

# CIR

## **CENTER FOR INTER-LEGALITY RESEARCH**

Working Paper No. 05/2021

**PAOLA PAROLARI**

***L'INTERLEGALITÀ COME METODO?***

***LA DECISIONE GIUDIZIALE NEGLI SPAZI GIURIDICI IBRIDI***

The Inter-Legality Working Paper Series can be found at

[www.cir.santannapisa.it/working-papers](http://www.cir.santannapisa.it/working-papers)

# L'INTERLEGALITÀ COME METODO?

## LA DECISIONE GIUDIZIALE NEGLI SPAZI GIURIDICI IBRIDI

*Forthcoming in E. Chiti, A. di Martino, G. Palombella (eds), L'eta della Interlegalità (Il Mulino, 2021)*

Paola Parolari\*

**ABSTRACT:** In the contemporary globalized world, sources of law of different nature and origin overlap and compete in the regulation of the same concrete cases, within a plurality of hybrid legal spaces. In this context, the demands for justice that emerge from interlegal cases require the judges to act as “interlegality hubs” and may lead them to force the rigid rules of those doctrines of the sources of law which are based on the kelsenian concept of “legal order”. The present paper is an attempt to take this possibility seriously. In particular, on the one hand, it provides some examples of how the protection of the rights of the parties to a dispute may be affected by the refusal to take interlegality into account. On the other side, it raises the question as to whether and how a new method may be developed in the interpretation and application of law to guide the judge in the search for the applicable law in the disorder that characterizes hybrid legal spaces and interlegality.

**KEY WORDS:** Interlegality, Hybrid Legal Spaces, Disorder of Legal Sources, Legal Interpretation, Judicial Decision

### Introduzione

Nel mondo globalizzato contemporaneo, sempre più interconnesso sotto il profilo economico, politico e sociale, si moltiplicano gli “spazi giuridici ibridi”<sup>1</sup> in cui ordinamenti giuridici differenti si intersecano, concorrono ed entrano in competizione rispetto all'inquadramento delle fattispecie concrete e alla risoluzione delle controversie. Il diritto diviene così un “tessuto composito, determinato dalle relazioni di convergenza o di conflitto che di volta in volta corrono tra legalità diverse”<sup>2</sup>, al punto che “non si può più propriamente

---

\* Fixed-term Researcher of Philosophy of Law, University of Brescia, Department of Law, [paola.parolari@unibs.it](mailto:paola.parolari@unibs.it).

<sup>1</sup> P.S. Berman, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 13 definisce ibridi quegli spazi giuridici “where more than one legal, or quasi-legal, regime occupies the same social field”.

<sup>2</sup> G. Palombella, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in “Diritto & questioni pubbliche”, 18, 2, 2018, p. 315.

parlare di diritto e di legalità ma piuttosto di interdiritto (*interlaw*) e di interlegalità (*interlegality*)<sup>3</sup> (§ 2). In questo contesto, chi è investito del compito di risolvere le controversie si trova sempre più ad agire come una sorta di “inter-legality hub”<sup>4</sup>. E, se da un lato barricarsi entro i confini di un singolo ordinamento giuridico rischia di compromettere l’effettiva tutela dei diritti delle parti in causa, dall’altro mancano però “criteri ordinatori”<sup>5</sup> che definiscano in modo chiaro e univoco le relazioni tra (norme di) ordinamenti giuridici differenti (§ 3). I giudici si ritrovano quindi da soli nel districare i nodi di una realtà giuridica sempre più complessa e disordinata<sup>6</sup>: da qui, la sollecitazione ad aprire una riflessione sul metodo maggiormente idoneo a guidarli nella ricostruzione delle norme applicabili al caso concreto in contesti di interlegalità (§ 4).

## 2. Spazi giuridici ibridi e disordine delle fonti del diritto: la sfida dell’interlegalità

A dispetto di quanto prefigurato e auspicato dai fautori del globalismo giuridico e del costituzionalismo globale, il diritto del mondo globalizzato non ha assunto la forma di uno spazio giuridico unificato e ordinato. Al contrario, così come complessa e policentrica è la globalizzazione, complesso e policentrico è anche il diritto che ne costituisce espressione<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> B. de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in “Journal of Law and Society”, 14, 3, 1987, p. 288, traduzione mia.

<sup>4</sup> Y. Shany, *International Courts as Inter-Legality Hubs*, in J. Klabbers e G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019, pp. 319-338.

<sup>5</sup> E. Cannizzaro, *Carta dei diritti fondamentali UE e Cedu*, intervista di Roberto Conti, in “Giustizia Insieme”, 27 novembre, <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/92-main/costituzione-e-carte-dei-diritti-fondamentali/1420-carta-dei-diritti-fondamentali-ue-e-cedu-di-enzo-can%E2%80%A6>, p. 8.

<sup>6</sup> Il termine ‘disordine’ è usato sempre più spesso per descrivere i caratteri del diritto contemporaneo. Di “global disorder of normative orders” parla, ad esempio, N. Walker, *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, in “I•CON”, 6, 3-4, 2008, pp. 373–396. Di disordine delle fonti parlano invece, anche se in termini non sempre coincidenti, G. Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti*, in “Rivista di diritto private”, 8, 3, 2003, pp. 461-477; U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in “Politica del diritto”, 37, 3, 2006, pp. 361-384; L. Carlasare, *Le fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali II*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 536-567; T. Mazzaresse, *La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, parte monografica di “Diritto & Questioni pubbliche”, 17, 1, 2017, pp. 109-137; Ead., *Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine*, in “Lo Stato. Rivista di Scienza Costituzionale e Teoria del Diritto”, 12, 2019, pp. 461-476; P. Parolari, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il “dialogo” tra le corti nel disordine delle fonti*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 31-58; B. Pastore, *Sul disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, cit., pp. 13-30.

<sup>7</sup> Di “polycentric globalization” parlano A. Fischer-Lescano e G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in “Michigan Journal of International Law”, 25, 4, 2004, p. 1009. Sulla nozione di *legal polycentricity* si vedano, in particolare, H. Petersen e H. Zahle (a cura di), *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, Dartmouth, 1995.

Coesistono infatti una molteplicità estremamente eterogenea di “regimi regolativi”<sup>8</sup> che ruotano intorno ad una pluralità (altrettanto eterogenea) di centri e di processi di produzione normativa<sup>9</sup>, molti dei quali non sono riconducibili all’autorità degli stati o delle principali organizzazioni internazionali e sovranazionali. Come ben sintetizza Roger Cotterrell, quindi, “i molti siti del pluralismo giuridico globale ‘non costituiscono un ordinamento giuridico (legal system)’”: al contrario, “l’autorità giuridica è relativa e contingente”<sup>10</sup>.

In questo contesto, fonti del diritto di diversa natura e origine possono interagire tra loro in vari modi e per diverse ragioni. In alcuni casi, esiste una rete di rinvii incrociati che le mette in relazione, come nel caso delle fonti nazionali e internazionali (regionali e globali) in materia di diritti fondamentali<sup>11</sup>. Ancor più stretta è poi l’interdipendenza che si instaura tra l’ordinamento giuridico di un’organizzazione sovranazionale come l’Unione europea e quelli degli stati membri, in ragione del processo di reciproca integrazione costantemente in atto<sup>12</sup>.

D’altra parte, anche quando mancano rinvii incrociati e/o non c’è un quadro istituzionale sovranazionale, la persistente frammentazione giuridica del mondo globalizzato

<sup>8</sup> Come ben sintetizza R. Cotterrell, *Does Global Legal Pluralism Need a Concept of Law?*, in U. Baxi, C. McCrudden, A. Paliwala (a cura di), *Law’s Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 310, infatti, “In general, in transnational arenas, regulatory regimes of great diversity – private and public, state and international, ‘soft’ and ‘hard’, legislated and negotiated, centralized and diffuse – co-exist, often in very unclear relations with each other. While some are rooted in territorial jurisdiction, the scope of others is functionally defined. Some operate through ‘horizontal’ co-ordination [...] while others operate more ‘vertically’ through hierarchies of authority located in specific rule-making or adjudicatory institutions”.

<sup>9</sup> Di centri di produzione del diritto parlano H. Petersen e H. Zahle nella prefazione al volume collettaneo da loro curato, *Legal Polycentricity*, cit., p. 8, dove spiegano come “the use of the term ‘legal polycentricity’ indicates an understanding of ‘law’ as being engendered in many centres – not only within a hierarchical structure – and consequently also as having many forms”. Di processi parla invece G. Teubner, *Foreword: Legal Regimes of Global Non-State Actors*, in Id. (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. xiii, là dove scrive che la “globalization of law creates a multitude of decentred law-making processes in various sectors of society”.

<sup>10</sup> R. Cotterrell, *Does Global Legal Pluralism Need a Concept of Law?*, cit., pp. 309-310, traduzione mia. In questo contesto, l’espressione ‘pluralismo giuridico globale’ è utilizzata con valenza descrittiva, per riferirsi alla coesistenza di una pluralità di ordinamenti giuridici differenti nello spazio giuridico globale.

<sup>11</sup> Da un lato, molti stati hanno introdotto nella propria costituzione una qualche forma di rinvio al diritto internazionale; dall’altro, simmetricamente, le ormai numerose carte dei diritti promosse da diverse organizzazioni internazionali normalmente rinviano al diritto (costituzionale) interno degli stati parte. A. Ruggeri, *I diritti fondamentali tra carte internazionali e costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell’interpretazione)*, in Vogliotti M. (ed.), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 148 parla a questo proposito di “‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento internazionale (e sovranazionale)” e di “‘internazionalizzazione’ dell’ordinamento interno” degli stati. Per effetto di questi processi, l’individuazione, l’attuazione e la tutela dei diritti fondamentali possono ormai avvenire solo all’intersezione tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali del diritto.

<sup>12</sup> Considero sovranazionali (e non “meramente” internazionali) le organizzazioni a cui sia stata attribuita dagli stati la competenza a “legiferare”, attraverso i propri organi, su determinate questioni, producendo norme che non si limitano a creare obblighi per gli stati ma producono anche effetti diretti all’interno degli stati. Sul concetto di integrazione giuridica, proprio con riferimento all’Unione europea, si rinvia a G. Itzcovich, *Integrazione giuridica. Un’analisi concettuale*, in “Diritto pubblico”, 11, 3, 2005, pp. 749-785.

contemporaneo entra comunque in tensione con la sempre più profonda interconnessione economica, politica e sociale che lo caratterizza. Gli ambiti di applicazione di diversi ordinamenti giuridici possono così venire a sovrapporsi – sia sotto il profilo oggettivo (delle materie che disciplinano) che sotto quello soggettivo (dei soggetti a cui si rivolgono) – anche a prescindere da qualsiasi interrelazione formale. Inoltre, poiché le fattispecie concrete presentano in genere una pluralità di profili sostanziali, possono assumere rilevanza per ordinamenti giuridici che rispondono a logiche differenti<sup>13</sup> e le cui intersezioni si determinano proprio in relazione alla specificità del caso concreto<sup>14</sup>.

Quali che siano le dinamiche che generano gli spazi giuridici ibridi, si moltiplicano quindi le situazioni in cui agli stessi atti o fatti sono applicabili norme riconducibili a ordinamenti giuridici diversi. Spesso mancano, però, sia norme di riconoscimento che consentano di considerare validi in un ordinamento atti compiuti in conformità alle prescrizioni di un altro, sia criteri per risolvere in modo univoco eventuali conflitti normativi. In particolare, viene meno quell'efficace criterio ordinatore che è il principio gerarchico: come evidenzia Gunther Teubner, infatti, si è andato affermando un nuovo modello “eterarchico” delle relazioni tra diverse fonti del diritto<sup>15</sup>.

In particolare, gli stessi rinvii incrociati contenuti nelle costituzioni nazionali e nelle carte internazionali dei diritti fondamentali in genere non stabiliscono una gerarchia tra le fonti che li contengono e quelle che ne sono oggetto<sup>16</sup>. Inoltre, a dispetto – o forse proprio a causa – del suo elevato livello di istituzionalizzazione, anche l'integrazione tra l'ordinamento dell'Unione europea e quelli degli stati membri produce un effetto di “disordinamento giuridico”, inteso come una “continua rottura e spiazzamento dei parametri di legalità interni

<sup>13</sup> A questo proposito, J. Klabbers e G. Palombella, *Introduction. Situating Inter-Legality*, in *Iid.* (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, cit., p. 11 osservano che, poiché le stesse fattispecie concrete presentano in genere una pluralità di profili sostanziali, si prestano in genere a diverse qualificazioni giuridiche quando le si consideri dal punto di vista di ordinamenti differenti.

<sup>14</sup> Ad esempio, qualora uno stato conferisca permessi speciali per cacciare le balene nel mare antartico a fini scientifici, la legittimità di tali permessi è in astratto valutabile sia sotto il profilo della sua conformità alle condizioni previste nella *Convenzione Internazionale sulla regolamentazione della caccia alle balene* (1946) – per stabilire, in particolare, se il numero di balene concretamente uccise dai beneficiari del permesso sia compatibile con lo scopo della ricerca scientifica – sia alla luce della *Convenzione per la protezione delle risorse marine viventi in Antartide* (1980): l'uccisione di un considerevole numero di balene può avere infatti un impatto significativo sull'ecosistema dell'Antartide oltre che, in una sorta di reazione a catena, sui cambiamenti climatici. Si veda, a questo proposito, l'articolato commento di L. Pineschi, *Inter-Legality and the Protection of Marine Ecosystems*, in J. Klabbers e G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, cit. sul caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* deciso nel 2014 dalla Corte internazionale di Giustizia.

<sup>15</sup> Teubner, *Foreword: Legal Regimes of Global Non-State Actors*, cit., pp. xiii-xvi.

<sup>16</sup> Sul punto si rinvia a Parolari, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo*, cit.

agli ordinamenti che si integrano”<sup>17</sup>. Ancor più incerte e disordinate, infine, sono le interazioni che si producono di fatto tra ordinamenti le cui relazioni sono formalmente improntate a un regime di reciproca indifferenza<sup>18</sup>: così, ad esempio, quelle tra gli ordinamenti giuridici statali e le nuove forme di *lex mercatoria* transnazionale, da un lato, o i *minority legal orders* delle (nuove) minoranze formatesi per effetto delle migrazioni, dall’altro<sup>19</sup>.

### 3. Il diritto e i diritti oltre l’ordinamento: i giudici come *interlegality hubs*

Nel disordine delle fonti che caratterizza gli spazi giuridici ibridi, l’individuazione della norma del caso concreto diviene una sfida assai ardua per i giudici, che si trovano di fatto ad agire come *interlegality hubs* all’intersezione tra costellazioni di fonti del diritto di diversa natura e origine<sup>20</sup>.

In questo contesto, le coordinate offerte dalle concezioni ordinamentali del diritto che si muovono nel solco della tradizione kelseniana<sup>21</sup> mostrano limiti che non possono essere ignorati<sup>22</sup>. Come evidenzia Kaarlo Tuori, infatti, esse implicano l’adozione di una prospettiva

<sup>17</sup> G. Itzcovich, *Integrazione giuridica*, cit., p. 783.

<sup>18</sup> N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, pp. 278-282 classifica i rapporti tra ordinamenti giuridici secondo i seguenti criteri: i) coordinazione/subordinazione, ii) esclusione/inclusione, iii) indifferenza/rifiuto/assorbimento.

<sup>19</sup> Con l’espressione ‘minority legal orders’ si intende fare riferimento a quei sistemi ibridi di norme che regolano la vita delle minoranze religiose e/o culturali nei paesi di immigrazione, combinando fonti del diritto di diversa natura e origine. Per un approfondimento su questo tema si rinvia a P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari’ah councils in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 62-67.

<sup>20</sup> La metafora delle costellazioni è sempre più diffusa in letteratura: si vedano, tra gli altri, K. Tuori, *Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism*, in M. Maduro, K. Tuori, S. Sankari (a cura di), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 23 e 38; B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, and Emancipation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 85 e 89; A. Hellum, S. Sardar Ali e A. Griffiths, *Introduction: Transnational Law in the Making*, in Ead. (a cura di), *From Transnational Relations to Transnational Laws. Northern European Laws at the Crossroads*, Farnham, Ashgate, 2011, p. 24; F. Benda-Beckmann e K. von Benda-Beckmann, *The Dynamic of Change and Continuity in Plural Legal Orders*, in “The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law”, 47, 2006, pp. 37-83.

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1934; Id. *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960. Si veda inoltre N. Bobbio, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, cit. Come è noto, entro queste coordinate teoriche si intende per ‘ordinamento giuridico’ un insieme dinamico di norme gerarchicamente ordinato, caratterizzato da unità, coerenza e completezza. In particolare, l’ordinamento giuridico è unitario perché tutte le sue norme sono riconducibili, secondo una struttura gerarchica piramidale, ad una stessa norma fondamentale (*Grundnorm*). È dinamico perché disciplina le modalità della propria trasformazione mediante norme sulla produzione giuridica conservando così la propria identità anche quando i suoi elementi cambiano nel tempo. È coerente perché prevede i criteri in base ai quali risolvere eventuali antinomie. È completo perché, si presume, il giudice è sempre in grado di trovare al suo interno le premesse normative sulle quali è tenuto a basare le proprie decisioni.

<sup>22</sup> R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare, I (Le fonti del diritto)*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 5-6 propone, a questo proposito, una “rilettura ‘quantistica’ della teoria delle fonti”, nella convinzione che, “come la meccanica

“monofocale” – una “tunnel vision”, direbbe Yuval Shany<sup>23</sup> – in base alla quale “la soluzione della questione controversa dipende [esclusivamente] dall’ordinamento giuridico dal punto di vista del quale viene affrontata” e “non esiste un terreno neutrale sul quale gli ordinamenti giuridici subordinati a diverse *Grundnorms* possano incontrarsi”<sup>24</sup>. Di conseguenza, i giudici sono tenuti ad ignorare tutte le fonti del diritto che – pur in concreto rilevanti in relazione ai fatti oggetto di giudizio – non sono oggetto di rinvio da parte dell’ordinamento giuridico nell’ambito del quale esercitano la propria giurisdizione.

Rischia così di accadere che le diverse giurisdizioni potenzialmente concorrenti si ritengano tutte incompetenti a decidere – determinando un effetto di denegata giustizia – o, al contrario, ingaggino una “lotta per la competenza a decidere”<sup>25</sup>, nell’ambito della quale si alimenta la tentazione di ricostruire gerarchie tra gli ordinamenti in competizione<sup>26</sup>. Tuttavia, dal momento che queste gerarchie sono rivendicate unilateralmente dalle corti, sono inevitabilmente instabili e controverse, in quanto passibili di essere messe in discussione da altre corti. La *tunnel vision* tipica delle teorie ordinamentali del diritto è quindi problematica, perché favorisce il perpetuarsi della frammentazione giuridica e del conflitto, con inevitabili ripercussioni negative sulla tutela dei diritti di una o più delle parti in causa in una controversia interlegale.

Per chiarire meglio questo punto, può forse essere utile richiamare, a titolo di esempio, alcune difficoltà che possono sorgere nei paesi europei di immigrazione in ragione del mancato coordinamento tra diritto statale e diritto islamico (così come risulta dalla contaminazione con altre fonti del diritto nell’ambito del *minority legal order* di una o l’altra minoranza islamica)<sup>27</sup>.

---

quantistica ha rilevato l’insufficienza della fisica newtoniana quale rappresentazione della materia, e l’ha messa in profonda crisi, così oggi anche la teoria delle fonti di Kelsen mostra grossi segni di cedimento, di non riuscire più a spiegare i fenomeni indotti dalla trasformazione degli ordinamenti giuridici e a guidare i comportamenti degli interpreti”.

<sup>23</sup> Y. Shany, *International Courts as Inter-Legality Hubs*, cit., pp. 322 e 327.

<sup>24</sup> K. Tuori, *Transnational Law*, cit., p. 35, traduzione mia. Tuori parla, a questo proposito, di “solipsism”.

<sup>25</sup> M. Koskeniemi, *Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought*, 2005, reperibile all’URL <https://www.researchgate.net/publication/265477439>, p. 7, traduzione mia.

<sup>26</sup> In particolare, sono soprattutto le corti che svolgono una funzione (formalmente o sostanzialmente) costituzionale cedere alla tentazione della gerarchia e a mostrarsi più caute nel soppesare eventuali aperture verso fonti del diritto e decisioni giurisprudenziali riconducibili a spazi giuridici diversi da quello in cui esercitano la propria giurisdizione. Esse mostrano infatti di sentirsi investite della responsabilità di fare da garante dell’integrità dell’identità dei rispettivi ordinamenti. E questo avviene sia quando non ci sono rinvii interordinamentali sia quando tali rinvii sono generici, come nel caso già menzionato delle fonti in materia di diritti fondamentali. Per maggiori riflessioni su questo tema si rinvia nuovamente a P. Parolari, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo*, cit.

<sup>27</sup> Il riferimento, è bene chiarire, è al diritto islamico in quanto tale e non al diritto statale dei paesi a maggioranza islamica che si ispirano alla *sharia* o che l’hanno in qualche modo incorporata tra le proprie fonti. Le coordinate dell’analisi non sono quindi quelle del diritto internazionale privato. È inoltre opportuno ricordare che, come si è detto (*supra*, nota 19), i *minority legal orders* delle minoranze religiose e/o culturali presenti in Europa sono il

Sebbene infatti siano formalmente distinti e indipendenti, diritto statale e diritto islamico si intersecano, perché regolano entrambi alcuni aspetti importanti della vita, quali, ad esempio, il matrimonio e la sua dissoluzione. Non è infrequente, quindi che le persone che si trovano all'intersezione tra questi due universi giuridici prendano, dall'uno e dall'altro, quelle norme che per loro “hanno senso nella vita quotidiana” per cercare di combinare e conciliare *backgrounds* giuridici differenti<sup>28</sup>. Non stupisce, di conseguenza, che persone di religione musulmana chiedano talvolta alle corti statali di dirimere controversie che nascono da rapporti istituiti e regolati, in tutto o in parte, sulla base del diritto islamico.

Ora, posto che normalmente nell'ordinamento giuridico dei paesi europei non c'è alcuna forma di rinvio al diritto islamico, può il giudice semplicemente ignorare il peso che esso ha avuto nell'informare i rapporti da cui deriva la controversia sottoposta al suo giudizio senza che questo porti, in un paradossale circolo vizioso, alla violazione delle stesse norme statali che tutelano i diritti delle parti<sup>29</sup>?

A questo proposito, è stato sottolineato, ad esempio, che la totale assenza di riconoscimento da parte dei paesi europei dei matrimoni celebrati sul loro territorio in conformità al solo diritto islamico (c.d. *nikah-only marriages*<sup>30</sup>) può avere conseguenze negative per le persone musulmane in diversi ambiti: dalle politiche sociali, alle regole sul ricongiungimento familiare dei migranti, fino alle tutele riconosciute dal diritto statale al coniuge più vulnerabile nel momento in cui la relazione finisce. E ancora, si è osservato che escludere tassativamente la possibilità che il ripudio islamico possa produrre effetti per il diritto statale può in alcuni casi ritorcersi contro la donna ripudiata, ad esempio quando quest'ultima voglia risposarsi o far valere i propri diritti (patrimoniali) derivanti dallo scioglimento del matrimonio<sup>31</sup>. D'altra parte, l'esclusivo ricorso alle norme statali in materia di matrimonio può

---

prodotto dell'interazione e dell'ibridazione tra norme di diversa natura e origine. In particolare, quelli di matrice islamica in genere combinano norme di diritto islamico con norme consuetudinarie locali del loro luogo di origine e con norme vigenti tanto nello stato di origine quanto in quello europeo di residenza.

<sup>28</sup> S. Taekema, *Between or Beyond Legal Orders. Questioning the Concept of Legal Order*, J. Klabbers e G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, cit., p. 76.

<sup>29</sup> Quelli che seguono sono necessariamente cenni rapidi e semplicistici a questioni molto complesse. Per ulteriori approfondimenti su questo tema si rinvia a P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione*, cit.; Ead., *Taking Interlegality Seriously. Some Notes on (Women's) Human Rights and the Application of Islamic Family Law in European Countries*, in “Revista General de Derecho Público Comparado”, 28, 2020, pp. 1-16.

<sup>30</sup> *Nikah* è la parola araba per matrimonio. Su questo tema si veda, ad esempio, la parte monografica del fascicolo 4/2018 dell'*Oxford Journal of Law and Religion*, a cura di R.C. Akhtar, R. Probert e A. Moors.

<sup>31</sup> M. Rizzuti, *Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio*, in “Actualidad Jurídica Iberoamericana”, 10, 2019, p. 619. Quella del ripudio e della sua contrarietà all'ordine pubblico rimane, nondimeno, una delle questioni più discusse e controverse, come mostrano anche le recenti sentenze n. 16804/2020 e n.17170/2020 della Corte di Cassazione, commentate rispettivamente da S. Tonolo,

portare anche a negare alle donne musulmane le tutele garantite loro dal diritto islamico, come ad esempio nel caso *mahr*: il dono che il marito deve fare alla moglie in ragione del matrimonio. Poiché infatti non esiste alcun istituto omologo al *mahr* nel diritto dei paesi europei, la decisione se e in che termini garantirne l'esecuzione forzata quando il marito non lo versi spontaneamente è di fatto rimessa alla sensibilità dei giudici investiti della controversia, con esiti a dir poco incostanti e incoerenti<sup>32</sup>.

Per quanto evidentemente parziali e molto specifici, questi esempi indicano come, senza tener conto della complessità giuridica in cui sono immersi i soggetti che agiscono in contesti di interlegalità, non sia possibile garantire la piena tutela dei loro diritti. Forse anche per questa ragione, si stanno progressivamente affermando tra i giudici pratiche interpretative che attraversano i pretesi confini tra ordinamenti giuridici differenti<sup>33</sup>, non solo nell'attribuzione di significato alle fonti del diritto ritenute rilevanti nel caso concreto ma anche, e prima ancora, in relazione alla stessa individuazione di tali fonti. Come osserva Baldassare Pastore, infatti, “il confronto tra plessi normativi [...] mette in moto meccanismi in forza dei quali l'operatore si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dal caso”<sup>34</sup>, anche a costo di includere tra le premesse normative delle proprie decisioni “fonti *extra ordinem*” che operano soltanto “sulla base del principio di effettività”<sup>35</sup>.

In altre parole, le esigenze di giustizia del caso concreto stanno divenendo il perno di una nuova “ideologia delle fonti del diritto”, in conformità alla quale si vanno ridefinendo i tradizionali (meta-)criteri di applicabilità delle norme giuridiche<sup>36</sup>. Si determina così una

---

*Ripudi islamici, divorzi privati e ordine pubblico: quale efficacia*, 4 dicembre 2020, reperibile all'URL <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ripudi-islamici-divorzi-privati-e-ordine-pubblico-quale-efficacia>, e da D. Scolart, *La Cassazione e il ripudio (talāq) palestinese. Considerazioni a partire dal diritto islamico*, 4 dicembre 2020, reperibile all'URL <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-cassazione-e-il-ripudio-al-q-palestinese-considerazioni-a-partire-dal-diritto-islamico>.

<sup>32</sup> Si rinvia, a questo proposito, a P. Fournier, *Muslim Marriage in Western Courts. Lost in Transplantation*, Farnham, Ashgate, 2010.

<sup>33</sup> Come sottolinea R. Cotterrell, *Does Global Legal Pluralism Need a Concept of Law?*, cit., p. 316, corsivo nel testo, l'interpretazione giuridica è “increasingly, interpretation across as well as within normative regimes”.

<sup>34</sup> B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, p. 25.

<sup>35</sup> Ivi, p. 32. A questo proposito, è stato osservato che “il carattere *normativo* di ciò che ha per fonte *altri ordinamenti* sfugge alla nostra decisione piuttosto che dipendervi”: cfr. G. Palombella, *Interlegalità*, cit., p. 322, corsivi nel testo.

<sup>36</sup> G. Pino, *Teoria Analitica del diritto 1. Teoria della norma*, Pisa, ETS, 2016, pp. 143-154. Secondo la definizione di Pino, i criteri di applicabilità sono le norme positive o “le convenzioni interpretative e argomentative praticate nella cultura giuridica di riferimento” che “hanno la funzione di indicare all'organo dell'applicazione quale [norma] dovrà applicare”. I meta-criteri di applicabilità sono, invece, quei “criteri che riguardano il peso da attribuire ai singoli criteri di applicabilità, i loro reciproci rapporti di preferenza, ecc.”. Pino puntualizza che “l'insieme dei criteri e dei meta criteri di applicabilità [...] rinvia [...] a una più generale concezione del diritto

progressiva “dissociazione tra l’insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità dei giuristi”<sup>37</sup>. Le nuove prassi giurisprudenziali legate alle sfide dell’interlegalità contribuiscono quindi significativamente – sebbene senza dubbio non se siano l’unica causa – alla progressiva erosione del carattere chiuso, autonomo ed esclusivo degli ordinamenti giuridici che si intersecano negli spazi giuridici ibridi<sup>38</sup>, mettendo profondamente in crisi la stessa concezione del diritto come ordinamento di derivazione kelseniana<sup>39</sup>.

#### **4. L’interlegalità come metodo e i nuovi orizzonti dell’interpretazione giudiziale: spunti di riflessione**

Se è vero che “nessun ordinamento giuridico contemporaneo è completamente dipendente o completamente indipendente”<sup>40</sup>, è necessario allora chiedersi come possa – e debba – il giudice individuare la norma del caso concreto in un contesto in cui il diritto applicabile “non deriva né può farsi dipendere in modo esclusivo da uno tra i singoli ordini giuridici o regimi che emergano come simultaneamente rilevanti in casi concreti”<sup>41</sup>. Sebbene infatti la centralità del ruolo del giudice come *interlegality hub* sia ormai da tempo riconosciuta – tanto da chi si interroga sulla possibilità di un costituzionalismo globale<sup>42</sup> quanto da chi

---

che viene condivisa o presupposta dagli operatori all’interno di una cultura giuridica e che può essere utilmente compendiata nella nozione di ‘ideologia delle fonti del diritto’”.

<sup>37</sup> B. Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 33. In termini simili, anche se non del tutto coincidenti, F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un Sistema delle fonti?*, 2008, reperibile all’URL [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/materiali/convegni/roma2008112827/Modugno.pdf](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/materiali/convegni/roma2008112827/Modugno.pdf), p. 19 osserva come “il preteso o presunto sistema delle fonti di un ordinamento statale di riferimento non è sufficiente [...] alla individuazione delle fonti di produzione normativa, poiché il sistema delle norme applicabili e applicate nell’ordinamento medesimo non corrisponde (è in genere più ampio, più esteso) di quello risultante dalla rigorosa applicazione delle norme sulla normazione”.

<sup>38</sup> Come chiarisce F. Poggi, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, Pisa, ETS, 2013, p. 236, richiamandosi a G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, perincipi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti*, in “Diritto pubblico comparato ed europeo”, 1, 2009, pp. 37-38, un ordinamento è autonomo se fonda la propria autorità solo su se stesso e decide da sé i criteri di appartenenza delle proprie norme; è esclusivo se esclude che le norme che non soddisfano tali criteri siano rilevanti per forza propria. Così inteso, l’ordinamento può considerarsi chiuso ed è quindi possibile tracciare, in relazione ad esso, una netta distinzione tra interno ed esterno.

<sup>39</sup> Cfr. *supra*, nota 21.

<sup>40</sup> E. Cannizzaro e B. Bonafè, *Beyond the Archetypes of Modern Legal Thought Appraising Old and New Forms of Interaction between Legal Orders*, in M. Maduro, K. Tuori, S. Sankari (a cura di), *Transnational Law*, cit., p. 81, traduzione mia.

<sup>41</sup> G. Palombella, *Interlegalità*, cit., p. 330.

<sup>42</sup> Ad esempio, Sabino Cassese parla di una “funzione costituzionale dei giudici non statali” nel favorire il passaggio “dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale” ed evidenzia come le principali dottrine sulle quali oggi si basano tanto i processi di “integrazione” tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale, quanto i rapporti di “cooperazione” tra le diverse corti che operano in ciascuno di questi spazi giuridici, sono tutte frutto di elaborazione giurisprudenziale: così, ad esempio, il principio di sussidiarietà, la dottrina dei controlimiti, quella delle norme interposte, quella del margine di apprezzamento, quella della tutela equivalente, e così via. Si

prende in esame la questione dal punto di vista diametralmente opposto del pluralismo giuridico radicale<sup>43</sup> – rimane ancora da capire se e in che termini i giudici possano superare i rigidi limiti delle teorie ordinamentali delle fonti del diritto senza ricadere nella tentazione della gerarchia o, all’opposto, abbandonarsi alla politica dei rapporti di forza tra ordinamenti.

In questa prospettiva, si intendono offrire alla discussione alcuni “pensieri sparsi”, possibili spunti per riflessioni future, in dialogo con alcuni dei più recenti tentativi di elaborare un nuovo paradigma (teorico-giuridico e normativo) dell’interlegalità<sup>44</sup>.

In particolare, mi pare importante sottolineare innanzitutto che, con riferimento all’individuazione del diritto applicabile, il paradigma dell’interlegalità sollecita un completo ribaltamento di prospettiva rispetto alle teorie ordinamentali del diritto di matrice kelseniana, passando da un approccio *top-down* ad uno *bottom-up*. In sostanza, anziché partire dalle norme dell’ordinamento giuridico all’interno del quale ciascun giudice esercita la propria giurisdizione per individuare, in base ad esse, il diritto applicabile ai fatti oggetto di giudizio, il paradigma dell’interlegalità muove invece dai fatti oggetto di giudizio per individuare, in base ad essi, quali norme di quali ordinamenti siano rilevanti per la costruzione del caso. La qual cosa può fare molta differenza, perché il processo circolare di condizionamento reciproco nell’ambito del quale si definiscono la *quaestio facti* e la *quaestio juris* di una controversia<sup>45</sup> non può prescindere dal quadro normativo complessivo che si assume come riferimento<sup>46</sup>, e tale quadro

---

vedano, rispettivamente, S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 3, 2007, pp. 609-626; S. Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli editore, 2009.

<sup>43</sup> Così, ad esempio, N. Krisch, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Nella convinzione che i rapporti tra ordinamenti siano e debbano essere lasciati alla negoziazione politica, infatti, Krisch individua nell’assenza di “interface rules” *prestabilite* una sfida, una situazione “caotica” e “non facile da gestire mediante gli strumenti tipici del ragionamento giuridico”, ma al tempo stesso ricca di potenzialità per i giudici, perché permette loro “di assumere un ruolo di coordinamento – quello di arbitri o mediatori tra ordinamenti (*orders*) diversi, piuttosto che di avvocati di uno di essi” (pp. 293-294, traduzione mia).

<sup>44</sup> Il riferimento è, in particolare ai saggi contenuti in J. Klabbers e G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, cit., in particolare all’introduzione di Klabbers e Palombella (pp. 1-20) e al contributo di Palombella dal titolo *Theories, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto* (pp. 363-390).

<sup>45</sup> Da un lato, infatti, è l’interpretazione *prima facie* dei fatti oggetto di giudizio, così come riferiti dalle parti, a indirizzare il giudice nell’individuazione della fattispecie astratta nella quale sussumere quella concreta; dall’altro, però, al tempo stesso, è la “pre-conoscenza” che il giudice ha delle norme potenzialmente applicabili a orientarlo nell’individuazione degli elementi di fatto ai quali dare rilievo. Sul “doppio legame fra *quaestio facti* e *quaestio juris*” si veda T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 57-103.

<sup>46</sup> In questa prospettiva, A. Di Martino e G. Palombella, *Oltre l’architettura ordinamentale: il nuovo diritto composito della terza ondata*, in “Giustizia Costituzionale”, 1, 2020, p. 230 sottolineano che “il caso non coincide col concetto naturalistico di fatto [...], non è un mero fatto, ma partecipa della dimensione normativa e valutativa contenuta nelle norme che devono qualificarlo e che lo disciplinano”. Nello stesso senso si esprime R. Bin, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*, cit., p. 23 là dove scrive che “i ‘casi’ [...] non sono gli ‘eventi’ che si producono nel mondo reale, ma le ricostruzioni che l’interprete ne fa attraverso la qualificazione” giuridica.

normativo può variare anche significativamente a seconda di quale delle due opzioni metodologiche – *top-down* o *bottom-up* – si scelga.

Prendere sul serio l’interlegalità significa quindi, per il giudice, tener conto di tutte le fonti potenzialmente rilevanti per la decisione del caso, anche in assenza di qualsiasi rinvio da parte dell’ordinamento giuridico nell’ambito del quale esercita la propria giurisdizione. Si tratta in altre parole di abbracciare la complessità, accettando che il diritto può essere descritto, oggi più che mai, come un “complesso di potenzialità latenti”<sup>47</sup>, nel quale “a monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare”<sup>48</sup>. In questa prospettiva, assumere la giustizia del caso concreto come criterio (uno dei criteri) che guida il giudice nella ricostruzione della norma da applicare non significa – come qualcuno teme – adottare un approccio equitativo o decidere il caso sulla base di considerazioni di filosofia morale<sup>49</sup>, quanto piuttosto ampliare l’orizzonte delle norme *giuridiche* di cui si ammette la rilevanza in relazione al caso concreto da decidere.

Un secondo aspetto sul quale mi pare importante richiamare l’attenzione, inoltre, è quello delle profonde interrelazioni che intercorrono tra il piano della teoria delle fonti e quello della teoria dell’interpretazione. A questo proposito, è evidente che qualunque riflessione che intenda prendere sul serio l’interlegalità non può evitare di confrontarsi con alcuni temi di teoria e tecnica dell’interpretazione giuridica. È attraverso la propria attività interpretativa, infatti che i giudici si sforzano di muoversi in un universo eterarchico di fonti del diritto come quello che caratterizza gli spazi giuridici ibridi. Ma proprio il carattere eterarchico (e a-sistematico) di questo universo di fonti altera profondamente i contorni, il ruolo e il significato che molte delle classiche tecniche interpretative assumevano all’interno di un paradigma giuridico (stato-centrico) imperniato sul principio di gerarchia.

Così è, senz’altro, per le tecniche in senso lato riconducibili alla nozione di interpretazione sistematica. Viene da chiedersi, infatti, se la sempre più marcata dimensione “inter-sistemica” dell’interpretazione giudiziale (cfr. *infra*, § 3) metta di per sé in crisi le

---

Significativo, a questo proposito, che l’antropologo Clifford Geertz critichi la “radicale dissociazione tra fatto e diritto” sottolineando che “la rappresentazione giuridica dei fatti è normativa fin dall’inizio» e che, se “fatti e diritto esistono ovunque”, altrettanto non può dirsi per “la loro polarizzazione”. Si veda C. Geertz, *Local Knowledge. Further Essays in Interpretative Anthropology*, Basic Books, New York, trad. it., *Antropologia interpretativa*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 218-228.

<sup>47</sup> Pastore, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, cit., p. 43.

<sup>48</sup> Ivi, p. 33.

<sup>49</sup> Preoccupate considerazioni in merito sono state espresse, anche recentemente, da M. Luciani, *L’attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in “Questione giustizia”, 4, 2020, pp. 1-6.

pensabilità teorica e la possibilità pratica di forme di interpretazione sistematica o se questa fondamentale famiglia di tecniche interpretative non si stia semplicemente trasformando per adattarsi al nuovo contesto dell'interlegalità; e, eventualmente, in che direzione stia andando questa trasformazione. Viene da chiedersi, in particolare, se e come un nuovo modello di interpretazione “circolarmente conforme”<sup>50</sup> di fonti di diversa natura e origine possa progressivamente affermarsi e modificare una mentalità ancora profondamente abituata a pensare le relazioni di coerenza (o anche semplicemente di compatibilità) tra norme come espressione di una relazione lineare e gerarchica tra fonti e tra ordinamenti.

Sullo sfondo di queste riflessioni e di questi interrogativi si stagliano, ineludibili, i dubbi, le perplessità e i *caveat* di chi mette in guardia da forme di “giurisprudenza creativa”<sup>51</sup> che si ritengono in grado di pregiudicare in modo inaccettabile istituti cardine dello stato di diritto; istituti come, ad esempio, quello della (ragionevole) certezza del diritto, del principio di eguaglianza, del principio di legalità, della separazione tra potere legislativo e giudiziario<sup>52</sup>. Questa non mi pare, tuttavia, una buona ragione per rinunciare a ragionare sulla possibilità di un nuovo paradigma teorico-giuridico e normativo dell'interlegalità e sul modo in cui, al suo interno, possano e debbano essere concepite nuove coordinate metodologiche per indicare al giudice come ricostruire il diritto applicabile al caso concreto. Se mai, al contrario, è una conferma di quanto sia importante continuare a rifletterci, senza ingenuità e senza pregiudizi.

---

<sup>50</sup> A. Ruggeri, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in “Federalismi.it”, 18, 2014, pp. 1 ss. Tratto caratterizzante di questa forma di interpretazione conforme dovrebbe essere, secondo Ruggeri, il fatto di avere ad oggetto fonti (di ordinamenti differenti) non gerarchicamente ordinate.

<sup>51</sup> L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in “Questione giustizia”, 4, 2016, pp. 13-32.

<sup>52</sup> Interessanti, a questo proposito, le riflessioni che si occupano di questi temi in chiave storica. Si veda, ad esempio, oltre ai lavori più recenti di Paolo Grossi, M. Meccarelli, *The Legal System and the Autonomy of the Law: A Perspective from Legal History*, in E. Calzolaio e P. Serrand (a cura di), *Le contrainte en droit / The Constraint in Law*, Zurigo, Lit Verlag, 2017, pp. 23-30.