: di fronte alla Corte il ‘caso’ è già ‘costruito’ in dipendenza delle diverse discipline, ed è il pieno confronto di tali discipline con la legge ungherese del 2017 ad essere in questione. Ciò non toglie che la Corte sottolinei poi che l’esercizio della sua giurisdizione con riferimento alle regole internazionali del *WTO* e delle regole e principi di diritto internazionale consuetudinario non può di per sé pregiudicare autonome future valutazioni del *Dispute Settlement Body*: ciò anche in considerazione del fatto che la pronuncia di una Corte europea non può essere invocata al fine di sottrarsi alle obbligazioni nascenti all’interno del *WTO* a seguito di una pronuncia del *Dispute Settlement Body*.

Tuttavia, nonostante la mancanza di un vincolo nei riguardi di autonome valutazioni future, in questa potenziale catena l'interlegalità può condurre a principi, capaci di rivelarsi utili 'precedenti'. Ma questo sarà tanto più probabile quanto più il ragionamento giuridico abbia dato adeguata considerazione alla *ratio* sottesa alle disposizioni proprie dell' 'altra' legalità (come quella del *WTO*, nel nostro caso) ritenuta necessaria alla decisione, e che il giudice ne abbia tenuto ben conto in una sorta di *dédoublement fonctionnel*⁵¹.

Se ciò è vero, proprio perché l'interlegalità indica l'instaurazione di una relazione, di cui è la forma, essa non predica un qualche presupposto sostantivo, che in quella relazione si debba imporre, quale norma gerarchicamente sovraordinata. In quanto funzione di una relazione, interlegalità conduce al processo di definizione della regola del caso concreto mediante il concorso di più legalità. La corte esponenziale del singolo ordinamento, nel dirimere la controversia, deve assumere, lo si ripete, anche il punto di vista dell'ordinamento concorrente, la cui presenza è imposta dalle peculiarità del caso. Deve insomma farsi carico delle ragioni dell'altro.

6. Il posto della fonte nell'inter-legalità

L'interlegalità, se è comune definizione della regola del caso concreto, è reciproco riconoscimento di forza normativa tra legalità plurali. Il tempo della legalità al plurale, come abbiamo detto, è quello in cui ciascuna legalità riconosce il valore giuridico dell'altra. Ciascuna legalità assume il punto di vista dell'altra e transita tra il punto di vista interno e il punto di vista esterno, sino a sbiadirne la pur essenziale distinzione. Si tratta non di uno stato di fatto, ma di uno stato *di diritto*, ossia di un'articolazione che si costruisce e opera sul piano del diritto. Il reciproco riconoscimento è l'ideale regolativo di una relazione che sorge quando deve darsi un volto alla regola del caso concreto⁵².

Un diritto che sorge non per il solo fatto storico della sua produzione, sembra far pendere l'ago della bilancia a favore di una concezione interpretativa, anziché tradizionalmente giuspositivista del diritto, basata sulla fonte⁵³. Se la corte non applicasse un diritto individuato

⁵¹ Su cui si veda A. Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of «Role Splitting» (dédoublement fonctionnel) in International Law*, in «European Journal of International Law», 1, 1990, pp. 210 ss.

⁵² E. Scoditti, *Articolare le costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2004, pp. 189 ss.

⁵³ Trattasi, com'è noto, di una delle questioni principali cui si riferisce gran parte della teoria del diritto contemporanea. Si può considerare tale questione come largamente riflessa nel dibattito tra Hart e Dworkin (e forse ancora più tra i sostenitori dell'uno o dell'altro). Tra le moltissime, un'utile via d'accesso resta Scott Shapiro,

in base alla sua fonte di produzione, il diritto varrebbe chiaramente non per la sua fonte, ma per il contenuto che l'interprete identifica. Ma le "circostanze" dell'interlegalità non si riconducono linearmente a quelle presupposte dall'una o dall'altra di queste due concezioni. L'interlegalità non può prescindere dal rilievo necessario della prospettiva della fonte né può prescindervi l'ideale regolativo del reciproco riconoscimento di forza normativa che di essa fa parte.

La singola legalità compare in quanto fonte di produzione del diritto. Il diritto inter-legale è l'interfaccia che si stabilisce fra fonti diverse nel caso concreto. Se la cifra dell'interconnessione è quella del reciproco riconoscimento, l'inter-legalità non è un indifferenziato universo giuridico nel quale ciascuna fonte perda definitivamente la sua identità senza che la sua specifica qualità sia riconosciuta. La diversità dei livelli fra fonti (nazionale, sovranazionale ed internazionale) non dilegua in un'indiscriminata commistione, né il reciproco riconoscimento conduce a ciò che concezioni "monistiche" si attendono (o pretendono).

Il peso specifico di ciascuna fonte non si colloca secondo un ordine formale, instaurando così una forma preconstituita di gerarchia, perché quel "peso" non è determinato in un contesto olistico, che fissi un comune parametro di misurazione e di conseguenza, una graduazione. Se così fosse, si tratterebbe di un ritorno alla legalità al singolare, consegnata ad una norma che determina la gerarchia in astratto fra legalità. Il peso specifico, inteso come la qualità di ciascuna fonte, è ciò che la distingue dall'altra e che è oggetto di riconoscimento, *in rapporto alle circostanze del caso*. Ovviamente, il reciproco riconoscimento comporta che la specifica qualità normativa della fonte possa lasciare la sua traccia nell'iter che conduce alla regola. Può accadere, nella considerazione di norme concorrenti, che una fonte eserciti per la sua qualità la forza centripeta, lasciando alla fonte concorrente il ruolo gregario di vincolo o limite di efficacia. L'inter-legalità, in quanto comporti ad esempio un bilanciamento fra principi costituzionali, è un fenomeno chiaroscurale⁵⁴: non ci sarebbe mai un principio o una fonte del tutto vincente, o del tutto perdente. Le gradazioni del chiaroscuro, più o meno accentuate, dipendono dallo specifico contatto da un lato tra fonti normative e dall'altro tra queste e la concretezza del caso, e in quel contatto si determinano i livelli di rilevanza o di prevalenza, e

The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed, in «Public Law and Legal Theory» WP series, marzo 2007, n.7, pp. 1 ss. Sulla evoluzione della questione nel rapporto tra i due autori (e anche per i riferimenti bibliografici) N. Stavropoulos, *The Debate that never was*, in «Harvard Law Review», 130, 2017, pp. 2082 ss.

⁵⁴ Secondo la definizione che ne dà la Corte di Cassazione italiana, Sez. U., 9 settembre 2021, n. 24414, par. 23.1, la quale ha sostenuto, nel caso concernente l'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche, che l'adozione del criterio della proporzionalità comporta la "natura chiaroscurale del bilanciamento del diritto fondamentale".

da esso dipende, come per i principi costituzionali, la loro ordinazione, nella particolarità della singola controversia che il giudice deve dirimere.

7. Il carattere non relativista dell'inter-legalità

Il reciproco riconoscimento è indifferente ai contenuti dell'ordinamento con cui si entra in relazione? L'inter-legalità dà luogo ad una forma di relativismo giuridico? Che l'esito del reciproco riconoscimento non rappresenti la fine delle differenze lo dimostra già il peso della fonte nella dinamica della legalità al plurale. Occorre ora definire meglio in cosa l'inter-legalità si distingue da un approccio relativista.

“Trasformazioni” del diritto come il costituzionalismo prima, e l'inter-legalità dopo, rappresentano processi di differenziazione- per usare il termine della teoria luhmanniana dei sistemi- all'interno del diritto. Tali processi vanno nella direzione della *moltiplicazione di vincoli, rectius* auto-vincoli, per il diritto, direzione in cui l'inter-legalità rappresenta uno stadio ulteriore.

Il linguaggio che corre fra gli ordinamenti, nell'“in-between” del caso, è quello della legalità, e cioè quello caratterizzato dalla precedenza del diritto rispetto al potere, o come tradizionalmente si dice del ‘rule of law’ sul ‘rule of men’. Dispiegandosi come ambiente dominato dal diritto, l'“in-between” ad esempio non esclude ma consente di appellarsi ad un giudice indipendente, sebbene lo consenta spesso nei confronti di fora multipli, e apre al riconoscimento tra regimi, ordini giuridici, fonti normative che condividano il senso prescrittivo del *rule of law*.

Se è infatti da escludere che si tratti di uno spazio ‘vuoto’ di diritto, allora vale in esso un ideale normativo quale il *rule of law* (RoL) che appare consolidato nei documenti giuridici statali, regionali e inter- e sovra nazionali. Poiché i suoi connotati non possono essere *system-dependent*, ossia fissati unilateralmente da uno degli attori, il RoL può assumere una centralità come parametro nei confronti di ordini di diversa origine, natura, scopo, determinando le condizioni per l'accesso al mutuo rispetto.

Quale concezione del RoL entra in gioco? Il RoL porta con sé certamente l'aspirazione alla non arbitrarietà e alla limitazione del potere, ma in termini giuridici esso consiste in una

limitazione *del diritto* mediante il diritto⁵⁵. Nella ricostruzione dell'*ideale* normativo alla quale aderiamo, non si tratta della mera esistenza di un ordine giuridico purchessia: la linea di ispirazione ha una radice eminentemente anglosassone, nel solco che congiunge Henry de Bracton (e la coppia *gubernaculum/jurisdictio*), Edward Coke (cfr. *Bonham's case*), i *Federalist Papers* e la nozione statunitense della "*judicial review*" le quali tutte concorrono a manifestare una generale logica: quella di una pluralità di fonti capaci di temperarsi l'un l'altra.⁵⁶ Ciò che realizza il RoL è dunque precisamente quella *dualità* nell'organizzazione del diritto, il quale in parte ha per centro il sovrano, per altra parte un 'altro' diritto che quegli non può sovrascrivere, che sia il *common law* governato dai giudici inglesi o l'insieme dei principi costituzionali contemporanei che incarnano in altro modo un tessuto del diritto irriducibile a quello sottoposto al 'gubernaculum' (e che non è a disposizione di questo)⁵⁷. Ciò che controbilancia il lato 'strumentale' del diritto contribuisce fundamentalmente alla tutela della libertà di ciascuno da una fonte dominante che monopolizzi la definizione della legalità. In questa dualità, in questo schema risiede il senso essenziale del RoL. La *ratio* ideale è prevenire la concentrazione di uno specifico potere, quello della produzione del diritto, contro la cui monopolizzazione nelle mani di un unico detentore, capace di modificarlo a piacimento, esso contrasta. E tale tensione ben si proietta al di fuori del familiare ambito dello stato, nell'incrociarsi dei poteri jusgenerativi anche oltre gli stati (includendo quindi entità regionali o globali che esercitano un potere regolatorio in vasti settori funzionali). Anche nello spazio inter e ultra-statale il RoL deve prevenire la riduzione del diritto a un mero unilaterale monopolio, il vero presupposto di ogni arbitrarietà.

⁵⁵ G. Palombella, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 64 ss.. Id., *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law la governance del mondo*, cit., cap. I, *L'ideale della legalità e il rule of law*, pp. 17-66.

⁵⁶ Anche la sovranità inglese è condivisa tra Corona, Lords e Commons, e il diritto evolve anche attraverso il *common law* e le corti, interpreti ultime, peraltro, della coerenza complessiva del sistema: secondo A. V. Dicey: «Il Parlamento è il legislatore supremo, ma dal momento in cui il Parlamento ha manifestato il suo volere in qualità di autorità legiferante, tale volere viene assoggettato all'interpretazione che è posta in essere dai giudici del paese, e a loro volta, i giudici che operano sotto l'influenza della mentalità del magistrato non meno che sotto quella dello spirito della *common law* sono inclini a interpretare le eccezioni legislative ai principi di *common law* secondo modalità che non riscuoterebbero l'approvazione di un collegio di funzionari della Corona, o delle Camere del Parlamento se queste fossero invitate ad interpretare le loro stesse statuizioni». A. V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 348-349).

⁵⁷ Gli stati costituzionali approssimano tale 'dualità' proteggendo, anche dalle maggioranze sovrane e parlamentari, principi e diritti cui attribuiscono lo stesso rango del principio democratico da cui discende la legislazione 'politica'.

I noti requisiti che la teoria del diritto elenca da Fuller a Raz⁵⁸, per esempio, come pubblicità, non-retroattività, possibilità di essere obbedito, rispetto di canoni di ‘natural justice’, e via seguendo, sono certamente essenziali perché il diritto possa ‘funzionare’ come tale, ad esempio assolvendo efficacemente al compito di guidare i comportamenti. Le condizioni della legalità sono le condizioni minime di uno stato di diritto (come per esempio lo stato ‘legislativo’, pre-costituzionale europeo), ossia di un *rule by law*. Associato a quest’ultimo, come la sua struttura principale, è appunto il principio di legalità: ma realizzarlo non disinnesci di per sé alcun rischio di quella autocratica onnipotenza della legge, capace di eleggere a legalità qualsiasi decisione, inclusa quella che, ad esempio, cancelli i diritti degli individui. Testimone di questo decadere del RoL nel mero *rule by law* è l’esperienza-- non comparabile a quelle angloamericane né alle trasformazioni degli stati costituzionali--, dello stato di diritto continentale europeo tra ‘800 e ‘900. Il RoL dunque ha a che fare con la organizzazione strutturale della legalità: dove il RoL prevale, la qualità della legalità comporta una virtuosa tensione tra legittime fonti capaci di competere e di concorrere.

Nello scenario inter ed extrastatale la dualità che caratterizza il *rule of law* possiede due volti e si svolge su due piani: da un lato quello della limitazione del potere normativo, dall’altro quello del rispetto della diversità. L’una funziona sia in proprio sia attraverso l’altra. Da un lato, in primo luogo, la tensione che il RoL idealmente incarna si è sviluppata nel tempo grazie all’emergere nel corso dell’ultimo secolo di presidi normativi capaci di limitare il monopolio jusgenerativo, per esempio stabilendo obbligazioni per tutti gli attori internazionali, oltre il dogma internazionalistico del consenso e dunque *erga omnes*, oppure attribuendo il rango di *jus cogens* a norme che di conseguenza la mera volontà degli stati non può sovrascrivere legittimamente;⁵⁹ Corti sopranazionali agiscono in base a principi di diritto positivo, divenuti cardine della civiltà giuridica, includendo il rispetto dei diritti umani, dei canoni democratici, delle libertà principali, maturati generalmente entro il costituzionalismo moderno; e convenzioni regionali in vari continenti, esercitano una funzione di controllo della qualità e del funzionamento della legalità sulla base di parametri di riferimento tendenzialmente universalizzabili. D’altro lato, e in secondo luogo, oltre lo svilupparsi di strati normativi capaci di condizionare la legalità convenzionale e muniti della forza giuridica necessaria a resistere al ‘gubernaculum’ dei grandi regimi globali o degli Stati, la dualità tipica del RoL si sostiene

⁵⁸ L. Fuller, , *La moralità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 65-122; J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in Id., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 214-218.

⁵⁹ G Palombella, , *The Rule of Law at home and abroad*, in «Hague Journal on the Rule of Law», 8, 2016, pp. 1-23.

proprio attraverso la tutela della pluralità delle legalità (regionali, internazionale, globali, statali, etc.) sottoponendo ciascuno degli ‘attori’ in gioco al rispetto di sempre più esigenti criteri normativi, necessari per accedere allo spazio inter-legale, e a preservare le condizioni di mutua considerazione. Questo equilibrio è allo stesso tempo ciò che l’interlegalità induce e ciò che il RoL richiede.⁶⁰

Prevenire l’unilateralità nella graduazione delle fonti e nella decisione delle questioni giuridiche, attraverso l’apprezzamento interlegale delle ragioni e delle pretese normative in concorso o in conflitto, è conforme all’ideale del RoL quale limitazione del diritto mediante il diritto. E quest’ultimo condiziona il *gubernaculum* degli stessi stati a un limite, a condizioni di accessibilità al teatro della interlegalità, grazie allo svilupparsi di quegli strati di legalità che proteggono conquiste di civiltà giuridica maturate specialmente nell’ultimo secolo.

Non si può certo nascondere che sia questa nozione di RoL sia quella di interlegalità non tendono a produrre una sorta di bene comune globale (né ne avrebbero il compito), risultando invece in una cucitura complessa e per segmenti di diverse pretese in circostanze determinate di sovrapposizione. Pretese normative che hanno le concorrenti legalità come il proprio veicolo, e che portano con sé progetti, bisogni e realtà di differenti pratiche sociali.

Ad entrare in gioco non è dunque una qualche idea di un presupposto, unitario, bene comune, ma la prospettiva della giustizia: il giusto inteso come eguale considerazione e rispetto delle sfere di libertà di ciascuno, e riferito allo status della nostra coesistenza; il giusto inteso come priorità rispetto alla varietà delle preferenze e delle concezioni del bene⁶¹, volto ad assicurare che le pretese possano avere ‘voce’ ed essere trattate su un piano di correttezza giuridicamente garantita.

In fondo l’ideale del *rule of law* si intreccia con quello dell’interlegalità nel punto in cui tende ad evitare l’ingiustizia⁶², più che a realizzare un qualche universale bene comune. L’inter-

⁶⁰ Per esempio, come scrive Yuval Shany: ‘[I]t is the combination of discretion on the part of national authorities and non-intrusive review by international courts which may produce the right mix between deference and supervision, in the light of the comparable advantages of the two sets of actors’ (Y Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in «European Journal of International Law» 15, 2005, 907, p. 919).

⁶¹ Come John Rawls (*Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1984) sostiene: “I principi di diritto e della giustizia limitano le soddisfazioni cui si dà valore, impongono restrizioni sulle concezioni ragionevoli del proprio bene». I principi della giustizia «specificano i confini che il sistema dei fini umani deve rispettare» (*ibidem*, pp. 42-3). La rilevanza del giusto si studia anche nella *Critica della ragion pratica*, nella quale Kant sostiene che il nostro concetto di «bene» non dovrebbe determinare ciò che è «giusto» e definire ciò che vale come «legge morale», ma al contrario «è la legge morale che anzitutto determina e rende possibile il concetto del bene» (*Critica della ragion pratica*, Roma-Bari, Laterza, 1982, p. 79).

⁶² Sul diritto come condizione epistemica per riconoscere l’ingiustizia, che in uno stato di natura mancherebbe di essere riconoscibile (e nessuna obiezione potrebbe essere sollevata contro di essa), I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1983, pp. 134-135.

legalità non è così solo un risultato del moderno processo di moltiplicazione dei vincoli normativi, ma è anche un fattore di diffusione e di approfondimento delle dinamiche della civilizzazione affidata al diritto.