

Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine

di Tecla Mazzaresè*



Sommario: § 1. – Il diritto e il continuo riproporsi del disordine delle sue fonti. § 2. – Fonti normative e fonti giuridiche. § 3. – Dogmatica delle fonti a geometria variabile? § 3.1. – Il (dis)ordine delle fonti nella triangolazione fra diritto interno, regionale e internazionale. § 3.2. – Oltre la triangolazione delle fonti di diritto interno, regionale e internazionale. § 4. – Criticità teoriche, giuridiche e politiche di una dogmatica delle fonti a geometria variabile. § 4.1. – Proliferazione delle fonti del diritto e “disordinamento giuridico”. § 4.2. – Funzione legislativa e funzione giudiziale nell’attuale disordinamento giuridico.

ANDRA MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, il Mulino, 2018, pp. 272.

«Tutti vogliono dire la stessa cosa quando dicono ‘disordinato’, ma pensano a cose diverse quando dicono ‘ordinato’. Però ‘ordinato’ è il contrario di ‘disordinato’, non è vero?».

G. BATESON, *Perché le cose finiscono in disordine?*

§ 1. – Il diritto e il continuo riproporsi del disordine delle sue fonti

Disordine e ordine – spiega Gregory Bateson alla figlia ancora bambina, in un metalogo¹ sul perché le cose finiscano in disordine – non è un rapporto semplice e univoco: anche quando la valutazione sul disordine di un determinato stato di cose sia largamente condivisa, non è escluso infatti che valutazioni differenti portino a suggerire soluzioni non coincidenti né equivalenti per (ri)stabilirne l’ordine se non, addirittura, per contestarne il preteso disordine. In altri termini, il rapporto fra disordine e ordine non sfugge alla problematicità di qualsiasi quesito teorico-filosofico che si rispetti.

* Università degli studi di Brescia.

¹ Nella definizione che ne propone G. BATESON, *Perché le cose finiscono in disordine?*, in IDEM, *Verso un’ecologia delle mente*, Milano, Adelphi, 1976, 33, «un metalogo è una conversazione su un argomento problematico. Questa conversazione dovrebbe esser tale da rendere rilevanti non solo gli interventi dei partecipanti, ma la struttura stessa dell’intero dibattito».

E, come molti quesiti teorico-filosofici che si rispettino, anche quello del (dis)ordine, implicitamente assunto o esplicitamente tematizzato, costituisce uno snodo di grande rilievo in numerosi ambiti di ricerca. Ad esempio, lo è nell'analisi, preceduta da alcuni metaloghi con la figlioletta, che Bateson dedica alla "scienza della mente e dell'ordine", a quella, cioè, che lui stesso denomina "ecologia della mente"². E ancora, per menzionare il caso forse più emblematico, lo è, in fisica e matematica, con la teoria del caos. Ma non solo.

Nulla di troppo eccentrico, allora, se, anche in ambito giuridico, quello del (dis)ordine è, e non può non essere, uno snodo teorico-filosofico ineludibilmente centrale, là dove ci si interroghi sulla pluralità di fonti, che nelle loro rispettive caratteristiche e nella varietà delle loro possibili interazioni, condizionano forme e modi diversi del (concetto di) diritto; forme e modi, cioè, di individuazione, interpretazione e applicazione (giudiziale) di ciò che, diacronicamente e/o sincronicamente, si assume abbia, possa o debba avere valore di diritto. Non a caso, non è il carattere inedito del tema ciò che caratterizza la letteratura degli ultimi decenni sul (dis)ordine delle fonti del diritto quanto piuttosto, per un verso, l'individuazione dei termini in cui renderne conto e, per altro verso, la definizione delle coordinate entro le quali circoscriverne l'ambito d'analisi. Le possibili interazioni e commistioni fra una varietà oggi sempre più diversificata di forme di produzione giuridica non sembrano infatti essere più circoscrivibili, com'è accaduto negli ultimi secoli, entro i confini del diritto interno statale né essere ancora riconducibili al solo ambito dei possibili rapporti fra diritto interno statale e diritto internazionale come suggerisce l'opposizione fra monismo e dualismo giuridico³, tematizzata da Hans Kelsen agli inizi del novecento⁴.

Da qui, ovvia e quasi inevitabile, l'attenzione per la recente monografia del costituzionalista Andrea Morrone in tema di 'fonti normative'⁵. Da qui, in particolare, l'interesse da parte di chi, studioso di teoria e filosofia del diritto, lamenta, secondo i casi, che la propria disciplina

² Il riferimento è ai saggi raccolti in G. BATESON, *Steps to an Ecology of Mind*, San Francisco, Chandler Publishing Company; trad. it. di G. Longo, *Verso un'ecologia della mente*, cit.

³ Alla contrapposizione fra teoria monista e teoria dualista, A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, il Mulino, 2018, 109-111, dedica un paragrafo nel quale, dopo la caratterizzazione della teoria monista con riferimento a H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (1920); trad. it. a cura di A. Carrino *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989, parla però non della teoria dualista ma della teoria del pluralismo giuridico di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Sansoni, 1946. Una problematizzazione dell'opposizione monismo/dualismo giuridico in relazione non tanto alla varietà eterogenea di fonti di produzione giuridica nazionali o internazionali quanto piuttosto alla pluralità di usi non coincidenti in cui se ne fa uso in letteratura è offerta da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, 460-471; ricognizione, quella di Guastini, di usi non coincidenti né equivalenti, nella quale si segnala l'utilizzo che dell'opposizione si fa anche in relazione al rapporto fra diritto interno e diritto comunitario (488-492).

⁴ H. KELSEN, *Das Problem*, cit.

⁵ A. MORRONE, *Fonti normative*, cit.

sia ancora troppo distratta nei confronti delle trasformazioni del diritto (inter)nazionale degli ultimi settanta anni, o, invece, troppo timida e incerta nel modo in cui tenerne e renderne conto. In altri termini, in una prospettiva giusfilosofica, l'interesse sollecitato dal volume di Morrone è rivolto non solo ai termini della ricostruzione dogmatica che viene proposta del diritto italiano ma anche, e forse soprattutto, alle scelte (implicitamente presupposte o esplicitamente rivendicate) riguardo ai dubbi, agli interrogativi e ai dissensi su quello che citando, Paolo Grossi, è l'odierno «pluralismo generalizzato, confuso e indomabile»⁶ delle forme di produzione giuridica.

Così, in queste pagine, dopo alcune notazioni preliminari sulla scelta della locuzione 'fonti normative' (§ 2), il volume di Morrone sarà assunto come punto di riferimento e di confronto nell'esame di due profili del (dis)ordine delle fonti. Il primo, relativo a dubbi e incertezze sull'individuazione e selezione delle forme di produzione giuridica delle quali tener conto e render conto (§ 3), riguarda, in particolare, la perplessità se sia opportuno scegliere di restringere il campo d'analisi solo alla triangolazione fra diritto interno statale, diritto regionale e diritto internazionale (§ 3.1) o se sia invece necessario interrogarsi anche sui condizionamenti che, sulle forme e i modi di tale triangolazione, possono determinare altre forme di produzione giuridica oggi sempre più presenti e pervasive nella regolamentazione di molte materie (§ 3.2). Il secondo profilo riguarda invece tre ordini di interrogativi, di carattere giusfilosofico e giuspolitico, sollecitati dalla proliferazione, ad oggi priva di qualsiasi regimentazione, di forme di produzione giuridica (§ 4); tre ordini di interrogativi, distinti ma fra loro non irrelati, relativi (i) a quello che, adottando il suggerimento terminologico di Giulio Itzcovich, può essere denominato 'disordinamento giuridico'⁷ e alla necessità di un nuovo apparato teorico-concettuale per renderne conto (§ 4.1); (ii) al preteso "attivismo" dei giudici nazionali e internazionali, e, non ultimo, (iii) ai rischi della "tenuta" del principio, cardine della modernità giuridica, della separazione dei poteri (§ 4.2).

⁶ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, Università di Suor Orsola Benincasa, 2008, 54.

⁷ 'Disorientamento giuridico' è una locuzione usata per la prima volta da G. ITZCOVICH, *L'integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in *Diritto pubblico*, n. 9/2005, 783 e ripresa poi anche in *Disordinamento giuridico. Crisi finanziaria e sviluppi costituzionali dell'unione economica e monetaria europea*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, sezione monografica di *Diritto & questioni pubbliche*, n. 1/2017, 85-107. Locuzione, questa suggerita da Itzcovich, particolarmente adatta a riassumere gli effetti del disordine delle fonti sul tradizionale apparato teorico-concettuale che si rifà al modello dell'ordinamento (o secondo i casi del sistema) nel caratterizzare il diritto e gli elementi dei quali si compone.

§ 2. – *Fonti normative e fonti giuridiche*

Per un'analisi, come quella di Morrone, circoscritta al *diritto* e, per quanto attenta al rilievo delle possibili interferenze e commistioni con il *diritto* internazionale e il *diritto* europeo, incentrata sul *diritto italiano*, la scelta della locuzione 'fonti normative' incuriosisce e al tempo stesso disorienta.

In particolare, nella definizione di Morrone, «fonti normative sono i modi di produzione di norme giuridiche»; e ancora «[p]roprio perché mediante le fonti normative è possibile creare, modificare, estinguere norme giuridiche e, quindi, determinare i contenuti di un ordinamento giuridico, la disciplina delle fonti normative (le norme sono dette, non a caso, *leges legum*) è materia di diritto costituzionale»⁸. Ora, in questi termini, la scelta di 'fonti normative' rischia di essere duplicemente fuorviante: (i) *in negativo* perché non chiarisce ma elude quale sia (se ce n'è una) la differenza, nella propria analisi, fra l'uso di 'normativo' e quello di 'giuridico', e (ii) *in positivo*, perché sembra rivendicare all'ambito del solo diritto costituzionale la competenza ad occuparsi della loro disciplina.

Per un verso, cioè, rivendicare la competenza esclusiva del diritto costituzionale in materia di (dis)ordine delle fonti disorienta a fronte del crescente rilievo, nelle trasformazioni del diritto degli ultimi settant'anni, anche, ma non solo, del diritto internazionale e del diritto regionale. Rilievo crescente che non poteva non generare, come testimonianza la letteratura di cui sono oggetto, attente analisi in tema di fonti (i) nel diritto internazionale, (ii) nel diritto dell'Unione europea e, più in generale, nel diritto regionale di aree geografiche differenti, e, (iii) per quanto non sempre con l'attenzione che merita, nell'ambito della teoria e filosofia del diritto.

E ancora, non meno significativamente, per altro verso, nella definizione di 'fonti normative', disorienta la mancata problematizzazione della scelta di una locuzione che di per sé evoca un campo semantico che non si esaurisce al diritto e alle sue forme di produzione (e/o di conoscenza). Un campo semantico, in particolare, così vario ed eterogeneo da portare George Henrik von Wright – alle prese, nel 1963, con il tentativo di chiarire se ed in che termini si possa considerare la logica deontica una logica di "norme" – a prendere atto di una pluralità di usi, spesso dal significato poco chiaro, sia di 'norma' sia di 'normativo' che rende necessario circoscrivere, preliminarmente, l'ambito d'analisi «[s]ince the field of meaning of "norm" is not only heterogeneous but also has vague boundaries»⁹. E ancora, un campo semantico plurale,

⁸ A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 15.

⁹ G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, 1. Sulla varietà di contesti d'uso di 'norma', cfr. anche T. MAZZARESE, *Norma*, in *Iter. Scuola cultura società*, n. 3/2000, fasc. 8, 13-18.

complesso, indeterminato e insidioso non solo come documenta analiticamente von Wright nella propria analisi del 1963 ma come, non a caso, testimonia la vastissima letteratura di filosofia del diritto che, già a partire da Immanuel Kant, suggerisce possibili tratti distintivi delle norme *giuridiche* e che, dall'ottocento, delle norme *giuridiche* (e delle loro fonti) tenta di elaborare una teoria in grado di render conto di ciò che ne possa consentire l'individuazione e distinzione dalle norme di altri ambiti normativi che con quello giuridico tendono a interferire e confondersi quali, ad esempio, quello sociale, morale o religioso.

Il suo uso può quindi disorientare là dove sia (o dia l'impressione di essere) un mero sinonimo di 'fonti del *diritto*' e/o di 'fonti del diritto *interno*' di uno stato. Nondimeno, la scelta della locuzione 'fonti normative' incuriosisce e potrebbe rivelarsi feconda. In particolare, in un contesto come quello degli ultimi decenni all'insegna di radicali trasformazioni del diritto (inter)nazionale, l'uso di 'fonti normative' (anche se non è questo l'uso che ne fa Morrone) sembra poter suggerire e/o alludere a forme di pluralismo giuridico aperte alla contaminazione di fonti altre e diverse da quelle di carattere *stricto sensu* giuridico. Così, in particolare, non solo e non tanto con riferimento alla vastissima letteratura che, prendendo le mosse dal *Post Scriptum* alla seconda edizione, nel 1994, di *The Concept of Law* di Herbert Hart, dibatte del carattere "inclusivo" o "esclusivo" del postpositivismo giuridico rispetto a forme di produzione normativa non giuridiche, ma anche e soprattutto là dove, a fronte delle istanze sollecitate dalla convivenza fra genti diverse delle società multiculturali delle democrazie costituzionali, si rifletta sulla possibile sperimentazione di nuove forme di interlegalità¹⁰.

§ 3. - Dogmatica delle fonti a geometria variabile?

Risalente nelle sue cicliche riformulazioni nel corso del tempo, oggi il tema del (dis)ordine delle fonti del diritto, come si è già anticipato (§ 1), è caratterizzato dalla duplice difficoltà dei termini in cui (continuare a) tener conto dell'identità, o almeno dei possibili limiti

¹⁰ Il termine e il concetto di 'interlegalità' si devono a B. DE SOUSA SANTOS, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, n. 14, 1987, fasc. 3, 298, là dove scrive «We live in time of porous legality or of legal positivity, of 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». Sul concetto di 'interlegalità' e sui termini in cui, in società multiculturali attente alla tutela dei diritti legati alla diversità culturale di genti diverse, può costituire un'alternativa al pluralismo giuridico, cfr. P. PAROLARI, *Shari'ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 47/2017, fasc. 1, 189-191, IDEM, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1/2018, 33-71, e ancora IDEM, *Legal Polycentricity, interlegalità e dimensioni "intersistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso Akher v. Khan*, in *DPCE online*, in corso d'edizione.

e confini, di ogni ordinamento (nazionale, regionale o internazionale) non solo (i) nella pluralità di interazioni delle quali ogni ordinamento partecipa con altri ordinamenti ma anche, e non meno significativamente, (ii) nella varietà di ingerenze e interferenze che ogni ordinamento subisce da parte di una costellazione complessa e plurale di forme di produzione giuridica, e quasi giuridica, prive di regimentazione e di una piena legittimazione.

Da qui, come si è già accennato (§ 1), una letteratura sul (dis)ordine delle fonti del diritto in cui non coincidono né i termini in cui renderne conto né le coordinate entro le quali circoscriverne l'ambito d'analisi. Una letteratura nel suo complesso dissonante in cui, negli ambiti disciplinari più diversi, ad analisi che sminuiscono la portata dell'attuale disordine delle fonti si affiancano analisi che si interrogano invece sulla portata dei cambiamenti che esso ha già prodotto e sulle ulteriori implicazioni di carattere giuridico e/o politico e/o giusfilosofico che ne possono derivare. E ancora, una letteratura, polifonica nella sua dissonanza, in cui le coordinate entro cui render conto del (dis)ordine delle fonti possono, secondo i casi, non solo variare da quelle del diritto interno statale a quelle sovranazionali del diritto regionale o internazionale (§ 3.1) ma anche sconfinare verso forme più o meno inedite di diritto transnazionale, di *lex mercatoria*, o, più in generale, di *soft law* (§ 3.2).

§ 3.1. – *Il (dis)ordine delle fonti nella triangolazione fra diritto interno, regionale e internazionale*

Pur non ignorando, e a volte esplicitamente denunciando, le difficoltà di «una realtà che, per molti versi a ragione, appare titanico dominare», non è rara in letteratura – anche ma non solo in quella costituzionalista – la scelta di ribadire che il «difficile compito [del] *doctor iuris*», sia quello di «ricostruire un ordine giuridico»¹¹; di ricostruire, cioè, il diritto (statale) come un ordinamento dotato di una propria identità e unità (completa e coerente).

Questa, in particolare, è anche la posizione di Morrone che nella presentazione del proprio volume scrive: «Se gran parte di quel che accade nel mondo del diritto non è così nuovo come sembra, non sono venute meno le ragioni che stanno dietro gli sforzi di dare coerenza a fenomeni che, in sé e per sé, non ne hanno alcuna»¹².

Ora, accantonando, almeno per il momento, il dubbio se il compito del *doctor iuris* sia e/o debba essere quello di «dare coerenza a feno-

¹¹ Questa e le citazioni precedenti sono tratte da A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 1.

¹² *Ibidem*.

meni che, in sé e per sé, non ne hanno alcuna»¹³ e non, invece, quello di render conto dei problemi che tali fenomeni privi di qualsiasi coerenza possono condizionare o determinare, il primo punto su cui soffermare l'attenzione è quello delle fonti sulla produzione giuridica sulle quali (non) si concentra l'analisi di chi, come quella di Morrone, si proponga di ricostruire il "sistema" delle fonti di un dato "ordinamento" (statale). Punto sul quale, tutt'altro che reticente, Morrone puntualizza che la propria analisi «[a] differenza dei tradizionali studi organici sulle fonti normative [...] [dedica] attenzione anche a ciò che normalmente viene considerato meno rilevante: come le fonti internazionali ed europee e, soprattutto le fonti di autonomia privata collettiva»¹⁴.

Appare dubbio, in realtà, contrariamente a quanto sembra suggerire quest'affermazione, che uno "studio organico" sulle fonti, per quanto il proprio ambito d'analisi sia circoscritto al solo diritto interno di uno stato, possa oggi anche solo ipotizzare la possibilità di eludere il rilievo delle fonti internazionali ed europee (o, in generale, di carattere regionale) non foss'altro perché si tratta di fonti alle quali si fa esplicita menzione nelle stesse costituzioni nazionali, in particolare in quelle emanate e/o modificate a partire dal secondo dopoguerra¹⁵. Così, ad esempio, con riferimento alla costituzione italiana, il rilievo delle fonti internazionali lo testimoniano non solo (i) l'articolo 10 che sancisce che «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» e (ii) l'articolo 11 che, dopo il ripudio della guerra, stabilisce che «L'Italia [...] consente in condizioni di parità con altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni [e] promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»; ma anche (iii) l'articolo 2 là dove, affermando che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», consente di considerare il catalogo dei diritti, elencati nel proprio testo, aperto all'integrazione dei 'diritti inviolabili dell'uomo' che non

¹³ In questi termini, il compito del *doctor iuris* sembra prestarsi alla stessa reprimenda, così spesso rivolta ai giudici, di un indebito "attivismo" che sconfinava in quella che si vuole essere competenza esclusiva del legislatore. Anche se, a differenza di quello che si potrebbe rimproverare agli studiosi che propongono le proprie ricostruzioni dogmatiche, il preteso attivismo dei giudici, come si preciserà in seguito (§ 4.2), è condizionato da due principi: (i) quello del *non liquet*, quale che sia la controversia da risolvere, e, negli stati costituzionali di diritto, (ii) quello (alternativo e non complementare al principio della soggezione alla legge) di garantire la massima tutela dei diritti fondamentali oggetto delle proprie decisioni.

¹⁴ A. MORRONE, cit., 1, corsivo mio.

¹⁵ Né, peraltro, tale rilievo è ignorato in molte delle ricostruzioni delle fonti del diritto italiano degli ultimi anni. Non solo. Per quanto forse ancora eccentrica, è interessante segnalare come in G. PARODI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, la prospettiva d'analisi si ribalti e le fonti internazionali e le fonti dell'Unione europea costituiscano non un aspetto complementare ma addirittura il punto di partenza di «una trattazione delle principali linee evolutive del nostro sistema delle fonti, con particolare attenzione agli aspetti applicativi e alla prassi giurisprudenziale» (XV).

vi siano esplicitamente inclusi; apre cioè, all'inclusione di quello che, negli ultimi settant'anni, si è andato configurando, nella sua pluralità e complessità, come *l'international human rights law*. E ancora, sempre con riferimento alla Costituzione italiana, il rilievo non solo del diritto internazionale ma anche del diritto comunitario (oggi diritto dell'Unione europea) è testimoniato dall'articolo 117 che nella sua riformulazione del 2001¹⁶ sancisce che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli dell'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». E, non da ultimo, il rilievo delle fonti dell'uno e dell'altro, è confermato dalla pluralità di trattati, convenzioni, patti e dichiarazioni, di carattere internazionale o regionale, ratificati anche ma non solo in tema di diritti fondamentali e delle progressive ridefinizioni del loro catalogo e/o delle garanzie per la loro attuazione e tutela.

Ora, proprio perché, anche se con formulazioni non equivalenti né coincidenti, i rapporti, per un verso, con il diritto internazionale e, per altro verso, in Europa con il diritto dell'Unione europea e in paesi extraeuropei con le diverse forme di diritto regionale di cui partecipano, sono indicati già in costituzione, sempre più spesso, anche negli "studi organici" sulle fonti del diritto interno di uno Stato, si presta attenzione, come fa Morrone nella propria analisi, alla triangolazione fra diritto statale, diritto regionale e diritto internazionale.

Sempre più spesso si presta attenzione a tale triangolazione ma raramente, invece, si tiene conto delle criticità che essa ingenera là dove si continui a voler render conto del diritto (statale) in termini di ordinamento e/o sistema¹⁷ del quale è possibile individuare l'identità e ricostruire l'unità (completa e coerente); là dove, in altri termini, dato per presupposto o esplicitamente riaffermato «il postulato dell'unità, coerenza e completezza di un ordinamento giuridico»¹⁸, come nell'analisi di Morrone, si persegua l'obiettivo (problematico più che "tita-

¹⁶ Riforma in realtà non del tutto soddisfacente – non diversamente dall'ulteriore minimo ritocco che ne era stato proposto nella tentata riforma dell'intero testo costituzionale sottoposta a *referendum* approvativo (e bocciata) nel dicembre del 2016 – perché non tiene ancora adeguatamente conto del disordine dell'attuale proliferazione di forme di produzione giuridica. Critica, questa, formulata in T. MAZZARESE, *Questioni di stile. Sgrammaticature nel testo della riforma e pubblicità ingannevole per sollecitarne il consenso*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, 121, non molto condivisa in letteratura soprattutto là dove la si legga come una critica ad analisi circoscritte alla triangolazione fra diritto interno, diritto regionale e diritto internazionale. Entro le coordinate di tale triangolazione, non mancano invece analisi che, come quella di G. PARODI, *Le fonti del diritto*, cit., sezione I, dell'articolo 117, nella sua riformulazione del 2001, individuano e prendono in esame gli aspetti problematici.

¹⁷ Entrambi usati in relazione a un contesto giuridico individuato e circoscritto dalle stesse coordinate spaziali, temporali e personali, 'ordinamento' e 'sistema', com'è noto, nella letteratura di filosofia del diritto hanno connotazioni differenti. Connotazioni differenti, delle quali sembra tener conto anche A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 61, là dove scrive «Un ordinamento non può che essere una *unità coerente di parti*, e, quindi, *un sistema giuridico*» (corsivo nel testo).

¹⁸ *Ivi*, 61.

nico”) di «ricostruire un ordine giuridico», dando «coerenza a fenomeni che, in sé e per sé non ne hanno alcuna»¹⁹. Raramente, cioè, si presta attenzione, per un verso, alle criticità che possono essere condizionate dall’interferenza fra fonti riconducibili all’ambito di tale triangolazione e fonti altre che ad esso sono estranee (§ 3.2) e, per altro verso, nello stesso ambito di tale triangolazione, alle criticità che possono derivare dalla proliferazione non regimentata delle stesse fonti del diritto regionale e internazionale (§ 4.1).

§ 3.2. – Oltre la triangolazione delle fonti di diritto interno, regionale e internazionale

Accanto e oltre alle fonti di diritto internazionale e/o regionale alle quali spesso fanno esplicitamente rinvio le costituzioni nazionali del secondo dopoguerra, altre forme di produzione e di applicazione del diritto concorrono, citando ancora Grossi, al loro «pluralismo generalizzato confuso e indomabile»²⁰.

Fonti, queste, delle quali, in letteratura, manca ancora una grammatica condivisa che consenta sia di decidere della loro valenza giuridica²¹ sia di delineare una loro compiuta ricognizione: le analisi di cui ognuna di esse singolarmente è oggetto spesso si rivelano infatti impegnate più nel tentativo di venire a capo delle complicazioni relative alla varietà di forme in cui essa può trovare espressione che non, invece, nel tentativo di indagare le sue eventuali sovrapposizioni o interferenze con (la pluralità di forme in cui trovano espressione) altri tipi di fonti. Così, in un *continuum* di contributi a sé stanti nella specificità del proprio dominio, si affiancano, ignorando le reciproche interazioni e commistioni, studi sul diritto transnazionale, sul *soft law*; sulla *lex mercatoria* di ieri e di oggi, sulla giurisprudenza delle corti internazionali e le difficoltà del loro dialogo con la giurisprudenza dei giudici nazionali, e non ultimo su quelli che Sabino Cassese denomina ‘*regulatory regimes settoriali*’ che affollano lo “spazio giuridico globale” «senza, però, che tra questi vi siano né una definita ripartizione di competenze, né una precisa scala gerarchica»²².

¹⁹ *Ivi*, 1.

²⁰ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista*, cit., 54.

²¹ Paradigmatica, al riguardo, in tema di *soft law*, l’aperta contrapposizione fra chi come A. SOMMA, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell’Europa dei mercati e nella distruzione dell’Europa dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 26/2008, fasc. 3, afferma: «soft law sed law» e chi, come R. BIN, *Soft Law, no Law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law and hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, replica «soft law sed law».

²² S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2007, 217; ried. in *IDEM Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009, 137-153. E ancora, là dove puntualizza che

Un *continuum* asistemático del quale, le analisi che circoscrivono il proprio contesto alla triangolazione fra diritto interno, regionale e internazionale, si curano poco, ignorando contaminazioni e interferenze che le forme di produzione giuridica che lo affollano determinano all'interno del proprio ambito operativo.

In particolare, per un verso, tali analisi si curano poco delle *contaminazioni* che si danno là dove, in una pluralità eterogenea di forme diverse, il *soft law* si afferma come modalità di produzione e di risoluzione (quasi) giuridica di controversie in più settori del diritto statale, regionale e internazionale²³ anche ma non solo in relazione alla molteplicità di autorità amministrative indipendenti che disciplinano materie inerenti a specifici ambiti settoriali e, al tempo stesso, predispongono misure per la risoluzione delle eventuali controversie fra i loro destinatari²⁴.

E ancora, per altro verso, tali analisi non riservano particolare attenzione a un duplice ordine di interferenze (i) là dove la giurisprudenza internazionale sulla tutela e implementazione dei diritti fondamentali è venuta acquistando un ruolo sempre più influente e preminente nella giurisdizione statale a scapito del diritto interno²⁵, e (ii) là dove, di certo non meno significativamente, le forme di produzione giuridica di carattere contrattuale e/o giudiziale della *lex mercatoria* – attenta agli interessi dei privati e condizionata dalla logica dei mercati e della finanza – si rivelano indifferenti se non addirittura confliggen-

«mancando un 'regolatore' superiore, nello spazio giuridico globale è persino incerta l'attribuzione di una controversia a uno o ad altro regime regolatorio», Cassese ripropone l'esempio di M. KOSKENNIEMI, *The fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in *Modern Law Review*, n. 70/2007, fasc. 1, 142, del «caso riguardante il trasporto per nave di sostanze pericolose»; caso, questo, che «potrebbe essere definito come un problema attinente al commercio, oppure al trasporto marittimo, oppure alla tutela dell'ambiente, oppure al diritto del mare, ed essere sottoposto a regolamentazioni diverse a seconda dei modi di classificazione».

²³ Nel diritto internazionale un esempio particolarmente evocativo e significativo di *soft law*, è, nel momento della sua proclamazione, la stessa *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948.

²⁴ Esemplare, nel corso degli ultimi decenni, l'attenzione riservata a questo profilo della produzione giuridica negli scritti di Sabino Cassese. Con particolare riguardo a questa forma di produzione giuridica a livello statale, cfr. inoltre R. BIN, *Soft Law, no Law*, cit.

²⁵ Non condizionata né circoscritta entro la triangolazione fra diritto statale, regionale e internazionale, da anni la vasta produzione di Antonio Ruggeri dedica invece grande attenzione al crescente rilievo della giurisprudenza internazionale nei confronti delle fonti del diritto statale (italiano). E ancora, in termini diversi e in una prospettiva non coincidenti con quella di Ruggeri, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 75-76, sottolinea come «la Corte di giustizia sedente a Lussemburgo, è sì un'istituzione giudiziaria ma alla quale è sostanzialmente affidato un ruolo rilevante di promozione e determinazione del progredente diritto dell'Unione, particolarmente sul tema vitalissimo della individuazione dei diritti fondamentali del cittadino europeo». E, infine, ma non da ultimo, pur non includendole, almeno non esplicitamente, nel novero delle fonti, G. PARODI, *Le fonti del diritto*, cit., XV, come programmaticamente dichiara già dalle notazioni introduttive del volume, individua nella prassi giurisprudenziale (inter)nazionale un elemento centrale della propria «trattazione delle principali linee evolutive del [...] sistema [italiano] delle fonti».

ti con principi del costituzionalismo (inter)nazionale della tutela dei diritti fondamentali e della salvaguardia dei beni fondamentali.

§ 4. – *Criticità teoriche, giuridiche e politiche di una dogmatica delle fonti a geometria variabile*

Quale che sia la scelta, metodologica e/o politica, di (non) circoscrivere l'ambito della propria elaborazione dogmatica alla triangolazione fra le (tradizionali) fonti del diritto interno, regionale e internazionale – triangolazione che di per sé non garantisce né univocità né consenso di risultati²⁶ – non si può non convenire, con Francesco Galgano, che «[l]a nostra è l'epoca dei mercati globali, ma è anche l'epoca delle carte universali dei diritti, accettate da un numero crescente di paesi: prevalgono sulle leggi degli Stati; ed è l'epoca dei tribunali internazionali, che difendono i diritti umani al di là di ogni confine nazionale. Le loro sentenze, sempre più frequentemente, vanificano le leggi degli Stati, correggono le decisioni dei giudici nazionali, persino quelle delle corti costituzionali»²⁷.

Non si può non convenire, cioè, con la caratterizzazione di una realtà nella quale le fonti di produzione (e di cognizione) giuridica (di cui Galgano offre peraltro solo un'esemplificazione e non una puntuale elencazione²⁸), improntate a fini non complementari ma alternativi, si sovrappongono e si scontrano all'interno e all'esterno del rassicurante modello dell'ordinamento giuridico completo e coerente con una

²⁶ La triangolazione fra le (tradizionali) fonti del diritto interno, regionale e internazionale, più che assicurare risposte univoche e condivise riguardo alle controversie in relazione alla cui risoluzione si sovrappongono le une alle altre, spesso contribuisce invece a mettere in evidenza il disordinamento giuridico del quale sono partecipi. Solo per menzionare alcuni dei casi discussi nella letteratura più recente, offrono un esempi (i) in tema di diritti delle coppie omosessuali, le analisi di F. BILOTTA, *Quanto è lontana l'Europa?*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritti delle coppie omosessuali*, sezione monografica di *Diritto & questioni pubbliche*, n. 1/2015, 106-121, R. CONTI, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Diritti delle coppie omosessuali*, cit., 90-103 e T. MAZZARESE, *Diritto, diritti, coppie omosessuali*, in IDEM (a cura di), *Diritti delle coppie omosessuali*, cit., 13-31; (ii) in tema di principio di legalità e prescrizione in ambito penale, le analisi di G. LEO, *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, 161-173 e M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro fra paradigmi*, in *Diritto penale contemporaneo*; (iii) in tema di crisi finanziaria dell'eurozona, l'analisi di G. ITZCOVICH, *Disordinamento giuridico*, cit.; (iv) in tema di diritto alla vita e autodeterminazione, l'analisi di R. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice civile?*, in *Consulta online*, n. 1/2018, 221-263.

²⁷ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, il Mulino, 2010, 167.

²⁸ Nell'elencazione di Galgano, pur rilevante e significativa, manca, in particolare, il riferimento (i) alle forme diritto regionale, (ii) alle diverse forme di *soft law* che ricorrono anche nel diritto nazionale, regionale e internazionale; (iii) alle decisioni di corti e tribunali, sovranazionali e transnazionali, che, diversamente dalle corti (inter)nazionali istituite per la tutela dei diritti fondamentali, si occupano invece delle controversie relative alle regolamentazioni prodotte da autorità amministrative indipendenti e/o da quelli che, come ricordato nel testo, Sabino Cassese denomina «*regulatory regimes* settoriali».

propria unità e identità che trovano conferma, l'una e l'altra, nella precisa regolamentazione delle interazioni con ordinamenti altri e diversi nella loro specifica unità e identità.

Non si può non convenire, in altri termini, che uno sguardo d'insieme agli elementi di cui si compone "la nostra epoca" giustifichi tre ordini di problemi di filosofia e politica del diritto. Tre ordini di problemi diversi ma fra loro concatenati: (i) come influisce la proliferazione di forme di produzione giuridica sull'individuazione delle fonti che nel loro insieme gerarchicamente ordinato sono condizione necessaria dell'unità e identità di un ordinamento giuridico?; (ii) come (ri)definire i termini dell'applicazione giudiziale del diritto, e quindi il ruolo del giudice, in un contesto nel quale è dubbia e problematica la ricostruzione del sistema di fonti da cui dipende l'unità e identità di un ordinamento?; (iii) come ripensare e/o ridefinire i termini del principio della separazione dei poteri in un contesto nel quale il dilatarsi degli spazi di discrezionalità dei giudici è condizionata dall'assenza di un chiaro assetto delle fonti?

Sotto questo profilo - il profilo delle criticità teoriche, giuridiche e politiche di cui sono espressione i quesiti appena enunciati - convince poco la scelta di Morrone che sembra negare il primo (§ 4.1) ed eludere il secondo e il terzo ordine di interrogativi (§ 4.2).

§ 4.1. - *Proliferazione delle fonti del diritto e 'disordinamento giuridico'*

Morrone non ignora la proliferazione di sempre nuove forme di produzione giuridica (alle quali nell'articolazione della propria analisi non presta però particolare attenzione) ma nega che essa sia di per sé un fattore sufficiente a mettere in discussione «il postulato dell'unità, coerenza e completezza di un ordinamento giuridico»²⁹.

In particolare, anche se Morrone non omette di citare la posizione di chi come Franco Modugno denuncia che lo schema gerarchico delle fonti non funzioni più³⁰ e di chi come Antonio Ruggeri sostiene che «i rapporti fra fonti non solo non sono suscettibili di una teoria sistematica, ma si risolvono in questioni concrete di interpretazione e applicazione di norme»³¹, nondimeno, per quanto consapevole «degli sforzi di dare coerenza a fenomeni che, in sé e per sé, non ne hanno alcuna», ribadisce che il compito del *doctor iuris* continui ad essere quello «della

²⁹ A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 61.

³⁰ *Ivi*, 64. Il riferimento è a F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, Milano, Giuffrè, 1977, 571-572.

³¹ A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 64. Il riferimento è a A. RUGGERI, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del titolo V*, in IDEM, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2007.

collocazione delle fonti nel sistema, anzi l'esigenza di ordinare le fonti e le norme giuridiche in un ordine unitario coerente e completo»³². Compito che trova tanto ovvio da ricordare a chi legge che «[t]utti i costituzionalisti si sono posti l'obiettivo di sciogliere il nodo che Guido Zanobini aveva indicato fin dal 1940»³³, quando contestava che il rapporto fra le fonti dovesse affrontarsi «in modo parziale e frammentario, in vista di singole questioni contingenti che possono presentarsi nella pratica del diritto», affermando, di contro, che «[l]a soluzione di tali questioni particolari [potesse] certamente avvantaggiarsi e progredire, ove dai cultori del diritto costituzionale fosse [stata] dedicata qualche maggiore attenzione al problema unitario e sistematico»³⁴.

Ma, quale sia (stato) nella letteratura costituzionalista il suo impatto, non si può sottovalutare che nel 1940, quando Zanobini ammoniva a una maggiore attenzione per il problema sistematico e unitario delle fonti, non si erano ancora innescati i cambiamenti causa di un radicale "disordinamento giuridico"³⁵; i cambiamenti, cioè, che avrebbero condizionato le trasformazioni del diritto interno degli stati, del diritto internazionale e dei loro rapporti (i) per un verso, a partire dal secondo dopoguerra, con la positivizzazione e internazionalizzazione dei diritti fondamentali e con la formazione di nuove forme di diritto regionale improntate anche, seppure non esclusivamente, alla loro tutela e attuazione giudiziale mediante l'istituzione di nuove Corti; e (ii), per altro verso, a partire dalla fine della guerra fredda - con la globalizzazione di mercati, finanza ed economia - in direzione spesso difforme da quella dello *human rights law*, con la proliferazione di forme della *lex mercatoria*.

Cambiamenti, gli uni e gli altri, la cui portata sembra sottovalutata da Morrone quando scrive: «[c]he l'internazionalizzazione del diritto e la globalizzazione dell'economia superino i confini tradizionali delle esperienze sociali è solo un altro modo di essere della concezione vichiana sui corsi e ricorsi storici»³⁶.

Cambiamenti, gli uni e gli altri, che, come testimoniano invece le trasformazioni del diritto (inter)nazionale degli ultimi settant'anni, concorrono (i) non solo a rimettere in discussione la tenuta del modello kelseniano dell'unità e identità degli ordinamenti giuridici e della ricostruzione gerarchicamente ordinata delle fonti che ne scandiscono le condizioni di validità e legittimità, ma anche, e non meno significati-

³² A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 62.

³³ *Ibidem*.

³⁴ La citazione di G. ZANOBINI, *Gerarchia e parità fra le fonti*, in AA.VV. *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, vol. 1., 1940, 612, è ripresa da A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 62.

³⁵ Sulla locuzione 'disordinamento giuridico' cfr. *supra*, n. 7.

³⁶ A. MORRONE, *Fonti normative*, cit., 1.

vamente, (ii) a mettere a rischio la tutela e attuazione dei diritti fondamentali, principio fondante del progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale³⁷.

§ 4.2. – *Funzione legislativa e funzione giudiziale nell'attuale disordinamento giuridico*

I cambiamenti del diritto (inter)nazionale degli ultimi settant'anni (con uno sviluppo incontrollato, per un verso, dello *human rights law* come effetto dell'internazionalizzazione e positivizzazione dei diritti fondamentali e, per altro verso, della *lex mercatoria* come conseguenza della globalizzazione dei mercati, della finanza e dell'economia) non possono non determinare un condizionamento reciproco fra disordinamento giuridico, da una parte e, dall'altra, progressiva trasformazione della funzione legislativa e della funzione giudiziale.

L'attuale disordinamento giuridico, in altri termini, appare condizionare ed essere condizionato a un tempo da una lenta, e ancora non adeguatamente tematizzata, trasformazione sia della funzione legislativa sia della funzione giudiziale. Trasformazioni, l'una e l'altra, che rinviano più a fattori strutturalmente inerenti al disordinamento del nuovo diritto (inter)nazionale che non, come sembra suggerire gran parte della letteratura, a fortuite anomalie o a momentanee ed eccentriche disfunzioni che portano, nel primo caso, a censurare "la latitanza del legislatore" e, nel secondo caso, a biasimare "l'attivismo dei giudici".

Non che "la latitanza del legislatore" non sia una componente spesso rilevante nel condizionare quello che viene stigmatizzato come "attivismo giudiziale". Come sottolinea infatti Stefano Rodotà, «[l]e omissioni del legislatore, [...] frutto di una scelta politica, possono non essere sanzionate, se non nei modi della politica» mentre invece «il giudice [...] si trova di fronte al problema della denegata giustizia, dell'inammissibilità del *non liquet*» e «questo tema classico deve essere ripensato in un contesto nel quale le dinamiche innescate da diversi fattori [...], fanno affluire davanti al giudice molte e impellenti domande sociali, che si aggiungono a quelle che lo stesso legislatore ha trasferito alla magistratura, con un consapevole e silenzioso processo di delega che in molti casi la costituisce» come "pattumiera dei conflitti sociali"³⁸.

Nondimeno, indipendentemente da forme di latitanza condizionate da calcolo politico, spesso la funzione del legislatore nazionale,

³⁷ Sul punto, per un'analisi più puntuale, rinvio a T. MAZZARESE, *La (mancata) tutela dei diritti fondamentali fra sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e disordine delle fonti del diritto*, in IDEM (a cura di), *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

³⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 60.

per un verso, è “intralciata” da interferenze di diritto regionale e internazionale in tema di diritti fondamentali, e, per altro verso, in tema di commercio internazionale, è del tutto surclassata dalle cosiddette *law firms* che decidono forme e modi della *lex mercatoria*.

E ancora, riguardo al tanto deprecato “attivismo dei giudici”, va messo in evidenza un secondo fattore che, accanto e oltre a quello della latitanza del legislatore, ne offre una spiegazione e/o giustificazione. Anche là dove il legislatore nazionale sia intervenuto infatti a disciplinare forme e modi della tutela di un diritto fondamentale, quando nel diritto regionale e/o internazionale si diano forme di maggiore tutela dello stesso diritto, il giudice si trova di fronte al dilemma di quale dei due principi che ne disciplinano la funzione debba seguire: se il principio della propria soggezione alla legge o, invece, il principio della maggiore tutela dei diritti fondamentali³⁹.

Nondimeno, nonostante l’inammissibilità del *non liquet* a fronte di casi non regolati dal legislatore e nonostante il principio della maggior tutela dei diritti fondamentali (alternativo, e non complementare, al principio della soggezione del giudice alla legge), non sempre i fattori che condizionano i (nuovi) margini di discrezionalità nell’operato dei giudici sono presi sul serio.

Lo conferma lo scarso credito riconosciuto alla posizione di chi, per quanto in termini non sempre coincidenti, ha proposto una lettura che, invece di stigmatizzare la nuova fisionomia che va progressivamente acquistando la funzione del giudice, si preoccupa piuttosto di comprenderne le ragioni. Si preoccupa, cioè, di comprendere le dinamiche del diritto (inter)nazionale degli ultimi settant’anni che hanno contribuito ad accentuare le criticità, invero risalenti, degli gli assunti che hanno connotato la concezione del ruolo del giudice perentoriamente sancita dall’illuminismo giuridico.

Così, ad esempio, non è oggetto di grande attenzione la posizione di chi come Sabino Cassese scrive di «funzione costituzionale dei giudici non statali»⁴⁰, affermando che «in presenza di una grande varietà di norme globali, sovranazionali e statali, non disposte in modo gerarchico, che lasciano una certa libertà di scelta del diritto, i giudici non solo garantiscono l’unità giuridica interna di ciascun ordinamento, ma, contemporaneamente, assicurano il collegamento tra l’ordinamento di appartenenza e gli ordinamenti esterni, regolando i rapporti tra i diversi sistemi»⁴¹.

³⁹ Sul punto rinvio a T. MAZZARESE, *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda disorientante*, in *Lo Stato*, n. 2/2018, § 2.2.

⁴⁰ S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali*, cit.

⁴¹ S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, 90.

Né particolare interesse registra la posizione di chi come Manuel Atienza, all'alternativa fra formalismo e attivismo giudiziale, contrappone, la figura del «giudice attivo», di un giudice, cioè, che pur non ignorando «i valori della cultura del legalismo», non si attenga unicamente al testo della legge ignorando le ragioni su cui essa si fonda, i suoi fini e i suoi valori⁴².

E non da ultimo, gode di scarso consenso anche una posizione come quella di Paolo Caretti che, in contrasto sia con chi sminuisce la portata della progressiva ridefinizione dei termini della soggezione del giudice alla legge considerandola «un fenomeno legato a ragioni contingenti [...] degli istituti della rappresentanza politica», sia con chi la stigmatizza come «niente più che il frutto di un eccesso di “attivismo” dei giudici»⁴³, afferma, invece, che «[q]uella che stiamo vivendo non è [...] una situazione patologica, ma [...] uno sviluppo fisiologico dello Stato costituzionale [che] segna il passaggio da una democrazia legislativa ad una democrazia costituzionale; da una democrazia monistica ad una democrazia pluralistica; da una democrazia nazionale ad una democrazia sovranazionale»⁴⁴.

Abstract

Taking as a starting point the recent volume by Andrea Morrone on normative sources, this paper aims at drawing attention to two sorts of query relating to the current disorder of legal sources in (inter)national law. Namely, the first one concerns the apparent alternative between the view according to which is sufficient to confine the scope of investigation exclusively to the triangulation between domestic law, regional law and international law and the view according to which, to the contrary, it would also be necessary to take into account the ways other forms of nowadays pervasive legal production affect and interfere with such a triangulation. The second sort of query, on the other hand, focuses on three questions – legal as well as philosophical and political in character – concerning (i) the terms in which to account for the (radical) changes “(national) legal orders” have been affected in the last decades; (ii) the way to conceive of the allegedly “judicial activism” by national and international judges and (iii) the concerns about the progressive weakening of the core value of modern legal culture, that is, the principle of separation of powers.

⁴² M. ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, 141-142.

⁴³ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Napoli, ESI, 2016, 25.

⁴⁴ *Ibidem*.