

ALESSANDRA ALGOSTINO: *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2018 (Giustizia e politica costituzionali), pp. 230, Isbn 9788-8921-1650-4.

L'ultima monografia di Alessandra Algostino continua un percorso di ricerca giuridica che a prima vista si potrebbe definire "militante", se questa presentazione non finisse per attribuire una connotazione riduttiva ad un'opera che, pur essendo politicamente posizionata, ha una vocazione scientifica rigorosa e un'impostazione di taglio indubbiamente accademico.

Oggetto del suo penultimo lavoro monografico, nel 2011, era stato un tentativo di inquadramento giuridico-politico del movimento No-Tav in Val di Susa, inserito all'interno di una ricostruzione critica della teoria della democrazia¹. Con questo nuovo lavoro Algostino procede seguendo un andamento espositivo simile – con una prima parte di elaborazione teorica generale e una seconda di esame critico di un particolare fenomeno – riflettendo, questa volta, sui fondamenti generali della teoria del diritto e sulla possibilità di interrogare fenomeni di attualità nella realtà giuridica – i meccanismi di *Investor-State Dispute Settlement* e l'emersione della c.d. *soft law* – attraverso il supporto dell'impianto teorico formulato in precedenza. Si può subito anticipare che le due parti dell'opera potrebbero vivere autonomamente, non essendo così intrecciate da rendere l'una del tutto dipendente dall'altra.

Il compito affrontato nel primo capitolo ("Il concetto di diritto: un percorso teorico") è indubbiamente ambizioso: ripercorrere, con le lenti da costituzionalista indossate da Algostino, le elaborazioni teoriche che hanno trattato il diritto come fenomeno sociale. I riferimenti sono numerosissimi, spaziando tra buona parte dei maggiori giuristi dell'area occidentale (da Grozio in avanti, fino alle elaborazioni più recenti, con particolare attenzione alla speculazione dottrinale italiana e tedesca). Pur non essendo priva di spunti originali, questa prima sezione sconta, va detto, un certo eclettismo iniziale, che sfuma comunque man mano che l'Autrice mette a fuoco il proprio personale punto di vista. Traguardo di questo ricco percorso è che «*il diritto [...] esprime la forza ed è la forza*. In altri termini, la forza è costitutiva del diritto in una duplice accezione: [...] in quanto esso traduce in forma giuridica i rapporti di forza [...] presenti nella società; [...] in quanto il diritto stesso esercita una forza, pretendendo osservanza/obbedienza dai consociati e accompagnandosi a meccanismi ed organi, quali i giudici, che vigilano sull'osservanza/obbedienza» (pp. 44-45)².

¹ *Democrazia, rappresentanza e partecipazione: il caso del movimento no TAV*, Jovene, Napoli 2011.

² In quest'ottica qualsiasi contenuto può assumere forma giuridica tant'è vero che, sebbene vi sia «una distanza abissale fra le garanzie dell'art. 13 della Costituzione italiana e la regolamentazione dello sterminio nei campi di concentramento nazisti», «entrambe costituiscono diritto» (p. 43).

Questa prima conclusione, tuttavia, viene in un certo senso superata nel momento in cui Algostino passa ad illustrare come lo stesso diritto che “rispecchia” lo *status quo*, visto finora in una prospettiva *latu sensu* realistica, possa altresì presentarsi in forma trasformativa della realtà: in funzione promozionale (richiamando Norberto Bobbio), ad esempio, oppure come agente di trasformazione sociale (ai sensi, per intendersi, di quanto prevede la Costituzione italiana in punto di eguaglianza) o come manifestazione del conflitto sociale e delle procedure adottate per la sua soluzione. Anche in questi passaggi non è però sempre facile distinguere l’orientamento dell’Autrice all’interno di un’ampia esposizione di svariate posizioni dottrinali.

Il secondo capitolo (“La lotta per il diritto”) prosegue nell’esame dell’esperienza giuridica come «fenomeno sociale, proteiforme, determinato dai rapporti di forza, veicolo ed espressione di forza» (p. 61). Tra i vari spunti presenti, merita di essere segnalata la riflessione sui compiti dei giuristi, cui indubbiamente si rivolge *in primis* il lavoro dell’Autrice, all’interno di un quadro nel quale il diritto funge da terreno di scontro tra diversi valori e forze opposte. Secondo Algostino il giurista è onerato del dovere di «demistificare le pretese di onnivalenza e intoccabilità di *un* diritto, qualsivoglia esso sia, in nome della relatività, sul piano teorico del diritto; denudare i rapporti di forza sottesi al diritto (ai diritti) e chiarire la connessione fra società e diritto; scegliere, quindi, entrando nel territorio della politica del diritto, le ragioni di un diritto» (p. 89). Piccolo difetto di questo capitolo è una certa dispersione espositiva. In un’unica pagina, ad esempio, riescono ad essere citati Salvatore Quasimodo, Fabrizio De André, Sofocle e Antonio Gramsci. La ricchezza di riferimenti è indubbiamente un pregio, ma, a parere di chi scrive, a volte indebolisce la forza espositiva delle tesi di Algostino, frammentate in questa prima parte della sua monografia da un numero forse soverchiante di richiami di vario genere e carattere.

Con il terzo capitolo (“Il conflitto sul diritto nel XXI secolo”) il volume si colora, positivamente, di sfumature sempre più critiche, capaci di concentrarsi in modo puntuale su alcune delle tendenze ricostruttive oggi più in voga nell’ambito del diritto, sotto le quali l’Autrice, con acume, coglie tratti inquietanti e preoccupanti. La prima riguarda il passaggio dal costituzionalismo alla *global economic governance*. Cosa significa, ad esempio, la crisi dello Stato nell’ambito del diritto? Che quest’ultimo «è depotenziato, commissariato dal potere economico, e perde il monopolio, se non il primato, nella produzione giuridica, divenendo sempre più un mero *recettore* di norme prodotte altrove, oltre che un formatore di servizi ed erogatore di appalti e un gestore dell’ordine sociale, nonché cassa alla quale attingere nei momenti di traversie» (p. 102). Altro quesito posto da Algostino: se lo Stato si trova in queste condizioni, dove risiede allora il potere normativo? La risposta è che «sono sempre meno il Campidoglio, Westminster e il nostrano Montecitorio, le sedi nelle quali si discutono e si approvano le norme, e non sono nemmeno (o non solo), la Casa Bianca, 10 Downing Street o Palazzo Chigi: ad essi si sostituiscono sale riunioni, che possono essere nel palazzo

della World Bank a Washington DC, o nel castello di Schloss Elmau, in Germania, presso il Kanko Hotel di Shima, in Giappone, o al Palacongressi di Taormina [sedi di alcune delle ultime riunioni del G7, n.d.r.], così come – *last but not least* – negli uffici delle *law firms* statunitensi» (pp. 103-104).

La seconda tendenza indagata è quella che si manifesta tramite il processo di surrogazione del diritto di matrice contrattuale o spontanea a quello “politico”, oggetto dei successivi *case studies* esaminati da Algostino. In sostanza, si tratta del fenomeno, presentato da alcuni autori in chiave positiva come auspicabile manifestazione dell'autonomia dei singoli, grazie al quale si produce una «disapplicazione di fatto di norme appartenenti all'*hard law* statale, sovranazionale o internazionale, in favore delle norme (autoprodotte) dagli attori del mercato e applicate dalle corti arbitrali» (p. 107). Acutamente l'Autrice punta il dito contro l'esaltazione acritica del diritto spontaneo, non mediato: dietro questo processo, infatti, non stanno necessariamente presunte forme di liberazione dall'oppressiva attività normativa pubblica, di cui viene denunciata da molti l'obsolescenza, ma un diritto strumentale «all'utilità del più forte» (p. 111). Su questo punto, gli argomenti messi in campo da Algostino sono particolarmente preziosi. Se si dice “autonomia del diritto”, occorre prima di tutto domandarsi “autonomia goduta da quale soggetti? E nei confronti di quali altri attori?”. Si fa notare, infatti, che «la prospettiva della spontaneità può, *prima facie*, evocare l'immagine di un diritto *osservato*, e non obbedito, ovvero di un diritto “vicino”, dove autori e destinatari delle norme coincidono: un diritto, in sintesi, dal carattere eminentemente *autonomo*. Tale lettura però misconosce il dato reale: non si sta discorrendo del diritto di una comunità di persone libere ed uguali, bensì del diritto della *global economic governance*» (pp. 117-118).

Infine, un'ulteriore mistificazione presa di mira dall'Autrice è quella che spinge per il superamento del “diritto della piramide”, tipicamente statale e gerarchico (Costituzione, legge ordinaria, regolamento e così via discendendo), a favore del “diritto della rete”. Se è vero che un sistema integralmente geometrico delle fonti del diritto non ha riscontro nella realtà, una volta avvenuto il superamento delle relazioni verticali non è affatto detto che il passo successivo sia rappresentato da un'evoluzione democratica: «non convince la rete come modello inclusivo, che evoca orizzontalità, intersoggettività, interconnessione, convivenza, *contra* la piramide come modello escludente, *in re ipsa* caratterizzato da diseguaglianza, da rapporti verticali, dalla logica del comando» (p. 122).

Terminata questa prima parte, Algostino arriva ad alcune conclusioni, in forma di proposte a tutti gli effetti di carattere politico, per organizzare una forma di resistenza contro egemonica rispetto all'avanzata dei fenomeni anzidetti. Un primo versante di questo intervento si dovrebbe fondare sia sui «movimenti dal basso dei cittadini del mondo, con la creazione di spazi di autogestione, di *altra* economia, di comunità locali, che testimoniano un modo di concepire e produrre le norme, alternativo, sia rispetto

al *modus operandi* delle democrazie rappresentative» (p. 125), dove è inevitabile il riferimento alla riflessione in materia di *Commons*. Tuttavia, e su questo punto l'Autrice è fedele al dichiarato approccio realista, viene riconosciuta l'intrinseca debolezza attuale di questa forma di resistenza, la quale dunque necessita di integrarsi con un'ulteriore forma di intervento, decisamente più classica, rappresentata dal costituzionalismo (qui è scontato il richiamo a un autore come Luigi Ferrajoli, più volte opportunamente evocato da Algostino). Viene proposta, quindi, una forma di alleanza tra queste due componenti, da cementarsi inevitabilmente su adeguate forze sociali di sostegno. Vale la pena di osservare che l'esigenza di una base materiale di questo tipo si avverte tanto più oggi all'interno del contesto italiano, dove appare in certi casi evidente un grave scollamento tra forze sociali e Costituzione.

Tornando al ragionamento sviluppato dall'Autrice, dal momento che i due *case studies* esaminati da Algostino presentano un alto profilo di tecnicismi, vorrei limitare la presentazione del volume ai profili di più immediato interesse per i lettori di questa Rivista.

Il primo fenomeno analizzato riguarda i c.d. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. Non particolarmente noti con tale sigla, fuori dalla cerchia degli "addetti ai lavori", sono stati spesso ricordati nell'ambito della discussione pubblica relativa al Trattato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP: *Transatlantic Trade and Investment Partnership*). Più volte, infatti, se ne è denunciata l'intrinseca potenziale pericolosità, illustrata da Algostino con dovizia di dettagli normativi e di casistica storica. A prescindere dal TTIP, destinato presumibilmente a rimanere lettera morta nel breve periodo, sono numerosi i trattati esistenti che prevedono clausole ISDS, inclusi alcuni cui aderisce lo Stato italiano. Quali meccanismi congegnati per distogliere la possibilità di giudicare di controversie tra Stati e investitori dai giudici statali a favore di corti arbitrali internazionali, l'Autrice mostra in modo chiaro come tra metodi di selezione degli arbitri, norme applicabili, costi e giurisprudenza, l'adesione ad un meccanismo di ISDS finisca per determinare, a carico degli Stati, un «eteronomo self-restraint» (p. 164) a carico delle sedi del potere politico e amministrativo: «è come se esistesse una norma, o meglio, un principio di rango costituzionale, che interviene restringendo e indirizzando la discrezionalità del legislatore» (p. 165). Mentre oggi si ragiona di "giustizia privata" pensando in particolare al settore penale e alla discussione sulla legittima difesa, nell'ambito del discorso di Algostino tale espressione sarebbe ben più appropriata per indicare il funzionamento di tale meccanismo di risoluzione delle controversie, come forma di giustizia dei privati (in particolare i grandi investitori internazionali) contro i poteri pubblici. È bene osservare, tuttavia, che la ricostruzione dell'Autrice non è certo l'unica in dottrina, che anzi vede confrontarsi diverse posizioni non necessariamente così critiche, ma ha il merito di presentarsi ben argomentata e documentata.

Il secondo approfondimento si muove da un interrogativo di rilievo: la famosa, o famigerata, lettera di Mario Draghi e Jean-Claude Trichet inviata nell'estate del 2011 all'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, ove si intimava l'adozione di un programma di riforme da realizzarsi in Italia, rappresenta una fonte di diritto? Si tratta forse di un caso di *soft law*? Distinguendo il problema relativo alla definizione degli oggetti sussumibili nella categoria di *soft law* – entro cui rientrerebbe tutto ciò che determina effetti giuridici di rilievo senza dotarsi di effetti giuridici vincolanti – Algostino argomenta a favore del riconoscimento di questa nozione come un dato di fatto imprescindibile per il giurista contemporaneo. Tuttavia, passando ad un livello superiore di analisi rispetto alla semplice constatazione dell'esistente, l'Autrice torna ad approfondire il "lato oscuro" di queste manifestazioni apparentemente innovative del diritto. Segnala, ad esempio, che «è evidente la differenza fra un diritto prodotto da organi che possiedono una legittimazione democratica e ai quali è attribuita la competenza ad intervenire in un determinato ambito e un diritto che si impone in virtù della sua forza (persuasiva)» (p. 178). Particolare cura è riservata alle manifestazioni della *soft law* nel contesto dell'Unione europea, dove esiste un vero e proprio bacino di fonti, tra cui ricomprendere anche le "lettere" ricordate in precedenza, e rispetto alle quali si contrappongono due letture, tra chi considera questo coacervo di raccomandazioni, programmi, libri bianchi e libri verdi una positiva espressione della cooperazione tra Paesi membri e chi, con preoccupazione, vi vede un meccanismo per forzare gli Stati aderenti aggirando le procedure ordinarie. Sul punto, Algostino prende nettamente posto tra quanti guardano con sospetto alla *soft law* quale ennesimo canale utilizzato dalla *global economic governance* per disfarsi di principi costituzionali ritenuti sempre più un ostacolo alla piena manifestazione di interessi sociali ed economici di quello che Luciano Gallino definì finanzia-capitalismo.

Infine, nelle sue conclusioni ("Quale resistenza per il costituzionalismo?") Algostino sviluppa nuovamente la proposta, per ora solo abbozzata, di un'alleanza tra costituzionalismo e "diritto dal basso", enfatizzando la necessità di un diritto dell'economia che limiti il potere di quest'ultima anziché esserne una mera estensione. Tirando le somme: l'interessante volume di Algostino non sempre riesce a chiarire e definire la formula proposta e patrocinata dall'Autrice, la cosiddetta «prospettiva del diritto proteiforme» (p. 177). Escluso che con tale categoria l'Autrice volesse semplicemente constatare la crescente complessità e continua mutazione del sistema delle fonti di diritto ricorrendo alla figura mitologica di Proteo, si può ipotizzare che tale indeterminatezza di contenuti sia al contempo necessaria e parzialmente provvisoria, perché progressivamente suscettibile di precisazioni. Da una parte, infatti, la proposta di Algostino è inevitabilmente aperta alla dimensione sociale dei problemi, alla prospettiva del conflitto e della critica; per ciò stesso, quindi, non può definirsi in modo statico e definitivamente formalizzato. Dall'altra parte, la ricerca avviata dall'Autrice potrà auspicabilmente proseguire, interrogando altri ambiti del mondo del

diritto, che di certo non mancano, all'insegna di un'indagine sempre più profonda sui suoi contenuti "proteiformi".

Juan José Allievi