

Giuseppe Micciarelli

CETA, TTIP e altri fratelli: il contratto sociale della post-democrazia

(doi: 10.1437/87301)

Politica del diritto (ISSN 0032-3063)

Fascicolo 2, giugno 2017

Ente di afferenza:

Università degli Studi di Salerno (unisa)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

CETA, TTIP E ALTRI FRATELLI: IL CONTRATTO SOCIALE DELLA POST-DEMOCRAZIA

di Giuseppe Micciarelli

CETA, TTIP and other brothers: the social contract of post-democracy. This paper aims at analysing how the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) ought to be considered not only mere trade agreements, but they do represent the paradigm of an in-depth institutional transformation which marks the current phase of neoliberalism. These kind of partnership agreements which set-up Free Trade Areas – partly in a different way if compared to other regional Trade Agreements and the global network of bilateral investment treaties – involve the establishment of cooperation bodies, stakeholders committees and a panoply of arbitration court procedures for conflict resolution. These bodies are necessary in order to fulfil both the legal harmonization and the demolition of the so called «non-tariff barriers to trade» meaning the constellation of norms and standards that rule the production and exports of goods and services according to different national-based legal systems. These «living agreements» affect the institutional relations of our representative democracies. This paper will try to show the extent to which this process, theoretically conceivable as a new stage of the State governmentalization, can be described as *institutional governmentalization*: a system which leads to embryonic forms of a new post-democratic politics, built upon the interests of specific social actors, who are able to impose their power, but also, to a relevant extent, to imprint their «organizational image» to State institutions. This essay is organized as follows: the first section deals with the political nature of partnership agreements and the secrecy regime of the negotiations; the second and third sections problematize how these partnerships influence the pillar of the modern sovereignty, that is to say the law-making power. Thereafter, this paper offers a critical conceptualization concerning the broader question of the arbitration system for the protection of foreign investments.

Keywords: TTIP, CETA, Neoliberalism, Soft Law, International Commercial Arbitration, global economic Governance, Democracy.

Ogni forma di potere politico non può essere storicamente concepita e giustificata se non come l'apparato giuridico di un reale potere economico.

Antonio Gramsci

Giuseppe Micciarelli è assegnista di ricerca in Filosofia politica e Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Salerno. E-mail: giuseppemicciarelli@gmail.com

1. La crisi come vettore di trasformazione istituzionale

Il lessico della crisi si presenta ciclicamente sulla scena della democrazia, ma una simile ricorsività diacronica non deve trarre in inganno: non si tratta solo di un concetto retorico. La sua rappresentazione è spinta da dati concreti, segnala un meccanismo che si inceppa; il problema è semmai capire dove situare il cortocircuito. Potremmo partire dalla constatazione che oggi il perseguimento dell'obiettivo di una crescita economica socialmente condivisa in un quadro di controllo popolare sulle scelte politiche sembra una prospettiva di altri tempi; o forse, posta in questi termini, la retorica è nella rappresentazione idealizzata di quello che riusciva a «funzionare» prima. Anche questo contribuisce a divaricare tanto le interpretazioni sulle origini scaturenti, quanto le ipotesi di fuoriuscita. Seppur da diverse angolazioni e interpretazioni l'imputato principale della perdurante crisi odierna, che è insieme politica ed economica, sembra riconducibile all'incapacità regolativa delle istituzioni di questi due settori, seppur in prospettive che possono essere declinate in modo opposto. Non intendo approfondire questo terreno, quanto piuttosto sfruttarlo come punto di partenza, cogliendo l'intima fecondità della crisi che non segna mai una fine, ma un movimento verso un altro evento¹. Ragionerò allora su alcuni cambiamenti che si stanno producendo nella sfera istituzionale, per provare a cogliere cosa si stia determinando oltre il bordo di una faglia che, come insegna l'etimologia greca del verbo greco κρίνω, «separa» un prima e, evidentemente, un dopo.

Un prima e un dopo dell'economia e della politica dunque. Il prima dell'economia è per molti versi già oltre, nel senso che il *finanzcapitalismo* ha profondamento mutato non solo i rapporti di forza, ma il sistema di relazioni dell'economia globale. In questo campo la persistenza della crisi può essere interpretata come il segno, per usare il linguaggio di Karl Polany, di una *impasse* sulla cui sostenibilità ci dobbiamo seriamente interrogare². Uno

¹ Cfr. L. Bazzicalupo, *L'immaginario della crisi e lo spettro del cambiamento: falso movimento*, in L. Bazzicalupo, A. Tucci (a cura di), *Il grande crollo*, Mimesis, Milano-Udine, 2009, pp. 15-34. Per un interessante confronto diacronico con la ricorrenza del concetto nella teoria politica ed economica S. Amin, G. Arrighi, A.G. Frank, I. Wallerstein, *Dynamics of Global Crisis*, New York, Monthly Review Press, 1982.

² K. Polany, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 2010, p. 297.

stallo che si legge anche nell'altro fronte: la crisi della democrazia rappresentativa, delle sue procedure e delle sue categorie come quella di sovranità popolare. Un punto questo del quale dobbiamo porci un interrogativo scomodo: può il sistema politico restare uguale a se stesso? Infatti se è vero che c'è una sua certa stabilizzazione produttiva della crisi, come dispositivo di governo³, questa stabile instabilità ha effetti dirompenti sul giacimento di legittimazione e autorevolezza su cui dovrebbe fondarsi il sistema democratico. La ricerca di stabilità allora si muove sulla soglia delle due crisi, nel senso che la soluzione dell'una sembra indissolubilmente connessa a quella dell'altra. E così gli strumenti sperimentati nel campo del governo dell'economia globale suggeriscono l'impronta che dovrebbe assumere il modello politico istituzionale del mondo globalizzato. La tesi da cui muovo è che i trattati di libero scambio («free trade agreements», d'ora in poi FTAs), che costituiscono appunto uno dei pilastri attuali del mercato globale, contengano gli embrioni istituzionali della forma post democratica. Una forma che, come scrive Jacques Rancière «non è una democrazia che ha trovato nel gioco delle energie sociali la verità delle forme istituzionali. È una modalità di identificazione, tra i dispositivi istituzionali e la disposizione tra parti e parti della società, capace di far scomparire il soggetto e l'agire tipici della democrazia»⁴. Ciò non significa, a mio parere, che questi equilibri si esprimano solo attraverso *modalità* o reti *transitorie*, ma che piuttosto si sedimentino in nuovi abiti formali, costruiti su misura di altre energie sociali e di altre verità.

Discorso in tutta evidenza talmente ampio ed ambizioso che, per essere riportato ad una dimensione adatta a questo saggio, verrà percorso attraverso una lente che credo esemplare di questa metamorfosi a cavallo di due fronti: i due partenariati che coinvolgono l'Unione Europea con il Canada e gli Stati Uniti: il CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) e il TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership). Essi sono archetipi che vanno al di là della loro effettiva, ed ancora incerta,

³ Cfr. A. Ciervo, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016. Sulla crisi come modalità di governo P. Dardot, Ch. Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità economica neoliberalista*, Roma, DeriveApprodi, 2013, pp. 19 e ss

⁴ J. Rancière, *Il disaccordo*, Roma, Meltemi, 2007.

entrata in vigore, perché si propongono come modelli, riadattabili, di soluzione alla crisi e alla frattura epocale che il processo di globalizzazione ha imposto alla politica. Vengono infatti presentati a metà strada tra un'opportunità e una soluzione obbligata per uscire dalla crisi economica⁵, mentre sembrano prospettare invece l'inaugurazione di una *forma politica*, costruita ad immagine e somiglianza di determinati attori sociali, che impongono così sulla scena non soltanto la propria forza, ma la propria *impronta istituzionale*. Sebbene usciti dall'anonimato in cui erano relegati fino ad un paio di anni fa⁶, la loro complessità e la dilazione temporale con cui sono stati resi pubblici i documenti delle trattative, hanno ostacolato anche la critica della produzione scientifica. Mentre negli USA una parte significativa della comunità accademica ha preso una posizione molto dura contro una parte, almeno, degli accordi⁷, mentre in Europa, e in Italia in particolare, sono davvero poche le riflessioni sul tema⁸. Il mio tentativo non sarà quello di fornire un'analisi dettagliata dei partenariati o di una loro parte; malgrado ci sarebbe bisogno di maggiori studi anche su questo versante, quello che mi pare urgente è tentare di confrontare questi processi con le categorie della teoria politica e mostrare come essi debbano essere oggetto di particolare interesse anche della speculazione giusfilosofica, perché mettono in crisi i residui margini di azione politica organizzata in senso democratico sia dal punto di vista procedurale sia di svuotamento del suo *ethos* emancipatorio.⁹ Il mio percorso seguirà tre profili: il primo riguarda

⁵ Qui uno studio commissionato dall'UE http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150737.pdf. Per stime diverse cfr., L. Fontagne, J. Gourdon, S. Jean, *Transatlantic Trade: whither partnership, which economic consequences?*, Paris, Centre d'Etudes Prospectives et d'Information Internationales, 2013.

⁶ Cfr. J. Hilary, *Il partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti*, in *BMJ*, 349, 2014, Bruxelles, 2014; K. Bizzarri, P. Eberhardt, *A Brave New Transatlantic Partnership*, trad. it. TTIP, *Un trattato dell'altro mondo. Partenariato transatlantico tra US e UE per il commercio e gli investimenti*, in *I quaderni di Attac Torino*, 7, gennaio 2014; M. Bersani, M. Di Sisto, A. Zoratti, *Nelle mani dei mercati. Perché il TTIP va fermato*, Bologna, Emi, 2015.

⁷ In particolare, contro la previsione originaria di affidamento delle controversie relative agli investimenti ai tribunali arbitrali ISDS, di cui parleremo nel 3 par. <http://www.afj.org/wp-content/uploads/2015/03/ISDS-Letter-3.11.pdf>

⁸ Cfr., P. Bilancia (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*, Padova, Cedam, 2015; A. Agostino, *Transatlantic Trade and Investment Partnership: quando l'impero colpisce ancora?*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2014.

⁹ Su questo, di recente: A. Ferrara, *La democrazia e il potere assoluto dei mercati finanziari disancorati*, in *Politica & Società*, 1, 2015, 7-26; M.R. Ferrarese, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una «soft revolution»*, in *Pol. dir.*, 2, 2014.

la natura politica dei partenariati e il regime di segretezza con cui si svolgono le trattative; nel secondo e terzo paragrafo proverò a descrivere la loro influenza sugli attributi ritenuti fondamentali della sovranità moderna, secondo quella che la letteratura classica definisce la sua «autentica prerogativa» e cioè il potere di fare le leggi e quello di applicarle. In tal senso ragionerò in particolare degli strumenti di c.d. cooperazione regolatoria ed accennerò in conclusione al più ampio tema dell'inclusione di un sistema di protezione degli investimenti di matrice arbitrale.

1.2. *Molto più di accordi commerciali*

Com'è noto anche i più ferventi sostenitori del libero mercato ammettono che questo non possa esistere senza una forma di eteronomia¹⁰. Nel settore del commercio internazionale questo spazio non può essere occupato solo dalla regolazione statale perché la sovrapposizione tra regolazioni profondamente differenti è una delle condizioni che ostacolano la costruzione di un mercato comune. Questa difficile composizione di un quadro normativo omogeneo, acuito dal fatto che gli interessi pubblici e privati coinvolti sono collocati in aree geopolitiche diverse, ha segnato diverse tappe degli accordi internazionali in materia di scambi di beni e servizi.

Il modello GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) del 1947 è stato superato all'esito dell'Uruguay Round che ha portato alla nascita del WTO, il 1° gennaio del 1995¹¹. Oltre che una svolta epocale a livello politico, questo ha segnato un profondo cambio di paradigma nel diritto internazionale, il cui focus di interesse secondo alcuni autori è passato da un modello basato su reti di relazioni tra due o più stati relativamente informali a quello di una varietà di istituzioni internazionali complesse¹², dotate *anche* di particolari sistemi assembleari, strumenti di produzione normativa

¹⁰ K. Popper, *La lezione di questo secolo*, Venezia, Marsilio, 1992, pp. 32 e ss.; L. von Mises, *Politica economica*, Macerata, liberilibri, pp. 41 e ss.

¹¹ Per uno studio cfr. S. Cantoni, *L'accordo istitutivo dell'organizzazione mondiale del commercio. Dal GATT 1947 al GATT 1994*, in A. Comba (a cura di) *Neoliberalismo internazionale e global economic governance. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 173-220.

¹² J.H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 49.

e organi di giurisdizione. Un sistema che va molto oltre quello di semplici accordi commerciali: «thus some treaties might be (and indeed “are” to some commentators) characterized as “constitutional” in nature. What does this mean? It could mean that the treaty instrument of such a type should receive treatment more analogous to the way in which national institutions (including courts) treat a “constitution”, rather than the traditional way of treating treaties which could be seen as more rigidly “textual” (following the customary law rules as “reflected” in the Vienna Convention of the Law of Treaties)»¹³.

La costruzione di reti transnazionali più ampie è una nuova strategia, che punta ad aggirare gli ostacoli che si sono incontrati nei processi di accordi regionali per il commercio che hanno caratterizzato la prima fase della globalizzazione negli anni '90¹⁴: si pensi agli accordi siglati oltreoceano come il NAFTA, l'ASEAN, il MERCOSUR. Ora ci troviamo davanti ad una nuova fase del processo di globalizzazione. Sono nel pieno anche le trattative del TiSA, accordo per liberalizzare gli scambi di servizi a cui hanno aderito 23 membri dell'OMC (compresa l'UE), che insieme rappresentano il 70% del commercio mondiale di servizi. L'UE ha negoziato trattati con Singapore, Moldavia, Georgia e Armenia, li ha siglati con la Corea nel 2011, e nel 2013 ha dato il via ai negoziati, ad oggi bloccati, per un accordo con l'India, ma anche con Giappone e Cina¹⁵. Questi sono esempi di FTAs che

¹³ Ivi, p. 51. In tal senso Cfr., anche A. Stone Sweet, F. Griesel, *The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance*, in W. Mattli, T. Dietz, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Un discorso che ha diversi punti di tangenza – compreso il riduzionismo con cui si declina il paradigma costituzionalista – con il costituzionalismo societario, su cui da ultimo cfr., G. Teubner, *The Concept of Constitutionalization: Reflections on the constitutionalization of the world power system*, in J-P Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, London, Routledge, 2016, pp. 123-134.

¹⁴ «If other members of the World Trade Organization become intransigent, the United States must have the option of pursuing agreements with a «coalition of the willing» in pursuit of trade liberalization. FTAs can spur regional integration and blaze a trail through difficult areas for broader negotiations in the future. As a foreign policy tool, FTAs can cement ties with allies and encourage countries to stay on the trail of political and economic reform», D.T. Griswold, *Free-Trade Agreements Steppingstones to a More Open World*, Center for Trade Policy Studies at the Cato Institute, 18 luglio 2003 p. 1.

¹⁵ Per lo schema completo, aggiornato al 5 maggio 2015, degli accordi siglati o in corso di trattativa vedi su «Overview of FTA and other tradenegotiations» http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.05.05.pdf.

puntano alla costruzione di aree comuni di mercato, attraverso l'abbattimento dei dazi e, soprattutto, di altre barriere non tariffarie. Il 1° ottobre del 2015 è stato siglato il Trans-Pacific Partnership (TPP), il trattato di libero scambio per il commercio per le economie del Pacifico¹⁶.

Il TTIP in particolare, mira a costruire l'area di mercato regolata in modo uniforme più grande del globo. Il suo destino, come vedremo, è strettamente legato all'entrata in vigore CETA tra UE e Canada, che dopo la firma del 30 ottobre dovrebbe concludere l'iter procedurale nel corso di quest'anno. Ma prima di procedere ad una loro disamina dovremmo interrogarci sul perché gli attuali FTAs rappresentino il nuovo approccio neoliberale che a partire dal 2002 punta a realizzare l'obiettivo di tutto il movimento di liberalizzazione del commercio¹⁷. La costituzione di un mercato unico prevede un processo di armonizzazione delle normative dei diversi paesi coinvolti; gli ostacoli più complessi da superare in questi casi non derivano dalla presenza di dazi doganali, ma dall'esistenza di c.d. barriere non tariffarie, cioè norme, diverse da paese a paese, che disciplinano la produzione ed il commercio di beni e servizi¹⁸. Si tratta di un tessuto normativo fittissimo, fatto di controlli sulla qualità, valutazioni tecniche, procedure di smaltimento, norme sanitarie, fito-sanitarie e sul lavoro. Ciascuna di queste «peculiarità» distribuisce oneri amministrativi, impone standard e regole che si traducono in costi, obblighi e relative tempistiche di gestione che condizionano il regime di libera concorrenza di merci e servizi.

Ma queste scelte possono davvero essere pensate come irrelate rispetto al modello di società che si intende costruire?

¹⁶ Poco prima della chiusura di questo articolo il neo eletto presidente degli Stati Uniti Donald Trump ha firmato, come primo atto del suo mandato, il recesso statunitense dall'accordo. Anche se l'assordante silenzio sul TTIP è forse rivelatore di una diversa strategia, è un dato di fatto che la sua elezione apra uno scenario di crisi per una certa interpretazione del neoliberismo e renda più incerto il percorso per la sua approvazione. Posto che al momento in cui si scrive non è possibile fare previsioni, cercherò di mostrare come la distorsione istituzionale in atto sia sì arrivata ad un punto cruciale con tali accordi, ma che al tempo stesso non sia legata soltanto ad essi, visto che l'obiettivo di espandere il libero mercato ed integrarlo fuori dai contesti nazionali è il vero, indiscusso, postulato di una ben più fitta, ed incontestata, rete di accordi bilaterali, multilaterali e regionali di cui qui si tiene conto.

¹⁷ D.T. Griswold, *Free-Trade Agreements*, cit., p.3.

¹⁸ Per un'analisi cfr., F. Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade A Comparative Analysis of EC and WTO Law*, Portland, Hart publishing, 2004.

Oppure tali differenze corrispondono a *scelte* legislative, a volte sì differenti, ma non per questo capricciose? La produzione e lo scambio di beni e servizi non afferisce solo al piano economico in senso stretto, ma è un campo permanente di produzione di relazioni sociali, attraverso cui si determinano i rapporti di forza nel sistema di relazioni industriali, e non solo. Questo è il solco in cui si materializzano criteri orientati da valori che le forze sociali hanno prodotto nei singoli paesi. Il *per chi, come e cosa* si produce e si scambia, con quali vincoli e bilanciamento rispetto a diritti di tutti i consociati, tra cui ad esempio quelli alla tutela della salute, della salubrità dell'ambiente e dei diritti sociali in generale, fa parte di un piano politico, che si intreccia indissolubilmente a quello delle regole nel campo della produzione e del commercio¹⁹. Di certo esistono barriere «non necessarie» che producono «costi non necessari», ma per quanto questa aggettivazione possa risultare ragionevole e convincente – e perciò riscontrabile con frequenza nelle ricerche che intendono a dimostrare gli effetti positivi dell'accordo²⁰ – ciò non significa che sia anche auto evidente. Il discorso infatti può comprendere tipi di barriere molto diversi tra loro, ad esempio: gli iter di controllo sulla qualità e le relative procedure burocratico-amministrative di autorizzazione; le differenze che riguardano le unità di misura utilizzate per la produzione collegate o al sistema metrico decimale o a quello consuetudinario statunitense; ed ancora i metodi di calcolo relativi alla qualità dei combustibili inquinanti²¹; i protocolli sulla sicurezza alimentare²²; i diversi *principi* cui fare

¹⁹ Sul più ampio profilo di connessione tra diritti, sicurezza alimentare e territorio cfr., M. Montanari, *Il cibo come cultura*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

²⁰ Cfr. ad esempio D. Pérez, S. Dudley, N. Eisner, R. Lutter, D. Zorn, N. Nord, *US-EU Regulatory Cooperation: Lessons and Opportunities*, draft report produced by the George Washington Regulatory Studies Center, 2016

²¹ Questione esemplare, che non cito a caso. Nel pieno delle trattative sul CETA si è svolta una diatriba diplomatica tra UE e Canada, a causa dei vincoli europei imposti all'esportazione del tar sand, cioè il petrolio «sporco» estratto da sabbie bituminose, che rappresenta, col 97% delle risorse petrolifere canadesi, potenzialmente la terza riserva mondiale di greggio dopo Arabia Saudita e Venezuela. Una sostanza per lungo tempo non in linea coi parametri dell'UE: la sua estrazione, infatti, ha un impatto ambientale devastante. Tuttavia, in concomitanza con il conflitto tra Ucraina e Russia e la conseguente crisi energetica, il tar sand è stato incluso nei combustibili commerciabili, grazie all'innalzamento della soglia limite degli inquinanti, per mezzo della Direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio, del 20 aprile 2015, pp. 26-67.

²² Quest'ultimo tema è un profilo molto dibattuto. Nel settore dell'agro alimentare ci sono i portatori di interesse che si sono mostrati più attenti. Le preoccupazioni maggiori nascono dal fatto che le diversità normative tra USA e UE in questo campo

riferimento in casi dubbi per il diritto alla salute, come quello di precauzione europeo o quello dell'evidenza scientifica, adottato negli Stati Uniti²³. Già queste ipotesi credo mostrino che anche la metodologia degli standard e le valutazioni di conformità dei prodotti, malgrado le possibili apparenze, si situino in un ordine di scelte intimamente politico, dove prendono forma nel concreto gli equilibri tra interessi pubblici e privati. Una cornice che ne delinei pienamente i contorni è la prima condizione per aprire un confronto consapevole che possa essere letto anche da non addetti ai lavori, in modo da impedire che dietro una conoscenza

riguardano temi molto sensibili sia per i produttori che per i consumatori. In particolare il tipo di controlli e i limiti della legislazione europea sono molto più severi di quelli statunitensi, sul punto cfr., ad esempio E. Smith, D. Azoulay, B. Tuncak, *Lowest Common Denominator: How the proposed EU-US trade deal threatens to lower standards of protection from toxic pesticides*, Center for International Environmental Law (CIEL), 2015, consultabile su http://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/06/LCD_TTIP_Jan2015.pdf. Si deve registrare che la Commissione si è espressa più volte su queste preoccupazioni, dichiarando in diverse occasioni che gli accordi non consentiranno il libero commercio di carne agli ormoni, cibi geneticamente modificati o carne clonata. Le rassicurazioni però andrebbero tradotte in formule normative stringenti, mentre da quanto hanno rilevato commentatori come Greenpeace: «Nessuno dei capitoli che abbiamo visto fa alcun riferimento alla regola delle Eccezioni Generali (General Exceptions). Questa regola, stabilita quasi 70 anni fa, compresa negli accordi GATT del WTO, permette agli stati di regolare il commercio “per proteggere la vita o la salute umana, animale o delle piante” o per “la conservazione delle risorse naturali esauribili”», Trattato USA-UE sul commercio, *Greenpeace pubblica 240 pagine segrete: «Zero tutele su sicurezza e ambiente»*, in *Il fatto quotidiano*, 2 maggio 2016.

²³ Anche questo è un altro durissimo terreno di scontro. Il Commissario Europeo per il commercio Cecilia Malmström in una risposta scritta all'interrogazione parlamentare presentata da alcuni eurodeputati ha ufficialmente dichiarato che nessuna disposizione pregiudicherà la facoltà delle Parti di applicare i principi fondamentali in tema di valutazione dei rischi, come il principio di precauzione, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2016-003781&language=IT>. Ma la questione politica è dirimente e non si può risolvere con simili, deboli, rassicurazioni e ciò non solo perché quando si interpreta un testo normativo le posizioni assunte nei lavori preparatori hanno un ruolo tutto sommato marginale; dal punto di vista giuridico infatti, se mi è consentito sottolinearlo, è facile aprire breccie sui principi, magari non esplicitando direttamente un'abrogazione, che sarebbe comunque impossibile (va ricordata la presenza del principio di precauzione nel TFUE), ma inserendo magari in altre parti altri principi, chiaramente contrastanti, in modo da svuotarli in futuribili operazioni di bilanciamento. Una prospettiva questa che mi pare emerga dalla lettura del documento riservato che Greenpeace ha pubblicato con i suoi leaks, in particolare all'art. «X 14 US: Decision-Making Based on Evidence», che fa riferimento agli standard cui dovranno rivolgersi le parti nei meccanismi di cooperazione regolatoria; qui la posizione USA rafforza la prospettiva dell'evidenza scientifica ponendo le basi per future interpretazioni degli accordi più vicini all'impianto legislativo statunitense, <https://ttip-leaks.org/ttip/regulatory-cooperation/> Più in generale sul principio di precauzione cfr., A. Alemanno, *The Shaping of the Precautionary Principle by European Courts, From Scientific Uncertainty to Legal Certainty*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 1007404, consultabile su: <https://ssrn.com/abstract=10074042007>.

a portata di pochi si aprano opportunità e favori «diplomatici» che hanno poco a che fare con la sicurezza dei cittadini. Ma quello che appare davvero preoccupante è l'assuefazione all'idea che i parametri rilevanti per l'individuazione di una simile sfera di costruzione di un mondo *in-comune* siano sostanzialmente riducibili all'aumento delle esportazioni e alla convenienza delle future importazioni. Sembra emergere una nuova versione del cosmopolitismo, che sostituisce la già fragile positivizzazione dei diritti umani con un nuovo catalogo di «principi condivisi» che però poco hanno a che fare col linguaggio dei diritti e delle garanzie²⁴. La creazione di inedite «opportunità di sviluppo e nuovi posti di lavoro» – ripetuta in forma apodittica e rassicurante in tutti i documenti – appare costituire l'unica solida base di convincimento per i tanti disoccupati, precari e cittadini, incerti del proprio futuro nei paesi coinvolti. Un pubblico interessato sempre più ampio, verrebbe da dire non a caso, grazie all'applicazione di un altro pilastro neoliberaista, quale quello della rimozione forzata delle strategie keynesiane rivolte a garantire la piena occupazione. Tuttavia, pur toccando direttamente il piano della produzione normativa dei paesi coinvolti, questi accordi si presentano svuotati di qualunque ambizione politica. Come ha scritto Slavoj Žižek la razionalità neoliberale annuncia l'era della fine delle ideologie e l'avvento di una fase di maturità della storia, in cui la negoziazione razionale e il decision-making sono «finalmente» basate su una percezione neutrale delle necessità economiche ed ecologiche. Ma è questa impostazione ad essere profondamente utopica, nel senso che l'utopia «non è la convinzione della bontà essenziale della natura umana, o qualche altra ingenuità del genere, bensì la convinzione che esista qualche meccanismo globale che, applicato alla totalità della società, la condurrà automaticamente verso lo stato bilanciato di progresso e felicità che tutti si augurano – e, proprio in questo senso, non è precisamente il mercato il nome per un simile meccanismo che, correttamente applicato, ci condurrà

²⁴ Significativa a riguardo è la *sintesi* che l'UE propone nella home page del TiSA, quella che dovrebbe presentare al grande pubblico le ragioni dell'impegno a concludere l'accordo con «i paesi che condividono gli stessi principi: Australia, Canada, Cile, Taiwan, Colombia, Costa Rica, UE, Hong Kong (Cina), Islanda, Israele, Giappone, Corea, Liechtenstein, Mauritius, Messico, Nuova Zelanda, Norvegia, Pakistan, Panama, Perù, Svizzera, Turchia e Stati Uniti» http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/index_it.htm.

verso lo stato di eccellenza della società?»²⁵. Nello scontro tra le utopie, di cui si è sempre nutrita la politica, quella neoliberale ha elaborato una strategia sorprendente: dissimulare la sua identità, fin quando ha potuto, per decretare la fine dell'epoca delle utopie, in modo da cancellare qualsiasi possibile dialettica, e perpetuare un'egemonia fondata sulla falsa coscienza. È questo il senso più profondo delle retoriche sulla fine della storia. Fa una certa impressione constatare che di neoliberalismo come dottrina si parla più nei manuali di filosofia politica che in quelli di teoria economica, dove non gli si riconosce un'autentica cornice unitaria. Un profilo, questo, che si mostra coerente e funzionale alla segretezza con cui questi accordi vengono discussi.

1.3. *La ritirata dalle procedure: meno voti più segreto*

La «Raccomandazione della Commissione al Consiglio che autorizza la Commissione ad avviare negoziati per un accordo di integrazione economica con il Canada», conta 19 pagine che contengono le direttive di indirizzo generale e gli obiettivi da raggiungere; l'atto è stato siglato il 24 aprile 2009, ma l'opinione pubblica ha potuto leggerlo solo dopo la sua parziale desecretazione, il 15 gennaio 2015²⁶. Lo stesso è accaduto con il mandato a negoziare del TTIP, siglato nel giugno 2013: il documento stavolta, dopo le proteste organizzate in molti paesi europei, ha dovuto aspettare «solo» poco più di un anno e sette cicli di negoziato condotti dalla Commissione per la sua pubblicazione, avvenuta il 9 ottobre 2014.

Ma gli evidenti problemi di trasparenza non riguardano solo la pubblicità del mandato. Ci sono aspetti da sottolineare sia per quanto riguarda le procedure di approvazione adottate, sia la pubblicità di tutto il processo di negoziati.

Per quanto riguarda il primo profilo, i negoziatori hanno concluso gli accordi sul CETA nell'agosto 2014. Il sito dell'UE ci «rassicura» nella homepage che «il testo concordato, disponibile al pubblico, è stato presentato per approvazione democratica da

²⁵ S. Žižek, *Dialoghi sulla sinistra*, a cura di L. Bazzicalupo, Roma-Bari, Laterza, p. 381. L'Autore ha rilasciato di recente una intervista sul TTIP <http://www.dirittiglobali.it/2015/10/slavoj-zizek-perche-il-ttip-e-un-attacco-alle-democrazie-europee/>.

²⁶ <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036-2009-EXT-2/it/pdf>.

parte dell'UE»²⁷. Ma al di là delle tempistiche, si tratta di capire in cosa si sostanzia questa «approvazione democratica». Questo coinvolge direttamente la qualificazione della natura commerciale del trattato, su cui si è aperta una partita interpretativa molto complessa che condiziona non solo l'entrata in vigore del CETA, e conseguentemente la possibile conclusione del TTIP, ma anche il futuro di accordi internazionali di questa dimensione. Dopo il Trattato di Lisbona la politica commerciale comune dell'Unione europea ha esteso il suo ambito di competenza esclusiva anche alla disciplina degli investimenti stranieri diretti (FDI)²⁸. Subito dopo la Commissione ha elaborato un piano strategico per attuare una nuova politica globale europea sugli investimenti internazionali²⁹. L'inaugurazione di questa nuova fase è destinata a mutare in modo stabile non solo, com'era ovvio aspettarsi, i rapporti geopolitici tra UE e resto del mondo, ma anche le legislazioni degli stati membri. Dopo la conclusione degli accordi, ai sensi all'art. 218 par. 6 TFUE, la Commissione propone al Consiglio di autorizzare la firma. Il Parlamento europeo è chiamato alla votazione in una fase successiva. L'oggetto dello scontro interpretativo è l'eventuale sottoposizione dell'accordo, già consolidato, alle procedure di ratifica previste dagli ordinamenti dei singoli Stati membri, che nella maggior parte dei casi prevedono l'approvazione dei parlamenti nazionali, eventualità che potrebbe aprire anche la possibilità di consultazioni popolari dirette tramite referendum. Com'è facile intuire, il problema risiede nella maggiore possibilità che le pressioni politiche interne o il voto popolare possano bocciare il trattato in uno dei paesi membri, producendo conseguenze imprevedibili per l'intero iter di approvazione. La procedura da adottare dipende dall'individuazione del tipo di competenza dell'UE nelle materie oggetto del trattato. Nel caso della sua qualificazione come accordo «misto» – cioè riguardante materie non rientranti nella competenza esclusiva dell'UE, bensì di competenza concorrente tra Stati membri e Unione – la procedura prevederebbe l'iter di approvazione previsto per i trattati

²⁷ http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_it.htm.

²⁸ S. Woolcock, *EU trade and investment policymaking after the Lisbon treaty*, in *Intereconomics*, January 2010, 45, 1, pp 22-25.

²⁹ Vedi la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni COM/2010/0343 def, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52010DC0343>.

internazionali, così come previsto dagli ordinamenti dei singoli Stati membri. Invece, la qualificazione della tipologia di accordo in materie di competenza esclusiva dell'UE prevede un iter che si concluderebbe con la decisione del Consiglio e del Parlamento europeo. La posizione della Commissione è quella di considerare questi «accordi commerciali», come tali di competenza esclusiva dell'Unione, malgrado però in alcuni documenti ufficiali il CETA sia etichettato come «accordo misto», qualificazione che la Commissione ha degradato come «politica» e non vincolante. Lo scontro interpretativo è giunto, alla fine di un tortuoso percorso diplomatico, davanti la Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 218, par. 11 TFUE, per la richiesta di un parere vertente sul se il Trattato commerciale tra UE e Singapore, che è il primo di quelli siglati, abbia natura mista o meno (ALS/UE-S, caso A-2/15). In fase di pendenza della pronuncia, la Commissione, pur di non ritardare la firma del CETA, «ha deciso di proporre la firma dell'accordo quale accordo misto. Ciò lascia tuttavia impregiudicato il parere espresso dalla Commissione nella causa A-2/15. Quando la Corte avrà emesso il proprio parere nella causa A-2/15, sarà necessario trarre le debite conclusioni»³⁰. Anche per questo la sottoscrizione dell'accordo consolidato del CETA avvenuta il 30 ottobre 2016 non chiude l'iter, tanto che l'accordo entra in vigore in forma «provvisoria»³¹.

Una strategia questa che credo mostri, come già accaduto per la vicenda del referendum sul debito greco, che la ritirata dal voto popolare è un requisito indispensabile per «il buon funzionamento» di un processo politico che, alla prova delle elezioni, rischia di implodere; anche il voto di ottobre del Parlamento della Vallonia, in Belgio, va in questa direzione. Ma l'imprevedibilità delle elezioni non può essere una causa legittima per il loro aggiramento, non in un sistema democratico³². Una constatazione

³⁰ Così decisione del Consiglio COM(2016) 444 final, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra.

³¹ Un'altra discrasia che apre profondi problemi procedurali: nel caso alla fine dell'iter l'accordo dovesse saltare, cosa accadrebbe ad esempio per i diritti e i crediti sorti nelle more della sua vigenza? Un discorso assai complesso che ricorda quello del problema dei diritti sorti in forza di un decreto legge successivamente non convertito. Una scelta giuridicamente poco spiegabile, che trova evidentemente la sua *ratio* in motivazioni economiche e tattiche per sostenere la sua approvazione definitiva.

³² Sul punto cfr. V. Sorrentino, *Il Potere invisibile. Il segreto e la menzogna nella*

elementare che va misurata con la lunga tradizione del realismo politico che ha messo a nudo la democrazia. Rancière ad esempio, malgrado sia uno degli autori che l'abbia descritta con occhi più disincantati etichettandola come «stato di diritto oligarchico» rivela però come *questa* oligarchia sia limitata dal duplice riconoscimento della sovranità popolare e delle libertà individuali; qui si misura «quanto spazio si cede alla democrazia e quanto l'oligarchia sia più o meno accanita»³³. Provare a tratteggiare la linea di tendenza di questa tensione è appunto l'oggetto del mio ragionamento. La distonia più profonda che emerge è quella che colpisce al cuore la forma democratica costituzionale, cioè innanzitutto la sua dimensione procedurale e metodologica, per cui «tutte regole stabiliscono non già che cosa si deve decidere, bensì soltanto chi debba decidere e come»³⁴. Ma c'è di più. Se è vero che da tempo l'evoluzione del costituzionalismo ha messo fruttuosamente in crisi le interpretazioni più intransigenti di un certo modo di intendere il positivismo³⁵, credo si debba constatare che il fine costituzionale del pieno sviluppo della persona umana e l'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione siano stati riordinati funzionalmente, diventando prodotto e conseguenza di un super principio metodologico, quello della tutela e della *promozione* della concorrenza, capace di realizzare la semplice equazione per cui liberalizzare l'economia produce vantaggi per tutti, secondo un effetto «trickle-down»³⁶. Un assioma oramai costituzionalizzato, che orienta la legislazione europea e quelle dei paesi membri – tanto da indurre a modifiche delle carte costituzionali accolte da una sorprendente acriticità e indifferenza, come accade quando si approccia a fatti notori o ragioni inoppugnabili³⁷ – mostra un pericoloso ritorno ad una dimensione etica del principio di governo che capovolge il rapporto mezzi/fini/

politica contemporanea, Roma, Dedalo, 2011, pp. 71 e ss.

³³ J. Rancière, *L'odio per la democrazia*, Napoli, Cronopio, 2007, p. 53.

³⁴ N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 2009, p. 423.

³⁵ Interpretazioni già accolte da un approccio giuspositivo critico, cfr., A Catania, *Decisione e norma*, Napoli, Jovene, 1987.

³⁶ Su questo aspetto cfr., P. Maddalena, *Gli inganni della finanza*, Roma, Donzelli, 2016, p. 90.

³⁷ Come mostra l'inserimento, passato praticamente sotto silenzio, della «promozione della concorrenza» nella proposta di riforma costituzionale Renzi-Boschi, art. 117 lett. e. Una non dissimile convergenza c'è stata, com'è noto, nella riforma dell'art. 81 Cost., votata praticamente all'unanimità. cfr. M. Nardini, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche*, in *www.amministrazioneincammino*.

procedure. È questo il verso per capire la «“fuori-democrazia” dell’Europa (...) dovuta alla progressiva costituzionalizzazione del principio di concorrenza, di stabilità monetaria e della “politica dell’offerta” attraverso le “riforme strutturali”»³⁸.

Questa «ritirata dalle procedure» tocca un altro aspetto ancora più scabroso che ha fatto molto scalpore, cioè quello della segretezza degli accordi. La lettura delle bozze del TTIP, che vengono discusse in cicli di negoziato periodici, è disponibile solo per gli stessi negoziatori e membri della Commissione. Sensibili restrizioni riguardano anche i parlamentari nazionali e gli euro-deputati, che possono accedere ai documenti riservati soltanto in «reading room» purché sprovvisti di cellulari, altri strumenti elettronici e anche semplici fogli e matite per prendere appunti³⁹. Norberto Bobbio constatava, già anni fa, come tra le promesse non mantenute della democrazia «la piú grave, e piú rovinosa, e, a quanto sembra, anche la piú irrimediabile, è proprio quella della trasparenza del potere»⁴⁰, forse perché qui è più stridente lo iato tra la realtà della democrazia e il suo ideale di «governo della cosa pubblica in pubblico». Sebbene la letteratura sugli *arcana imperii* sia sterminata, in questo caso non è la ragion di Stato ad essere evocata. La ratio alla base di tanta segretezza è meno raffinata e ricorda di più quella del poker: non si svelano le carte agli avversari quando si è nel pieno di una partita. Questo introduce un corollario teorico importante: più si amplia la sfera del segreto più si restringe quella pubblica. È un battito sincronico e biunivoco, perché il segreto «è “sonda” della democrazia (...) attraverso cui si riesce a guardare al pubblico e al privato come a dimensioni residuali, l’una rispetto all’altra, che si originano in

it., 02.04.2012. M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, III, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 1673 e ss.

³⁸ P. Dardot, Ch. Laval, *L’Europa «fuori democrazia»*, in *Politica & Società*, 1, 2015, pp. 43-60, p. 52.

³⁹ Esistono diversi resoconti giornalistici dell’esperienza kaffkiana di questa «consultazione», che avviene per un tempo limite di un’ora su migliaia di pagine non ordinate, all’interno di stanze senza finestre, dopo perquisizioni e l’assunzione dell’impegno a non diffondere il materiale. Interessante sul punto l’intervista all’eurodeputata Molly Scott Cato, *I’ve seen the secrets of TTIP, and it is built for corporations not citizens*, in *The Guardian*, 4 febbraio 2015; cfr., anche Z.D. Boren, *Controversy: Secret trade deal can only be read in secure ‘reading room’ in Brussels*, in *The independent*, 14 agosto 2015. Il risultato più significativo delle proteste suscitate è stata la predisposizione di ulteriori reading room, in altre capitali europee oltre quella inizialmente prevista nella sola città di Brussels.

⁴⁰ N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, cit., p. 363.

maniera direttamente proporzionale a seconda che si espandano o si comprimano»⁴¹. In questo senso la linea di demarcazione tra pubblico e privato è precisamente quella del segreto, il massimo della trasparenza della prima si dovrebbe arrestare davanti alla massima tutela della seconda. Il loro difficile bilanciamento misura lo stato di salute di un sistema politico, la capacità di penetrazione di una sfera sull'altra preannuncia una torsione in senso autoritario. Questo vale certamente per le forme di controllo del potere statale sui cittadini, ma anche per la rilevanza che gli interessi privati assumono all'interno della sfera degli interessi pubblici. Ed è qui che la differenza tra democrazia e oligarchia prende una piega dai contorni più definiti: «gli Antichi, con la brutale chiarezza che noi, nei nostri sofisticati discorsi, abbiamo perduto, dicevano semplicemente che l'oligarchia è un regime dei ricchi, contrapposto alla democrazia, il regime dei poveri»⁴². In questa preziosa intervista, Gustavo Zagrebelsky introduce un altro elemento che sembra parlare al nostro caso «l'oligarchia è quindi una forma di governo da sempre considerata cattiva; così cattiva che deve celarsi agli occhi dei più e nascondersi nel segreto. Questa è una sua caratteristica tipica: la dissimulazione»⁴³.

La principale fonte ufficiale di notizie sullo stato di avanzamento delle trattative è il sito curato dalla Commissione che, è bene ricordarlo, è quello che rappresenta l'istituzione Unione Europea. La sezione dedicata al trattato è cresciuta in modo esponenziale negli ultimi due anni, in tutta evidenza per rispondere alle critiche sulla poca trasparenza che erano state mosse dal mondo dell'associazionismo e dei movimenti⁴⁴. La parte più cospicua dovrebbe riguardare i capitoli del trattato, che nella versione finale dovrebbe comprendere 24 capitoli, raggruppati in 4 parti. A partire dal 7 gennaio hanno cominciato ad essere pubblicati – seppur con costanti dilazioni temporali rispetto ai tempi effettivi della discussione – alcuni testi negoziali. A bene

⁴¹ M.V. Catanzariti, *Segreto e potere. I limiti della democrazia*, Torino, Giappichelli, p. 8.

⁴² G. Zagrebelsky, *Referendum, tempo di oligarchie e di chiarimenti: Zagrebelsky risponde a Scalfari*, in *la Repubblica*, 12 ottobre 2016.

⁴³ Per un dibattito più ampio sul tema cfr. L. Canfora, G. Zagrebelsky, G. Preterossi, *La maschera democratica dell'oligarchia*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

⁴⁴ Su questo tema cfr. M. Morvillo, *Quanta (e quale) trasparenza nella negoziazione del Transatlantic Trade and Investment Partnership?*, in *Quad. cost.*, 1, 2016, pp. 136 e ss.

vedere però non c'è nemmeno una pagina dell'accordo vero e proprio. Sia i «documenti sulla posizione dell'UE» sia le «proposte testuali» infatti contengono solo le posizioni di partenza dell'UE⁴⁵. Ogni documento di questo tipo è pubblicato con un franco disclaimer: «the EU reserves the right to make subsequent modifications to this text and to complement its proposals at a later stage, by modifying, supplementing or withdrawing all, or any part, at any time»⁴⁶. La posizione della Commissione è chiara: per raggiungere dei risultati favorevoli «it is essential that the Commission keeps a certain margin of manoeuvre in the negotiating process»; ed inoltre perché pubblicare altri documenti potrebbe svelare la posizione statunitense (che non è dichiarata in *position paper*) minando così il rapporto di fiducia tra le parti. Queste motivazioni sono state ritenute dagli uffici del mediatore europeo legittime, non rilevando «profili di cattiva amministrazione da parte della Commissione»⁴⁷.

Ora, per chi condivide un approccio realista critico non desta certo scandalo l'evidenza che in una trattativa le posizioni siano mutabili: che ci sia bisogno permanente di mediare, cedere su dei punti per portarne a casa altri, finanche bluffare, giocare sulle debolezze dell'avversario e sfruttare le condizioni favorevoli di ogni natura. Anzi, non credo sia «più realista del re» aggiungere che in genere, per il buon esito di una trattativa, sia bene partire con delle posizioni già sacrificabili, in modo da garantirsi una certa agibilità di manovra sui punti su cui davvero non si intende cedere; la responsabilità per specifici «sacrifici», già calcolabili se non calcolati, riguarderanno quindi anche le parti rese pubbliche. Ecco, credo che questo quadro appena tratteggiato sia sufficiente a spiegare per quale ragione una raccolta di documenti di questo tipo risulti davvero poco utile per capire come effettivamente

⁴⁵ Qui la parte del sito dedicata alla raccolta dei documenti aggiornati http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153263.pdf.

⁴⁶ Oppure altre note dello stesso tenore: «Note: the purpose of this paper is to simply help the review of issues already discussed and point the way to solutions. It is not meant to be exhaustive at this point»; «This TEXTUAL PROPOSAL is the European Union's proposal for legal text on The actual text in the final agreement will be a result of negotiations between the EU and US».

⁴⁷ Case: 119/2015/PHP sulla gestione da parte della Commissione europea di una richiesta di accesso del pubblico ai documenti relativi a TTIP. La decisione, del 4 novembre 2015, da cui è tratta la citazione, è consultabile su <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/61261/html.bookmark>.

si stanno svolgendo i trattati. In materie di pubblico interesse, specialmente nel campo della salute e della tutela ambientale, l'indirizzo politico su cosa sia sacrificabile e cosa no spetta solo ai cittadini che *devono* essere messi nelle condizioni di poter far pressione su loro rappresentanti che, in questo caso oltretutto, non sono nemmeno tecnicamente tali. La mancata pubblicazione delle parti consolidate rende questo quadro ancora più grave.

Rivolti direttamente ad un vasto pubblico sono invece: gli «opuscoli informativi», i material press, i factsheets andrebbero collocati nel populismo istituzionale⁴⁸, dato i diversi tratti di originalità delle formule adottate per «spiegare» cosa sia il TTIP e come procedano i negoziati. Questi materiali e, cosa più grave, finanche i report dei round dei negoziati, sono caratterizzati da un taglio fortemente propagandistico. Opuscoletti colorati distinguono, con banalizzazioni davvero poco istituzionali, i «fatti» dai «miti», cioè tutte le opinioni critiche e dissenzianti, a cui non viene lasciato alcuno spazio di autodeterminazione o almeno un diritto di tribuna, nemmeno attraverso le voci dei gruppi europarlamentari. Un quadro che piuttosto che trasparenza e confronto sembra porre le basi per una condizione di degrado dell'opinione pubblica. Verrebbe da chiosare che la pubblicità è l'anima del commercio, non della democrazia.

Il quadro complessivo appare come una pericolosa strategia di immunizzazione dalla politica, dalle sue temperie, dagli esiti imprevedibili del confronto tra le forze sociali che animano la scena pubblica. Forze che si possono sterilizzare ed imbonire anche con successo se ci si mette di impegno, ma che sono la base indefettibile della dialettica democratica che semplicemente crolla come un castello di carte se su di esse, a furia di neutralizzazioni, non potrà più nemmeno poggiarsi⁴⁹. Un percorso di spolticizzazione di massa che ha come perno la dissoluzione dell'opinione pubblica che, come ha messo in luce Luigi Ferrajoli, è il frutto della confusione tra interessi privati e quelli pubblici, mentre «ciò che fa un'opinione «pubblica» o «politica» è il fatto

⁴⁸ Cfr., M. Revelli, *Dentro e contro. Quando il populismo è di governo*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

⁴⁹ Su questo sempre attuale la lettura di C. Schmitt, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spolticizzazioni*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 167-183; in questo solco cfr., anche G. Preterossi, *La promessa democratica moderna, tra nichilismo e spolticizzazione*, in *Soc. dir.*, vol. XL, 1, 2013, pp. 175-186.

di essere informata, o comunque di volersi informare ai pubblici interessi»⁵⁰. Al contrario queste procedure riflettono il primato, anche della forma, del privato. E così la soddisfazione di questi interessi passa allo stadio di individuare nuove forme di cittadinanza politica capaci di incidere nei procedimenti legislativi.

2.1. *Una democrazia su misura di nuovi attori. La Cooperazione normativa*

Quanto descritto finora riguarda alcune tra le principali opacità della fase di formazione degli accordi. Nei due paragrafi che seguiranno, proverò a tratteggiare quelli che ritengo i due profili più rilevanti delle distorsioni istituzionali che a mio avviso comporterebbe la loro attuazione.

Il CETA e il TTIP appaiono per certi versi degli ibridi tra gli accordi regionali, sviluppati sotto impulso statunitense negli anni '90, e un processo di integrazione complesso come quello dell'Unione Europea; per questo vengono considerati una nuova tipologia di FTA⁵¹. Rappresentano infatti – per estensione geografica, peso delle economie e materie coinvolte, che come abbiamo visto riguarda molto più dell'abbattimento dei dazi doganali – i più importanti partenariati della storia⁵², fatto salve le esperienze che hanno avviato una contestuale forma di integrazione politica, come l'UE. Proprio l'assenza di questo sviluppo politico è un ostacolo per la creazione di un'area di libero scambio, che non può essere solo *istituita*, ma per funzionare deve essere anche *mantenuta* come tale. È quindi necessaria l'istituzione di organi cui affidare il compito di armonizzare il complesso processo di abbattimento delle barriere non tariffarie: per questo il TTIP è definito un «living agreement». Un discorso che si potrebbe

⁵⁰ L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 49.

⁵¹ Sulle differenze tra il CETA e il NAFTA dalla prospettiva canadese cfr., Ch. Deblock, M. Rioux, *From economic dialogue to CETA: Canada's trade relations with the European Union*, in *International Journal* Vol. 66, 1 (Winter 2010-11), pp. 39-56; G. Villalta Puig, E.D. Dalke, *Nature and Enforceability of WTO-plus SPS and TBT Provisions in Canada's PTAs: From NAFTA to CETA*, in *World Trade Review*, 15, 1, January 2016, pp. 51-83

⁵² È fatto salvo il TTP che è destinato, dopo il recentissimo ritiro statunitense, o ad essere dimenticato o riscritto con un altro partner strategico come Cina o Unione Europea.

estendere non solo per il CETA, ma anche a futuribili accordi tra aree relativamente meno estese ma più integrate, ad esempio tra gli USA dell'era Trump e la Gran Bretagna del dopo Brexit o tra alcuni paesi reduci del TPP.

Questi strumenti sono ascrivibili alla branca della c.d. International Regulatory cooperation (IRC), che coinvolgono i partner sottoscrittori di una serie variegata di accordi commerciali⁵³. In generale possiamo affermare che, seppur in forme assai diversificate, la loro complessità deriva dal fatto di non potersi limitare all'armonizzazione delle normative in vigore, dovendosi proiettare anche verso quelle future. Nei casi di cui si discorre si tratterebbe di istituire degli organi permanenti di coordinazione tecnica che vaghino tutte le proposte legislative, nazionali o dell'Unione, in grado di incidere potenzialmente sull'oggetto dei trattati: cosa che per la loro ampiezza significa praticamente passare al vaglio della coordinazione tecnica quasi tutta la legislazione. Gli aspetti di preoccupazione sono molteplici, e non riguardano solo la legittimazione democratica di tali organi. Quando si effettua quest'operazione tra normative molto diverse è infatti imprevedibile prevedere se la risultante acquisita sarà quella relativa agli standard di un paese o di un altro oppure la creazione di un terzo sviluppato all'interno dei tavoli di coordinazione⁵⁴. *Anche per questo «CETA and – probably – TTIP are going to be very different from recent FTAs in terms of regulatory coherence and cooperation»⁵⁵. Un simile «salto di qualità» del modello di cooperazione impone un'attenzione maggiore, perché «if used to create a standing transatlantic regulatory laboratory, might indeed emerge as a model of IRC that may spread beyond TTIP toward the creation of a global policy laboratory»⁵⁶. Quello che interroga direttamente la teoria giuridica e politica è appunto la natura*

⁵³ Per una guida predisposta dall'OCED (Organisation for Economic Co-operation and Development) vedi: International Regulatory Co-operation: Addressing Global Challenges, Paris, OCED Publishing, 2013.

⁵⁴ La gradazione della validità dei pareri e delle proposte dipende da quello che sarà scritto all'interno dell'accordo.

⁵⁵ P. Chase, J. Pelkmans, *This Time it's Different: Turbo-Charging Regulatory Co-operation in TTIP* (June 4, 2015), CEPS Special Report, 110, Brussels, CEPS, p. 25.

⁵⁶ R. Parker, W. Richard, A. Alemanno, *Towards Effective Regulatory Cooperation Under TTIP: A Comparative Overview of the EU and US Legislative and Regulatory Systems*, in *Law and contemporary problem*, 78, 4, 2016, p. 133.

para-legislativa dei «regulatory cooperation body», per usare la formula presente nei draft pubblicati del TTIP.

Dal punto di vista metodologico malgrado tra i due partenariati ci siano differenze⁵⁷, queste non sono rilevanti per la prospettiva adottata, ed è questa un'ulteriore ragione per riflettere sui problemi connessi al destino in bilico del TTIP. Proprio tali incertezze possono fornire l'occasione per mostrare quanto l'accordo consolidato del CETA rappresenti un modello per tutti quelli a venire.

Qui è prevista una serie particolarmente articolata di organi permanenti. L'art. 26.2 del CETA prevede l'istituzione dei Comitati specializzati⁵⁸. Altri comitati potranno essere istituiti dal «comitato misto CETA» (art. 26.1) responsabile di tutte le questioni riguardanti il commercio e gli investimenti tra le Parti e dell'attuazione e applicazione dell'accordo, co-presieduto dal ministro del Commercio internazionale del Canada e dal membro della Commissione europea responsabile del Commercio, o dai rispettivi delegati. I ruoli dei comitati specializzati emergono in diversi punti del trattato, in particolare ai capitoli 5 («special areas of sanitary and phytosanitary measures», SPS) e 6 («area of technical barriers to trade», TBT) e nei numerosi protocolli allegati. Di rilevanza paradigmatica è il «forum di cooperazione regolamentare» (FCR), previsto dall'art. 21.6, che ha l'obiettivo di agevolare e promuovere la cooperazione regolamentare tra le parti, relativamente al perseguimento degli obiettivi dell'accordo. Le regole per il suo funzionamento ed operato saranno stabilite dall'organo stesso. La natura di *accordo permanente* è rafforzata da uno speciale profilo di autonormazione: un organo speciale, il

⁵⁷ Per una comparazione tra il CETA e il draft presentato dall'UE cfr. P. Chase, J. Pelkmans, *This Time it's Different: Turbo-Charging Regulatory Cooperation in TTIP* (June 4, 2015). CEPS Special Report, 110, Brussels, CEPS, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2614348>

⁵⁸ Si tratta del comitato misto di cooperazione doganale; il comitato per gli scambi di merci (e riferiti e subordinati a quest'ultimo il comitato per l'agricoltura; il comitato per i vini e le bevande spiritose; il gruppo misto settoriale sui prodotti farmaceutici); il comitato per i servizi e gli investimenti (al cui interno fa riferimento un comitato misto per il riconoscimento reciproco delle qualifiche professionali); il comitato misto di cooperazione doganale (CMCD); il comitato di gestione misto per le misure sanitarie e fitosanitarie; il comitato per gli appalti pubblici; il comitato per i servizi finanziari; il comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile; il forum di cooperazione regolamentare, che affronta questioni concernenti la cooperazione regolamentare; il comitato CETA per le indicazioni geografiche.

«CETA Joint Committee» avrà non solo il compito di sovrintendere all'applicazione, ma anche l'autorità di modificare il trattato in modo vincolante in alcune sue parti⁵⁹.

Uno degli aspetti più problematici, che non può che interrogare la teoria dello Stato e delle istituzioni, riguarda, oltre che la composizione, l'interazione tra questi comitati e gli organi titolari dei poteri legislativi, in entrambi i livelli, statali ed europeo. La preoccupazione è che un così complesso sistema di coordinazione normativa entri in conflitto con gli organi politici e tecnici del circuito democratico-rappresentativo. In uno degli studi critici più puntali ed equilibrati, commissionato dalla Camera del lavoro di Vienna, si mette in luce come «added to that is the fact that future regulatory cooperation is not restricted to a clearly defined area, but rather provides very far-reaching possibilities for creating future obligations. This raises doubts about effective separations of power or, more appropriately for the EU system, the adequate “institutional balance”»⁶⁰. Un discorso che, viste anche le controversie sulle competenze esclusive o concorrenti delle materie oggetto del trattato, lo stesso studio ammonisce potrebbe coinvolgere anche le competenze degli organi legislativi degli Stati membri⁶¹.

Non è mio compito proporre in questa sede una lettura più dettagliata di queste interazioni né dei meccanismi di funzionamento e delle competenze differenziate per i diversi settori di scambio coinvolti. Malgrado i forum di cooperazione regolatoria, come detto, facciano già parte della consuetudine dei trattati commerciali vorrei sottolineare che gli studi principali, siano essi critici o favorevoli all'accordo, indicano quelli previsti dai due partenariati in cui è coinvolta l'UE come sensibilmente diversi e più ambiziosi di quelli precedenti⁶², per diversi profili: per la quantità e l'ampia settoria-

⁵⁹ Per garantire questa natura politica, in un modo che pare del tutto insufficiente, esso sarà co-presieduto dal Ministro del Commercio internazionale canadese e il Commissario responsabile dell'UE per il commercio, o i loro rispettivi delegati, art. 26.1.

⁶⁰ P.-T. Stoll, T.P. Holterhus, H. Gött, *The Planned Regulatory Cooperation between the European Union and Canada and the USA According to the CETA and TTIP Draft*, Gerog August Universität, Vienna, AK Wien, 2015, p. 17, consultabile su https://media.arbeiterkammer.at/wien/PDF/studien/Regulatory_Coop_Stoll_EN_WEB_Juni2015_neu.pdf

⁶¹ «Because of the mixed agreement character of CETA and TTIP, problems also arise with respect to the positions and voting behavior of the EU Commission. Specifically, these can also affect areas that under EU law fall within the competency of its Member States (and not the EU)», *ibidem*.

⁶² J. Pelkmans, A. Correia de Brito, *Transatlantic MRAs: Lessons for TTIP?*, CEPS Special Report, 110, Brussels, CEPS, March 2015.

lizzazione; la loro competenza a intervenire, con diverse gradazioni di potere, su praticamente la totalità delle discipline che riguardano la produzione e il commercio dei beni in Europa e Canada; i poteri di cui saranno dotati di convocare altri soggetti, pubblici e privati, interessati (art. 21.6 co. 3); i poteri riconosciuti al comitato misto CETA sulle decisioni relative a «qualunque questione nei casi previsti dal presente accordo» (art. 26.3).

Ma chi sono i soggetti sociali capaci di interloquire con questi organi? Da quali circuiti saranno presi i loro componenti e quali garanzie ci saranno per prevenire conflitti di interesse? Il problema non è solo che tutti questi elementi siano circondati dalla vaghezza, ma che qui si produca *de facto* un canale di accesso differenziato al potere politico. Una via che sembra cucita addosso ad una cerchia di esperti che vengono dal settore privato, in cui è facile prevedere l'influenza predominante delle lobbies. Questa affermazione muove dalla constatazione del ruolo che hanno già conquistato nei processi decisionali dell'Unione europea⁶³, cosa che nel recente periodo ha portato alla moltiplicazione delle iniziative legislative tese a promuovere una nuova forma di regolamentazione della loro attività⁶⁴. E non si tratta nemmeno di una prospettiva, che pure sarebbe epocale, di adozione di un sistema come quello statunitense, dove l'influenza dei gruppi di interesse disegna interi comparti di politiche pubbliche, perché la dimensione transnazionale in questo caso renderebbe gli attori ancora più difficili da controllare. Una delle caratteristiche della postdemocrazia, come delineate da Colin Crouch, è l'acquisizione di un ruolo politico privilegiato, nei confronti di funzionari e amministrazioni, da parte di *corporation* per mezzo delle *lobbies*⁶⁵. Ma ora sembra di trovarci in una fase successiva, cioè la ridefinizione anche formale di questi poteri. Mi pare che questo contraddistingua una fase tanto pre-rivoluzionaria quanto reazionaria... In questo senso quelli che lo stesso Crouch ha definito «imprenditori istituzionali» – che come tali lavorano «at the manipulation of governance just as scientific and

⁶³ Sul tema cfr., *ex multis*: P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobbies nel diritto pubblico comparato*, Milano, Giuffrè, 2011; S. Panebianco, *Il lobbying europeo*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁶⁴ Per una ricostruzione recente cfr., L.M. Arena, *La regolamentazione del lobbying in Europa*, Working Papers del Centro Studi Europei dell'Università di Salerno, novembre 2015.

⁶⁵ C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 55 e ss.

technological entrepreneurs work at the manipulation of materials and techniques (...) they recombine elements, even fragments, of various governance forms that they find available, in an attempt to increase the range of capacities available to actors within fields of interest to them»⁶⁶ – assumono il ruolo di «rottamatori» del sistema parlamentare. L'osmosi procedurale con metodi e forme tipici della sfera privata è il sintomo di uno squilibrio che va letto in una nuova luce: non più solo *ingerenza* dei grandi *stakeholders* e gruppi di pressione, ma *ristrutturazione* dell'architettura istituzionale in una forma politica adattata alla loro struttura organizzativa. Ciò non può che avvenire a scapito delle forme precedenti. Questa frizione tra *vecchie* e *nuove istituzioni* potrebbe sembrare astratta, se non cogliamo il movimento degli attori sociali che combattono per costruire innanzitutto ambienti adatti a far emergere i propri interessi. Per perseguire questo obiettivo pacificamente però non si può pensare di chiedere ai cittadini di diventare formalmente sudditi. Ecco allora la necessità di costruire anche altri ambienti di partecipazione che possano dare se non il controllo delle scelte politiche almeno la falsa sensazione del coinvolgimento, in una posizione sostanzialmente irrilevante.

2.2. *Your voice (somewhere) in Europe*

Per raggiungere questo obiettivo e tentare di recuperare la carenza di legittimazione in un processo così rilevante sono stati predisposti diversi strumenti per coinvolgere i cittadini. Sul TTIP si sono svolte quattro «consultazioni pubbliche»⁶⁷, modellate sul meccanismo «your voice in Europe»⁶⁸, consistente in un format aperto sul sito della Commissione europea da compilare online, con caselle a risposte multiple, «finalizzato a raccogliere un feedback». Un modello di partecipazione già ampiamente usato nel settore del commercio estero⁶⁹, che come è logico intuire e come viene esplicitato nelle direttive contenute nel Libro Bianco

⁶⁶ C. Crouch, *Capitalist diversity and change: Recombinant governance and institutional entrepreneurs*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 22.

⁶⁷ *Investment protection in EU-US trade talks*, January 2015; *Regulatory issues for possible future trade agreement*, October 2012; *The future of EU-US trade and economic relations*, September 2012, *Growth and jobs*, April 2012.

⁶⁸ http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_en.htm.

⁶⁹ <http://trade.ec.europa.eu/consultations/>.

della governance europea, «can only ever supplement and never replace the procedures and decisions of legislative bodies which possess democratic legitimacy; only the Council and Parliament, as co-legislators, can take responsible decisions on the context of legislative procedures». Insomma, un modello che sembra evocare l'immagine della democrazia partecipativa, ma i cui echi si spengono nel corpo vuoto di qualcosa che assomiglia molto di più ad un sondaggio di opinione⁷⁰. Ma non tutti i modelli di partecipazione predisposti sono tanto effimeri. Sempre nell'ambito del commercio internazionale vengono organizzati regolarmente meetings con la società civile, occasioni di incontro importanti in cui il dialogo può tanto prendere la forma di una conferenza stampa, tanto quella di una articolata discussione pubblica su argomenti specifici⁷¹. Nelle trattative sul TTIP i tavoli, malgrado formalmente aperti a «citizens and stakeholders», sembrano modellati sulla struttura dei secondi, come mostrano i form di registrazione e i costi effettivi da sostenere per partecipare, di fatto sostenibili nell'ambito della società civile soltanto da grandi ONG, rappresentanti di categoria e organizzazioni sindacali⁷².

Un discorso che presenta il conto con una domanda urgente: quale tipo di partecipazione favorisce questo nuovo spazio politico che si sta configurando? I problemi di una dimensione partecipativa a portata di pochi non si arrestano sulla soglia del processo decisionale, ma mostrano anche una potenziale alterazione nella dinamica del *riconoscimento*. L'uso attivo delle norme da parte dei consociati per realizzare i propri progetti e scopi sottende ad una delle funzioni dell'ordinamento, che anche per questo deve poter essere compreso dalla generalità dei consociati. Ma se «dominare» l'intero sistema normativo dell'UE è già un'impresa improba, accordi come il CETA e il TTIP complicano, e di molto, un simile quadro⁷³. Ma se simili accordi sono tanto complessi

⁷⁰ Come si può riscontrare visitando la pagina Facebook appositamente dedicata, che ad ottobre 2016 conta appena «91 mi piace» tra cui, in prima pagina, fa bella mostra di sé quello del commissario Cecilia Malmström. Vedi: https://www.facebook.com/pg/TSIA-TTIP-1393067380960562/likes/?ref=page_internal.

⁷¹ <http://trade.ec.europa.eu/civilsoc/meetlist.cfm#year-2016>.

⁷² Cfr. il documento sugli standard minimi delle consultazioni, *Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties*, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?ur=i:COM:2002:0704:FIN:en:PDF>.

⁷³ Il loro drafting sembra pensato apposta per comprometterne la lettura, come

da rappresentare un labirinto ermeneutico per gli studiosi, la loro comprensione è certo un problema ancor più grande per la generalità dei cittadini. Portando hartianamente «lo sguardo fuori dal ponte», una simile situazione mina una delle gambe su cui dovrebbe poter poggiare l'operazione di riconoscimento in una società sana⁷⁴. Se la condizione minima di esistenza dell'ordinamento è bifronte, cioè «rivolta sia all'*obbedienza* dei privati cittadini sia all'*accettazione* da parte dei funzionari delle norme secondarie» lo stesso Herbert Hart ci ha anche ammonito che, sebbene da un punto di vista estremo anche solo i funzionari potrebbero *accettare* e usare i criteri di validità giuridica, «la società in cui accadesse questo sarebbe deplorabilmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire al macello»⁷⁵. Per poter compiere il passo che separa l'obbedienza dall'accettazione bisogna essere messi nella precondizione di comprendere le norme oltre la parte che pretende obbedienza. E l'unica strada realistica percorribile per erodere la dimensione gerarchica e autoritaria immanente alla pretesa di obbedienza, tendenza fondamentale per nutrire l'*ethos* democratico, è quella di costruire canali di partecipazione effettivi alla formazione e modifica delle regole da cui tale pretesa scaturisce. Se invece resta in piedi soltanto la fonte autoritativa da cui promana il comando (come dimostra la preoccupante ricorsività nel discorso politico di frasi come «ce lo chiede l'Europa»), il rischio è quello di costruire uno spazio asfissiante, in cui l'uso del diritto è patrimonio soltanto di tecnici, funzionari ed esperti. Un discorso che, si badi, vale anche per medie e piccole imprese, società ed enti che al diritto devono conformarsi⁷⁶. Un processo di para-costituzionalizzazione dello spazio politico europeo, già lucidamente notato da alcuni, caratterizzato dalla formalizzazione di principi fondamentali che orientano programmaticamente le norme inferiori, la ridefinizione del ruolo dei consociati come consumatori passivi di norme senza accesso effettivo alla loro definizione, ed infine dalla sedimen-

è possibile constatare sfogliando le 1598 pagine dell'accordo consolidato del CETA e dei protocolli allegati.

⁷⁴ H. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 138.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Da questa prospettiva si potrebbe leggere anche la diffusione degli studi e dei sistemi di compliance aziendale, ormai indispensabili nei grandi processi produttivi privati e sempre più diffusi negli enti pubblici.

tazione di un sistema di giustizia sovranazionale, originata dal Dispute settlement body del WTO⁷⁷. È precisamente l'evoluzione di questo processo ad essere in gioco.

3. Oltre il giudizio

Se la costruzione di nuovi tavoli di produzione normativa è uno dei cardini del protagonismo politico istituzionale di un certo tipo di attori sociali, la seconda gamba di una metamorfosi istituzionale, per essere davvero tale, dovrebbe coinvolgere il piano dell'effettività e delle forme di garanzia. Ed infatti entrambi i partenariati prevedono un capitolo, quello dedicato alla protezione degli investimenti stranieri, che rinvia ad un sistema di risoluzione delle controversie di stampo arbitrale alternativo a quello della giurisdizione ordinaria.

Anche il settore delle controversie tra Stati e investitori (Investments State Arbitration – ISA) non è una novità; la quasi totalità degli accordi bilaterali (BIT) e multilaterali (MIT) relativi agli investimenti rinviano al sistema di Investor-State Settlement Disputes (ISDS), che rappresenta ormai una delle parti più importanti del diritto internazionale dell'economia⁷⁸. In sostanza si tratta di speciali sistemi di protezione degli investitori stranieri, pensati per aggirare il rischio che questi siano ingiustamente danneggiati, nel caso di controversie, dagli organi giurisdizionali degli stati ospitanti, presuntivamente predisposti alla difesa di un punto di vista «nazionale» a scapito dell'imparzialità⁷⁹. I meccanismi adottati in questi accordi, in genere, prevedono una dichiarazione unilaterale degli Stati di sottoposizione

⁷⁷ Cfr., M. La Torre, *A Weberian Moment for Europe? Constitutionalism and the Crisis of european integration*, paper per il convegno «Le trasformazioni del diritto e della democrazia. Tra diritto e politica», 17-18 Marzo 2014, Università degli studi di Salerno, ora in L. Bazzicalupo, V. Giordano, F. Mancuso, G. Preterossi (a cura di), *Trasformazioni della democrazia*, Milano-Udine, Mimesis, 2016, pp. 29-43.

⁷⁸ Cfr. F. Costamagna, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in A. Comba (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 131 ss.; M. Sornarajah, *The international Law on Foreign Investment*, 3 ed., Cambridge Cambridge University Press, 2010; G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and public law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁷⁹ Cfr., A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, New York, Cambridge University Press, 2004; K. Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

alla giurisdizione arbitrale per tali controversie (c.d. *general consent*) per cui *tutti* gli investitori, anche solo di uno dei paesi sottoscrittori⁸⁰, ritiene compromesso il proprio investimento a causa di una misura imputabile allo Stato ospitante, invece che adire le Corti nazionali può convocarlo direttamente dinnanzi a dei collegi arbitrali internazionali⁸¹. L'oggetto di tale scrutinio riguarda l'uso discriminatorio dei poteri dello Stato ospitante, ma l'interpretazione e le clausole degli accordi hanno sensibilmente esteso i profili di riconoscimento dei comportamenti che danno origine all'annullamento degli atti e/o alla corresponsione di un'equa, pronta ed effettiva indennità; questa può sorgere, ad esempio, anche nel caso del c.d. esproprio indiretto, cioè in seguito all'approvazione di una norma legislativa che, pur se proceduralmente corretta e non discriminatoria, riduca la redditività dell'investimento o le legittime aspettative sulla sua remuneratività⁸². Un profilo di responsabilità oggettiva che può favorire il c.d. *regulatory chill effect*, cioè una compressione *de facto* della libertà degli Stati di legiferare per la paura che le modifiche legislative possano divenire oggetto di azioni legali e richieste di risarcimenti miliardari⁸³.

I sistemi di giurisdizione più diffusi di questo tipo sono quello dell'ICSID⁸⁴ e le regole UNCITRAL⁸⁵. Proprio il confronto con la

⁸⁰ Cfr. ICSID Additional Facility Rules, approvate nel 1978 e modificate nel 2002 e 2006.

⁸¹ G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and public law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁸² Per una critica cfr., K. Tienhaara, *Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science*, in C. Brown, K. Miles (eds.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 606-628. I. Populizio, *Il diritto ad un mondo immutabile. L'esproprio indiretto negli accordi sulla protezione degli investimenti e il concetto di «pubblico» nel diritto*, in *Stato e Mercato*, 104, agosto 2015, pp. 309-340.

⁸³ Cfr., K. Tienhaara, *Once BITten, twice shy? The uncertain future of «shared sovereignty» in investment treaty arbitration*, in *Policy and Society*, 30, 2011, pp. 185-196.

⁸⁴ La Convenzione ICSID (Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti, chiamata anche Convenzione di Washington) è stata siglata il 19 marzo 1965 e ratificata il 14 ottobre 1966. Ha istituito l'International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID, all'interno dell'organigramma della Banca mondiale, con sede a Washington. Parte integrante del sistema sono le ICSID Additional Facility Rules, approvate nel 1978 e modificate nel 2002 e 2006. Le novelle sostanzialmente permettono di allargare la sfera di competenza delle camere di conciliazione e arbitrato anche quando sono una delle due parti provenga da un paese che ha firmato la convenzione. Per una interpretazione «autentica» della storia dell'ICSID <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>.

⁸⁵ L'organo delle Nazioni Unite ha elaborato un sistema che è stato approvato dall'Assemblea Generale il 15 ottobre 1976. Cfr., F. Galgano, F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, Cedam, 2010, pp. 932. C'è da precisare che

pluridecennale giurisprudenza arbitrale, che negli ultimi anni si è enormemente moltiplicata, ha acuito le critiche rivolte al CETA, che ad essi rinvia. In particolare molto dure sono le accuse nei confronti dell'ICSID di favorire sistemi di giustizia privata opaca⁸⁶, e orientata alla tutela dei diritti patrimoniali degli investitori piuttosto che a quelli dei cittadini degli Stati. Queste critiche hanno avuto l'effetto di sensibilizzare anche alcuni rami del Parlamento europeo e hanno fatto sì, malgrado le pressioni statunitensi, che la Commissione ritirasse l'identica previsione originaria dal TTIP, approntando un inedito sistema denominato International Court System – ICS, che cerca di correggere alcune delle distorsioni più evidenti: una scelta che però secondo autorevoli autori lascia sostanzialmente intatte le principali problematiche⁸⁷.

Il tema, che qui ho solo sommariamente enunciato, è talmente ampio e complesso che andrà affrontato in altra sede⁸⁸. Ma per l'oggetto del nostro discorso è sufficiente rilevare quanto questa scelta politica sia paradigmatica dell'onda lunga del ciclo neoliberale. La soluzione di istituzionalizzare, per settori così ampi e aree geografiche così vaste, un sistema arbitrale che affonda le sue origini nel periodo postcoloniale – mutuando quasi per forza d'inerzia il modello adottato nei vari trattati bilaterali o in accordi regionali precedenti che hanno mostrato tutti i limiti del sistema⁸⁹ – mostra come il vero terreno di scontro sia la defini-

questi due sistemi sono le più diffuse, ma non le uniche forme arbitrali riconosciute al livello internazionale. Altre sedi di procedimenti ISDS sono inquadrate ne: la Camera di commercio internazionale, la Corte Arbitrale Internazionale di Londra, il Centro Arbitrale Internazionale di Hong Kong. Cfr., P. Bernardini, *ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, 2009, consultabile su http://www.arbitration-icca.org/media/4/30213278230103/media012970223709030bernardini_icsid-vs-non-icsid-investent.pdf.

⁸⁶ I tribunali ICSID non hanno obblighi di pubblicità paragonabili a quelli degli organi della giurisdizione ordinaria e specializzata di un paese occidentale.

⁸⁷ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/docdoc_153955.pdf, per una critica G. Van Harten, *Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP*, in *Osgoode Legal Studies Research*, 16, 2016, consultabile su <https://ssrn.com/abstract=2692122> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2692122>.

⁸⁸ Sul tema posso rinviare per completezza e condivisione di prospettive ad A. Algotino, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2016 e M.R. Ferrarese, *Giustizia privata. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, in *Parolechive*, 2015, pp. 121-134. Cfr., anche M. Marchesiello, *L'arbitrato internazionale nelle dispute investitori-Stato: una nuova idea di giustizia o creazione di un suo mercato globale?*, in *Pol. dir.*, 1-2, 2016, pp. 129-146.

⁸⁹ Come si è visto ad esempio col NAFTA, cfr., A. Reinisch, *The EU on the Investment*

zione di un nuovo campo della mediazione giuridico-istituzionale tra interessi pubblici e privati. Seppure una delle caratteristiche peculiari dell'ordinamento globale sia quello di essere «court-centred», la definizione di un sistema di giustizia di stampo privatistico ci dice molto sull'idea di bilanciamento e composizione degli interessi che queste Corti serviranno.

Un fenomeno che si può a pieno titolo collocare nello scenario della metamorfosi del diritto nell'età globale⁹⁰, che si caratterizza per la preminenza della forma del contratto su quella della legge, posto che «all'autonomia contrattuale sono oggi dischiuse frontiere in passato impensabili»⁹¹. Il problema viene così chiarito nella sua dimensione: non una questione di semplice dislocazione del potere, da soggetti pubblici a privati, ma la costruzione di un *ordinamento giuridico contrattato* dove organismi inter o transnazionali non sono chiamati a rappresentare altri interessi se non i propri. È qui che si registra l'ennesimo assottigliamento della sfera di separazione tra diritto pubblico e privato, che ridetermina la forma stessa delle istituzioni politiche: rispetto a quelle democratico-rappresentative – declinate sul modello assembleare – emerge un patchwork di posizioni giuridiche singolari e conflittuali. Conseguentemente, si sviluppano modelli atti a contenere ed arbitrare le dispute: «un rianimarsi, per noi continentali abbastanza destabilizzante, di quella idea di diritto che era tipica del mondo anglosassone, dove l'intero costrutto della statalità non era pensato come origine e fondamento dei diritti e dei poteri ma si limitava a custodirne il libero esercizio»⁹². Il diritto, in questo senso, da strumento di organizzazione della forza (interna) dello Stato, diventa sempre più regolatore di forze *dentro* lo Stato. Così l'architettura normativa ed istituzionale, originariamente rivolta nel paradigma hobbesiano alla neutralizzazione della guerra civile, nella forma attuale della pluralizzazione di luoghi di conflitto e di mediazione delle controversie ha l'effetto opposto di incentivare entrambe, sia pur nella forma «civile» del diritto.

Path Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements, in *Santa Clara Journal of International Law*, 12, 2014.

⁹⁰ Su cui sono profondamente debitore di A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁹¹ F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 99 e ss.

⁹² A. Catania, *Metamorfosi del diritto*, cit., p. 76.

Una «litigation explosion» ambivalente⁹³, in cui la conquista liberale moderna, irrinunciabile, della possibilità di azione giudiziaria contro l'autorità pubblica appare rovesciata in un quadro che a scapito dell'eguaglianza premia i soggetti più attrezzati per partecipare a questo tipo di conflitto⁹⁴. Tale «spostamento» dal diritto pubblico, improntato alla mediazione degli interessi generali, ad un tipo di diritto privato asimmetrico, mostra i suoi segni nella costruzione di strumenti per l'affermazione giuridica degli interessi di parte. La fitta rete di trattati e accordi di tutela degli investimenti credo segni, sul piano giuridico-politico, un'ulteriore fase del processo di globalizzazione. Maria Rosaria Ferrarese l'ha felicemente descritta come «governance paragiudiziaria»⁹⁵. Se questo è vero allora ci troviamo ad un punto di svolta rispetto al modello di governance che potremmo definire «classico», cioè quello di autori come Rosenau che ne sottolineavano gli aspetti informali e i modelli decisionali orientati al perseguimento di obiettivi condivisi⁹⁶. L'impressione è che invece si stia sviluppando una forma di *governance conflittuale*, una *free trade governance* caratterizzata come campo permanente di risoluzione delle controversie che esalta «strumenti di una diffusa microconflittualità sociale, momenti di un *adversarial legalism* che prospera nel vuoto aperto dalla frammentazione del sistema politico»⁹⁷.

Conclusioni

Se il CETA, il TTIP e, seppur in misura diversa anche la complessa rete di BITs e FTAs regionali e bilaterali, non possono essere interpretati soltanto come semplici accordi commerciali, ciò

⁹³ W.K. Olson, *The Litigation Explosion: What Happened when America Unleashed the Lawsuit*, Truman New York, Talley Books, 1991.

⁹⁴ Si pensi ad esempio al ruolo delle law firms con l'introduzione dei patti di quota lite nei procedimenti ICSID.

⁹⁵ M.R. Ferrarese, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Pol. dir.*, 3, 2014, pp. 375-402.

⁹⁶ J.N. Rosenau, *Governance, Order, and Change in World Politics*, in J.N. Rosenau, E.O. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 4. Sul tema aderisco e rinvio all'impianto critico di A. Tucci, *Immagini del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁹⁷ P. Costa, *Diritti e democrazia*, in A. Pizzorno (a cura di), *La democrazia di fronte allo Stato. Una discussione sulle difficoltà della politica moderna*, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 40.

significa che sono anche qualcosa di diverso. Io credo si possa definirli, mutuando il lessico foucaultiano, *reti di soggettivazione politico-istituzionale*⁹⁸. Con ciò intendo sia la produzione di nuove istituzioni, sia di soggetti adatti ad abitarle. Queste nuove istituzioni della globalizzazione⁹⁹, oltre ad essere un prodotto di un sistema di verità, a loro volta producono e favoriscono l'emersione di un certo tipo di attori sociali. Esempari di questa dimensione produttiva di forme istituzionali sono le figure esaminate delle Camere di cooperazione regolatoria, ed i sistemi di giurisdizione speciale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti stranieri, quali nuovi luoghi di contrattazione normativa e giudizio. Anche riconoscendo che la redazione di tali regole è da sempre contrattata tra vari soggetti pubblici e privati, di cui lo Stato non rappresenta che una parte¹⁰⁰, la dimensione insieme politica e giuridica del diritto pubblico finisce, su spinta di simili accordi, col trasformarsi su misura di *nuovi corpi intermedi*. È questa un'altra prova della politicità della razionalità economica, che mostra un'altra chiave di lettura di una parte della modernità: la governamentalizzazione dello Stato¹⁰¹ si manifesta oggi attraverso un processo che credo potremmo chiamare di *governamentalizzazione delle istituzioni*¹⁰². Così come la governamentalità «sollecita una forma di governo delle vite flessibile, adattato al piano di vita di ciascuno, una forma libertaria nella misura in cui la regolazione agisce dall'interno»¹⁰³, così a livello istituzionale si promuove la soggettivazione di *soggetti predisposti* all'autoregolazione e *adatti* al confronto in un'*arena di norme* molto diversa certo dall'ordinato scheletro dello *Stufenbau* kelseniano e dall'impianto programma-

⁹⁸ D'altronde la produzione del soggetto è l'autentico terreno di studio di Michel Foucault ed è lui che individua teoria e storia economica come buoni strumenti per analizzarla, cfr. M. Foucault, *The subjection and Power*, in H.L. Dreyfus, P. Rabinow, *Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, pp. 208-226.

⁹⁹ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 57.

¹⁰⁰ Visione non infondata, sulla quale però mi permetterei di aggiungere che tali soggetti non «giocano» sullo stesso piano.

¹⁰¹ M. Foucault, *Sicurezza territorio popolazione, Corso al Collège de France, 1977-78*, Milano, Feltrinelli, 2005; Id., *Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France 1978-1979*, Milano, Feltrinelli, 2012.

¹⁰² Un tema che da diverse prospettive affrontano i *governmentality studies*, cfr., N. Rose, P. Miller, *Political Power behind the State: Problematic of Government*, in *British Journal of Sociology*, 43, 2, 1992, pp. 172-205.

¹⁰³ L. Bazzicalupo, *Biolitica come governamentalità: la cattura neoliberale della vita*, in *La Deleuziana*, 1, 2015, p. 29.

tico delle costituzioni democratiche, adatto a essere interpretato in senso materiale da un altro tipo di soggetti organizzati¹⁰⁴. È dunque il progetto della modernità, che nel paradigma sovrano aveva trovato il suo perno, ad essere messo in discussione in una nuova spazialità geografica e nella redistribuzione dei poteri normativi a nuove soggettività, che li esercitano non solo *uti singuli*, ma *uti soci*. Questo scenario ha ragioni teoriche profonde, che vanno ben oltre il quadro di una deviazione patologica. Potremmo addirittura definirlo un tradimento dell'orizzonte politico della modernità, almeno di quella parte costitutivamente rivolta all'ordine, nella cui tendenza si specchiano le istituzioni democratiche legate al codice genetico della sovranità. In questo senso, si allarga la faglia tra «il progetto della modernità» [che] è lotta dell'ordine contro il carattere incerto e ambivalente del caos, è lo sforzo della sua funzione di nominazione e catalogazione, delle sue ambizioni normative, di ridurre il molteplice, il contingente, la frammentarietà dell'esistente, all'unità¹⁰⁵ e una forma dell'economia globale che va in direzione esattamente opposta, che incentiva processi di soggettivazione individualizzati e narcisisti, alimentati da una forma di organizzazione del potere asimmetrica e policentrica¹⁰⁶. Non più la dicotomia tra caos e ordine, ma tra rigidità e flessibilità, verticalità e (pretesa) orizzontalità. Questo alimenta la frizione tra tempi, luoghi e attori della democrazia politica con quelli dell'economia globale, che punta a travolgere le istituzioni che il movimento costituzionalista moderno ci ha consegnato¹⁰⁷. Una metamorfosi che non potrebbe presentarsi come tale se non coinvolgesse anche i soggetti che si muovono alla base di quel patto fondamentale, ed è qui che si colloca la causa più profonda di quello che appare presentarsi come un nuovo *contrattualismo economico*. Ovviamente la radice del contrattualismo moderno è diversa, una finzione-funzione mitologica necessaria per spiegare logicamente e non cronologicamente l'origine dello Stato¹⁰⁸, mentre

¹⁰⁴ Il riferimento è ovviamente a C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 [1940]

¹⁰⁵ A. Tucci, *Individualità e politica. Le contraddizioni della teoria politica identitaria in epoca tardo moderna*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2002, pp. 26-27.

¹⁰⁶ Cfr., L. Bazzicalupo, *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

¹⁰⁷ Cfr. G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

¹⁰⁸ E. Cassirer, *Il mito dello Stato*, Milano, SE, 2010, pp. 186-187.

qui ci troviamo davanti ad accordi veri e propri, e questo per certi versi acuisce la loro portata razionalizzatrice, nelle posture di tutti gli attori sociali. Infatti, non esistono contraenti fuori da questi patti, siglati, è bene ricordarlo, da organi politici rappresentativi, malgrado la forma della contrattazione tradisca modelli molto più aderenti alla contrattazione tra privati.

La matrice scaturente di questo nuovo e concretissimo contratto sociale non è la pura «uccidibilità» dello stato di natura o la fine di un conflitto bellico – sebbene nel mondo globale guerre e terrorismo facciano di tutto per evocarla –, ma lo stato di crisi economica che incorpora, per certi versi, quella fonte originaria della paura: evaporano le garanzie che i vincoli nazionali *sembravano* in grado di garantire, ed è questo che presenta l'esigenza di nuovi contratti globali, che però sono post democratici, perché di fatto discussi e approvati ad un livello di distanza dall'espressioni di volontà dei consociati senza precedenti. Un capovolgimento dell'investimento hobbesiano, profondamente ambivalente, «del diritto di governare ad un uomo o ad un'assemblea di uomini», che invece viene affidato, o quanto meno posto sotto la curatela, della «saggezza» del mercato. Se le costituzioni moderne hanno materializzato nella realtà storica lo scenario del contratto sociale¹⁰⁹, perché hanno fornito una soluzione all'esigenza del «ruolo normativo di un elemento terzo garante della possibilità, tramite la parola, di vincolarsi»¹¹⁰, il TTIP e il CETA – ma più in generale le forme istituzionali che necessariamente si instaurano coi processi di integrazione economica nei tanti FTAs – sintetizzano un nuovo compito che il mercato deve assolvere: la veridicità delle sue forme, dei suoi processi di mediazione degli interessi, di distribuzione della ricchezza funge da modello efficiente per rispondere ad una crisi di inefficienza del sistema politico globale. Una visione che si specchia anche sulla sponda dei governati, grazie alla falsa, ma seducente, pretesa di un nuovo autogoverno degli interessati, in grado di premiare e promuovere in modo imparziale le migliori capacità e i meriti dei singoli. La diffusione di questo punto di vista, al cuore dell'individualismo metodologico di uno dei padri

¹⁰⁹ G. Duso, *Contratto sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. XXXV.

¹¹⁰ A. Lo Giudice, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Roma, Carocci, 2012, p. 57.

del neoliberalismo come von Hayek¹¹¹, sembra fornire la base di legittimazione per un processo di cambiamento delle istituzioni che, ad oggi, non è ancora scontato, ma della cui potenziale portata sarebbe bene prendere atto perché, se pure il neoliberalismo è per molti versi già entrato in crisi, come mostrano gli esiti delle elezioni americane di novembre, la sua architettura istituzionale, sedimentata in decenni, non è detto che entri in crisi tanto facilmente.

¹¹¹ F.A. von Hayek, *Legge, Legislazione e Libertà. Critica dell'economia pianificata*, trad. it. di G. Monateri, Milano, il Saggiatore, 2000.

