

CIR

CENTER FOR INTER-LEGALITY RESEARCH

Working Paper No. 02/2021

ORLANDO SCARCELLO

L'INTERLEGALITÀ E LA CULTURA DELLA GIUSTIFICAZIONE

The Inter-Legality Working Paper Series can be found at

www.cir.santannapisa.it/working-papers

L'INTER-LEGALITÀ E LA CULTURA DELLA GIUSTIFICAZIONE

O. Scarcello*

ABSTRACT

Il saggio intende vagliare l'ipotesi che la teoria dell'inter-legalità presenti significative connessioni con una delle tradizioni giuridiche più note e caratterizzanti degli ultimi decenni, la *culture of justification*. Dopo aver rapidamente riepilogato i contenuti fondamentali di entrambe, si tenterà di individuarne i punti di contatto e le più significative differenze. Entrambe, in particolare, intendono fornire una risposta *giuridica*, anziché meramente politica, all'applicazione del diritto a casi individuali, ponendo l'enfasi sulla prospettiva dell'individuo e sulla necessità che la decisione concreta sia giuridicamente giustificabile. Inoltre, ambedue sono focalizzate sull'osservazione del caso concreto all'attenzione del giudice, nel tentativo di fornire sia una descrizione accurata, sia un metodo di interpretazione e applicazione del diritto. Infine, e di conseguenza, l'una e l'altra presuppongono un certo livello di fiducia nelle possibilità di un'argomentazione giuridica razionale. D'altra parte, mentre la cultura della giustificazione nasce in un contesto nazionale e resta legata alla dialettica autorità-libertà tipica del diritto pubblico, l'inter-legalità mira a orientare l'interazione di ordinamenti giuridici al di là dello Stato. Inoltre, la *culture of justification* mira a garantire all'individuo una decisione sostanzialmente giustificata, laddove l'*interlegality* ha come obiettivo l'eliminazione dell'ingiustizia. Infine, l'interlegalità mira anche a proporre una diversa concezione di "legalità", slegata dalla visione stato-centrica che la cultura della giustificazione sembra presupporre.

KEY WORDS: cultura della giustificazione, proporzionalità, interlegalità, argomentazione giuridica razionale

* Postdoctoral Researcher, LUISS Guido Carli, oscarcello@luiss.it.

L'inter-legalità e la cultura della giustificazione

1. Introduzione

Nel presente lavoro si esamineranno i rapporti tra la teoria dell'inter-legalità, come elaborata sino a questo momento, e la c.d. cultura della giustificazione (*culture of justification*).

Benché la prima sia una teoria ancora in stato di evoluzione, mentre la seconda può ormai considerarsi una concezione del diritto (pubblico) ormai consolidata, si tenterà di evidenziarne i numerosi tratti di somiglianza. In definitiva, benché sia difficile identificare una vera e propria derivazione dell'*interlegality* dalla cultura della giustificazione, è probabile che la prima rappresenti in un certo senso una prosecuzione ed un'evoluzione dello stesso *milieu* culturale, fondato sull'idea per cui la legittimità delle decisioni delle pubbliche autorità debba passare anche per la giustificabilità razionale delle stesse (e non solo per la mera provenienza da una determinata fonte). Ad ogni modo, benché questo tratto accomuni le due teorie, è necessario sottolineare anche le significative differenze. Nello specifico, la *culture of justification*, come si vedrà, ha origine in contesti precipuamente nazionali, laddove l'inter-legalità mira a descrivere (e mutare) i rapporti tra ordinamenti diversi, all'interno ma soprattutto al di là dello Stato. Ne derivano, si sosterrà, differenze non trascurabili in termini sia di portata normativa (piano prescrittivo), sia di oggetto di indagine (piano descrittivo).

La prima parte del saggio sarà dedicata ad esporre i dei tratti fondamentali delle due teorie, in modo da chiarirne gli elementi salienti ai fini del confronto (paragrafo 2). Successivamente, si passerà alla fase comparativa, evidenziando prima le affinità e poi le differenze tra le due (paragrafo 3), per poi giungere alle osservazioni conclusive (paragrafo 4).

Al termine dell'indagine, la speranza è di rintracciare una possibile "somiglianza di famiglia" e di collocare meglio la nascente idea di inter-legalità in un quadro culturale più ampio.

2. Inter-legalità e culture of justification: un ritratto

Come anticipato nell'introduzione, in questo paragrafo si tenterà di individuare le caratteristiche principali delle due teorie, prima della fase comparativa.

Per quanto concerne l'inter-legalità, preliminarmente val la pena di ricordare ancora che si tratta di un approccio in fase di evoluzione: le indicazioni che si possono trarre, pertanto, restano passibili di futuri "emendamenti" nel prossimo futuro. In secondo luogo, la breve sintesi che si presenterà in questo paragrafo riguarda la parte più strettamente teorica dell'inter-legalità, più che le sue applicazioni ad aree specifiche del diritto (penale, amministrativo, internazionale, costituzionale e via dicendo). Infine, le indicazioni saranno tratte soprattutto a partire dal volume *The Challenge of Interlegality* del 2017, che rappresenta, ad oggi, la fonte più "consolidata" sulla teoria, stante la già ricordata possibilità di future evoluzioni.¹

2.1. L'inter-legalità

La teoria dell'inter-legalità ruota attorno a due grandi "perni", uno descrittivo, l'altro normativo.

Il primo avanza una considerazione relativa all'interconnessione tra ordinamenti giuridici contemporanei. L'avvento e la crescita inarrestabile di regimi normativi al di là dello Stato (UE, WTO, WHO, ISO), siano essi regionali o globali, genera *cluster* di norme, composti dalla risultante di ordinamenti giuridici autonomi in concorrenza reciproca o in concorrenza rispetto agli Stati. Qualora queste norme concorrenti siano coerenti l'una con l'altra, *nulla quaestio*; in altri casi, tuttavia, si verificheranno (potenziali) conflitti.²

Il rimedio ordinariamente utilizzato nella seconda serie di casi è la divisione "funzionale": ripartire le materie di competenza, secondo un modello impiegato anche nei rapporti tra Stati ed entità sub-statali. Tuttavia, la capacità della divisione funzionale di evitare

¹ G. Palombella – J. Klabbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

² J. Klabbers-G. Palombella, *Introduction*, in G. Palombella – J. Klabbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, p. 10

i conflitti si rivela spesso assai limitata³ (anche in questo caso replicando fenomeni visibili anche a livello nazionale). Ne risulta evidenziato il carattere composito del diritto contemporaneo: ogni fatto è giuridicamente qualificato (o qualificabile) da più norme, tratte da regimi normativi diversi, da una *composite law*.⁴ Non sempre è possibile risolvere il conflitto utilizzando criteri “formali” di tipo gerarchico: esiste forse una gerarchia materiale⁵ tra diritto dell’Unione europea e Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU in casi come *Kadi I*, analoga a quella che è possibile riscontrare tra costituzioni nazionali e fonti primarie? La decisione sulla disciplina da applicare caso per caso deve tenere in considerazione l’insieme delle norme oggettivamente coinvolte, anche in assenza di criteri formali di soluzione delle antinomie.

La teoria, dunque, si allontana marcatamente da una concettualizzazione dei rapporti tra ordinamenti nei termini classici del monismo e del dualismo del XX secolo. Da un lato, il monismo presuppone una *overarching legality* già esistente che la teoria dell’inter-legalità, per il realismo insito nel suo lato descrittivo, non può accettare.⁶ Questo tratto, peraltro, la distingue con ogni probabilità anche dal *global constitutionalism*, che può in un certo senso intendersi come una teoria monista dei rapporti tra ordinamenti.⁷ D’altra parte, neppure il dualismo è considerato accettabile. Per il dualismo “esiste” un solo ordinamento giuridico e l’interprete può applicare norme esterne solo quando siano internalizzate per mezzo di una norma di rinvio (formale o materiale); prima di quel momento essa esiste solo come “fatto brutto”. La teoria rifiuta esplicitamente questa concettualizzazione: tutti i distinti *normative claims* vanno intesi come norme, non come meri fatti. Tali sono sia per gli operatori giuridici coinvolti (giudici, avvocati, funzionari), sia per il soggetto che ne subirà l’applicazione. Pertanto, anche il dualismo è rigettato.⁸ Più sfumata, infine, la differenza col c.d. pluralismo giuridico.⁹ Il pluralismo c.d. radicale, per riprendere un’espressione di Neil MacCormick,¹⁰ è considerato

³ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, p. 367

⁴ Ivi, p. 375

⁵ Sulla nozione di gerarchia materiale si veda G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, Edizioni ETS, Pisa, 2016, pp. 170-173. Si veda in generale l’intero capitolo VII per un’esposizione esaustiva sulle gerarchie normative.

⁶ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 367-368.

⁷ Si veda per tutti A. Peters, The Merits of Global Constitutionalism, in *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16, 2, 2009. Per uno sguardo d’insieme sulla c.d. “costituzionalizzazione” del diritto internazionale, cfr. A. Bianchi, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, Oxford, 2016, capitolo 3.

⁸ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 370-371.

⁹ Ivi, p. 372: “it is rather fair to say that inter-legality would relocate pluralism without rejecting some of its main findings”.

¹⁰ N. MacCormick, Beyond the Sovereign State, in *Modern Law Review*, 56, 1, 1993; Id., The Maastricht Urteil: Sovereignty Now, in *European Law Journal*, 1, 3, 1995.

insufficiente perché non offre una soluzione giuridica, ma solo politica, dei conflitti: non pone alcun obbligo giuridico di trovare una mediazione, un bilanciamento tra le norme in conflitto. Tuttavia, anche altre versioni del pluralismo sono respinte perché continuano a concepire i rapporti tra ordinamenti come rapporti tra sistemi di norme, entità chiuse da una *Grundnorm*.¹¹ Una norma è allora giuridica solo se precedentemente inclusa in un sistema, laddove la teoria dell'inter-legalità tende a riconoscere un valore autonomo ai precetti che riguardano il caso concreto.

Il rigetto del pluralismo, di quello *radical* in particolar modo, ci porta concettualmente molto vicini al secondo “pilastro” della teoria, quello normativo. Al di là del rifiuto di pensare al caso concreto come oggetto di regolazione da parte di più “sistemi”, conta l’idea che non si possa accettare a cuor leggero di non avere soluzioni giuridiche, ma solo politiche, al conflitto. Da questo punto di vista è essenziale la prospettiva dell’individuo e delle sue legittime aspettative.¹² Mr. Kadi ha il *diritto* a sapere qual è la norma che lo riguarda e sulla base di quali considerazioni giuridiche. Questo punto è particolarmente importante perché sottolinea la centralità per l’inter-legalità di un punto che, come vedremo, è essenziale anche per la *culture of justification*: la legittima aspettativa degli individui a ricevere una giustificazione giuridica coerente su quale norma si applichi. Il giudice è responsabile per l’intero complesso di norme coinvolte nel caso e non può semplicemente ignorare uno o più dei regimi coinvolti, dichiarandosi incompetente a valutarne la rilevanza.¹³ Dal punto di vista normativo, pertanto, l’inter-legalità prescrive ai giudici di prendere in considerazione l’insieme delle norme oggettivamente e bilanciarle, motivando l’applicazione dell’una e la disapplicazione dell’altra.¹⁴ Benché l’aspirazione a fornire una risposta giuridica anche quando essa sembri assente risenta probabilmente di influenze dworkiniane,¹⁵ non è accolta l’idea di una *one right answer*. Per citare Klabbers sull’emblematico caso *Kadi*:

What the case makes clear is that matters cannot be convincingly reduced to a single jurisdiction or a single body of expertise [...] What is important to

¹¹ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 373-374. Si veda anche G. Palombella, “Formats” of Law and Their Intertwining, in G. Palombella – J. Klabbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 38-41.

¹² G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, p. 369.

¹³ Ivi, 385-390.

¹⁴ Ivi, 386.

¹⁵ R. Dworkin, *Hard Cases*, in *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1978.

appreciate is that, as a technical matter, the case could easily have had a different outcome.¹⁶

Ponderate tutte le norme rilevanti, il giudice non giunge alla risposta corretta, ma più modestamente evita l'ingiustizia che deriva da un'argomentazione chiaramente lacunosa.¹⁷ La responsabilità per l'intero, formula sintetica che riassume probabilmente l'intera parte prescrittiva del progetto, parte dal presupposto che il giudice debba valutare la normativa rilevante e tentare di rendere la risposta giuridicamente più adeguata, ma che non necessariamente giungerà ad uno specifico risultato e che, ad ogni modo, avrà ottemperato al proprio dovere attraverso un'argomentazione congrua, non raggiungendo un esito particolare.

2.2. *La culture of justification*

Il conio dell'espressione *culture of justification* spetta al giurista sudafricano Etienne Mureinik, in riferimento alla *Interim Constitution 1993* e al suo *Bill of Rights*.¹⁸ Il saggio del 1994 *A Bridge to Where - Introducing the Interim Bill of Rights* è, di fatto, soprattutto un tentativo di orientare la futura interpretazione di alcune delle disposizioni più rilevanti del *Bill*. Questo, nell'idea di Mureinik, è un "ponte" tra una *culture of authority*, in cui nessuna giustificazione è dovuta quanto all'obbligatorietà di una norma giuridica, purché validamente prodotta dalle autorità preposte, e una *culture of justification*. Sin dal suo primo utilizzo, dunque, l'espressione "*culture of justification*" si definisce soprattutto in opposizione rispetto ad un'idea divergente. Seguendo l'efficace sintesi di Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, in una cultura dell'autorità la legittimità e la legalità dell'azione delle istituzioni dipende dalla validità formale delle disposizioni adottate, mentre in una cultura della giustificazione la legittimità di una decisione dipende anche dalla sua razionalità e persuasività sostanziale. Ogni atto giuridico, in altre parole, dovrà essere giustificato o giustificabile di fronte ai consociati per essere vincolante. Inoltre, non esistono in linea di principio atti giuridici del tutto esenti da meccanismi di controllo, soprattutto in riferimento a possibili violazioni dei diritti fondamentali. Questi ultimi sono concepiti, più che come limiti all'azione di governo, come valori da realizzare e in relazione ai quali eventuali limitazioni debbono essere giustificate sostanzialmente, in

¹⁶ J. Klabbbers, Judging Inter-Legality, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 346-347.

¹⁷ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 362 and 383.

¹⁸ E. Mureinik, A Bridge to Where - Introducing the Interim Bill of Rights, in *South African Journal on Human Rights*, 10(1), 1994, pp. 31-48.

particolar modo attraverso il test di proporzionalità. Il ruolo dei diritti, pertanto, risulta cruciale: essi non sono “assoluti”, ma le limitazioni dovranno risultare razionalmente giustificabili. La *culture of justification* è, conseguentemente, poco favorevole all’interpretazione letterale e piuttosto ottimista nei confronti della possibilità di ottenere argomenti razionali a favore o contro una certa decisione di fronte alle corti (e della possibilità di decidere razionalmente sulla base delle ragioni emerse). Ne consegue, infine, una maggior vicinanza alle concezioni deliberative della democrazia rispetto a quelle meramente procedurali.¹⁹

Val la pena di notare che all’idea di cultura della giustificazione si affianca un “diritto alla giustificazione”: se la legittimità dell’azione dei pubblici poteri dipende dalla giustificabilità dei contenuti, in particolar modo delle restrizioni dei diritti fondamentali, allora i cittadini avranno una legittima aspettativa morale e giuridica a ricevere adeguate informazioni. Al diritto alla giustificazione si correlano diritti strumentali quali l’accesso alle informazioni rilevanti e la libertà d’espressione *lato sensu* intesa, senza i quali qualunque interlocuzione con i pubblici poteri o critica degli stessi risulta impossibile. Analogamente, al diritto alla giustificazione è correlato un dovere di giustificare, in particolar modo di rivelare, motivando, le considerazioni empiriche e normative che hanno portato all’adozione di una certa decisione.²⁰

Ne deriva anche una specifica concezione della *deference* che le corti devono accordare al legislativo e soprattutto all’esecutivo. Se è vero, infatti, che non si danno in una *culture of justification* dei *legal black holes*, è altrettanto vero che il potere di controllo da parte dei tribunali non può essere illimitato. Nella misura in cui le decisioni, in particolar modo dell’amministrazione, sono adeguatamente motivate, il giudice dovrà limitarsi a ricostruire la razionalità e ragionevolezza degli argomenti forniti, senza potersi sostituire nel merito. La separazione dei poteri è riformulata richiedendo all’amministrazione di approfondire la motivazione degli atti e al giudiziario di essere deferente nei confronti delle (ragionevoli) giustificazioni fornite.²¹ Nelle parole di Cristina Lafont, il giudiziario aggiunge al ruolo tradizionale di guardiano degli interessi dei singoli quello di *conversation initiator* sulle decisioni pubbliche: “*even if the litigants lost their case, exercising their right to legal contestation had the intrinsic, expressive value of reinforcing the political community’s*

¹⁹ Per una spiegazione dettagliata dei caratteri sinteticamente individuati si veda M. Cohen-Eliya – I. Porat, Proportionality and the Culture of Justification, in *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, pp. 474-482.

²⁰ I diritti strumentali e l’onere di motivazione sono individuati già da Mureinik nel già citato saggio del 1994, cfr. E. Mureinik, *A Bridge to Where*, pp. 34, 41, 43-44.

²¹ D. Dyzenhaus, Proportionality and Deference in a Culture of Justification, in G. Huscroft, B. Miller and G. Webber (a cura di), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 254.

commitment to treating all citizens as free and equal".²² Le corti, dunque, diventano la sede principale della *public reason*,²³ un foro aperto dov'è possibile discutere, al di là delle specifiche ripercussioni sui diritti individuali, la giustificazione stessa delle policy.

In sintesi, per citare ancora Möller:

[w]e can now summarize the idea of a culture of justification as insisting that citizens can rely on the bill of rights to challenge any act by the state which affects them; and that the courts, and in the final instance the constitutional court, have the responsibility of establishing whether the act in question is substantively justifiable.²⁴

La cultura della giustificazione, che assume al contempo valenza di descrizione di fenomeni giuridici già in atto e di dottrina relativa all'evoluzione essi dovrebbero avere, individua un dovere generalizzato di esporre le ragioni che portano all'adozione di specifiche politiche pubbliche, in particolar modo nei casi di limitazione dei diritti. Non basta ad un'autorità, all'esecutivo in particolar modo, seguire le procedure previste per legittimare l'adozione di una specifica decisione, è necessario fornire ai consociati giustificazioni trasparenti, ragionevoli e complete.

Questi i tratti essenziali della *culture of justification*, una concezione del diritto che, nata nel mondo anglofono, e in particolar modo nel contesto della transizione sudafricana post-*apartheid*, è oggi nota e studiata in molti ordinamenti giuridici occidentali, soprattutto come spiegazione del successo del suo principale strumento di azione, il test di proporzionalità.²⁵ Non è necessario, ai fini di questo scritto, scendere ulteriormente nel dettaglio nella ricapitolazione della cultura della giustificazione: una volta individuati gli elementi essenziali, possiamo finalmente passare alla comparazione con la recente teoria dell'inter-legalità, in modo da individuare affinità e divergenze tra le due concezioni.

²² C. Lafont, *Philosophical Foundations of Judicial Review*, in D. Dyzenhaus and M. Thorburn (a cura di) *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 270-275, citazione p. 273.

²³ M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 4, 2, 2010.

²⁴ K. Möller, *Justifying the culture of justification*, in *International Journal of Constitutional Law*, 17, 4, 2019, p. 1081.

²⁵ Cfr. ancora M. Cohen-Eliya – I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*.

3. Somiglianze di famiglia

Dopo questa breve individuazione dei tratti rilevanti ai fini della comparazione, possiamo finalmente tentare di confrontare le due teorie, sottolineandone affinità e differenze. Alcune precisazioni preliminari sono però necessarie.

Come già anticipato, paragonare una teoria in fase di evoluzione ad una concezione del diritto con ormai alle spalle quasi 30 anni di sviluppo può essere in un certo senso fuorviante, poiché la prima risulterà verosimilmente più soggetta della seconda a cambiamenti, anche radicali. Dunque, si può solo tentare di fornire un'istantanea del concetto di inter-legalità per come è oggi immaginato e teorizzato.

In secondo luogo, la distanza temporale tra le due potrebbe far immaginare una genealogia intellettuale (una derivazione della teoria dell'inter-legalità dalla *culture of justification*) che qui non si intende né ipotizzare, né tantomeno dimostrare. Di per sé questa ipotesi ha un minimo di evidenza testuale a sostegno: nel commentare una delle vicende chiave per inquadrare la parte normativa della teoria dell'inter-legalità, la saga relativa ai risarcimenti per i crimini di guerra tedeschi, una delle critiche fondamentali rivolte alla Corte internazionale di Giustizia ha ad oggetto l'incapacità delle Corte di prendere in considerazione la totalità delle norme rilevanti per il caso in esame e, dunque, l'assenza di un'adeguata *culture of justification*.²⁶ Tuttavia, questo passaggio non può dirsi sufficiente a provare un vero e proprio debito intellettuale, tanto più che non vi sono specifici riferimenti bibliografici ai principali autori di riferimento della cultura della giustificazione. Il riferimento può essere stato usato in modo più ampio e "rilassato" per indicare una carenza di adeguata argomentazione da parte della Corte. Di conseguenza, ciò che si intende sottolineare in questa sede è semplicemente una serie di affinità negli argomenti proposti dalle due teorie, una somiglianza di famiglia, per riprendere una celebre espressione del Novecento filosofico.²⁷ Ciò può suggerire una comunanza di valori ed un comune *milieu* culturale, ma non anche, o almeno non necessariamente, specifici rapporti di derivazione dell'una dall'altra. Come tali, queste affinità (ma in modo altrettanto significativo anche le divergenze) possono suggerire delle riflessioni

²⁶ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 384-386.

²⁷ L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1974, 65-67.

sullo stato attuale della riflessione giuridica in parte della tradizione giuridica occidentale, il che sembra un obiettivo di indagine di rilievo.

Poste queste considerazioni di ordine generale, possiamo passare a individuare in concreto le affinità e le divergenze tra le due opzioni teoriche, partendo dalle prime. Ci sono, a giudizio di chi scrive, tre grandi punti di contatto tra le due teorie in esame.

In primo luogo, entrambe mirano ad essere precipuamente *giuridiche*, in un senso che è al contempo descrittivo e normativo. La *culture of justification* mira a identificare una serie di oneri di motivazione e correlati diritti ad un'adeguata giustificazione in capo alle autorità di governo (amministrazioni in testa) e ad eliminare la possibilità di atti giuridici non soggetti ai suddetti oneri. Le ragioni identificate devono essere giuridiche: l'applicazione di una certa *policy*, e delle possibili restrizioni ai diritti individuali che ne conseguono, dev'essere giustificata sulla base di principi giuridici riconosciuti e accettati nell'ordinamento. In parte ciò deriva dalle radici storiche della *culture of justification*. Nel Sudafrica dell'*apartheid* si riscontrò in alcuni giuristi il tentativo di identificare nella *common law* principi generali attraverso i quali si potessero interpretare gli *statutes* e l'applicazione in via amministrativa degli stessi in modo difforme dalle intenzioni oppressive e segregazioniste del legislatore. Si trattava di elaborare dottrine che consentissero ai giudici di usare il diritto (*common law*) per resistere al diritto (*statute law*). Mureinik generalizza ed estende quest'idea al di fuori dell'ambito originario del diritto amministrativo e ne estrapola una teoria applicabile all'intero ordinamento del post-*apartheid*; in particolar modo, come abbiamo visto, ne deriva una teoria dell'interpretazione costituzionale.²⁸ Gli "epigoni" la estenderanno al di fuori dell'ordinamento sudafricano. Il punto, dunque, è elaborare una teoria del diritto che obblighi i pubblici poteri a fornire ai consociati ragioni giuridiche che giustifichino la limitazione dei diritti fondamentali e, più in generale, l'azione dei pubblici poteri. La prossimità alla teoria dell'inter-legalità, se teniamo a mente le considerazioni svolte nel paragrafo 2, è evidente. Uno degli aspetti centrali nell'idea di inter-legalità, almeno nel suo lato prescrittivo, è l'idea che il giudice debba valutare l'intero materiale normativo sottoposto alla propria attenzione ed "estrarre", o almeno tentare di estrarre, una risposta giuridica, non meramente politica. Tutte le norme astrattamente applicabili dovranno essere prese sul serio e bilanciate. Questo aspetto si rivela chiaramente *a contrario* nel rigetto, precedentemente illustrato, del pluralismo radicale. In un certo senso, la comune idea che il giudice debba guardare al complesso del materiale normativo

²⁸ D. Dyzenhaus, *Law as Justification*, pp. 13-22.

oggettivamente rilevante ed estrapolare la risposta giuridica che ritiene più appropriata, accettata da entrambe le teorie, rivela una comune ascendenze “dworkiniana” di entrambe le prospettive.

In secondo luogo, entrambe le teorie concentrano l’attenzione sugli esiti che una certa decisione avrà sull’individuo: è al singolo che si applicano le norme rilevanti nel caso concreto. A questo dovranno essere giustificate in modo sostanziale e giuridicamente appropriato. La prospettiva dell’individuo, del caso concreto, non esaurisce le due teorie: entrambe partono dal caso per trarne indicazioni più generali. Si pensi, ad esempio, all’idea nell’*interlegality* che i casi aiutino a mostrare le difficoltà dei tentativi di separazione funzionale: si tratta di considerazioni che, per così dire, estraggono informazioni rilevanti a partire dal caso concreto, ma che non si esauriscono in esso. Tuttavia, l’attenzione nei confronti della posizione dell’individuo assume anche un valore intrinseco in entrambe le prospettive teoriche: è la necessità di assicurare una giustificazione adeguata alle imposizioni (soprattutto alle restrizioni dei diritti) che incidono sul singolo a motivarle. La direttiva per il giudice di tenere in considerazione l’intera legalità oggettivamente rilevante per il caso concreto (inter-legalità) o l’analoga prescrizione di trovare nel complesso dei principi dell’ordinamento un’adeguata giustificazione per le limitazioni delle libertà fondamentali (*culture of justification*), cruciali per le parti normative delle due teorie, nascono entrambe dalla stessa esigenza, garantire all’individuo una spiegazione congrua della norma giuridica applicabile, basata su un’argomentazione razionale e non solo su considerazioni d’autorità. Da questo punto di vista, è comune il tentativo di riequilibrare il rapporto tra *ratio* e *voluntas* come componenti essenziali del fenomeno giuridico in direzione della prima: la legittimità della norma giuridica non può venire esclusivamente dalla fonte autoritativa, deve essere razionalmente dimostrabile. In questo senso, sembra riconoscibile in ambedue un certo livello di ottimismo nei confronti delle possibilità di un’argomentazione giuridica razionale. Come vedremo nel prosieguo dell’analisi, ad ogni modo, questa specifica affinità necessita di alcuni distinguo.

In ultimo, ma in stretta connessione col secondo punto, entrambe le teorie incentrano l’attenzione sul giudiziario come principale luogo di discussione della ragionevolezza delle decisioni giuridiche. Al giudice vengono rivolte le raccomandazioni relative all’adeguata considerazione dell’intera legalità attinente al caso o dell’adeguatezza delle considerazioni alla base delle restrizioni delle libertà individuali. Diversamente dal c.d. *political constitutionalism*, che individua nel legislativo il luogo istituzionale deputato a discutere la ragionevolezza del

bilanciamento tra interessi contrapposti nelle democrazie rappresentative,²⁹ sia la *culture of justification*, sia l'inter-legalità sembrano più vicine alla tradizione del *legal constitutionalism*, forse anche per le comuni assonanze dworkiniane.³⁰ Le sedi più adeguate ad assicurare l'*equal concern and respect* per tutti i cittadini saranno dunque le corti.³¹

I tre punti appena individuati sottolineano le affinità tra il concetto di cultura della giustificazione e la teoria dell'inter-legalità. Tuttavia, fermarsi a questo punto significherebbe fornire un'immagine parziale delle due concezioni in esame. Le differenze, in un certo senso, sono almeno altrettanto illuminanti quanto le somiglianze. Con ogni probabilità è possibile individuare almeno due grandi divergenze.

La prima differenza si riconnette immediatamente al tema appena individuato relativo al ruolo del giudice e al grado di ottimismo nei confronti del ragionamento giudiziale. Se è vero, infatti, che entrambe le teorie chiedono un certo sforzo argomentativo, gli obiettivi e i risultati attesi non sono identici. La *culture of justification* chiede in primo luogo all'amministrazione o al legislativo, in quanto autorità che emanano norme giuridiche, di spiegare le ragioni e gli obiettivi alla base di una certa attività regolatoria. Il giudice dovrà riepilogare e valutare le giustificazioni ricevute ed eventualmente sottolineare errori, mancanze, lacune. L'esito sarà una valutazione della ragionevolezza del bilanciamento d'interessi avutasi a livello regolatorio, un giudizio a seguito del quale, spesso attraverso il test di proporzionalità, sarà possibile "*to compare and evaluate interests and ideas, values and facts, that are radically different in a way that is both rational and fair*".³² Il tema dell'effettiva capacità del test di proporzionalità di consentire una valutazione razionale della normativa è argomento di una certa complessità, che non è possibile affrontare in questa sede.³³ Il punto è che la *culture of justification* sembra mirare ad assicurare la razionalità e la correttezza, o per lo meno la ragionevolezza della norma

²⁹ Cfr. *inter alia* J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, in *Modern Law Review*, 42, 1, 1979 e R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

³⁰ Dworkin è definito un "legal constitutionalist" nel recente lavoro di A. Latham-Gambi, *Political Constitutionalism and Legal Constitutionalism—An Imaginary Opposition?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, p. 9.

³¹ Cfr. A. Kavanaugh, *Recasting the Political Constitution: From Rivals to Relationships*, in *King's Law Journal*, 30, 1, 2019, p. 66: "[...] political constitutionalism can be described loosely as a general pro-Parliament/anti-court outlook on public law issues, whereas legal constitutionalism may be grounded in a more supportive orientation towards judicial power and a sceptical view of elected politicians". Per una comparazione sintetica tra *legal* e *political constitutionalism* si veda la recente voce compilata da R. Bellamy, *Constitutionalism*, in *Enciclopedia Britannica*, 2019, consultabile a <https://www.britannica.com/topic/constitutionalism>, ultimo accesso 02.02.2021.

³² D.M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 169.

³³ Mi si consenta di rimandare a O. Scarcello, *Norme tecniche e argomentazione giuridica: il caso del test di proporzionalità*, in *Federalismi*, 15, 2018.

giuridica applicabile al caso concreto attraverso il controllo giudiziale. L'obiettivo, dunque, è un risultato in positivo, la valutazione di ragionevolezza.

L'inter-legalità, d'altra parte, sembra porsi un obiettivo più modesto, benché probabilmente più raggiungibile. Se è vero che anche in questo caso si chiede al giudice uno sforzo argomentativo notevole, il risultato atteso è semplicemente quello di evitare l'ingiustizia attraverso un'adeguata ponderazione di tutte le norme giuridiche rilevanti in relazione al caso.³⁴ Non c'è una *one right answer* da individuare, ma la scelta "genuina" tra varie opzioni egualmente possibili dal punto di vista giuridico. Il ragionamento del giudice evita l'ingiustizia se le possibili soluzioni sono prese in considerazione, ma questo deve essere letto come un invito al ragionamento più completo possibile, non ad individuare *la* risposta corretta. Per citare nuovamente Klabbers su questo punto:

Where various outcomes may be equally compelling, at the very least the judge addressing inter-legality should make sure that no legal interest is left unaddressed. Where several outcomes are equally compelling and persuasive from the perspectives of their own legal orders, one can only hope for a virtuous judge.³⁵

L'inter-legalità, dunque, mira a un risultato in negativo, evitare l'ingiustizia.

La seconda differenza, forse la più significativa, riguarda il contesto all'interno del quale le due teorie sono state pensate e, di conseguenza, i problemi che esse cercano di spiegare e correggere. Mentre la cultura della giustificazione nasce all'interno di un singolo ordinamento nazionale, la teoria dell'inter-legalità tenta di spiegare le relazioni tra Stati e ordinamenti extra-statali, variamente specializzati. Di conseguenza, la giustificazione richiesta in relazione al caso concreto nella *culture of justification* riguarda la ragionevolezza delle limitazioni dei diritti fondamentali da parte della pubblica autorità (dell'amministrazione in particolare). Come si è precedentemente ricordato, l'idea di cultura della giustificazione nasce come nel contesto di un ordinamento, quello sudafricano durante la transizione *post-apartheid*, in cui l'obiettivo principale era, e non poteva che essere, garantire che non vi fossero più restrizioni arbitrarie dei diritti individuali da parte dello Stato. Il ruolo cruciale assegnato al giudice è, dunque, funzionalizzato a identificare e rimuovere le violazioni dei diritti individuali a seguito dell'azione dei pubblici poteri.³⁶ L'intera idea di cultura della giustificazione si basa sulla

³⁴ G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, p. 383

³⁵ Ivi, p. 362.

³⁶ Cfr. E. Mureinik, A Bridge to Where, pp. 41-42.

dialettica libertà-autorità, un'idea tipica del diritto pubblico, in particolar modo nel secondo Novecento. Ne segue l'introduzione di oneri di motivazione e di poteri di controllo in capo al giudice. Quel che semmai la differenzia dalle concettualizzazioni classiche del rapporto giuridico amministrativo è che la concezione sviluppata dalla *culture of justification* non si limita ad invocare la tutela, tipica del liberalismo, dei diritti individuali nei confronti dell'autorità. Non si tratta semplicemente di utilizzare i diritti come argini al potere, *rights as trumps*.³⁷ Come ricordato in precedenza, i diritti sono concepiti come flessibili e limitabili, non assoluti,³⁸ ma le limitazioni ai diritti devono essere giustificabili sulla base di una serie di principi giuridici interni all'ordinamento, in particolar modo attraverso il test di proporzionalità. Queste limitazioni devono poter essere discusse pubblicamente in sede giudiziale e, in tal modo, devono poter dare attuazione ai principi di partecipazione e *accountability*.³⁹ Attraverso la deliberazione in giudizio si mira ad una cultura dei diritti democratica oltre che liberale. Seguendo la metafora di Mureinik, la *culture of justification* è un ponte che tenta di portare ad un ordinamento nazionale che resta democratico persino quando comprime i diritti.⁴⁰

L'inter-legalità, d'altra parte, è concepita come una descrizione e un tentativo di orientamento dei rapporti tra ordinamenti giuridici *al di là* dello Stato, laddove i tentativi di separazione funzionale falliscono. Ne deriva che l'onere di giustificazione e argomentazione in capo al giudice avrà come oggetto i rapporti reciproci tra norme provenienti da ordinamenti diversi e oggettivamente applicabili al caso di specie. Non c'è un singolo Leviatano al quale l'individuo si rapporti, ma un intreccio di relazioni giuridiche che tentano di regolare il caso. La *composite law* ha natura difficilmente riconducibile a quella di *sistema giuridico*. Seguendo la definizione di Bobbio di "ordinamento giuridico" come "insieme strutturato di norme",⁴¹ dotato dei requisiti di unità, coerenza, completezza e chiusura, abbiamo un caso paradigmatico dell'immagine di "sistema" giuridico tipica di buona parte del secolo passato. Contro questa immagine si scaglia l'idea di inter-legalità, dotata di un carattere marcatamente antisistemico: non v'è alcuna norma fondamentale al di là e al di sopra degli Stati e dei regimi giuridici extra-statali che ne assicuri l'unità e la chiusura. Le varie norme rilevanti, ciascuna valida all'interno

³⁷ La celebre espressione è di R. Dworkin, *Rights as Trumps*, in J. Waldron (a cura di) *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

³⁸ E. Mureinik, *A Bridge to Where*, p. 33.

³⁹ D. Dyzenhaus, *Law as Justification*, pp. 32-34.

⁴⁰ E. Mureinik, *A Bridge to Where*, p. 48.

⁴¹ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, 167-169.

di un singolo sistema, sono tutte parte della legalità attinente al caso, ma non perché parte di un sistema giuridico più ampio.⁴²

In sintesi, l'inter-legalità si trova ad affrontare problemi di ridefinizione del concetto stesso di diritto, nel tentativo di slegarlo da quello di sistema, problemi del tutto assenti nella *culture of justification*. L'una si pone, dunque, problemi di teoria generale del diritto, ma anche di diritto inter, sopra, intra e transnazionale,⁴³ che l'altra non affronta. Si potrebbe azzardare che, di conseguenza, la prima sia più innovativa e accurata della seconda, ma è forse meglio dire che si tratta di due prospettive sul diritto pensate in contesti diversi e per affrontare problemi diversi, pur con metodi notevolmente simili.

4. Conclusioni

Possiamo ora cercare di trarre delle considerazioni conclusive a partire dalla comparazione dell'inter-legalità e della cultura della giustificazione. Come già indicato in precedenza, l'obiettivo di questa analisi non è consistito nell'individuare un'identità nascosta tra due teorie apparentemente dissimili. Al contrario, evidenziare le differenze è utile tanto quanto sottolineare le analogie. Differenze, in effetti, sussistono, in particolar modo per quanto concerne l'oggetto dell'indagine: come già indicato, le due teorie sono concepite all'interno di contesti diversi e tentano di dare spiegare fenomeni solo parzialmente sovrapponibili, il rapporto tra l'individuo e i pubblici poteri da una parte, l'interconnessione di legalità diverse al di là dello Stato dall'altro. Tuttavia, è significativo che, nonostante le significative differenze, entrambe le teorie mirino a soluzioni ispirate da un "metodo" comune: la giustificazione sostanziale delle ragioni che portano all'applicazione della norma giuridica all'individuo. Pur con diversi gradi di "ottimismo" in relazione alla effettiva possibilità dell'argomentazione giuridica di giustificare razionalmente l'applicazione delle norme, si tratta di teorie del diritto che condividono un chiaro *milieu* culturale comune e che mirano ad una concezione del diritto più "mite" e meno "autoritativa".

⁴² G. Palombella, Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality A Manifesto, in G. Palombella – J. Klabbbers (a cura di), *The Challenge of Interlegality*, pp. 372-378.

⁴³ La tassonomia è ripresa da K. Culver – M. Giudice, *Legality's Borders: An Essay in General Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 149-171.

La desiderabilità di tale concezione non è ovvia. Teorie quali il positivismo presuntivo di Schauer,⁴⁴ ad esempio, sottolineano le ragioni di una definizione del diritto autoritativa, basata sulla necessità di fornire ai consociati un metodo di organizzazione sociale celere, che deleghi la produzione e l'applicazione delle norme, ma anche il bilanciamento delle ragioni sottostanti, a delle autorità appositamente istituite. I bilanciamenti effettuati dovranno essere considerati almeno presuntivamente legittimi e non ridiscussi caso per caso.

Indipendentemente dai meriti e dai difetti dei vari gruppi di teorie, il fatto stesso che concezioni del diritto così diverse esistano e si confrontino è indicativo del fatto che non v'è accordo unanime su quale approccio sia preferibile. Ma il confronto aiuta anche a collocare l'emergere di teorie nuove quali quella dell'inter-legalità in un più ampio processo di ridiscussione di alcuni presupposti impliciti nel modo di ragionare dei giuristi, a partire dall'unità e dalla chiusura del sistema giuridico. Come la *culture of justification* negli anni '90, l'obiettivo è quello di fornire una teoria del diritto adatta ai tempi e alle esigenze specifiche di un contesto nuovo, quello dell'interconnessione tra regimi giuridici diversi. In questo senso più profondo, le due teorie sono, per così dire, gemelle.

Se l'obiettivo di fornire "*a new perspective on law*" riuscirà o meno non è facile da prevedere, ma l'esistenza stessa del dibattito merita di essere salutata favorevolmente.

⁴⁴ F. Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, capitolo VII.