

**L'interlegalità
nel diritto
amministrativo e
la ragionevolezza
dell'amministrare
per principi.
Note a margine
del volume *L'era
dell'interlegalità*,
a cura di E. Chiti,
A. di Martino, G.
Palombella**

Dario Bevilacqua

Gli ordinamenti giuridici attuali sono caratterizzati dal pluralismo normativo e dal collegamento tra diversi sistemi giuridici. Ciò conferma l'intuizione dell'interlegalità, affrontata in un lavoro collettaneo che mette insieme penalisti, pubblicisti e filosofi del diritto. Il concetto di interlegalità offre una definizione molto calzante del diritto attuale, non più monolitico, singolare e definito, ma fluido, plurale e cangiante. Essa va intesa quindi come una legalità declinata al plurale, un mescolarsi – all'interno di ciascun ordinamento – del diritto globale, di quello regionale, statale e dei vari diritti subnazionali. Questo aspetto, confermato da numerosi casi giurisprudenziali, si intreccia con una tendenza contraria, finalizzata all'unità e basata sui principi. Tramite il diritto per principi e la diffusione di criteri d'azione comuni – su tutti quello della ragionevolezza – si afferma un substrato giuridico condiviso dai vari ordinamenti, che coesiste al pluralismo giuridico e lo rende possibile.

1. Introduzione

L'interlegalità, come ci raccontano gli autori e i curatori del libro *L'era dell'interlegalità* (il Mulino, 2022), è ovunque. Essa è visibile in special modo nei casi giurisprudenziali, ove i giudici, per dirimere le controversie ad essi sottoposte, non possono non richiamarsi a più ordinamenti giuridici che si influenzano reciprocamente: «nel regno della legalità al plurale il diritto è necessariamente composito e multiverso, ma non ha la forma astratta e generale, bensì quella del caso concreto»¹.

¹ G. PALOMBELLA, E. SCODITTI, *L'interlegalità e la ragion giuridica del diritto contemporaneo*, in E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *L'era dell'interlegalità*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 36. In

Il concetto di interlegalità – frutto di un'intuizione scientifica particolarmente felice – riesce a offrire una definizione molto calzante del diritto attuale, non più inquadrabile come monolitico, singolare e definito, ma come fluido, plurale e cangiante. Essa va intesa quindi come una legalità declinata al plurale, un mescolarsi – all'interno di ciascun ordinamento – del diritto globale, di quello regionale sovranazionale, del diritto statale, dei vari diritti subnazionali: «un permanente incrociarsi in una co-vigenza spesso pre-assimilata nei processi della decisione politica statale»².

Come dimostra la partizione del volume in commento, il concetto di interlegalità può essere osservato sotto vari profili e con le lenti delle diverse discipline giuridiche, ancorché – e ne è prova proprio il contenuto dei vari saggi che compongono il libro curato da Edoardo Chiti, Alberto di Martino e Gianluigi Palombella – l'approccio migliore al fenomeno è inevitabilmente quello dell'interdisciplinarietà³.

senso analogo anche A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 65: «quando molte disposizioni normative, appartenenti a diversi ordinamenti, sono legittimate a disciplinare i rapporti cui esse si riferiscono, nessuna può esser considerata come prevista in astratto e soprattutto in via esclusiva per quei rapporti; è il “caso”, invece, a definire il campo di intervento delle molteplici qualificazioni convergenti, concorrenti, di segno eventualmente – in realtà, spesso – opposto; ed è rispetto a questo che dovrà esser definita di volta in volta la regola che lo disciplina». Il tema dell'interlegalità non è nuovo. A tal riguardo si rinvia, tra gli altri, a E. SCODITTI, *Legalità al plurale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, p. 1031 ss.; P.S. BERMAN, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law beyond Borders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (a cura di), *The Challenge of Inter-legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

² E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Nel mondo delle legalità al plurale e dell'interconnessione*, in Id., *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 15.

³ Nel volume citato si è scelto di articolare la presentazione del fenomeno, dividendo la trattazione in tre parti, articolate come segue. La prima ha uno sguardo più generale e serve a dare conto delle attuali trasformazioni del diritto, alle loro evoluzioni nel tempo e a come esse diano luogo – *inter alia* – al fenomeno dell'interlegalità (*L'interlegalità e la trasformazione del diritto*, con saggi di Gianluigi Palombella e Enrico Scoditti; Alberto di Martino; Alberto Spinosa). Nella seconda parte lo sguardo si concentra sul momento della decisione e fa specifico riferimento ai casi giudiziari in cui essa si esplica (*La decisione*, con saggi di Paola Parolari; Orlando Sarcello; Maurizio Arcari e Stefania Ninatti; Raffaele Bifulco e Chiara Gentile; Sümeyye Elif Biber; Sofia Milone; Gabriel Encinas). La parte terza, sulla quale in questa sede ci concentreremo con maggior attenzione, intende mostrare che l'interlegalità è presente anche nella regolazione pubblica, sia nelle scelte di orientamento politico-amministrativo, sia nell'esecuzione concreta; quindi sia nella fase ascendente, di decisione delle politiche, sia in quella discendente, relativa alla loro attuazione nel dettaglio (E. CHITI, *Ipotesi sull'interlegalità amministrativa*, in E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 334 e ss.). Anche in questo ambito, infatti,

Il fenomeno dell'interlegalità conferma l'attuale interconnessione tra gli ordinamenti. Questa – a dispetto dell'azione di forze centripete, che tramite meccanismi di integrazione e armonizzazione producono fenomeni di omogeneizzazione delle regole (che divengono quindi globali o sovranazionali e regionali) – dà luogo in prevalenza a un pluralismo giuridico, a una molteplicità di fonti e di norme che condiziona l'agire dei soggetti pubblici. A fronte di ciò, si afferma comunque la costruzione di un fondamento giuridico comune, unico, grazie al lavoro svolto dai giudici. Questa base condivisa, nondimeno, è ancora in fase embrionale e in divenire: essa si fonda sui principi e sulle garanzie procedurali, segnatamente per il diritto pubblico. E muove verso un'idea di universalità del diritto⁴, che tendendo all'unicità e all'omogeneità, coesiste e anzi rende possibile l'affermarsi della pluralità che caratterizza l'interlegalità. Quest'ultima, infatti, mantiene il suo carattere plurale, confermando differenze e distinzioni, ma trova anche elementi di connessione, di incontro, di collegamento reciproco, resi possibili appunto dall'aggancio a principi

si rinvergono connessioni, commistioni e interazioni tra ordinamenti e tra istituti giuridici, con la conseguente moltiplicazione del substrato normativo che governa l'azione dei pubblici poteri (*La regolazione*, con saggi di Edoardo Chiti; Sümeyye Elif Biber e Nedim Hovic; Roberta De Paolis; Gaia Fiorinelli; Giulia Priora; Tleuzhan Zhunussova; Alessandro Bufalini).

⁴ Al riguardo si veda S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I parte, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2003, nello specifico a pp. 87-88, dove l'autore individua nel *corpus* dei principi comuni estesi su scala europea il contenuto intrinseco e fondante il diritto amministrativo: «sia in Francia, sia nel Regno Unito, il diritto amministrativo acquisisce un contenuto intrinseco, costituito da principi comuni, come quello di ragionevolezza, quello di proporzionalità, quello di obbligo di ascoltare gli interessati, quello di obbligo di motivazione, quello di tutela delle *legitimate expectations*. Il tratto importante di questi principi è non tanto quello che siano comuni, quanto quello che essi – come appena osservato – definiscono per la prima volta un contenuto intrinseco del diritto amministrativo, che non è nella disponibilità del legislatore, perché è il frutto di un lento processo al quale hanno concorso norme e giurisprudenza comunitarie, interventi del Consiglio d'Europa, leggi e giudici nazionali. Tutti questi hanno contribuito a costituire un *corpus* di principi essenziali, di portata superiore a quella dei meri principi legislativi». Nella vasta letteratura sui principi fondamentali del diritto pubblico europeo e globale si rinvia a: X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006; S. MANGIAMELLI, *L'Ordinamento europeo*, vol. I, *I principi dell'Unione*, Giuffrè, Milano, 2006; A. VON BOGDANDY, *General Principles of International Public Authority*, in *Global Law Journal*, 9, 2008, p. 1909. Sul tema si veda anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Teoria della democrazia, Roma-Bari, Laterza, 2007 e G. DELLA CANANEA (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, ESI, Napoli, 2007 e Id., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2014, *passim*.

e procedure comuni, che tendono all'unicità, e alla loro declinazione in sede giudiziale.

Nelle pagine che seguono si proverà a dialogare con gli autori del volume da cui muove la riflessione alla base di questo articolo: partendo dal concetto di interlegalità – che verrà analizzato attraverso lo studio di alcuni casi concreti, che ne confermano i tratti più peculiari – si ipotizzerà l'affermarsi anche di un movimento in direzione contraria, ossia tendente all'uniformità e all'universalità, in un rapporto armonico con l'interlegalità. Ciò è particolarmente evidente nel diritto amministrativo, ove un diritto per principi e un'amministrazione pubblica orientata dal principio di ragionevolezza – che si affianca e talvolta supplisce quello di legalità – favoriscono forme di armonizzazione procedurale che mettono in equilibrio e trovano un ordine alla molteplicità di fonti e di regole di dettaglio che interagiscono nei vari ordinamenti giuridici.

2. Esempi di interlegalità

L'interlegalità si manifesta in numerosi casi concreti. Se ne sono scelti quattro, che si ritengono utili a mostrare il fenomeno, concentrando l'attenzione su alcuni caratteri problematici che lo contraddistinguono. Il primo mette in luce come, a fronte di regole differenti, la presenza di principi e garanzie procedurali universali permette di dirimere questioni controverse anche in una realtà deterritorializzata come il *World Wide Web*.

Nel secondo, l'interlegalità si manifesta in modo evidente nel diritto globale, ove più discipline giuridiche risultano applicabili al medesimo caso, modificando il diritto amministrativo domestico e condizionando le decisioni delle amministrazioni pubbliche.

Il terzo caso mostra che la frammentarietà è ancora presente in alcuni settori del diritto extra-nazionale e che essa finisce per favorire delle fughe dall'armonizzazione regolatoria cui tendono determinate norme. Infine, la presenza di una molteplicità di norme applicabili alla medesima decisione amministrativa consente un incremento delle garanzie, sfruttabili grazie a procedure decisionali rette da principi generali contenuti in norme ultra-statali.

2.1 Il caso «Yahoo!»: regole diverse, principi comuni nell'agiuridicità di Internet

Nel maggio del 2000, due associazioni accusarono Yahoo! Inc. e Yahoo! France della violazione di alcune disposizioni del codice penale francese, che vietano l'esibizione di oggetti nazisti ai fini di vendita, e dell'art. 24-*bis* dell'Atto del 29 luglio 1881, che definisce illegale contestare l'esistenza di crimini contro l'umanità riconosciuti da corti francesi o internazionali. Le due associazioni affermavano che sul sito *web* di Yahoo! fosse possibile accedere a un'asta di oggetti nazisti, attività dichiarata illegale in Francia. A seguito della risposta negativa della società Yahoo! di eliminare l'accesso a tale *link*, le associazioni ricorrevano dinanzi al *Tribunal de Grande Instance de Paris*. La Corte disponeva che Yahoo! prendesse le necessarie misure per rendere impossibile ogni accesso al sito e stabiliva l'irrogazione di una sanzione di centomila euro per ogni giorno di inottemperanza all'ordine giudiziario e per ogni violazione accertata.

Yahoo! procedeva all'esecuzione della sentenza, sopprimendo l'accesso sul sito *web* all'asta di oggetti nazisti. Tuttavia, per ragioni strettamente tecniche, non veniva eliminato l'accesso agli altri siti *web*, connessi al *link* contestato, e rispetto ai quali il tribunale aveva ordinato di impedire qualsiasi possibilità di utilizzo. Disposta una perizia sulla possibilità materiale di eliminare l'accesso ai siti *web* e in ragione del suo esito positivo, lo stesso tribunale disponeva che Yahoo! eseguisse l'ordine giudiziario. Tuttavia, Yahoo! proponeva un'azione contro le due associazioni francesi dinanzi alla *US District Court for the Northern District of California*, chiedendo che il secondo ordine giudiziario, emesso dal tribunale francese, fosse dichiarato inapplicabile nel territorio statunitense, in ragione della violazione del primo emendamento. La corte americana, dopo aver riconosciuto la propria giurisdizione in merito alla controversia, dichiarava che la decisione del tribunale francese violava i diritti riconosciuti dal primo emendamento, oltre ad essere in contrasto con l'ordine pubblico statunitense.

Le due associazioni francesi impugnavano quest'ultima sentenza, per contestarne proprio la giurisdizione, esigendo l'astensione dal caso per il principio secondo cui, una volta accettato di pronunciarsi sulla questione, questo potrebbe andare a incidere sul diritto di un altro

ordinamento giuridico. In data 23 agosto 2004, la *US Court of Appeals for the Ninth Court* revocava la decisione di primo grado sulla giurisdizione. In particolare, la corte dichiarava che le due associazioni, ai sensi della legge federale, non erano sottoposte alla giurisdizione della *District Court*, non essendoci alcuna connessione con tale foro. Il 12 gennaio 2006, la seduta plenaria della corte riconosceva la sussistenza di giurisdizione della *District Court*, ma disponeva il rigetto della domanda per mancanza di giustiziabilità.

Le due associazioni francesi ricorrevano, infine, alla *US Supreme Court*, contestando che un tale esito giudiziario lasciasse la possibilità a Yahoo! di sfruttare la giurisdizione domestica per eludere gli ordini giudiziari della corte francese. In data 30 maggio 2006, la Corte Suprema negava l'ammissibilità del ricorso.

Le vicende da cui scaturisce la controversia avvengono in un "non-luogo" – Internet – la cui disciplina è tutt'altro che definita. Nondimeno, lo stesso spazio sociale della rete è un'area comune, su cui insistono soggetti appartenenti a ordinamenti giuridici diversi, con norme diverse, che a volte entrano in conflitto. In uno di questi conflitti, le varie corti interpellate, seppur con esiti differenti, si sono viste costrette a prendere in considerazione norme appartenenti a ordinamenti giuridici distinti, su tutti quello francese e quello statunitense che qui entravano in collisione perché disciplinavano il comportamento contestato in maniera antitetica. La soluzione, da parte della *US Supreme Court*, è stata rinvenuta nei principi e nelle regole procedurali generali, che, con riferimento a questioni di giurisdizione e legittimazione processuale, non ammettevano il ricorso delle associazioni francesi.

2.2 *I borrowing regimes del diritto globale e il loro impatto sugli ordinamenti nazionali*

All'inizio del 2012, l'India decideva di adottare un bando nei confronti di vari prodotti agricoli provenienti dagli Stati Uniti a causa di possibili rischi di contagio da influenza aviaria. A seguito di tale misura restrittiva, gli USA richiedevano delle consultazioni con il Paese asiatico, lamentando che la misura adottata era in contrasto con una serie di articoli dell'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (accordo SPS), facente parte dei trattati istitutivi dell'Organizzazione mondiale del commercio

(OMC)⁵. Fallite le consultazioni si andava davanti a un *panel* e poi davanti all'organo di appello del DSB. L'India veniva condannata (in primo grado nel 2014 e in appello nel 2015), prevalentemente per due violazioni⁶. In primo luogo, le disposizioni normative indiane sono state ritenute inconsistenti con l'accordo SPS perché non basate su una valutazione scientifica del rischio⁷: le misure che restringono il commercio internazionale per tutelare la salute umana, animale o delle piante devono essere giustificate da studi scientifici che dimostrino almeno la probabilità di un rischio, sul quale basare la decisione pubblica che restringe il mercato internazionale⁸. E l'India non era stata in grado di fornire la prova richiesta.

In secondo luogo, le misure contestate non potevano dirsi «conformi» né «basate su» uno standard internazionale tra quelli riconosciuti dall'OMC⁹,

⁵ L'accordo SPS, siglato a Marrakech nell'aprile 1994 nell'ambito del trattato istitutivo della OMC, ed entrato in vigore il primo gennaio 1995 (il testo è consultabile in Internet al sito <http://www.uto.org>), stabilisce le regole che gli Stati possono legittimamente adottare per restringere il mercato mondiale per ragioni di protezione della salute umana, animale e vegetale e che riguardano anche i prodotti alimentari. Si applica a tutte le misure sanitarie e fitosanitarie relative al commercio di beni (art. 1), specificando i requisiti necessari (indicati negli artt. 2-11) perché tali misure siano ammesse. Permette agli Stati membri di scegliere le discipline da adottare, al fine di perseguire il livello di tutela sanitaria più appropriato, purché queste siano giustificate da uno standard internazionale o da una rilevazione scientifica adeguata (artt. 3 e 5) e siano adottate nel rispetto delle opportune garanzie formali (artt. 6-11).

⁶ WTO, Dispute Settlement Resolution: *India — Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products (India – Agricultural Products)*, WT/DS430/AB/R.

⁷ *Ibidem*, § 5.1 ss.

⁸ L'AB e il *panel* hanno ripreso un approccio già usato in altri casi analoghi. Si può ad esempio citare quanto statuito dal medesimo organo di appello in *Australia – Salmon: the risk evaluated in a risk assessment must be an ascertainable risk (...) theoretical uncertainty is not the kind of risk which, under Article 5.1, is to be assessed* (*Ibidem*, § 84). Successivamente, l'AB ha statuito che una volta che l'evidenza empirica del rischio è stata dimostrata lo Stato può adottare anche una misura molto restrittiva, ad esempio a rischio zero (§ 125). Ciò sta a significare che, ancorché gli Stati siano liberi di scegliere un livello di sicurezza assoluto, cioè anche pari alla soglia di «zero risk», debbono sempre farlo sulla base di prove scientifiche, dimostrate in una procedura di *risk assessment* che permetta di dimostrare almeno la probabilità («*likelihood*») del rischio come definita dall'allegato A dello stesso accordo SPS.

⁹ *India – Agricultural Products*, § 5.2 ss. «Article 3.2 provides that SPS measures which conform to international standards shall be deemed necessary to protect human, animal or plant life or health, and shall be presumed to be consistent with the relevant provisions of the SPS Agreement and of the GATT 1994. This presumption, however, does not apply where a Member has not adopted a measure that conforms with an international standard. Article 3.2 is inapplicable where a Member chooses a level of protection that is higher than would be achieved by a measure based

ossia, in tal caso, lo standard adottato dall'*International Office of Epizootics* (OIE – che emana standard tecnici volti alla tutela della salute animale)¹⁰. Poiché la misura di regolazione indiana risultava più restrittiva di uno standard internazionale, la dimostrazione scientifica doveva giustificare tale difformità individuando un rischio almeno probabile, come richiesto dall'art. 5.1. dell'accordo SPS¹¹.

Anche questo caso è emblematico. L'ordinamento giuridico di riferimento è quello indiano. Ma la misura adottata dalle autorità amministrative di tale Stato, seppur conforme al diritto nazionale, è in conflitto con il diritto di un altro Paese, gli Stati Uniti. Non solo, la medesima norma non si conforma a uno standard internazionale, adottato da un'organizzazione internazionale (l'OIE) di cui l'India è membro e poiché gli standard di tale OI sono richiamati e quindi si connettono – creando su sistema comune – con il diritto dell'OMC, essa viola anche le norme sul commercio internazionale previste dai trattati istitutivi dell'OMC, che vincolano, in quanto membri, sia gli USA, sia l'India.

on an international standard. The presumption in Article 3.2 cannot be interpreted to imply that there is sufficient scientific evidence to perform a risk assessment where a Member chooses a higher level of protection, Appellate Body Report, *US/Canada – Continued Suspension*, paras. 694.

¹⁰ Si tratta del «Chapter 10.4» del «*Terrestrial Code of the International Office of Epizootics*», OIE, *Terrestrial Animal Health Code, 21st edition of the OIE Code*, adopted in May 2012, <https://www.oie.int/standard-setting/terrestrial-code/>. Si veda il riferimento in *India – Agricultural Products*, § 4.3 ss: «The OIE is the international organization responsible for establishing health standards for international trade in animals and animal products, including standards relating to AI. The preamble of the SPS Agreement refers explicitly to the OIE, stating that it is desirable «to further the use of harmonized sanitary and phytosanitary measures between members, on the basis of international standards, guidelines and recommendations developed by the relevant international organizations, including (...) the [OIE]». Annex A(3)(b) to the SPS Agreement recognizes the OIE as the relevant standard-setting body for SPS measures relating to animal health and zoonoses. We further note that a cooperation agreement was developed between the WTO and the OIE in 1998 (Agreement between the World Trade Organization and the Office International des Epizooties, signed on 4 May 1998, document WT/L/272), and that the OIE was granted permanent observer status by the SPS Committee at its first meeting of March 1995».

¹¹ Il meccanismo adottato è riassumibile come di seguito. Ogni Paese è libero di adottare il suo «*appropriate level of protection of human, animal or plant life*» (art. 4.1), purché la misura approvata sia necessaria, ragionevole (art. 2) e proporzionata (art. 5.6). Se un membro conforma o basa la propria disposizione su uno standard del *Codex* i requisiti indicati sono ritenuti implicitamente posseduti dalla misura in questione, che si considera automaticamente legittima (presunzione di legittimità). Al contrario, nel caso in cui la misura si discosti da quanto previsto dalla CAC, essa è ritenuta illegittima e contestabile di fronte al *Dispute Settlement Body* della OMC, salvo che lo Stato membro presenti criteri di valutazione scientifica che diano prova oggettiva di un rischio tale da giustificare il più severo intervento di regolazione (artt. 3.3 e 5.1).

Gli organi di aggiudicazione delle controversie interpellati decidono la disputa facendo riferimento a norme di un trattato internazionale (l'accordo SPS) e agli standard (*soft law*) di un'organizzazione internazionale (OIE), le quali finiscono per condizionare l'agire delle amministrazioni domestiche; tuttavia, le stesse norme sovranazionali richiamano e traducono un principio procedurale generale, tipico del diritto amministrativo di molti Paesi, ossia l'obbligo di motivazione delle decisioni pubbliche, che qui era stato violato dall'India, la quale non aveva fornito presupposti di fatto e giuridici sufficienti e adeguati a giustificare la misura restrittiva del commercio emanata.

2.3 Interlegalità e frammentazione del diritto globale: la fuga dal pluralismo normativo

Veniamo a un terzo esempio, anche questo deciso dall'organo di aggiudicazione delle controversie della *World Trade Organization*. In tale occasione, l'Ue e alcuni suoi stati membri avevano posto in essere una moratoria nei confronti di Organismi geneticamente modificati (OGM) provenienti da Argentina, Canada e Stati Uniti. I Paesi destinatari delle misure restrittive del commercio avevano adito un *Panel* contestando l'operato dell'Unione europea. Nella vicenda, risoltasi a favore dei Paesi *complainants*, è interessante un aspetto della discussione sull'applicazione del principio di precauzione, per giustificare le misure *trade-restrictive* dell'Unione. Quest'ultima sosteneva che l'approccio precauzionale – riconosciuto dall'ordinamento Ue – fosse ammissibile nella controversia per via di un'interpretazione pro-precauzione dell'art. 5.7 dell'Accordo SPS, derivante dalla lettura di tale norma alla luce del Protocollo di Cartagena sulla biodiversità¹². Quest'ultimo, infatti, ammette misure precauzionali in

¹² L'art. 10 prevede la possibilità, per gli Stati aderenti, di applicare il principio di precauzione. Il protocollo nasce da una precedente Convenzione sulla biodiversità finalizzata a Nairobi nel maggio 1992 e aperta alle firme presso la Conferenza delle Nazioni unite su ambiente e sviluppo (UNCED) a Rio de Janeiro, il 5 giugno dello stesso anno. Con la decisione n. II/5 del 17 novembre 1995 della Conferenza delle parti della Convenzione, quest'ultima ha stabilito di sviluppare un protocollo sulla biosicurezza, che è stato poi adottato a Montreal, il 29 gennaio 2000. Tale protocollo si concentra specificamente sul movimento transfrontaliero di ogni organismo vivente geneticamente modificato risultante dalla moderna biotecnologia che potrebbe avere un effetto avverso sulla salute e sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica. Sul tema si veda il sito: <http://www.biodiv.org/biosafety/protocol.asp>.

caso di potenziale minaccia alla biodiversità ambientale proveniente da piante e altri organismi viventi come quelli transgenici. Nel caso «Biotech» l'Ue aveva richiamato tale trattato al fine di integrarlo con l'Accordo SPS e adoperarlo come criterio interpretativo per l'esegesi di una norma di quest'ultimo.

La richiesta dell'Ue veniva ritenuta ammissibile¹³, anche in forza di precedenti casi, nei quali era stata affermata la possibilità di leggere le norme dell'OMC alla luce di disposizioni di altri trattati¹⁴, ma il *Panel* dava ragione agli Stati americani perché questi ultimi, non avendo ratificato il Protocollo, non ne erano vincolati e lo stesso non poteva essere adoperato. Contrariamente ad altri casi, in cui le Corti hanno creato «passerelle» tra i diversi regimi di regolazione¹⁵, i giudici della controversia esaminata hanno deciso di non comporre insieme i due sistemi giuridici settoriali (su commercio e ambiente) chiamati in causa dalle misure domestiche contestate. Le misure europee e nazionali si applicavano nel rispetto delle normative domestiche, statali e dell'Unione, ma violavano il diritto dell'OMC, ancorché conformi al Protocollo di Cartagena (PdC).

Anche questo caso mostra un'interlegalità nella disciplina di un particolare settore, peraltro con una sua applicazione extranazionale, ma evidenzia anche la possibilità – per il giudice chiamato a decidere il caso – di limitare tale pluralismo normativo, stabilendo quale diritto esterno può essere applicato (quello dell'OMC) e quale è invece da escludersi (quello

¹³ Il richiamo al Protocollo di Cartagena è stato considerato pertinente per ciò che concerne l'applicazione del principio di precauzione e come una fonte per interpretare le disposizioni del diritto dell'OMC: *«The European Communities would like to stress the importance of international regulatory acts in the field, in particular the Cartagena Biosafety Protocol. According to the Appellate Body, the rules of customary law call for an examination of the ordinary meaning of the words of a treaty, read in their context, and in the light of the object and purpose of the treaty involved». The Biosafety Protocol can assist the Panel in the process of interpreting WTO rules, in accordance with the Appellate Body findings in US – Shrimp», EC-Biotech*, § 4.358

¹⁴ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, 1996, http://www.uto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_subjects_index_e.htm, § 621: *«the WTO law must not be read in clinical isolation from international law»*. Con un riferimento ai rapporti tra WTO e Cartagena Biosafety Protocol e alla loro influenza sui poteri pubblici domestici, si veda C.R. KELLY, *Power, Linkage and Accomodation: The WTO as an International Actor and Its Influence on Other Actors and Regimes*, in *Berkeley Journal of International Law*, 24, 2006, p. 79 ss

¹⁵ Lo dimostra, con ampia documentazione, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, pp. 43 ss. e 89 ss.

del PdC). Con la conseguenza, peraltro, che in caso di controversia tra parti aderenti anche al Protocollo di Cartagena, la decisione avrebbe potuto essere diversa, proprio per una differente combinazione delle diverse disposizioni internazionali applicabili.

2.4 Regolazione pubblica locale e garanzie globali

Un ultimo caso da citare riguarda la costruzione di una centrale idroelettrica in Nepal, finanziata dalla Banca mondiale. Il progetto era stato approvato nel 2003 e prevedeva una serie di finanziamenti, di cui si avvantaggiava (come *borrower*) il governo nepalese, nonché le autorità specializzate, tra cui la *Nepal Electricity Authority* (NEA). Con un ricorso nei confronti dell'*investigation panel* della Banca Mondiale alcune comunità locali chiedevano di svolgere una serie di indagini e accertamenti sulla corretta procedura nella realizzazione del progetto.

Le contestazioni erano molteplici: lo studio delle alternative era inadeguato e si chiedeva di stabilire la centrale in un'altra località per ridurre il danno; si contestava la *ratio* del bilanciamento tra interessi, giacché in nome della produzione di nuova energia, si svalutava il valore della terra, con perdite in ambito agricolo e danni considerevoli ai residenti; visti i provvedimenti di espropriazione di proprietà dei residenti, i ricorrenti lamentavano la scarsità dell'indennizzo previsto, dovuto a una decisione irragionevole e sproporzionata; si contestava infine la mancanza di un'adeguata consultazione e pubblicità delle informazioni e dei documenti relativi alla natura, agli obiettivi e agli impatti del progetto in questione.

In seguito agli accertamenti svolti, e sentita la difesa del responsabile del progetto (il *management board*), il *panel*, dava ragione alle associazioni e agli individui che avevano iniziato il ricorso, con una serie di motivazioni: anche se su alcuni aspetti riteneva che il *management* avesse rispettato le norme di riferimento, ossia quelle della *bank policy*, su altri le garanzie necessarie non erano state rispettate.

Il *panel* stabiliva, in modo esplicito, che ciò che non andava nel progetto presentato dovesse essere modificato. Nello specifico, si trattava delle scarse garanzie di *disclosure* e consultazione degli interessati: non solo queste dovevano essere assicurate, ma questo obbligo doveva essere rispettato in modo adeguato, tempestivo e significativo. Infine, questi

obblighi dovevano avvenire sia nella fase di preparazione e predisposizione del progetto, sia in quella esecutiva.

Nel caso appena descritto vi è un provvedimento concessorio per la realizzazione di un'infrastruttura che si basa su un procedimento amministrativo illegittimo perché non rispetta una serie di principi e norme di garanzia. La competenza dell'*iter* amministrativo spetta alle autorità nepalesi, che devono applicare e conformarsi al diritto nazionale. Ma giacché l'attività descritta è finanziata da un organismo internazionale essa è subordinata anche a una serie di regole procedurali – sempre di natura amministrativa – extra-nazionali e condivise dall'organismo internazionale coinvolto. Un comitato con poteri di aggiudicazione riceve le lamentele per la violazione di tali regole e, ritenendole fondate, applica le disposizioni al procedimento in corso di svolgimento; con effetti sulla decisione concreta, ossia sul suo momento attuativo in sede domestica, sulle modalità di svolgimento e sul contenuto: una misura amministrativa nazionale è sottoposta sia a regole nazionali, sia extra-nazionali. Ciò avviene perché quest'ultime derivano da principi (ragionevolezza, proporzionalità, *due process*) e concernono garanzie procedurali (trasparenza, partecipazione pubblica, motivazione), che hanno un'applicazione comune ai diversi ordini giuridici coinvolti.

3. L'interlegalità e il diritto amministrativo: incertezza, legittimazione, e ragionevolezza

I casi analizzati rappresentano una minima parte delle numerose testimonianze del fenomeno dell'interlegalità, che con acutezza e forza argomentativa hanno messo in luce Edoardo Chiti, Alberto di Martino e Gianluigi Palombella, oltre agli autori dei saggi presenti nel libro da loro curato. Possiamo quindi dire, proprio con Edoardo Chiti, che «l'interlegalità è una situazione divenuta ormai ordinaria e costante nei processi di attuazione delle politiche pubbliche che si svolgono in ciascun ordinamento: le amministrazioni si trovano comunemente a gestire una varietà di norme, sia procedurali che sostanziali, prodotte dalle istituzioni di ordinamenti differenti, oltre che tenere conto delle pratiche amministrative sviluppate per la loro esecuzione»¹⁶. Inoltre, ragionando sempre con l'autore, i casi

¹⁶ E. CHITI, *Ipotesi sull'interlegalità amministrativa*, in E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *L'era dell'interlegalità*, cit. p. 348.

confermano che l'interlegalità si presenta spesso in modi differenti¹⁷ e ha uno sviluppo dinamico e mutevole¹⁸.

Ma questi casi, insieme a tanti altri che potevano essere citati e che si rinvergono nel volume in commento, ci raccontano anche qualcos'altro. Nel variegato mondo della regolazione pubblica, dove fenomeni come la globalizzazione, lo sviluppo dell'UE, l'interdipendenza economica degli Stati, il dialogo tra corti e tra soggetti regolatori («*complex regimes*»¹⁹) favoriscono lo sviluppo di fenomeni di interlegalità e di influenza reciproca tra diversi ordinamenti, questo pluralismo normativo costituisce un problema sotto il profilo della certezza giuridica, del corretto perseguimento degli interessi pubblici da parte delle autorità che detengono ed esercitano poteri autoritativi e dell'«imprevedibilità degli esiti dei molteplici intrecci tra ordinamenti, che sfuggono al pieno controllo delle istituzioni politico-amministrative»²⁰.

A fronte di ciò, come visto, si registra una tendenza parallela a quella dell'interrelazione dei diritti, ossia la costruzione – segnatamente da parte dei giudici – di un tessuto connettivo, di un substrato comune, basato sui principi e sulle garanzie procedurali, che muove verso un'idea di universalità. Se tale universalità del diritto sembra tendere all'unicità e all'omogeneità, essa stessa coesiste e anzi rende possibile l'affermarsi della pluralità che caratterizza l'interlegalità. Quest'ultima, infatti, mantiene la sua natura plurale, confermando differenze e distinzioni, ma trova anche elementi di connessione, di incontro, di collegamento reciproco,

¹⁷ *Ibidem*, p. 340 ss.

¹⁸ *Ibidem*, p. 348 ss.

¹⁹ I cosiddetti *complex (o connecting) regimes* consistono in collegamenti funzionali tra diversi organismi che vanno a formare regimi regolatori complessi e instaurano un dialogo fra una pluralità di interessi generali: «mediante questa tecnica di collegamento, definita dalla letteratura anche come *borrowing regimes* (D.W. LEEBRON, *Linkages*, saggio d'apertura del convegno «*The Boundaries of the WTO*», i cui atti sono raccolti in *American Journal of International Law*, 96, 2002, p. 14 ss.), entrambe le organizzazioni accrescono il loro potere», S. BATTINI, *Il sistema istituzionale internazionale dalla frammentazione alla connessione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, 5, pp. 985-986. Il collegamento orizzontale tra regimi regolatori differenti che guadagnano così forza ed efficacia giuridica è un fenomeno diffuso al di là dei confini statali.

²⁰ E. CHITTI, *Ipotesi sull'interlegalità amministrativa*, cit., p. 347.

resi possibili appunto dall'aggancio a principi e procedure comuni, che tendono all'unicità, e alla loro declinazione in sede giudiziale.

La conferma di tale approccio la si può avere nel principio di ragionevolezza, il cui sviluppo negli ordinamenti attuali²¹ segna proprio l'evoluzione di un'amministrazione che si sgancia dal «mito» di una legalità rigida, figlia del positivismo²², assicurando legittimazione e certezza tramite il criterio della *rule of reason* invece che su quello della *rule of law*: a fronte di una crisi della legalità si ripristina una razionalità legata alla «natura delle cose»²³, che trova «regole desunte dalla logica della materia»²⁴.

In tal senso, come notato da Paolo Grossi, «veramente essenziale è la ragionevolezza della *lex*, cioè la determinata e rigidissima corrispondenza del suo contenuto a un modello che né il Principe né il popolo né il ceto dei giuristi creano ma sono chiamati semplicemente a scoprire nella ontologia del creato»²⁵. La legge emerge dunque come il risultato di un processo decisionale ragionevole, che traduce l'«indispensabile ponderazione degli interessi in gioco che è insita nella disciplina di pressoché ogni istituto giuridico, e che l'interprete deve ricostruire proprio per ricomporre la *ratio* delle disposizioni con cui ha a che fare, fino al punto

²¹ Il criterio di ragionevolezza, o *rule of reason*, negli ultimi anni ha conosciuto uno sviluppo particolare e originale, che ha visto il verificarsi di dinamiche e fenomeni differenti, anche in conflitto tra loro: un aumento della politicità di alcune decisioni amministrative; un aumento della neutralità – garantita dalla tecnica e dalle *hard sciences* e non dalla legge – di molte decisioni pubbliche, ispirate da un'esigenza di oggettività; un aumento, infine, di alcune garanzie procedurali, di correttezza e di buona fede, a favore dei cittadini destinatari delle decisioni. In parallelo a tali fenomeni, e intrecciate a questi, si è affermata, in modo particolare, la crisi della legalità. La ragionevolezza è descrivibile come *rule of reason*, con cui si deve intendere non solo un riferimento al principio di ragionevolezza, come «fattore primario e di verifica e misurazione della legittimità costituzionale della legge» e dell'amministrazione, ma altresì come «regola del giusto procedimento (in quanto *rule of reason*)», ossia come una forma di proceduralizzazione di un'attività amministrativa non sufficientemente supportata dal principio di legalità (R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 67 e 131). Per un approfondimento sul tema si veda M. RADIN, *A Short Way with Statutes*, in *Harvard Law Review*, 1942, 56, p. 388; F.R. DICKERSON, *The Interpretation and Application of Statutes*, Boston, Little Brown, 1975.

²² Nel commento alla relazione di Alessandro Pajno sulla giustizia amministrativa del 2017, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2017, Luisa Torchia inizia la sua riflessione concentrandosi sul «mito» della certezza del diritto, che a detta dell'autrice ormai non è più effettiva e costituisce un residuo del positivismo.

²³ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Esi, 2011, p. 10.

²⁴ *Ibidem*, p. 13.

²⁵ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 25.

di “scoprire” la regola del caso nel bilanciamento degli interessi (come suggerito dalla *Interessenjurisprudenz*)»²⁶. Nella società attuale, fortemente connaturata dal pluralismo e dall’interdipendenza di più ordinamenti giuridici, si afferma dunque una legge in senso atecnico: fluida e non certa, plurale e multidimensionale, e non singola, flessibile e adattabile al caso concreto, e non rigida, ma tenuta insieme da principi comuni. Allo stesso modo la ragionevolezza condiziona l’attività delle amministrazioni, soggetti ordinatori della società finalizzati al bene comune, che adoperano la *rule of reason* per rendere concreto il comando legislativo – *rectius*: i molteplici comandi legislativi –, dando così vita a un’attività che corrisponde all’«ordine obiettivo preesistente e non eludibile entro il quale inserire il contenuto della *lex*»²⁷, alla *ratio* e ai valori radicati e affermati in uno spazio sociale e giuridico indefinito e multidimensionale come quello che sovrappone e interseca diritto globale, diritto regionale e diritto nazionale.

4. *L’interlegalità e l’amministrazione per principi*

A fronte di una molteplicità di norme eterogenee e *straniere*, l’interprete usa la ragionevolezza per creare nuovo diritto in ossequio all’ordine giuridico e sociale preesistente. Inoltre, la stessa ragionevolezza guida il *rule-maker* a decisioni miti, coerenti con i principi comuni, integrando quindi una *rule of law* sempre più frammentata e difficilmente prevedibile, come un principio meta-procedimentale con cui si giustifica l’amministrazione subordinata all’interlegalità. A tal riguardo, poiché la perdita di certezza può favorire l’apertura di spazi per un’«amministrazione politica»²⁸, non adeguatamente giustificata o controllata nelle sue scelte discrezionali, si rende necessario l’utilizzo dei principi generali e delle garanzie procedurali a sostegno di decisioni amministrative che possono

²⁶ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 62-63.

²⁷ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche*, cit., p. 25.

²⁸ Finendo per ampliare «la spaccatura tettonica lungo cui si organizza larga parte del nostro sistema costituzionale: la contrapposizione tra disposizione e norma, tra volontà politica e ragione tecnica, tra legittimazione attraverso la rappresentanza e legittimazione attraverso l’argomentazione, tra politica che pone il diritto e diritto che limita la politica», R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., pp. 78-79.

tradurre visioni latamente discrezionali o basate su norme eteronome, nuove, incerte e cangianti.

Poiché «lo stesso interesse pubblico è sempre meno dato (dalla legge), e sempre più interpretato, nel libero gioco del confronto bilanciato fra le parti del procedimento – e nel corpo di un diritto vivente contrassegnato da crescente mitezza e dalla coerente mobilitazione di una rete di garanzie reciproche»²⁹ –, i diversi attori deputati a dare attuazione alla molteplicità delle leggi devono essere posti in condizione di agire e di decidere entro limiti comuni di tipo formale e procedurale e di rispondere delle decisioni assunte. Per questo, si vanno affermando organizzazioni orizzontali e proceduralizzate, che mettono in contatto diversi regolatori grazie a modelli a rete e, parallelamente, trovano attuazione principi che consentono alle amministrazioni di muoversi in un tessuto giuridico comune ma in grado di variare da caso a caso.

Gli organi di aggiudicazione chiamati a decidere casi concreti e le stesse pubbliche amministrazioni, come messo in luce da Edoardo Chiti nel saggio qui preso in esame, sono chiamati a superare le *impasse* scaturite dal pluralismo normativo che si diffonde negli ordinamenti. Nel caso delle amministrazioni ciò avviene talvolta sostituendosi o surrogando la politica, talaltra neutralizzando la propria attività o legittimandola tramite procedure di dialogo con gli amministrati. In tal senso sono chiamate a essere ragionevoli, eque, obiettive: il loro agire sembra doversi risolvere in un'attività ispirata, tra gli altri, dai principii di ragionevolezza, obiettività ed equità. Questi sono in grado non solo di sopperire ad alcune problematiche di legittimità proprie della post-modernità, ma anche di dare delle risposte alla crisi della legalità. E sono, al contempo, al centro di una serie di aporie date da un'amministrazione che vuole essere sia imparziale e politicamente orientata, sia obiettiva e latamente discrezionale. In questo quadro, il terreno sembra fertile – ma il cammino è ancora lungo e tortuoso – per l'affermarsi di un diritto (comune) per principi, più che per regole: «i principi giuridici, con la loro flessibile capacità di interagire tra loro adempiono a quella funzione integratrice che le regole, data la loro logica di reciproca esclusione, non possiedono. Essi sono

²⁹ R. FERRARA, *Introduzione*, cit., p. 181

la forma in cui si esprimono giuridicamente le società plurali del nostro tempo³⁰. Ciò consente quindi un'armonizzazione del diritto pubblico e amministrativo che interessa in special modo il momento procedurale, relativo alle modalità di azione dei poteri pubblici.

Principi e procedure sono quindi considerati come strumenti dotati di tre funzioni di carattere pratico: consentire l'integrazione e l'armonizzazione dei diversi ordini giuridici che formano la pluralità dell'universo interlegale che governa l'agire amministrativo sulla base del binomio composizione/dialogo e non di quello frammentazione/esclusione; assicurare la legittimazione delle autorità amministrative tramite il rispetto delle formalità e delle garanzie giuridiche, nonché dell'imparzialità nell'esercizio del potere pubblico; favorire il pluralismo legale e le sue diversità senza comprimerle in un'uniformità che confliggerebbe con l'attuale pluralità giuridica del mondo.

Come detto, il processo è ancora in una fase iniziale, ma il percorso per affermare un equilibrio armonico all'interno di una multidimensionalità normativa disordinata e complessa non può che essere quello di un diritto per principi orientato dalla *rule of reason*.

³⁰ Come scrive G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in AA.VV., *L'ordinamento giuridico europeo. Radici e prospettive, Quaderni fiorentini*, Milano, Giuffrè, 31, 2002, pp. 879-880. Sulla distinzione tra principi e regole si veda anche R. DWORKIN, richiamato dallo stesso Zagrebelsky, che ne *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982 (trad. it. a cura di F. ORIANA da *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977), a pp. 97-98 afferma: «i principi hanno una dimensione che le regole non hanno: quella del peso e dell'importanza. Quando i principi si intersecano (...), per risolvere il conflitto, occorre prendere in considerazione il peso relativo di ciascun principio. Non può esservi, ovviamente, un'esatta misurazione, e il giudizio, per cui un particolare principio o politica è più importante di un altro, sarà spesso controverso. Tuttavia, questa dimensione è parte integrante del concetto di principio, talché è sensato chiedersi quale importanza o peso un principio abbia. Le regole non hanno questa dimensione. Possiamo dire che certe regole sono funzionalmente importanti o non importanti (...). Ma non possiamo dire che una regola è più importante di un'altra entro il sistema di regole nel senso che, se due regole confliggono, una prevale sull'altra in virtù del suo peso maggiore. Se due regole confliggono, una di esse non può essere una regola valida». Si soffermano sulla distinzione tra principi e regole anche G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, cit., p. 195 ss.; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 81, 1972, p. 841 e R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, trad. it. da *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, pp. 73-74.