

## **Intervento della Prof.ssa Alessandra Algostino - 12/11/2020 dibattito su Arera, authority e soft law**

### **Paolo Carsetti**

Io adesso passerei la parola alla professoressa Algostino proprio perché vogliamo entrare un po' più nel merito di come, diciamo, da una parte quello di cui abbiamo parlato finora quindi l'attività delle autorità dipendenti ma non solo, anche diciamo delle loro modalità costitutive, le loro regole costitutive come inficiano sulla democrazia ma ,allargare lo sguardo a quella che appunto ho definito nell'introduzione, prendendo spunto proprio da una direzione che veniva data dalla stessa professoressa nel suo articolo, la cosiddetta soft law; in quell'articolo io sono rimasto molto colpito perché si parte con l'esempio della ormai famigerata, anche a noi tristemente famigerata e nota lettera di Trichet e Draghi del 5 agosto 2011 con cui, sostanzialmente, dettavano l'agenda politica negli anni successivi e che poi pedissequamente è stata attuata, come appunto esempio chiarissimo della **capacità persuasiva di quella che non è, ovviamente un atto avente forza di legge, ma che lo ha spiegato molto più di qualsiasi altro, con tutto quello che abbiamo visto approvare anche dal governo e dal Parlamento.**

Quindi chiedere appunto, da questo punto di vista che, diciamo, potenza purtroppo hanno questi dispositivi rispetto alla tenuta democratica non solo del nostro paese, ma anche a livello internazionale.

### **Alessandra Algostino**

Allora grazie, grazie innanzitutto per l'invito, grazie anche a Paolo per il quadro molto chiaro che ha fatto all'inizio, e ancora che ha richiamato adesso, e grazie anche ad Alice e Sergio che mi hanno dato molti interessanti puntuali e precisi spunti su cui anche riflettere e su cui cercare di tarare un po' questa mia riflessione.

Io non mi proporrò una riflessione diciamo così puntuale, perché vorrei proprio cercare invece di partire da quanto loro in maniera così precisa e chiara hanno detto per cercare di provare ad allargare un po' lo sguardo e inserire queste considerazioni all'interno di una crisi più ampia della democrazia; cioè considerarle un po' come un'espressione di questa crisi della democrazia, di questa trasformazione anche del modo di produrre diritto, **cioè di questa metamorfosi vera e propria del diritto e anche di questa involuzione che porta a far sì che l'economico, i dogmi**

**economici siano viepiù prevalenti su quello che è invece il costituzionalismo**, la tradizione del costituzionalismo.

Allora vorrei partire richiamandovi alcune espressioni che secondo me rendono molto bene quello che è il cattivo stato di salute della democrazia, ve li richiamo: democrazia senza democrazia, democrazia plebiscitaria, democrazia dispotica, autocrazia elettiva, post democrazia, democrazia oligarchica. Ecco, sono alcune locuzioni, la maggior parte contengono degli ossimori che mettono proprio in luce come siamo ormai in uno stadio avanzato di degenerazione della democrazia. Ed è un processo questo che parte ormai da lontano; provo a citarvi qualche passaggio così, sono elementi un po' eterogenei: nel 1975 la commissione trilaterale lamenta l'eccesso di democrazia; anni ottanta svolta non solo in Italia in senso neoliberale; 1993 invece in Italia l'adozione di un sistema elettorale di tipo maggioritario; 2013 l'emblematica critica, che penso che molti di voi ricorderanno, del la jp morgan alle costituzioni dei paesi del sud Europa per la debolezza degli esecutivi, l'eccessiva tutela dei lavoratori, del diritto di protesta.

Ecco sono elementi eterogenei quelli che vi ho citato ma che restituiscono proprio l'intensità del processo che sta svuotando la democrazia nelle sue varie accezioni, cioè come democrazia politica economica e sociale che sono, e non è un caso, i tre profili che la Costituzione associa in chiave emancipante in quello che è il cuore del progetto costituzionale di emancipazione, che è l'emancipazione personale e sociale che l'articolo 3 secondo comma. È un quadro diciamo molto fosco quello che abbiamo di fronte.

Io proverei a tracciarne qualche linea, soffermandomi in particolare su quelle che più hanno un legame con quanto è stato evidenziato prima.

Primo elemento crisi della rappresentanza che, legata da un lato a sistemi elettorali di tipo maggioritario, dall'altro a una perdita di rappresentatività di rappresentanza di quello che è il pluralismo e il conflitto sociale presente all'interno della società, il cambiamento dei partiti politici che da organizzazioni capaci di essere veicolo tra società e istituzioni e di organizzare in forma collettiva rivendicazioni e visioni del mondo diventano partiti leggeri liquidi appiattiti sulle istituzioni tesi alla propria riproduzione; quindi una crisi complessiva della rappresentanza che si aggancia ad un altro elemento: **la crisi del Parlamento**.

Un Parlamento che ridotto sempre più ad organo di ratifica, un organo di ratifica di decisioni assunte altrove, da chi? Molto spesso dagli organi esecutivi, non di rado in realtà anche gli organi esecutivi assumono decisioni in realtà vincolate da scelte compiute altrove, **in quello che è l'emisfero diciamo della global economic governance** cui faremo cenno tra poco: ma il Parlamento come veniva osservato prima anche da Sergio è un Parlamento anche che in realtà si spoglia quasi del suo potere normativo, si auto marginalizza e questo mi pare proprio evidente nel caso che veniva citato prima della sostanzialmente concessione di poteri normativi alle autorità amministrative indipendenti. Ma questo lo vediamo anche oggi nella gestione dell'emergenza: **il Parlamento si è esautorato ma il Parlamento si è anche auto marginalizzato non intervenendo.**

Questo è un processo che è anche legato ad una surrogazione della rappresentanza con la governabilità. Cioè oggi sempre meno le decisioni vengono assunte attraverso la discussione, attraverso dei processi di integrazione e di mediazione politica tra maggioranza e minoranze, mi riferisco alle minoranze al plurale, agganciandomi ai problemi sollevati in realtà dal sistema elettorale di tipo maggioritario.

Sempre più spesso le esigenze diciamo della rappresentanza, della discussione, del compromesso politico in un senso alto del termine, cedono di fronte alle imposizioni della governabilità. Imposizione della governabilità e delle procedure di governance mutuata da un sistema, diciamo, che assume come centrale l'efficacia. L'efficacia che è mutuata dal sistema economico; non a caso prima Sergio, mi sono segnata proprio due parole che comparivano nelle sue slide e che lui ha sottolineato: concorrenza ed efficienza.

**Ecco, anche nella produzione normativa noi ragioniamo secondo questi parametri di efficienza, di raggiungimento di un risultato; ma quale risultato, perché la governabilità non è un qualcosa di neutro, la governabilità possiamo chiederci in nome di che cosa, in quale direzione questa governabilità, per chi questa governabilità.**

Ecco nella realtà dei fatti la governabilità si accompagna all'egemonia dell'economia sulla politica, le scelte politiche sono sempre più scelte eterodirette, incanalate in parametri economici che vengono assunti come dogmi; forse tu Paolo prima richiamavi proprio il ruolo della tecnica, ecco **il ruolo della tecnica che oggi si declina molto come, diciamo, imposizione di quelli che sono dei parametri economici, di un modello economico che è assunto come legge naturale, come se**

**fosse imprescindibile e come non fosse invece a sua volta oggetto di una scelta politica oggi egemonica e vincente; ma pur sempre oggetto di una scelta politica. Altri modelli sono possibili.**

Quindi il ruolo della tecnica anche qui porta ad uno scivolamento verso **una democrazia sempre più oligarchica**, gestita dai pochi che sanno, diciamo, manovrare la tecnica. Su questo si innestano le cosiddette nuove forme di "democrazia partecipativa". Io ho molti dubbi su queste nuove forme di democrazia partecipativa; adesso non ho il tempo di allargare anche il discorso su questo fronte, ma mi ha molto colpito, anche qui, quanto veniva osservato prima riguardo alle consultazioni, compiute ad esempio da Arera.

Queste consultazioni chiaramente non possono equivalere a quelle forme di partecipazione effettiva di cui ragiona la Costituzione all'articolo 3 secondo comma; sono semplicemente secondo me delle operazioni di marketing; un modo per far vedere che vi è partecipazione, di maggior democrazia quando in realtà non vi è.

Questo secondo me nelle migliori delle ipotesi perché poi molte volte **queste forme di democrazia partecipativa in realtà si rivelano delle forme per cercare di anestetzare il dissenso** di reprimere quello che è un pluralismo presente all'interno della società e questo è evidente ad esempio come strumenti come l'osservatorio per la linea ferroviaria Torino Lione che è chiaramente una trappola che cerca di anestetzare il dissenso.

Di questo processo, diciamo di progressiva dismissione di quello che è un modello di democrazia che tiene insieme i tre profili democrazia politica economica e sociale, fa parte anche tutta la dismissione della garanzia dei diritti sociali, mi riferisco a salute istruzione e assistenza sociale. Gli effetti nella dismissione della garanzia dei diritti sociali sono oggi sotto gli occhi di tutti in presenza di una crisi sanitaria, di un'emergenza sanitaria come quella che stiamo vivendo, ma anche di una crisi economico-sociale come quella che stiamo vivendo, perché non ci sono strumenti né di carattere sanitario né di carattere sociale che consentano di fronteggiare questa diciamo questa doppia crisi. È un processo che è passato attraverso diverse fasi, aziendalizzazione, privatizzazione liberalizzazione la commistione di questi modelli, come forse in parte mi pare di aver capito solo anche le autorità amministrative indipendenti, che mischiano diciamo elementi che provengono dal privato con elementi che del pubblico,

mettono insieme questi due elementi. Ancora fanno parte diciamo di questa crisi la deregolamentazione del lavoro con una sostituzione della contrattazione collettiva a livello nazionale con la contrattazione aziendale, con diciamo la falsità nel considerare diciamo le partite IVA come lavoratori autonomi e non lavoratori dipendenti. **Ancora fa parte di questo quadro di dismissione della democrazia sociale, l'introduzione del principio di pareggio di bilancio con la legge costituzionale 1 del 2012 che esprime proprio l'idea che i diritti sono un qualcosa che viene dopo; quasi un effetto secondario, ed è riconducibile questo al modello imperante in Unione Europea che è il modello dell'economia sociale di mercato che in realtà di sociale non ha nulla, è un'economia di mercato fortemente competitiva in cui diritti sono visti quasi come un effetto collaterale.** E in questo mi colpiva di nuovo un passaggio che citava prima Sergio, mi sono segnata questo passaggio, diceva armonizzando gli obiettivi economico finanziari e gli obiettivi di carattere sociale. Non sono sullo stesso piano, così come il principio di pareggio di bilancio non è sullo stesso piano delle altre norme della Costituzione; **la nostra Costituzione è una Costituzione che si fonda sul principio di centralità della persona umana dei suoi diritti e del progetto di emancipazione sociale personale e collettiva.**

Questo è la chiave della Costituzione. Il principio di pareggio di bilancio in questo contesto costituzionale è una nota stonata disarmonica dissonante; non lo è però in un altro contesto, cioè in quel contesto della **global economic governance**, in cui bene si inserisce quel passaggio che citava prima Sergio, perché in quel contesto si, vengono prima gli obiettivi economico finanziari e semmai sono i diritti gli obiettivi sociali i vincoli ambientali che si devono in qualche modo adeguare agli obiettivi economico finanziari.

E questo mi porta a dire che tutto questo discorso ci mostra **come sia in atto uno scontro, uno scontro a livello statale ma anche a livello globale**, uno scontro tra due orizzonti di riferimento uno è quello della Costituzione del costituzionalismo, con la limitazione e l'equilibrio dei poteri. E anche qui di nuovo mi riallaccio a quanto veniva detto prima, questa commistione di poteri che c'è all'interno delle autorità amministrative indipendenti che hanno poteri sanzionatori, poteri normativi, poteri esecutivi, cioè non vi più questo principio di separazione e riequilibrio dei poteri che è un classico ormai della tradizione diciamo del costituzionalismo dalla fine del settecento. Il costituzionalismo si basa su due elementi proprio, questa limitazione di equilibrio dei poteri e la garanzia dei diritti, la centralità della persona, il progetto di emancipazione.

**Questa prospettiva si scontra oggi con un'altra prospettiva che vi è più egemonica che è quella di un modello economico neoliberale che ha come fine il profitto;** che ha come fine al profitto e che ha come parole d'ordine quelle che venivano ricordate prima l'efficienza la concorrenza la competitività l'efficacia l'ottenimento di un risultato, sempre avendo come fine quello della massimizzazione del profitto.

Ecco il modello economico e di gestione politica, ma anche di produzione normativa che possiamo sintetizzare con l'espressione **global economic governance** dove non a caso ragioniamo di governance e non di government cioè di un modello che di per sé si basa su una mescolanza fra pubblico e privato, tra potere di diritto e potere di fatto; un sistema cioè dove ciascuno esercita il suo potere governante, che sia un potere politico, un potere economico, un potere di tipo mediatico; come un sistema dove a dominare sono i cosiddetti nuovi sovrani in contrapposizione ad una sovranità che nelle democrazie è una sovranità popolare.

Quali sono questi nuovi sovrani: le grandi corporation internazionali le organizzazioni economiche internazionali, fondo monetario internazionale, banca mondiale, organizzazione mondiale del commercio, banca centrale europea, le agenzie di rating, le corti internazionali in specie le corti arbitrali, e qui vorrei far riferimento a quei famigerati meccanismi che sono i meccanismi della risoluzione delle controversie tra Stati e investitori, cosiddetti meccanismi SDS che hanno diciamo che elevano alla massima potenza quei problemi di indipendenza che sono stati sottolineati da Alice e Sergio che possiede ad esempio Arera o le altre autorità amministrative indipendenti; perché sono sostanzialmente delle corti arbitrali controllate da coloro che richiedono la risoluzione di una determinata controversia, per cui non hanno assolutamente alcuna garanzia di indipendenza.

Ancora fanno parte di questi nuovi sovrani ovviamente gli Stati ma gli Stati con ruolo diciamo marginale lo stato è colui che deve creare le condizioni perché gli attori economici possano liberamente muoversi e massimizzare i propri i propri profitti.

Tutto questo si riflette anche sulla produzione del diritto e **qui veniamo anche alla soft law** ci tenevo a inserire diciamo la soft law in questo quadro di carattere generale perché è tutto un processo in cui si tiene questa trasformazione complessiva. Il diritto è sempre più segnato diciamo dal primato dell'economico e dalle esigenze del modello economico per cui si espandono le fonti di matrice contrattuale, di matrice consuetudinaria e ha un ruolo sempre più recessivo la legge come norma di carattere

generale e astratto e si espande sempre di più quel diritto appunto che possiamo identificare con soft law, lo ricordava molto bene Paolo prima, cioè **norme che non sono giuridicamente vincolanti ma che hanno effetti giuridici da un punto di vista pratico e l'esempio emblematico su cui ritorno anch'io è proprio quello della lettera che la BCE ha inviato al primo ministro Italiano (perché lo definisce così) il 5 agosto del 2011. Una lettera, quindi un atto assolutamente informale, un atto che, dal punto di vista giuridico il governo Italiano avrebbe potuto prendere buttare in un cestino, ma un atto che invece ha portato nel giro di pochissimi mesi all'adozione di una legge costituzionale, quella sul principio di pareggio di bilancio, di tutta una serie di decreti legge in materia di deregolamentazione di diritto del lavoro, di sponsorizzazione della contrattazione aziendale, di riforma del sistema pensionistico, tutti i punti - io con gli studenti a lezione faccio sempre questo esercizio, leggo la lettera della BCE, vedere i provvedimenti che puntualmente sono stati adottati, questo proprio per dimostrarvi come questi atti che sono atti di soft law quindi sono atti non giuridicamente vincolanti - che esercitano in realtà un fortissimo potere di fatto.**

Cito solo e poi chiudo perché credo di essere già andata anche un po' oltre con il tempo. **Un altro atto di soft law che ha effetti paradossali è la dichiarazione tra Unione Europea e Turchia in materia di esternalizzazione delle frontiere**, controllo delle frontiere, ripartizione dei rifugiati; è una dichiarazione, quindi anche qui, che compare sul sito del Consiglio Europeo, quindi sul sito ufficiale dell'Unione Europea, **però è un atto che, in realtà, l'unione europea non considera come proprio**, perché non è stato redatto seguendo le procedure previste dalle norme europee per la redazione di un trattato internazionale, che vedono tra l'altro in questa materia un coinvolgimento ad esempio del Parlamento, ragionando di esautoramento degli organi rappresentativi. In questo caso, questo accordo non accordo è stato concluso nell'ambito di un vertice internazionale, ma il tribunale dell'Unione Europea ha detto che sì, era un vertice del Consiglio Europeo, ed è vero che questa dichiarazione è sul sito ufficiale dell'Unione Europea, però in quella sede, in quel momento in realtà i capi di Stato e di governo dei paesi membri dell'Unione Europea non operavano come membri dell'Unione Europea ma operavano diciamo come Capi di stato e di Governo dei singoli paesi membri.

**Quindi non è un atto dell'Unione Europea l'unione europea è incompetente non può decidere delle violazioni dei diritti che questo trattato compie.**

Cosa succede? Che la soft law, questo per dimostrarvi come la soft law ha anche un altro effetto molto rilevante, cioè essendo un atto così fluido, così flessibile, così malleabile senza forma, è un atto che difficilmente può essere aggredito in giudizio; **però i migranti sono stati espulsi e rinviati in Turchia sulla base di quest'atto di soft law cioè ha effetto ha avuto effetti giuridici pratici pur essendo un atto di soft law, ma non si può agire in giudizio, chiedere alla corte di giustizia e di valutarne la conformità rispetto al diritto dell'Unione Europea, perché non è un atto dell'Unione Europea.**

Ecco questo per mettere in luce come e questi atti di soft law molto spesso siano atti informali esercitati attraverso il ricorso ad un potere di fatto e quindi siano atti di cui sostanzialmente nessuno si assume la responsabilità politica ma nello stesso tempo sono atti che incidono alcune volte in maniera molto rilevante sia nel caso della lettera della BCE che di questa dichiarazione sui diritti dei cittadini.

Quindi secondo me è una trasformazione in atto del diritto che io definisco un po' **come uno scontro anche qui tra prospettive diverse di modi di produzione del diritto su cui secondo me occorre avviare una riflessione.** Io vi ringrazio spero di non essere uscita troppo fuori tema.

Grazie.

*La Prof.ssa Alessandra Algostino è ordinaria di diritto costituzionale all'Università degli Studi di Torino*