

# INTERLEGALITÀ. L'INTERCONNESSIONE TRA ORDINI GIURIDICI, IL DIRITTO, E IL RUOLO DELLE CORTI

GIANLUIGI **PALOMBELLA**



Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti

Interlegality. The Interconnectedness Among Legal Orders, the Law, and the Role of Courts

GIANLUIGI PALOMBELLA

Professor of Applied Legal Theory, Scuola Sant'Anna di Pisa.

E-mail: [g.palombella@santannapisa.it](mailto:g.palombella@santannapisa.it)

#### ABSTRACT

Intento di questo articolo è proporre la nozione di interlegalità, come una peculiare prospettiva *sul diritto*, giungendo infine a identificarne attraverso casi e pronunce delle alte corti sia le visibili tracce sia i potenziali sviluppi. Nel moltiplicarsi di ordini e regimi giuridici che si confrontano in assenza di una effettiva gerarchia, i paradigmi basati esclusivamente sui concetti di validità e sistema giuridico siano essi monisti, dualisti o pluralisti sono ancora in grado di riflettere la complessità contemporanea? La principale constatazione che suggerisce un approccio di interlegalità non riguarda solo il fatto della coesistenza tra legalità che appartengono a mondi normativi paralleli (il commercio internazionale, la sicurezza, la salute, l'ambiente, i diritti umani, il *welfare* statale, e così via) ma soprattutto l'inesorabile interconnessione materiale, relativa alla sostanza degli oggetti da essi regolati, la quale finisce per suscitare domande essenziali circa natura e funzione della legalità. Senza cedere alla tentazione ricorrente tra gli studiosi di disegnare teorie che aspirano a realizzare promesse di costituzionalismi globali, mettere a fuoco l'interlegalità consente di modificare la prospettiva epistemica sul diritto. Interlegalità promuove una cornice teorica che non solo sfugga allo stallo dell'alternativa tra monismo e dualismo, ma rielabori l'eredità e le "scoperte" del pluralismo giuridico, muovendo al di là di esse.

This article suggests a peculiar perspective on law, that is, "interlegality". Amidst the plurality of orders, regimes, legal systems, and the overlapping of legalities, hardly arbitrated by hierarchy, are the system-based paradigms, be they monist, dualist or pluralist, still capable of reflecting present complexity? The main concern triggering an inter-legality approach is not the coexistence among legalities as they create parallel worlds of normativity (that of global trade, of world health, of state welfare, of regional security, and so forth) but the resilience of the material interconnectedness that comes to affect the nature and functioning of legality. Without giving into the mainstream temptation of drawing a global constitutional promise, interlegality attempts at changing the epistemic perspective on law. To do so, it draws some theoretical frame that not only has to avoid the monist-dualist alternatives, but also relocates the achievements of legal pluralism and steps beyond it.

#### KEYWORDS

Giustizia, diritto internazionale, governance globale, nozione di diritto e di sistema, interlegalità, monismo, dualismo

Justice, international law, global governance, the notion of law & system, interlegality, monism, dualism

# Interlegalità

L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti

GIANLUIGI PALOMBELLA

*Introduzione – 1. Premesse – 2. Le legalità: i frammenti, il diritto, le materie – 3. Modelli di legalità: teorizzare l'interlegalità – 4. Sulla "prospettiva del diritto" – 5. L'indirizzo inclusivo dell'interlegalità e i compiti delle corti.*

## *Introduzione*

Questo saggio espone la nozione di *interlegalità*, sia nella sua portata descrittiva sia nella sua portata normativa. Esso muove da una rapida ricognizione degli elementi di novità che negli ultimi decenni hanno trasformato il mondo del diritto oltre lo Stato, generando nuovi problemi concettuali e inedite tipologie di ordini o regimi giuridici che entrano in svariati rapporti con gli ordinamenti giuridici statali. La pluralità di legalità e la loro interferenza costituiscono un dato le cui conseguenze richiedono un'approfondita riflessione.

Dopo aver sottolineato l'interconnessione tra contenuti normativi che disciplinano materie inevitabilmente legate da profonde relazioni sostanziali (e.g. sicurezza-accesso alla giustizia; commercio-diritti umani, e via seguendo) evidenzierò le difficoltà che tradizionali teorie giuridiche relative ai rapporti tra ordinamenti (il monismo, il dualismo, il pluralismo) incontrano e che nascono dal conflitto e dalla sovrapposizione tra ordini giuridici, dall'incertezza interpretativa e dall'unilateralità delle decisioni, che sembra minare le aspettative di giustizia. Proporrò dunque l'interlegalità come una teoria normativa intesa a spostare la prospettiva epistemica, dall'idea di sistema alla legalità come un tessuto composito, determinato dalle relazioni di convergenza o di conflitto che di volta in volta corrono tra legalità diverse. Infine, tratterò più in concreto le potenzialità e il significato dell'approccio dell'interlegalità, soffermandomi su alcuni esempi tratti da importanti casi decisi da corti nazionali e sopranazionali. Il senso prescrittivo dell'idea di interlegalità sta infatti nell'indirizzare l'accertamento del diritto ad una visione comprensiva delle legalità concorrenti nei casi.

## *1. Premesse*

Da tempo si riconosce che la contemporanea "amministrazione del mondo tramite regole"<sup>1</sup> ha trasformato progressivamente lo scenario westphaliano e hobbesiano

<sup>1</sup> Tra molti, segnalo i contributi in DUNOFF, TRACHTMAN 2009.

che ruotava attorno all'esclusivo baricentro degli Stati. Questa trasformazione non è mai completa<sup>2</sup>, così che, tra le altre cose<sup>3</sup>, gli Stati mantengono la loro presa in numerosi campi, anche attraverso organismi inter-governativi, testimoniando del ruolo essenziale che le comunità nazionali devono ancora svolgere.

Certamente, le principali responsabilità degli Stati continuano a includere la produzione e la tutela di "beni politici" e quindi le garanzie della sicurezza e dell'ordine, le prestazioni fondamentali relative alla salute, all'educazione, al *welfare*, e in generale alla tutela degli interessi dei cittadini.

Anche nella perdurante crisi economica mondiale, innanzi alle conseguenze perverse della globalizzazione finanziaria, si è fatto appello nuovamente agli Stati, alle loro funzioni tradizionali e alla loro capacità di protezione: un "ritorno dello Stato", dunque, tale da suscitare anche il sospetto che in realtà esso non si fosse mai ritirato, nonostante quanto preconizzassero le dominanti teorie neo-liberali (DELWAIDE 2011). Come Jose Alvarez ha scritto:

«[T]he Westphalian system may be a blink of an eye in the scope of human history but we are living in its time. No one unfortunate enough to be outside Koskenneimi's "wonderful artificiality" of statehood believes that it is a myth. Ask a Palestinian. As Michael Walzer put it in a recent lecture, only those lucky enough to live in a functioning state can afford to suggest that it is "withering away."» (ALVAREZ 2011, 263)

D'altro canto, gli Stati hanno visto ridursi enormemente le proprie capacità di controllo, e proprio a causa dell'inarrestabile insorgere di questioni per loro natura eccedenti i confini, in infiniti ambiti di emergente o consolidato rilievo: dai mercati finanziari alla sicurezza, dalla protezione dei dati al controllo climatico, all'ambiente in generale, alla salute, il commercio, i diritti umani, il patrimonio culturale e artistico, e molto altro (cfr. CASSESE 2009, PALOMBELLA 2012).

Peraltro, al tradizionale ruolo dei *Signori dei Trattati* si affianca il pervasivo sviluppo di un diritto internazionale che, oltre la disciplina dell'indipendenza esterna, interviene ormai costantemente nell'*autonomia* statale interna, definisce e protegge *beni comuni globali* (KRISCH 2014, NOLLKAEMPER 2012) ed è irriducibile al solo perseguimento degli interessi nazionali, o al dogma della disponibilità del diritto alla mera volontà degli Stati<sup>4</sup>.

In aggiunta, la proliferazione di regimi regolativi extra-statali e di organizzazioni internazionali, dotate spesso di organi para-giurisdizionali o giurisdizionali

<sup>2</sup> Ho denominato l'arena globale "*Penelope's public*": costantemente sospesa tra la formazione e la destrutturazione di una cornice normativa "pubblica" in PALOMBELLA 2013.

<sup>3</sup> Un'analisi teorica complessiva in WALKER 2014. Walker elabora ciò che definisce la "*intimated*" quality dell'ordine globale, emergente e incompiuto, eppure "*inexorable*".

<sup>4</sup> PCIJ, *Lotus Case* (France vs Turkey), 1927.

(HOWSE, TEITEL 2009), prolunga e spesso dissolve la catena di controllo statale, sotto svariati profili. L'autonomia e l'indipendenza delle organizzazioni internazionali sono andate crescendo, in parte con l'obiettivo di dotare di maggiore imparzialità, e dunque legittimazione, le loro decisioni, in parte al fine di migliorare la coerenza e l'efficienza dei propri processi deliberativi: i quali richiederebbero – secondo le logiche loro proprie – modalità eminentemente tecniche, carattere apolitico, orientato al “*problem-solving*”, e svincolato dalle strategie realiste e auto-interessate con cui le parti in causa usano confrontarsi<sup>5</sup> (il paradigma internazionalista hobbesiano).

L'insieme delle circostanze sin qui richiamate indica che l'ambiente extra-statale ha esso stesso, e da tempo, avviato un proprio percorso verso “norme”, nel tentativo di varcare la linea tra disordine e ordine, tra privato, o unilaterale, e pubblico, o multilaterale. La *World Trade Organisation*, o l'Unione Europea, la *United Nation Convention for the Law of the Sea*, la *European Convention on Human Rights*, la *Codex Alimentarius Commission*, la *World Intellectual Property Organisation*, la *International Standard Organization* (e un impressionante numero di entità simili, e tra loro diverse per scopi e struttura) richiamano la nostra attenzione su un complessivo fenomeno che non rientra nella ristretta cornice del “pubblico” composto di Stati e che non è spiegabile con la consueta visione realista delle relazioni politiche internazionali. Si tratta di un insieme di autorità e di organismi che non possiedono le strutture istituzionali degli Stati, ma esercitano un potere intenso di regolazione sovranazionale, non vi dipendono necessariamente, e certo non sono comprensibili se rappresentati come la mera proiezione di accordi tra Stati.

Con riguardo alla dimensione sociale delle rispettive pratiche normative, esse dipendono da e costruiscono interazioni collettive inedite, che non solo sono indipendenti, di diritto o di fatto, dagli Stati, ma raccolgono attori e interessati, in modo trasversale, senza riguardo al *demos* cui appartengono, e secondo percorsi transnazionali<sup>6</sup>. Quanto più tali percorsi si consolidano, tanto più si svilupperebbe, secondo alcuni osservatori, una sorta di spazio pubblico autonomo, fatto di peculiari *constituency* e *stakeholders*, i cui rapporti sarebbero assimilabili a un “*deliberative representative*” space (DRYZEK, NIEMEYER 2008; SABEL, ZEITLIN 2010). Comunque sia, è pacifico che per molti aspetti, la divisione “funzionale” dei compiti di regolazione abbia effettivamente affiancato e alle volte sostituito la separazione territoriale<sup>7</sup>.

Queste ed altre premesse costituiscono fattori eterogenei ma convergenti in un ambiente promiscuo che intreccia regimi regolativi, ordini giuridici di differente

<sup>5</sup> Sulla questione dell'effettiva indipendenza, cfr. JOHNSON 2014. Con riferimento alla “*regulatory governance*” nell'EU, MAJONE 1996.

<sup>6</sup> Sul loro ruolo costruttivo e di stabilizzazione delle aspettative nello spazio globale e delle relazioni internazionali, KEHOHANE 2010.

<sup>7</sup> Pone in evidenza il carattere ibrido del sistema in cui strutture di “*government*” e strutture di “*governance*” si intrecciano e giocano ruoli complementari KJAER 2010.

livello territoriale, politico, sociale, dotati di distinte strutture organizzative e normative, capaci virtualmente di raggiungere in modo autonomo destinatari diversi su uno spettro variabile da subnazionale a statale, internazionale, regionale, globale.

L'uso del termine "interlegalità" al fine di richiamare questo contesto, appare, a prima vista, appropriato, a condizione che non si risolva in un mero, e facile, espediente per raccogliere fenomeni diversi, nel complesso confusi. Interlegalità, peraltro, non dovrebbe usarsi per catturare semplicemente la coesistenza tra legalità diverse che creano ambiti e livelli normativi paralleli (*global trade, world health, State welfare, regional security*, e via seguendo) e auto referenziali (*self-contained*). Come mi appresto a mostrare, la nozione di interlegalità può essere utilmente adoperata per mettere a fuoco un ulteriore, e decisivo, aspetto: l'*interconnessione* tra legalità, al plurale (PALOMBELLA 2012, 107 ss.; SCODITTI 2013).

## 2. Le legalità: i frammenti, il diritto, le materie

Una tale idea d'interconnessione, tuttavia, non rispecchia affatto né i modi in cui sono organizzati né le prospettive da cui sono concepiti gli ordini giuridici. Questi ultimi sono piuttosto costruzioni artificiali il cui senso sta proprio nel districare le interconnessioni materiali e separarle in diverse sfere di legalità. Differenti insiemi normativi, regimi regolativi, entità di amministrazione e coordinamento, convenzioni per la protezione di beni statutariamente specificati sono istituiti con lo scopo di ordinare, governare e razionalizzare<sup>8</sup> su scala transnazionale la densa complessità della realtà materiale; la logica seguita, della differenziazione funzionale, si sviluppa (o spontaneamente o secondo un preordinato *divide et impera*) separando campi d'azione in base a beni e obiettivi distinti per contenuto e natura: ad autorità dedicate in settori funzionali separati, entità jusgenerative, regimi regolatori pubblici, privati o ibridi, si sono allocati fini limitati e obiettivi tematici specializzati (che dunque non comprendono quella "totalità" di possibili interessi di un'intera collettività, la quale resta ancora associata agli ordinamenti statali e "costituzionali"). Perciò, mentre gli ambiti dei fini perseguiti appaiono discreti e ridotti, i potenziali destinatari e l'estensione dei soggetti interessati appaiono virtualmente senza limiti: indipendentemente dai territori, e su scala regionale o globale, viene raggiunto (o colpito) un indefinito novero di attori, individui, istituzioni, imprese, Stati, comunità politiche, ordinamenti.

In confronto a ciò, la nozione di legalità, o meglio, la produzione di norme, nel contesto degli Stati, va descritta proprio in termini opposti: limitazione territoriale

<sup>8</sup> Ciò che determina la diversità dei regimi e la loro irriducibile pluralità è la sottostante diversità di *ratio* e le separate razionalità che incorporano. Tra i primi a segnalarlo FISCHER-LESCANO, TEUBNER 2006; TEUBNER 1997.

da un lato e dall'altro lo spettro onnicomprensivo del corrispondente ordinamento, costruito per abbracciare una totalità di bisogni e una generalità di fini: questo significa, soprattutto, che il perseguimento di nessuno di quei fini può avvenire senza riguardo per gli altri, isolato dagli altri e trattato come se non si dovesse far fronte anche a quelli. Il diritto, come tale, si pensa sempre in connessione con una circoscritta "giurisdizione", all'interno della quale esso ruota attorno all'illuministica idea di legislazione, generale e de-individualizzata, riferita all'intero orizzonte di materie che interessano la vita individuale e collettiva.

Al contrario, le forme relativamente nuove di regolazione sovra- e trans-statale, si distaccano totalmente da quel venerabile profilo del diritto, mutando e abbandonando il suo carattere olistico, che rappresentava e rappresenta, nello Stato, l'interesse pubblico, sottoposto al controllo della comunità politica.

Nondimeno, le nette differenziazioni funzionali e la relativa chiusura delle diverse sfere di legalità, adatte ad assolvere utili compiti di coordinazione ultra-statale, non possono operare sino al punto di cancellare il reale, sottostante, stato delle cose: quelli che esse fruttuosamente costruiscono come domini normativi paralleli e autoreferenziali, in profondità continuano, inevitabilmente ("materialmente"), a interferire uno sull'altro.

Ora, la nozione di interlegalità, in primo luogo, serve a render conto del fatto che praticamente nessuna delle legalità o regimi, attivi a livelli diversi, opera compiutamente ed efficacemente da sé sola. Il suo isolamento funzionale è, alla fine, un mito. Sia dal punto di vista materiale, ossia della connessione/relazione di contenuti e di oggetti, sia dal punto di vista giuridico, le varie legalità sembrano, prese da sole, insufficienti o incomplete, e l'effettività delle loro funzioni resta "sospesa" sino al momento in cui esse si rivolgono ai propri interlocutori: e tra questi interlocutori ci sono, invero, altre legalità. Neanche l'Unione Europea può far nulla da sola: ha bisogno che gli Stati membri facciano anche per essa, la quale, appunto "non fa, fa fare" (CASSESE 2002, II). La *European Convention of Human Rights* potrà anche concepirsi come una sorta di ordine costituzionale a se stante (SADURSKI 2009), ma la sua efficacia ordinante dipende dai modi in cui "altri" sistemi giuridici accettano e implementano le sue norme e le decisioni della sua Corte.

In secondo luogo, come Martti Koskenniemi osservò, ormai alcuni anni fa, tra le conseguenze della frammentazione del diritto internazionale, i vari "*particular regimes*" restano come contrapposti l'uno all'altro:

«trade against environment, human rights against humanitarian law, law of the sea against European community law. Whether some issue is qualified as a "trade" or "health" problem (e.g. European Community – Measures concerning Asbestos and Asbestos Products 2001, p. 61 para 168), or whether its dominant concerns are those of "human rights" or "security", involves struggle for competence to decide [...]» (KOSKENNIEMI 2005).

Che si tratti di relazioni orizzontali tra ordini sopranazionali o internazionali, o verticali, tra essi e lo Stato, il problema nasce dalla limitata adeguatezza o dal relativo fallimento della concezione di legalità “chiusa”. Non occorre indugiare ulteriormente sul quadro risultante da questa preliminare analisi. Quel che intendo concluderne qui è che più di qualche volta questo quadro, per essere realistico, dovrebbe rappresentare il risultato *composito* delle legalità concorrenti, come *inter-legalità*.

Data l’inevitabile complessità, molti dei problemi giuridici da affrontare sono solo artificialmente (o 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.

Per questo “interlegalità” dovrebbe registrare, sul piano giuridico, la resilienza delle interconnessioni materiali tra diversi ambiti funzionali, e le ripercussioni di tale interconnessione nella presunta sfera chiusa, nella stessa coerenza interna, di ciascun ordine giuridico.

L’interconnessione materiale eccede la sistemazione giuridica e ad un tempo la permea, oltrepassa le linee di separazione e la chiusura normativa qualificante un assetto di ordini distinti e discreti. Essa non può essere facilmente “domata”, e ancor meno ignorata, giunge a incidere su natura e funzionamento della legalità, nonostante il fatto che regimi differenti siano nati proprio al fine di “governare” aree circoscritte, e siano come immunizzati da obiettivi esterni.

Inter-legalità dovrebbe essere usata per denominare la sovrapposizione tra regimi e ordini in conseguenza dell’interconnessione materiale. L’esempio più noto in tempi recenti è quello del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che nel perseguire i propri obiettivi di pace e sicurezza, e nel combattere il terrorismo, opera collocando in secondo piano diritti umani, entrando sovente in collisione con le obbligazioni internazionali che ne sono poste a protezione. Il che accade per il contrasto sia con “altre” norme della stessa Carta delle Nazioni Unite, sia verso “legalità” diverse (ed esterne come, per esempio, la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo). Qui il punto non sta nel chiedersi se legalità diverse finiranno per intrecciarsi, ma piuttosto osservare come esse siano già di fatto *interconnesse*.

Ancora una volta, l’esperienza dello Stato ha insegnato molto a questo riguardo. Entro lo Stato, quelle interconnessioni normalmente si riflettono sul piano giuridico, poiché un ordinamento “unitario” non può rinunciare a una qualche coerenza logica, materiale e sostanziale. La salute pubblica non può essere affrontata attraverso norme di settore in violazione di regole di bilancio, o di principi posti a tutela di beni fondamentali concorrenti; le politiche economiche a loro volta incidono sulle stesse strutture sociali e inevitabilmente devono entrare in un qualche equilibrio con le norme a tutela dei diritti. Uno Stato non può avere successo (in qualunque modo lo si valuti) se riesce a compiere progressi in un campo d’azione solo al costo di danneggiarne irreparabilmente ogni altro. In breve, come “ente a fini generali” uno Stato ha la *responsabilità* per l’*insieme* e non può assolvere ad una



particolare funzione a spese delle altre: frammentazioni e frammenti – in teoria – qui non devono prodursi e non dovrebbero essere concepibili. E per la verità, essi non esprimerebbero nemmeno la struttura reale delle cose: risulterebbero semmai dall’approccio ideologico, ed epistemico, da noi adottato, anziché precederlo.

Nell’ambiente extra-statale, invece, una prospettiva generale “comprensiva” diventa una sorta di impossibile metafisica: la differenza non è dovuta tanto alla natura dei problemi o degli oggetti, ma prevalentemente alla loro non confinabile dimensione e alla conseguente impossibilità di ricondurre le questioni e le materie sotto un unico angolo visuale e un unitario centro di responsabilità.

Mentre l’interconnessione si approfondisce e prospera, le nostre idee di legalità restano tuttavia come ancorate a se stesse, e nella loro obsolescente immobilità finiscono per mostrarsi incapaci di rispondere allo stato delle cose con mezzi giuridici, ossia attraverso il diritto. Se guardiamo ai “fatti” assumendo i panni di Mr. Kadi<sup>9</sup>, il più famoso tra i sospettati fiancheggiatori di *Al Qaeda* secondo il Comitato delle Sanzioni del Consiglio di Sicurezza, saremo alquanto delusi nel constatare che i nostri diritti (di proprietà, di accesso a un giudice e di difesa) risultano coerenti (e protetti) solo entro la sfera del diritto dell’Unione Europea, non di quello delle Nazioni Unite; o secondo il regime internazionale dei diritti umani, non il diritto internazionale in generale, e via seguendo. Tali diverse legalità si concepiscono come più o meno indipendenti, e in termini dottrinali possono determinare esiti contrastanti eppure coesistere felicemente, così da rendere per Mr. Kadi la ricerca della giustizia un’intrapresa senza fine. Se relativa a ciascuna particolare legalità, che solo in parte governa i fattori normativi confluenti nel caso, la giustizia coinciderà sempre con un verdetto zoppo.

### 3. Modelli di legalità: teorizzare l’interlegalità

3.1. “Interlegalità” raccoglie il senso del quadro disegnato sin qui, e assumerne il punto di vista può fare la differenza: ad esempio, rispetto all’alternativa tra monismo e dualismo, che ha diviso le teorie circa la relazione tra diritto interno e internazionale, e che rimane un luogo di tradizionali controversie.

Se è vero che, nella prospettiva di sostenere e valorizzare il diritto internazionale, le posizioni “moniste” sembrano utilmente diffondersi, e le corti statali

«such as the German *Bundesverfassungsgericht*, are assuming a role in the “*dédoulement fonctionnel*” of their domestic and international functions, regarding themselves as

<sup>9</sup> Si veda la decisione del suo caso alla (allora) ECJ, Joined Cases C-402/05 P, Judgment of 3 September 2008.

guardians not only of domestic, but also of international law within their jurisdiction» (PAULUS 2012, 8 s.),

nondimeno, come Andreas Paulus nota, esse non usano il diritto internazionale «but domestic law as their normative system of reference. International law does feature only in their jurisprudence if and to the extent permitted by their domestic law» (PAULUS 2012, 8 s.). Se pertanto le corti nazionali applicano il diritto o eseguono decisioni internazionali, «they do so because domestic law requires it, not because they are organs of the international community»; ed infine, ancor più preoccupante per il monismo è il fatto che il diritto internazionale, pur in assenza di effettive gerarchie, «contains within itself several distinct legal orders, from the UN Charter to international criminal law, from human rights to investment law», e là dove una gerarchia sembra esistere «as in Article 103 of the UN Charter, it appears increasingly problematic [...]» (PAULUS 2012, 8 s.).

Alternativamente, sposando l'altra venerabile tesi, quella dualista, si deve assumere che ordinamenti diversi dal nostro vivano a proprio titolo, ma debbano considerarsi da un punto di vista necessariamente esterno, come *meri fatti*: la loro natura *normativa* è infatti come invisibile, almeno sino a quando non risulti incorporata o ri-autorizzata e convertita entro il novero dei “nostri” imperativi *interni*.

Ma questo implica, innanzitutto, che le legalità siano come cerchi che corrono in parallelo e separatamente (TRIEPEL 1899, 11); in secondo luogo, che ciascuna disponga della possibilità di scegliere se entrare in rapporto con le altre. Tuttavia, anche per quanto ricordato nelle sezioni precedenti, è un dato acquisito che molto spesso una tale opzione sia di fatto indisponibile. Come cautamente Nollkaemper ricorda, vi è ormai consenso sul fatto che, sebbene la fondamentale distinzione in termini di fonti persista

«(even though the traditional sources doctrine has been transformed in a much more complex system of validation), in principle, substance and subjects have come to overlap with domestic legal systems. This might open the door for at least a limited acceptance of a less dualistic relationship between international and national law» (NOLLKAEMPER 2014).

La nozione di interlegalità riconosce che, quando diversi attori normativi (e fonti diverse) sono di fatto concorrenti, è alquanto astratto e formalistico assumere che le “altre” fonti sono per noi solo “meri fatti”<sup>10</sup>. In un certo senso, il carattere *normativo* di ciò che ha per fonte *altri ordinamenti* sfugge alla nostra *decisione* piuttosto che dipendervi.

<sup>10</sup> Secondo Antonio Cassese, estensore dell'*Order of International Tribunal for the Former Yugoslavia*, 1996 (3 April), «the old and artificial doctrine whereby “from the standpoint of international law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts” (PCIJ) cannot any longer be adhered to» (§ 6, 3-4).

Sebbene lo Stato sia sovente dipinto con un doppio volto, sull'assunto che ciò che esso è nell'ordine internazionale è inconferente rispetto a ciò che è nel diritto nazionale, naturalmente una decisione della *European Court of Human Rights* possiede una forza normativa in sé, che non è in discussione (almeno per i membri della Convenzione, tanto quanto il Consiglio di Sicurezza per i membri delle Nazioni Unite).

Il pericolo nascosto del teorizzare “altri” ordinamenti come meri fatti risiede nel confondere due elementi differenti, e cioè da un lato la comprensione di qualcosa come normativo (il riconoscimento del suo carattere normativo) e dall'altro l'applicazione (accettazione) di esso nel nostro universo (contesto). La prima è cosa diversa dalla seconda. Norme (pretese normative) possono essere comprese e prese sul serio anche senza garantire loro necessariamente un'incondizionata applicazione, la conformità, nel nostro orizzonte giuridico. Come Jürgen Habermas ha insegnato (in polemica con l'ermeneutica di Hans Georg Gadamer), se questa *applicazione* può essere “sospesa”, nessuna delle parti (*interpretans* o *interpretandum*) assume una superiorità *senza condizioni*. Se comprensione e applicazione – di una pretesa normativa – si concepiscono come la stessa cosa, alla parte che la solleva si attribuisce una supremazia *a priori*, che sia determinata dalla fede (come per un testo sacro o biblico, per esempio), dal diritto stesso, o altrimenti in ragione del suo potere<sup>11</sup>.

Infine, circostanze di fatto, relative al potere politico o economico, impediscono ad alcune parti una scelta libera circa il conformarsi a norme ed autorità esterne. È piuttosto consueto ammettere che, per esempio, l'ambito di controllo (i soggetti interessati) di regole come quelle provenienti dall'ISO o dal WTO, o da altri regimi globali, include popoli e Stati, direttamente o indirettamente coinvolti, e per questi entrare o uscire da quell'ambito è cosa che di fatto eccede spesso il loro potere di scelta.

La relazione tra ordini giuridici, vista in termini fattuali, ossia delle condizioni e dei poteri materiali che vi sono sottesi, non è, in conclusione, sempre paritaria, né costituisce sempre il frutto di una libera scelta; e dunque il fatto che le legalità sono sostanzialmente intrecciate nelle questioni che di volta in volta si esaminano è una constatazione che induce a porre domande nuove, circa lo *status* e il tenore “giuridico”, non solo fattuale, di tali relazioni. Anticipando quel che più avanti espliciterò, la nozione di interlegalità va intesa nel senso di riflettere tali domande.

<sup>11</sup> Per H.G. Gadamer, comprensione delle pretese altrui diventa accettazione del loro significato (di norma, di valore, di verità), nel nostro proprio contesto (GADAMER 1960, 395). Al contrario, per Habermas, essendo interessato alla comprensione «l'interprete non può comprendere il contenuto di significato di un testo finché non sia in grado di aver presenti le ragioni che l'autore in circostanze adeguate avrebbe potuto addurre. E poiché la plausibilità delle ragioni [...] non è identica con il ritenerle plausibili, l'interprete non può affatto aver presenti le ragioni *senza giudicarle*, senza prendere posizione su di esse in senso affermativo o negativo» (HABERMAS 1986, I, 216). La comprensione di ciò che è normativo richiede dunque una sospensione di qualsiasi applicazione nel nostro orizzonte.

Assumendo che il piano giuridico proponga per tali relazioni uno scenario diverso da quello controllato dal mero potere materiale delle rispettive parti, la nozione di interlegalità predispone un'opportunità "emancipatoria", nella misura in cui essa muove dal mutuo riconoscimento, tra legalità esterne e concorrenti, del carattere normativo che ognuna possiede, senza necessariamente condurre all'incondizionata accettazione delle relative pretese: in luogo di quest'ultima, richiede una ponderazione delle ragioni di tutte e di ciascuna, e di conseguenza favorisce un equilibrio basato su tale considerazione critica. Nella sua prospettiva servono argomenti e ragioni, e il loro confronto su una base di correttezza giuridicamente garantita.

La celebrata alternativa al dualismo, sopra richiamata, ossia il monismo<sup>12</sup>, in linea di principio introduce uno scenario del tutto diverso, rendendo impossibile proprio per l'"inter" in "interlegalità" venire in alcun modo in superficie. Allo stesso tempo la varietà plurale delle legalità svanisce, semplicemente perché il loro stesso *status* è privato di autonomia in ultima istanza, e reso dipendente da una più alta forma-cornice da cui discende per derivazione logico-normativa o per delegazione (KELSEN 1970). Dal punto di vista del diritto internazionale, il monismo deve considerare ogni diverso ordinamento come parte di uno, unico ordine comprensivo, così sottraendo legittimità e titolo alle legalità che contrastassero con la coerenza dell'ordine giuridico mondiale. In questo ipotetico mondo (*civitas maxima*), una sorta di *monarchia* giuridica richiederebbe non solo la kelseniana strutturazione formale di catene di autorizzazioni normative, ma anche una convergenza sostanziale, un'armonia di contenuto e visioni di merito condivise che appaiono evidentemente indisponibili.

L'*interconnessione* sulla quale mi sono soffermato è tale perché può nascere solo da una larga varietà (non unità). Su questa, a differenza del monismo, ha invece a lungo insistito il *pluralismo*.

Se si tenta di render conto della narrazione *pluralista* degli ordini giuridici, che sia in edizione *soft* o *radical*<sup>13</sup>, istituzionale o sistemica<sup>14</sup>, viene immediatamente in primo piano il superamento, per così dire, della prospettiva dell'"uno" (monismo) o del "due" (nel dualismo), attraverso un'indefinita serie plurale: si scopre finalmente la possibilità di guardare al mondo giuridico in termini di autonomie e di

<sup>12</sup> Cfr. sulla coppia monismo/dualismo, POLAKIEWICZ 2011.

<sup>13</sup> È fondamentale il riferimento al pluralismo di Neil MacCormick che alla fine giunge a un *soft pluralism* sotto il diritto internazionale, ma che aveva preso le mosse da una forma di pluralismo radicale riconoscendo l'esistenza di ordini differenti dotati di proprie *rules of recognition*: cfr. MACCORMICK 1993; MACCORMICK 1995; MACCORMICK 1998; MACCORMICK 1999.

<sup>14</sup> Terminologia suggerita da Nico Krisch, che scrive: «the "institutionalist" variant of pluralism represents less an alternative to than a continuation of constitutionalist themes» poichè essa fa riferimento a un «common, constitutional framework», che il «systemic pluralism» rigetta «in favour of a decentred management of diversity». Alla fine, il *systemic pluralism* differisce dal dualismo poichè non sottoscrive lo schema basato su *due* ordini (KRISCH 2010, 77).

sovrapposizioni<sup>15</sup>. Ciò nonostante, resta piuttosto difficile, come preciserò, per il paradigma pluralista offrire un resoconto *giuridico* dell'*interconnessione*.

In ogni caso, si deve riconoscere che una teoria dell'interlegalità, per quanto diversa rispetto al pluralismo, non rigetta in blocco le premesse che esso offre.

Si tratta di mettere a fuoco un aspetto specifico della pluralità di ordini. In particolare, di render conto del fatto che sovente o le norme che disciplinano un caso determinato derivano da un contesto differente e un diverso ordine giuridico, oppure le norme da applicare appartengono a un ordine giuridico concorrente. In tutti i casi, proprio questo fatto non può essere studiato né semplicemente portato alla luce, come tale, se non *prima* che vi si *applicino* le lenti del monismo, del dualismo e anche del pluralismo. Evitare di applicare sin dall'inizio i loro schemi conoscitivi, equivale ad astenersi dall'adozione del modello interpretativo, dello schema ordinante, qualificativo, che in fondo li accomuna, e che ruota, fondamentalmente, attorno alla logica del *sistema*. Abbiamo bisogno di un punto di partenza che non muova dal sistema, dall'idea di ordini chiusi, ma piuttosto dall'intreccio di circostanze attraverso cui la legalità appare *in re*, come una realtà in sé composita, non il risultato predeterminato di una costruzione teorica, *top-down*, del mondo giuridico (inteso come uno, due o molti sistemi giuridici).

3.2. Al fine di esporre l'atteggiamento epistemico qui implicato si può ricorrere a una metafora politico-istituzionale. Aristotele definì le forme di governo secondo il criterio dell'uno, di alcuni, dei molti, e sottolineò l'orientamento all'interesse pubblico. Ma il prevalere di interessi egoistici, il costruire la ricchezza o il potere a beneficio esclusivo di chi governa, di certi individui o gruppi, produrrebbe in ogni caso forme di dispotismo, qualunque sia la "formula" adottata. Come Aristotele sostiene,

«[D]eviazioni delle forme ricordate sono, la tirannide del regno, l'oligarchia dell'aristocrazia, la democrazia della politia. La tirannide è infatti una monarchia che persegue l'interesse del monarca, l'oligarchia quello dei ricchi, la democrazia poi l'interesse dei poveri: al vantaggio della comunità non bada nessuna di queste» (Aristotele, *Politica*, III, 7).

Credo si possa convenire che, alla fine, a fare la differenza non è la forma (o la formula numerica) della costituzione in sé, ma, in qualunque caso, il perseguimento virtuoso dell'interesse pubblico.

Ciò che Aristotele scrive può essere liberamente interpretato nel senso che colloca al posto d'onore la prospettiva epistemica: ciò che appare determinante è abbandonare il punto di vista dell'interesse dei governanti, che si tratti del monarca, degli ottimati o dei molti, e assumere sempre quello del bene comune, il quale diventa il

<sup>15</sup> Per questo, estesamente, KRISCH 2010.

parametro di valore ultimo, un parametro il cui rispetto non è automaticamente garantito, o intrinseco, nelle formule di costituzione, visto che esse possono condurre a forme devianti da quel parametro. Ed è proprio su quel parametro che si sposta la prospettiva epistemica essenziale per la convalidazione delle costituzioni.

*Mutatis mutandis*, e similmente, se si vuole cogliere la varietà e l'interconnessione come un fatto caratterizzante l'universo giuridico, la prospettiva che muove dal "sistema" (uno, due o molti), nell'ottica sopra ricordata, tanto più è decisiva quanto più è – a questi fini – fuorviante, e assumerne la esclusività può ben precludere un'adeguata comprensione delle cose.

In questo senso, l'interlegalità dovrebbe meglio condurre a un'ulteriore prospettiva epistemica. Come sostengo, essa porta ad assumerne direttamente un'altra, la prospettiva *del diritto*.

#### 4. Sulla "prospettiva del diritto"

4.1. Intendo dunque con l'interlegalità un punto di vista non-sistemico, che assume la prospettiva *del diritto*. Quest'ultima infatti non deve necessariamente partire dai sistemi. Per gli aspetti che qui rilevano, i sistemi si connettono alla domanda circa la "validità", e di tale connessione peraltro qui non si pongono in discussione i contorni: la validità, per essere brevi, dipende da un fatto o da una norma concernente l'accreditamento di (altre) norme, con riferimento a un dato sistema.

Piuttosto, si può dubitare della possibilità che la prospettiva dei sistemi (uno, due, molti) possa realmente esaurire il tema della legalità, rispondere alle nuove domande, e consentirci di padroneggiare o almeno di affrontare l'intero spettro del problema che ci occupa. Per chiarire il punto, sono utili alcune considerazioni che espongo la differenza da un lato rispetto a una concezione "sociologica" dell'interlegalità, e dall'altro rispetto alle conclusioni cui può giungere una visione pluralista degli ordini giuridici.

De Sousa Santos enunciò la propria idea di *interlegality* come "legal porosity" e ne descrisse così il senso: «multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassing. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality» (DE SOUSA SANTOS 1995, 473). Ma, come si può notare, l'accento cade sul "noi", ossia sul fatto che siamo contemporaneamente coinvolti in molteplici sfere di legalità. "Noi" possiamo avvalerci di esse intendendole come *chances* concorrenti: il punto di vista sociologico mette a fuoco la posizione degli individui, dei soggetti, e la possibilità che essi imparino ad usare della oggettiva, data, pluralità e della sovrapposizione di legalità ponendole l'una contro l'altra, e acquisendo così un'opportunità di controllo "dal basso" (DE SOUSA SANTOS 2005). Questa prospettiva è centrata *sull'uso soggettivo* delle contraddizioni tra gli ordini giuridici concepiti come meri strumenti di (contro-)

potere, più che sull'interlegalità come una forma inedita in cui le strutture dell'oggetto "diritto" si manifestano.

È necessario pertanto modificare questa direzione, orientata sul profilo sociologico e sul "noi" che in de Sousa Santos è il vero fulcro dell'interlegalità, e focalizzare direttamente invece l'ambito e il tessuto della "legalità". Su questo diverso piano, interlegalità indica che le interconnessioni costituiscono come la trama di un "diritto composito", che risulta dai contenuti di fonti separate in un ampio novero di ricorrenti occasioni.

È poi necessario considerare l'interlegalità in un confronto con il paradigma pluralista, anche allo scopo di differenziare la prospettiva dei "sistemi" da quella del "diritto".

Riconoscendo la differenziazione dei sistemi giuridici, come indipendenti e autosufficienti, la versione più genuina del pluralismo giuridico, quella "radicale", evita di ricadere in accomodamenti monisti: rigetta l'idea che la pluralità debba alla fine essere contenuta entro una cornice comune di coerenza, ospitata entro un ordine comprensivo, capace di risolvere conflitti all'interno di uno schema costituzionalistico o internazionalistico (come nella proposta di Neil MacCormick dopo la svolta internazionalista). Nella visione pluralista radicale, l'interferenza o il conflitto (tra sistemi di norme), che non sono a loro volta addomesticati in un modo o nell'altro, devono essere lasciati alla negoziazione tra le parti. L'assenza di norme sovraordinate, prefissate, di confronto rende possibili soluzioni aperte e innovative, favorisce interlocuzioni, basate prevalentemente su premesse politiche, porta alla luce ideologie e pretese, e le ragioni che corrono tra i diversi sistemi, tra, per esempio, sottostanti culture neoliberali orientate al primato delle (de-)regolazioni globali e gli interessi "democratici" dei governi locali, e simili confronti.

Di conseguenza, l'alternativa corre tra il sopportare l'instabilità e l'incertezza che derivano da un pluralismo sistemico radicale e all'opposto convertirne la teoria in un pluralismo controllato (che sia sotto la comune autorità di norme costituzionali di soluzione delle controversie o sotto il diritto internazionale come il sistema giuridico di riferimento). Nel primo caso, del pluralismo sistemico, le sovrapposizioni si risolverebbero attraverso canali fondamentalmente politici; nel secondo caso sono trattate semplicemente rinunciando al pluralismo *sine glossa*, perché le legalità coinvolte sono chiamate a subordinarsi a un più ampio ordine giuridico che le contiene.

Evidenziando una pluralità non addomesticata di sistemi *autonomi*, nessuno dei quali in possesso di alcun primato, come Krisch sostiene, «pluralism favors pragmatic, incremental processes of mutual accommodation and potential convergence» (KRISCH 2011, 407). Ma, ciò detto, anche in questa sua versione più netta, il pluralismo assume comunque, innegabilmente, una sua visione "sistemica" del diritto. Certamente, partire da "molti" (sistemi) rivoluziona, di per sé, l'approccio delle teorie precedenti, e determina l'abbandono dell'inclinazione o del precon-

retto “appropriativi” che in modi differenti sono come intrinseci al monismo e al dualismo. Il pluralismo infatti non comporta l’assorbimento, come nel monismo, o l’appropriazione e la conversione, normalmente operate dal dualismo, delle legalità “esterne”, dal momento che ne presuppone l’autonoma autorità e l’indipendenza, senza colonizzarle sotto un unico universo normativo o farne dipendere il riconoscimento da una discrezionale scelta di incorporazione.

In conclusione, sullo sfondo del paradigma pluralista c’è da un canto la pluralità come fatto, dall’altro l’auspicata possibilità che sistemi molteplici “imparino” l’uno dall’altro e più concretamente rintraccino produttive vie di comunicazione. Ma il punto è che essi non hanno alcun obbligo di farlo, e nell’ottica pluralista non dispongono di mezzi e percorsi per farlo in termini giuridici.

4.2. Come anticipato in apertura di questa sezione, la nozione di interlegalità conduce a quella che ho chiamato la “prospettiva del diritto”.

Certo, il modello (contrario) del “sistema” (giuridico) offre garanzie d’ordine, basate sull’autonomia, l’esclusività, la completezza. Kelsen stesso aveva insegnato che il significato oggettivo di diritto (KELSEN 1970, 201 ss.) non può essere distaccato dal presupposto della validità sistemica e dalla “chiusura” che essa richiede.

Per la verità la dottrina kelseniana potrebbe a prima vista essere evocata proprio in relazione all’enfasi sulla prospettiva *del diritto*. Kelsen decentrava la scienza giuridica rispetto allo Stato, si spostava effettivamente dallo Stato al diritto, all’*ordinamento*, sino al punto da porre l’*ordinamento* statale solo come conseguenza del carattere non-statale del più ampio e sovraordinato *ordinamento* internazionale. Ma in questo ben noto capovolgimento kelseniano, appunto verso la prospettiva del diritto, non accade che la sfera del sistema sia superata ma semplicemente che essa sia confermata, ampliata e spostata, oltre lo Stato.

Nella cultura giuridica dei secoli recenti, il concetto di Stato estende la sua ombra tradizionalmente a coprire il dominio stesso del diritto. Nelle parole di uno dei maestri del primo Novecento, che compaiono nel contesto del dibattito internazionale, «the compulsory nature of the rules in force, whatever their remote origin may be, appears henceforth as the effect of th[at] centralizing will [...] a true and proper subject [...] the State», un soggetto che reclama «exclusiveness rendered necessary in order to assure the unity of the system» (DEL VECCHIO 1937, 8 s.).

Sebbene costruito principalmente sullo Stato<sup>16</sup>, il modello del sistema oggi indubbiamente abbraccia anche il diritto internazionale, dato che questo ha acquisito le sue norme di “chiusura”, le sue regole di riconoscimento<sup>17</sup>. Tuttavia, ciò che

<sup>16</sup> Presupposto che è tra le ragioni della difficoltà di Hart a riconoscere il diritto internazionale come un ordinamento maturo: HART 1997, cap. X.

<sup>17</sup> Cfr. BESSON 2010; WALDRON 2013. Mehrdad Payandeh ha descritto il diritto internazionale come un sistema hartiano: perché esso affronta «the problems of uncertainty, of the static character of the social



si scorge attraverso quest'unico tipo di lenti corrisponde alla realtà del diritto solo sino a un certo punto.

A questo riguardo è utile, per esempio, esaminare la tesi proposta tempo fa da Benedict Kingsbury con riguardo al concetto di diritto nell'ambiente extra-statale. Interrogandosi circa la *legalità* di un eterogeneo insieme di regolazioni di fonti disperate e inedite (regionali e/o globali), Kingsbury suggeriva di adottare criteri di verifica, o di riconoscimento, che consentano di ascrivervi una natura in senso lato pubblica (*publicness*), criteri riferiti sia alla qualità della fonte sia al contenuto normativo. Quest'ultimo andrebbe sottoposto al controllo di requisiti quali razionalità, proporzionalità, rispetto di diritti fondamentali, del principio di legalità, del *rule of law* (KINGSBURY 2009, 12). Come si può notare, alla domanda circa la *legalità* (se qualcosa sia o non sia "diritto") si risponde come se si tratti di una questione di (criteri di) *validità*. La domanda circa la nozione di legalità è posta nell'ottica del proliferante diritto amministrativo globale (GAL) (cfr. PALOMBELLA 2012), il cui spettro e la cui dimensione sono giustamente concepiti come in larga misura eccedenti i confini del diritto internazionale, inteso come ordinamento conchiuso e a se stante. Proprio per questo, tuttavia, la soluzione appare imperfetta poiché, oltre quell'ordinamento, deve ipotizzare l'esistenza di un *set* di norme di riconoscimento "globali", praticate e condivise, di cui ammette l'assenza. La proposta rimane dunque in qualche modo indecisa ed ambigua: essa mostra chiaramente però la radicata tendenza a rispondere alla questione della legalità unificandola con quella della validità (relativa a un *sistema*), e adottando criteri adatti a quest'ultima. Il che, come si può notare, non rappresenta una via sempre conducente.

Mentre possiamo ben riconoscere ciò che rende qualcosa "diritto" in un dato "sistema giuridico" (proprio in base ai suoi propri requisiti di validità), sappiamo tuttavia anche che *diritto* può eccedere i requisiti di validità relativi a un ordine giuridico determinato, come da tempo varietà di studi sul pluralismo giuridico ha mostrato<sup>18</sup>.

Si deve al pluralismo giuridico tradizionale non solo il riconoscimento della concorrenza e compresenza di sistemi giuridici molteplici, ma anche quello di pratiche sociali normative vissute e sentite come diritto dai gruppi sociali rilevanti, spontanee, create attraverso *private-ordering*, mutate da prassi religiose, e via seguendo. Quel che il pluralismo non sembra riuscire a porre in primo piano e valorizzare, tuttavia (come già *supra*, § 4.1), è il fatto dell'*interconnessione*, su cui invece l'*interlegalità* si concentra.

Nelle più recenti versioni del pluralismo giuridico, sopra richiamate, che muovono dai fenomeni ordinamentali contemporanei, principalmente relativi all'affermazione dell'ordine giuridico dell'Unione Europea (come nel caso di MacCormick)

rules, and of the inefficiency of the system in enforcing the rules»; e cioè «the three functions which Hart deems necessary for the existence of a legal system» (PAYANDEH 2010, 981).

<sup>18</sup> Cfr., da una prospettiva sociologica realista, TAMANAHA 2016; TAMANAHA 2017.

o della pluralità di regimi regolativi globali, il superamento degli schemi internazionalisti, del monismo e del dualismo, si accompagna al permanere di visioni (pluri-) sistemiche del diritto, nel senso stabilito dalle teorie hartiane o kelseniane, in virtù delle quali la legalità è strutturata solo circoscrivendo confini, ha come una natura segmentaria e “discreta”. Il *bias* sistemico definisce il fatto che la legalità riguarda l’interno di ciascun ordine preso in considerazione, e fiorisce solo entro i suoi limiti. Coerentemente, anche il pluralismo qui ricordato giunge alla soglia dell’identificazione delle multiple legalità, ma oltre essa la prospettiva *giuridica* resta come muta, se non impossibile da concepire.

Comune alle prospettive esaminate è il fatto che il “giuridico” si conclude con le separate pretese sollevate da diverse, discrete, legalità: gli incroci, gli incontri, le interconnessioni restano un *puzzle* perché date le premesse non si vede come estendervi una natura o una possibile codificabilità giuridiche. Ma nell’ottica dell’interlegalità, l’interconnessione è essa stessa una situazione giuridica, relativamente autonoma, in sé e per sé.

## 5. *L’indirizzo inclusivo dell’interlegalità e i compiti delle corti*

5.1. Come spiegherò, *interlegalità* dovrebbe essere descritta come la dimensione in cui il diritto 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. Se, per richiamare il tema discusso sopra, *legalità* si distacca da validità, e se ne riconosce lo spettro più ampio, essa è visibile in un *continuum*, di cui consiste, che abbraccia l’insieme del diritto (per quanto diversificato per fonti o “sistemi”) determinante il quadro giuridico di una questione da risolvere.

Non si potrebbe non riconoscere, per esempio, che nel celebre caso *Kadi*, il diritto “rilevante” non è solo quello dell’Unione Europea e dei suoi diritti fondamentali, entro il cui perimetro la Corte di Giustizia ha deciso, ma allo stesso tempo le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e le norme che lo disciplinano; e inoltre, non soltanto le norme che attribuiscono al Consiglio compiti circa la sicurezza mondiale, ma anche quelle della Carta che difendono i diritti umani sul piano internazionale.

Risuonano qui non del tutto peregrine analogie risalenti al diritto medievale, spesso rievocato per la pluralità di legalità che lo caratterizzavano (BULL 1977, 254-265): la regola del giusto e dell’ingiusto doveva mostrarsi nella *ratio* derivante dalle *cose stesse* (CORTESE 1964; GROSSI 2000). La ricerca del diritto, ai fini della decisione, doveva raggiungere uno strato di giuridicità che arbitra, armonizza o seleziona tra più legalità contrapposte, orientata dall’*aequitas*, quale nozione concreta e contestuale.

Ma, al di là delle analogie, si tratta comunque di tenere in conto (anziché ignorare) la sovrapposizione di diverse razionalità normative come qualcosa che ha bisogno di una sua misura di giustizia.

Se due o più regimi o sistemi giuridici si sovrappongono, le lenti del tradizionale positivismo (nella linea Austin-Hartiana) sembrano inadeguate ad affrontare il problema, che nasce dalla natura o dall'estensione *ultra-sistemica* della legalità. Ciascun sistema è in grado di identificare quali norme siano valide ed applicabili in base alle proprie "regole di riconoscimento", ma queste ultime restano mute e inadatte a rispondere a questioni che invece *sorgono tra più sistemi*, questioni la cui 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*. L'interlegalità abbraccia il complesso delle norme rilevanti (ciascuna convalidata in base ai criteri del "proprio" sistema di fonti) spogliandole tuttavia della loro esclusività e alternatività formale, e considerando gli effetti della loro interazione e interconnessione.

Nelle pagine che seguono, cercherò di articolare ulteriormente questo argomento.

5.2. Il dogma dell'esclusività degli ordinamenti, notoriamente legato alla pienezza della sovranità, mostra i propri limiti. Tutto questo colloca i giudici in una posizione delicata.

Essi sono responsabili dell'applicazione delle norme che ricadono sotto la loro giurisdizione, e devono dunque operare dall'interno dell'ordinamento cui appartengono. Ma abbondano realtà che non "accadono" in un singolo "luogo", o sotto singoli "sistemi", ma all'intersezione tra essi: in assenza di autorità terze e di un arbitro. Innanzi al sovrapporsi di sistemi normativi, giurisdizioni, beni e finalità divergenti, dobbiamo sempre aspettarci che le corti assumano un'ottica parziale, inevitabilmente unilaterale, passando così sotto silenzio la reale sostanza delle cose, imbrigliate in un contesto di legalità contraddittorie? È ancora "responsabile" la decisione che non ne tenga conto? È ancora sufficiente che le corti lavorino per conto del proprio sovrano, seguendo la mera logica dei *gate-keeper*?

La prospettiva dell'interlegalità semplicemente mostra la sopravvenuta inadeguatezza dell'idea secondo cui la legalità si configura soltanto nei termini di un sistema singolo e conchiuso. Interlegalità non è una sorta di costrutto *a priori*, ma innanzitutto una constatazione empirica, è al contempo un'esplorazione e una ricognizione della realtà giuridica. Conseguentemente, essa accede alle relazioni tra le cose, "dal basso", facendo tesoro dell'insegnamento dei casi e della funzione di giustizia che vi è connessa. Qui essa richiede un approccio che accoglie l'intera estensione delle legalità che controllano il tema della decisione (una legalità intesa come composita e integrata, dunque). L'attenzione si sposta dalla regola valida in una "giurisdizione"-ordinamento (con cui le corti normalmente operano) al diritto

rilevante nel caso e che di fatto lo governa (e le due cose, come ho sostenuto sin qui, non sempre coincidono).

Dal punto di vista del ragionamento giuridico, è consueto riconoscere agli interpreti che la decisione in contesti complessi che coinvolgono principi in conflitto, anche in ordinamenti costituzionali, sfugge alla mitologica certezza delle predizioni basate su regole (cfr. PALOMBELLA 2006). La decisione è un risultato derivante meno dall'applicazione di una *regola* valida che da un itinerario più ampio che arbitra *rationes* diverse, principi concorrenti, e punta alla ricerca del diritto del caso, della legalità che lo contraddistingue e regola<sup>19</sup>.

Ciò richiede una considerazione d'insieme, ma non di muovere da una “perfetta” idea di giustizia definita una volta per tutte, da un sistema giuridico universale di principi; si tratta piuttosto di una ricerca della giustizia nel senso reso celebre da Amartya Sen, una ricerca che innanzitutto eviti l'ingiustizia, e si avvalga di un «critical scrutiny from the perspective of others» (SEN 2009, 197). La giustizia è una questione di responsabilità<sup>20</sup> per l'insieme, in contesti dati, che richiede di raccogliere le diverse sensibilità, di raggiungere visioni il più ampie possibile delle cose, di scongiurare l'unilateralità, e permettere che la prospettiva degli “altri” possa essere ascoltata. In mancanza di ciò, istituzioni perfettamente disegnate potrebbero comunque funzionare in modo ingiusto.

Appunto in questo stesso senso, almeno le più alte corti e quelle sopranazionali dovrebbero poter “giudicare” secondo una duplice funzione, e cioè adempiendo ai propri doveri di fedeltà istituzionale, ma anche considerando le ragioni sostenute da concorrenti ordini normativi.

5.3. Tra gli esempi che possono introdurci alla discussione di quest'ordine di problemi è il caso sorto innanzi alla Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) tra lo Stato italiano e quello tedesco. La Germania ha condotto l'Italia innanzi alla Corte invocando la consuetudine internazionale che stabilisce l'immunità degli Stati. Tribunali italiani avevano infatti accolto cause civili per il risarcimento dei danni dovuti dallo Stato tedesco a vittime di crimini della seconda Guerra mondiale. La ICJ<sup>21</sup> ha “accertato” che è effettivamente esistente la norma consuetudinaria che garantisce l'immunità degli Stati per *acta jure imperii*, e che ad essa non fanno eccezione nemmeno gli atti che integrino gravi crimini di guerra. La Corte ha poi

<sup>19</sup> In questa direzione muove da tempo il costituzionalismo contemporaneo, e in quest'orbita si spiega lo sviluppo giurisprudenziale della ragionevolezza, della proporzionalità, o dei numerosi *topoi* di interconnessione o di coordinamento, tra corti operanti in diversi regimi giuridici: si pensi al margine di apprezzamento, alle teorie dei controlimiti, all'*equal protection*, e così via.

<sup>20</sup> Credo che in questa direzione possano essere intese le ricerche sulla virtù degli operatori del diritto, da Lawrence Solum a Jan Klabbers a Amalya Amaya.

<sup>21</sup> ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece Intervening), 3 February 2012, disponibile in: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>.

assunto che la regola dell'immunità così formulata sia dotata di priorità logica, avendo natura *procedurale*, e che pertanto essa preclude la discussione *nel merito* della causa. I crimini contro l'umanità e i crimini di guerra commessi dalla Germania, in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale (reputate nel novero delio *jus cogens*) non fanno venire meno il suo diritto all'immunità, persino se, come in questo caso, alle vittime non resti altro rimedio o mezzo di riparazione.

La debolezza di questa pronuncia della ICJ è alla radice delle questioni giudiziarie successive, e in particolare di quella poi sollevata innanzi alla nostra Corte Costituzionale. Come ho osservato altrove (PALOMBELLA 2015; PALOMBELLA 2016b), la Corte internazionale vuole intendere il proprio ruolo in modo ristretto, così da non dover prendere in considerazione la complessità del caso e le norme perentorie che proibiscono i crimini internazionali e proteggono i diritti umani più basilari. Appaiono ancora più lontani, dopo quasi un secolo, gli ammonimenti del giudice Hersch Lauterpacht, a considerare sempre «the entirety of international law and the necessities of the international community» (LAUTERPACHT 1933, 327), o quelli, nel XXI secolo, di un altro giudice della Corte, Rosalyn Higgins: «The judicial lodestar, whether in difficult questions of interpretation of humanitarian law, or in resolving claimed tensions between competing norms, must be those values that international law seeks to promote and protect»<sup>22</sup>.

Fermarsi all'accertamento dell'*esistenza* di una norma (consuetudinaria) è tutto tranne che una posizione neutra. E la ICJ decise di arrestarsi là dove il suo ragionamento avrebbe dovuto invece incominciare<sup>23</sup>, confinando se stessa<sup>24</sup> a mero arbitro (non una Corte, dunque) tra gli argomenti resi dalle parti. Questo modo di pensare rende evidente la tensione tra la tradizionale impostazione interstatale delle contese giudiziali da un lato e dall'altro la ormai mutata natura del diritto internazionale, che pone in primo piano beni comuni globali e interessi collettivi, comunitari, irriducibili, come è stato osservato, a «bilateral schemes» (NOLLKAEMPER 2012, 771). Quella tensione corre quindi «between the collective, multilateral nature of substantive principles that the Court may be asked to litigate, and the bilateral nature of its procedures» (NOLLKAEMPER 2012, 771). E tutto ciò allontana la possibilità che il diritto internazionale venga inteso nella sua integrità, nella completezza del suo tessuto normativo dato (LAUTERPACHT 1933, 66 s.).

Ad ogni modo, ciò che è più importante per la questione dell'interlegalità è la replica a distanza della Corte Costituzionale italiana<sup>25</sup>, la quale decide per la tutela dei diritti della persona e di accesso alla giustizia, ed è da molti assunta a esempio

<sup>22</sup> R. Higgins, *Dissenting Opinion, on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, ICJ 226, 587 (July 8), § 41, p. 370.

<sup>23</sup> Peraltro, essa ha persino riconosciuto l'insufficienza del suo verdetto e suggerito – osservando l'assenza di effettivi rimedi per le vittime – di riaprire negoziati politiche (*Ibid.*, § 104).

<sup>24</sup> In generale, sulle attitudini della ICJ, cfr. GLEIDER 2013.

<sup>25</sup> Corte Costituzionale, n. 238 del 22 ottobre 2014.

di un atteggiamento meramente dualista e autoreferenziale<sup>26</sup>. A mio modo di vedere, tuttavia, quella pronuncia riguarda anche i principi del diritto internazionale che la ICJ avrebbe potuto salvaguardare, oltre che i principi costituzionali supremi<sup>27</sup> (compito da cui la Corte deve trarre comunque la propria legittimazione). Inoltre, a differenza di decisioni tipicamente dualiste, che riguardano costituzionalità o legittimità di norme *interne*, evitando ogni interferenza e lo scrutinio delle norme internazionali (come la Corte di Giustizia dell'Unione nel caso *Kadi*, 2008), la Corte italiana deve invece sottoporre a un test di compatibilità proprio una norma *internazionale*, che grazie all'art. 10 Cost., e la sua prescrizione generale di incorporazione, giunge immediatamente alle porte del nostro ordinamento. La Corte deve così muovere sul limine tra due sistemi, aprire un confronto, arbitrarne e bilanciarne le norme e le ragioni<sup>28</sup>.

Infine, nei termini del portato oggettivo della pronuncia, essa mostra che la deferenza alla Corte Internazionale di Giustizia deve essere affiancata e se del caso negata, com'è accaduto, da una considerazione delle interazioni normative e sostanziali in gioco, tra i due ordinamenti, considerazione che esclude una gerarchia *a priori* tra norme, basata sul "sistema" cui appartengono.

In ogni caso, resta il punto che, in tema di interlegalità, sono cruciali l'atteggiamento delle corti e i loro argomenti innanzi a questioni che sono all'incrocio tra ordinamenti e tra giurisdizioni.

Ragionerò dunque più da vicino, su due esempi, l'uno è il caso *Tadic* presso l'*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY) e l'opinione circa la "jurisdiction"<sup>29</sup>, l'altro è nell'argomentazione offerta dalla *European Court of Human Rights* nel caso *Al Dulimi*<sup>30</sup>.

5.4. Il caso *Tadic* viene sovente citato per la famosa affermazione della *Appeals Chamber* del ICTY sul carattere *self contained* dei tribunali internazionali, e quale

<sup>26</sup> Robert Kolb, ha scritto «The gist of decision no 238/2014 is a separatist treatment of the two legal orders involved. It is a high peak of a new form of robust dualism» (KOLB 2014). Si veda anche PETERS 2014.

<sup>27</sup> Una recente *Harvard Law Review* "Note" ha inteso confutare l'idea che la decisione della ECJ nel caso *Kadi*, nonché la decisione della Corte Costituzionale n. 238/2014 rappresentino prove di un eccezionalismo europeo assimilabile a quello statunitense per il loro scarso riguardo verso il diritto internazionale. Secondo la *Note* entrambe le corti avrebbero sì svolto una funzione di *gate-keeper*, ma senza mettere in discussione il diritto internazionale perché si tratta di casi eccezionali, riguardanti principi supremi del proprio ordinamento: "Constitutional Courts and International Law: Revisiting the Transatlantic Divide", *Note* in (Mar 10) 2016, 129 *Harv. L. Rev.* 1362, disponibile in: <http://harvardlawreview.org/2016/03/constitutional-courts-and-international-law-revisiting-the-transatlantic-divide/> (consultato il: 06/12/2018).

<sup>28</sup> È ben evidente che la Corte tutto può fare tranne che ignorare (dualisticamente, appunto) la norma internazionale. Più estesamente, in PALOMBELLA 2015. Inoltre, con riguardo al *rule of law* internazionale, PALOMBELLA 2016a.

<sup>29</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-I, *Decision on Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, § 11 (Oct. 2, 1995).

<sup>30</sup> ECHR, chamber judgment of 26 November 2013 in *Al-Dulimi*, No. 5809/08.

riconoscimento della natura frammentata del diritto extra-statale, nel quale regimi diversi assumono posizioni indipendenti e su ambiti “separati”. Questo non è tuttavia né l’unico né il vero argomento della decisione, che affronta in realtà il tema dell’estensione della giurisdizione della Corte. La sua lezione è che una corte, nell’adempire alla sua funzione giudiziale propriamente intesa, non può evitare di sottoporre al proprio sindacato anche atti o norme formalmente estranei alla sua giurisdizione, se ciò appare come necessario al compito di conoscere e rendere il proprio giudizio.

Il contesto di riferimento è dato dalla questione della legittimità dell’istituzione del Tribunale internazionale (ICTY). A differenza della *Trial Chamber* – secondo la quale tale questione doveva ritenersi estranea alla sua giurisdizione, implicando lo scrutinio di un atto del Consiglio di Sicurezza – il ragionamento della *Appeals Chamber* mostra che il “*lawful establishment*” del Tribunale rientra nella sua giurisdizione.

Secondo il Presidente Cassese la giurisdizione deve intendersi come il «*legal power to state the law*» e, a differenza di quanto accade negli ordinamenti nazionali – qui siamo al noto passaggio menzionato sopra –

«International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)» (§ 11).

Pertanto, in assenza di un’ordinata divisione dei compiti, e di una generale gerarchia, ciascun tribunale potrebbe doversi curare di «*certain aspects or components*» che in un sistema regolato da competenze potrebbero spettare ad altri tribunali. Quel famoso passaggio non sostiene dunque che certe questioni debbano essere dismesse o respinte perché eccedenti il frammento del diritto extra-statale cui il tribunale appartiene, ma semmai raccomanda il contrario. Secondo il Presidente, pensare come la *Trial Chamber* sarebbe come «*totally ignoring any residual powers which may derive from the requirements of the “judicial function” itself*» (§ 14). Ed inoltre, assumere che la giurisdizione del Tribunale sia limitata dalle intenzioni del Consiglio di Sicurezza che lo istituì, renderebbe l’ICTY un mero organo sussidiario, servente, del Consiglio, e sotto il suo potere<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Secondo la *Appeals Chamber*, una tale visione deve essere rigettata, innanzitutto perché [citando la *dissenting Opinion* del giudice Cordova: advisory opinion on Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO, 1956 ICJ Reports, 77, 163 (23 October)] la *Kompetenz Kompetenz*, ossia il potere di decidere circa la propria stessa giurisdizione, inerisce alla giurisdizione stessa del Tribunale, come pure secondo l’opinione della ICJ: «[T]his principle, which is accepted by the general international law in the matter of arbitration, assumes particular force when the international tribunal is no longer an arbitral tribunal

Il senso non sta dunque nel trasformare ciascun tribunale in una sorta di corte costituzionale che giudichi della legalità di atti emessi da altri poteri, incluso il Consiglio di Sicurezza, ma nel ribadire il potere di esercitare la propria giurisdizione estendendola a tutte le questioni incidentali in senso lato che è necessario affrontare se il tribunale deve giungere a una decisione e determinare il diritto nel caso che ha di fronte, nell'orbita della propria competenza primaria e sostanziale. Argomentare in modo contrario renderebbe impossibile per il tribunale assolvere propriamente alla sua funzione giudiziale.

I problemi che queste corti si trovano ad affrontare possono essere presentati ed "elaborati" in modi alquanto diversi. Si pensi, per esempio, al ragionamento della Corte di Prima Istanza dell'Unione (oggi *General Court*) nella decisione del 2005 sulla prima fase del caso *Kadi*. La Corte escludeva che la legalità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ricadesse sotto la sua giurisdizione. Purtroppo, però, tale questione era invece, ed evidentemente, una necessaria premessa per definire la legittimità del regolamento dell'Unione Europea che attua una risoluzione. E comunque, la Corte di Prima Istanza non fu coerente abbastanza da sostenere sino in fondo la propria tesi circa la subordinazione gerarchica al Consiglio di Sicurezza (ex art. 103 Carta ONU), secondo il *rule of international law*. Sorprendentemente, essa ammise la sua competenza infatti nel caso che il Consiglio di Sicurezza compisse più gravi violazioni, di norme di *jus cogens*.

Il caso *Kadi* offriva così uno tra i più significativi esempi delle circostanze nelle quali l'interconnessione tra regimi differenti genera esiti parziali e problematici.

Successivamente, la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione (allora ECJ, oggi CJEU), nel 2008, negò anch'essa l'interconnessione tra ordinamenti, assumendo che, da un'ottica evidentemente dualista, ciò cui la Corte aveva titolo consistesse nell'accertamento – nei limiti del suo proprio sistema –, dei diritti di *Kadi*, e nella verifica del regolamento europeo in base ai criteri interni di legittimità; e tale valutazione non poteva implicare alcunché circa la legittimità della risoluzione del Consiglio di Sicurezza né in alcun modo estendersi ad essa, nella sfera separata dell'ordine internazionale.

Si adottava dunque una lettura formale del caso e si finiva per negare che il contenuto normativo delle risoluzioni del Consiglio fosse materialmente incidente sul caso sollevato innanzi alla Corte (sebbene, per la verità, senza di quelle esso non sarebbe mai nemmeno sorto).

In breve, l'argomento della Corte intende far prevalere il diritto primario dell'Unione sulle obbligazioni derivanti dal diritto internazionale (trascorrendo l'opposta prescrizione dell'art. 103 della Carta ONU). Al di là della virtuosa difesa dei

[...] but is an institution which has been pre-established by an international instrument defining its jurisdiction and regulating its operation.» (Nottebohm Case (*Liech. v. Guat.*), 1953 ICJ Reports 7, 119 (21 March).) (*Tadic*, supra n. 30, § 18).



diritti fondamentali nell'Unione, il ragionamento della ECJ equivale a un pronunciamento dissimulato sul *primato* tra i due ordinamenti giuridici, scelta incompatibile con quella di affrontare invece una divergenza di merito in una questione cruciale (tra principi di sicurezza e diritti alla giustizia), o una approfondita valutazione di ciò che la negazione di diritti umani significava in quella sfera in cui i due ordinamenti e le loro complesse priorità si sovrappongono ed entrano in relazione.

Le corti sono sovente chiamate a trattare casi che per loro natura non si genererebbero se due o più legalità non entrassero in concorrenza o in conflitto. Gli ultimi decenni hanno mostrato che esse portano su di sé una più alta responsabilità in tali circostanze, la quale dovrebbe indurle a superare la *visione* "limitata" dai confini del "proprio" sistema, nonostante che sia tecnicamente inappropriato chiedere loro di giudicare partendo da una *posizione* che non sia quella di riferimento istituzionale.

Un importante e istruttivo esempio è nella sentenza della *European Court of Human Rights* (ECtHR) nel caso *Al Dulimi*. Dal momento che lo stato svizzero<sup>32</sup> aveva respinto le richieste di Mr. Al Dulimi e ritenuto di non poter far altro che procedere alla confisca del suo patrimonio in ottemperanza alle prescrizioni del Consiglio di Sicurezza, la ECtHR decise che la Svizzera, membro della Convenzione, si fosse così resa responsabile della violazione dell' art. 6 (accesso alla giustizia), nonostante che su di essa gravasse l'obbligo di dare seguito alle sanzioni ONU, e che a questo riguardo non disponesse di alcun margine di discrezionalità.

Secondo la ECtHR, a Mr. Al Dulimi non era stata offerta – né presso le istituzioni ONU né nel corso delle procedure in sede nazionale – alcuna possibilità di sottoporre ad un giudice la questione della propria responsabilità come fiancheggiatore di *Al Qaeda*. Il diniego di accesso alla giustizia, anche se in ragione dei legittimi obiettivi della pace e della sicurezza mondiale, venne ritenuto *sproporzionato* rispetto alla necessità di perseguire concretamente quegli obiettivi.

Sebbene il proprio compito istituzionale in senso stretto copra le norme della Convenzione e riguardi esclusivamente la tutela dei diritti degli individui presso gli stati membri, la Corte, in continuità con la posizione assunta nel precedente caso *Al-Jedda*<sup>33</sup>, non ha assunto dunque una posizione meramente esterna rispetto al *corpus* delle norme ONU. Essa le ha invece considerate valorizzandone il significato e gli scopi cui sono preordinate. Il ragionamento della Corte non si è fatto scudo del proprio confine di giurisdizione, ma si è fatto carico di una ponderazione "comprensiva", che si estende oltre la considerazione delle sole norme della Convenzione. Ha così dichiarato, innanzitutto, che obbligazioni apparentemente in conflitto, tra la Carta delle Nazioni Unite e la ECHR, devono, per quanto possibile, essere armonizzate (secondo quanto peraltro prescrive l'art. 31(3) lett. c)

<sup>32</sup> Tribunale Federale Svizzero (BGE 2A.783/784/ 785 /2006; tutte del 23 Genn. 2008).

<sup>33</sup> ECtHR, *Al-Jedda v. The United Kingdom*, Application n. 27021/08, 7 July 2011 (*Al-Jedda*).

VCLT) (§ 112). Inoltre, l'arco del suo apprezzamento ha trascorso effettivamente la giurisdizione delimitata dalla Convenzione e i criteri di validità che la definiscono. Certo, interpreti di fede monista ben potrebbero notare che sia il Consiglio di sicurezza sia la Convenzione sono parte dell'ordinamento giuridico internazionale, inteso come un tutto. Ma, come Andreas Paulus ha ricordato (PAULUS 2012), questa circostanza non è più decisiva, dato il carattere *self-contained*, l'autonomia di autorità e regimi giuridici sovranazionali, e la crescente separazione "acustica" che ne caratterizza le relazioni.

In *Al-Dulimi* la ECtHR s'impegna in un giudizio di proporzionalità, ossia in una valutazione contestuale tra due divergenti sfere di norme-principio che appartengono a due diversi ordini giuridici, un giudizio che eccede i limiti del proprio orizzonte istituzionale. Questo giudizio implica una revisione critica della legittimità della risoluzione del Consiglio di Sicurezza, rispetto alla quale, come abbiamo visto, le corti dell'Unione si erano ritratte, ricorrendo all'argomento della propria incompetenza.

Una giustificazione, per argomenti che presuppongano un'*estensione* giurisdizionale (o un *jurisdictional overstepping*), è proprio nel fatto che situazioni di interlegalità, come ho ricordato in apertura, sfuggono ad alcune tradizioni concettuali consolidate e richiedono, per le loro caratteristiche, approcci conseguenti, che "inseguano" il diritto lì dove esso si presenta, e dunque anche dove si intreccino i confini di *più ordini* normativi e i loro diversi obiettivi di principio. Né è più sufficiente che le corti "rispondano" solo nell'ordinamento cui appartengono, poiché assolvere a compiti di giustizia impone una nuova responsabilità nel sostenere l'intero arco delle complessità normative in gioco, nell'evitare ingiustizia e parzialità delle decisioni, e porre in primo piano gli effetti su coloro che sono sottoposti alla loro autorità.

*Riferimenti bibliografici*

- ALVAREZ J. 2011. *The return of the state*, in «Minnesota Journal of International Law», 20, 2011, 263 ss.
- BESSON S. 2010. *Theorizing the sources of international law*, in BESSON S., TASIIOULAS J. (eds.), *The philosophy of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 164 ss.
- BULL H. 1977. *The anarchical society*, Basingstoke, Palgrave, 1977.
- CASSESE S. 2002. *Democrazia e Unione europea*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 3, 2002, 9 ss.
- CASSESE S. 2009. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.
- CORTESE E. 1964. *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1964.
- DEL VECCHIO G. 1937. *On the statuality of law*, in «Journal of Comparative Legislation and International Law», 19, 1937, 1 ss.
- DELWAIDE J. 2011. *The return of the state?*, in «European Review», 19, 2011, 69 ss.
- DE SOUSA SANTOS B. 1995. *Law: a map of misreading*, in ID., *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, London, Routledge, 1995, 473 ss.
- DE SOUSA SANTOS B. 2005. *Beyond neoliberal governance: the world social forum as subaltern cosmopolitan politics and legality*, in DE SOUSA SANTOS B., RODRÍGUEZ-GARAVITO C.A. (eds.), *Law and globalization from below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 29 ss.
- DRYZEK J.S., NIEMEYER S. 2008. *Discursive representation*, in «American Political Science Review», 102, 2008, 481 ss.
- DUNOFF J.L., TRACHTMAN J.P. (eds.) 2009. *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- FISCHER-LESCANO A., TEUBNER G. 2006. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2006.
- GADAMER H.G. 1960. *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983 (ed. or. *Wahrheit und Methode*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1960, trad. it. di G. Vattimo).
- GLEIDER I.H. 2013. *A reluctant guardian: the International Court of Justice and the concept of international community*, in «The British Yearbook of International Law», 83, 2013, 13 ss.
- GROSSI P. 2000. *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

- HABERMAS J. 1986. *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, il Mulino, 1986.
- HART H.L.A. 1997. *The Concept of Law*, 2 ed., with a "Postscript", Oxford, Oxford University Press, 1997.
- HOWSE R., TEITEL R. 2009. *Cross-judging: tribunalization in a fragmented but interconnected global order*, in «New York University Journal of International Law and Politics», 41, 2009, 959 ss.
- JOHNSON T. 2014. *Organizational progeny: why governments are losing control over the proliferating structures of global governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- KEHOHANE R. 2010. *Social Norms and Agency in Global Politics*, Strauss Institute WP, 07/2010.
- KELSEN H. 1970. *Pure theory of law*, transl. by M.Knight (on the Second German Edition), Berkeley, University of California Press, 1970.
- KJAER P. 2010. *Between governing and governance*, Oxford, Hart, 2010.
- KOSKENNIEMI M. 2005. *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought*, 5 March 2005, Lecture Harvard University.
- KRISCH N. 2010. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- KRISCH N. 2011. *Who is afraid of radical pluralism? Legal order and political stability in the postnational space*, in «Ratio Juris», 24, 2011, 386 ss.
- KRISCH N. 2014. *The decay of consent: international law in an age of public goods*, in «American Journal of International Law», 108, 2014, 1 ss.
- KINGSBURY B. 2009. *The concept of «law» in global administrative law*, in «European Journal of International Law», 20, 2009, 12 ss.
- KOLB R. 2014. *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in «Questions of International Law», 2014, 5 ss.
- LAUTERPACHT H. 1933. *The Function of law in the international community*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MACCORMICK N. 1993. *Beyond the sovereign state*, in «Modern Law Review», 56, 1993, 1 ss.
- MACCORMICK N. 1995. *The Maastricht-Urteil: sovereignty now*, in «European Law Journal», 1, 1995, 259 ss.
- MACCORMICK N. 1998. *Risking constitutional collision in Europe?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 1998, 517 ss.
- MACCORMICK N. 1999. *Questioning sovereignty: law, state, and nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

- MAJONE G. 1996. *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.
- NOLLKAEMPER A. 2012. *International adjudication of global public goods: the intersection of substance and procedure*, in «European Journal of International Law», 23, 2012, 769 ss.
- NOLLKAEMPER A. 2014. *Inside or out: two types of international legal pluralism* in KLABBERS J., PIIPARINEN T. (eds.), *Normative pluralism and international law: Exploring Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 94 ss.
- PALOMBELLA G. 2006. *Dopo la certezza. Il diritto tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006.
- PALOMBELLA G. 2012. *È possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- PALOMBELLA G. 2013. *The (re-)constitution of the public in a global arena*, in MACAMLAIGH C., MICHELON C., WALKER N. (eds.), *After Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, Chp 14.
- PALOMBELLA G. 2015. *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, jus cogens e principi «supremi»*, in «Quaderni Costituzionali», 35, 2015, 815 ss.
- PALOMBELLA G. 2016a. *The rule of law at home and abroad*, in «Hague Journal on the Rule of Law», 8, 2016, 1 ss.
- PALOMBELLA G. 2016b. *German war crimes and the rule of international law*, in «Journal of International Criminal Justice», 14, 2016, 607 ss.
- PAULUS A. 2012. *National courts and the international rule of Law (remarks on the book by André Nollkaemper)*, in «Jerusalem Review Legal Studies», 2012, 5 ss.
- PAYANDEH M. 2010. *The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart*, in «European Journal of International Law», 2010, 21 ss.
- PETERS A. 2014. *How to make the best out of sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a global legal order*, 2014. Disponibile in: <https://www.ejiltalk.org/let-not-triepel-triumph-how-to-make-the-best-out-of-sentenza-no-238-of-the-italian-constitutional-court-for-a-global-legal-order-part-i/> (consultato il: 06/12/2018).
- POLAKIEWICZ J. 2011. *International law and domestic (municipal) law, law and decisions of international organizations and courts*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011. Disponibile in: [goo.gl/JcbjMu](http://goo.gl/JcbjMu) (consultato il: 06/12/2018).
- SABEL C.F., ZEITLIN J. (eds.) 2010. *Experimentalist governance in the European Union: towards a new architecture*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SADURSKI W. 2009. *Partnering with Strasbourg: constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the accession of central and east European States to the*

- Council of Europe, and the idea of pilot judgments*, in «Human Rights Law Review», 9, 2009, 397 ss.
- SCODITTI E. 2013. *Legalità al plurale*, in «Quaderni Costituzionali», 33, 4, 2013, 1031 ss.
- SEN A. 2009. *The Idea of Justice*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009.
- TAMANAH B. 2016. *What is law?*, in «Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper», no. 15-01-01. Disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=2546370> (consultato il: 06/12/2018).
- TAMANAH B. 2017. *A realistic theory of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- TEUBNER G. 1997. *Global Bukowina: legal pluralism in the world society*, in ID. (ed.), *Global law without a state*, Dartmouth, Aldershot, 1997, 3 ss.
- TRIEPEL H. 1899. *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Verlag von C.L. Hirschfeld, 1899.
- WALDRON J. 2013. *International law: “A relatively small and unimportant” part of jurisprudence?*, New York University public law and legal theory working papers, working paper n. 427, 2013. Disponibile in: <https://core.ac.uk/download/pdf/18469649.pdf> (consultato il: 06/12/2018).
- WALKER N. 2014. *Intimations of global law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.