Università per Stranieri di Perugia

UNIVERSITÀ ITALIANA E INTERNAZIONALE

Dipartimento di Scienze Umane e Sociali Internazionali

CORSO DI DOTTORATO IN DIPLOMAZIA E COOPERAZIONE INTERNAZIONALE

XXXVII CICLO

Titolo della tesi: LA FIDUCIA NEL MERCATO NELLE NORMATIVE DELL'UNIONE EUROPEA

Dottorando: Dott. Nicolò Michielin

Relatore: Prof. Salvatore Cingari

Co-Relatore: Prof. Alessandro Simoncini

A.A. 2024/2025

Sommario

Abstract..... *8*

CAPITOLO PRIMO..... *9*

1. Introduzione..... **11**

2. Il pensiero di Michel Foucault in "Naissance de la biopolitique"..... **13**

3. "Biopolitica" e "biopotere"..... **28**

4. La mitopoiesi neoliberale della legge..... **32**

5. Genealogie del biopotere e razionalità giuridica neoliberale: diritto, vita e fiducia nella governance contemporanea..... **44**

6. Oltre il comando: biopolitica produttiva e diritto neoliberale..... **72**

7. Il corpo come soglia del politico..... **75**

8. Diritto e neoliberalismo: tra tecnologie della norma e produzione della fiducia . **80**

9. Dalla norma prescrittiva alla fiducia performativa **84**

10. Biolegittimazione: la legge come dispositivo di autorizzazione della vita governata **91**

11. Biopolitica affermativa e soggettivazione antagonista: oltre la governamentalità neoliberale **97**

12. Verso un diritto post-biopolitico **103**

13. Tecnopolitica e diritto post-biopolitico: algoritmi e governance normativa **110**

14. Oltre la biopolitica nell'etica del vivente e nella costituzione del comune **115**

15. La fiducia sistemica e giuridica in Luhmann come condizione del biopotere neoliberale **120**

16. La razionalità neoliberale come matrice della fiducia giuridica **130**

17. Biopolitica digitale e governance algoritmica **135**

18. Ulteriori sviluppi teorici **141**

19. Conclusione **149**

..... **152**

CAPITOLO SECONDO *158*

1. Introduzione **162**

I Trattati fondamentali come fondamento dell'ordine neoliberale europeo **164**

2. Il Trattato di Roma del 1957 come fondamento giuridico dell'ordine concorrenziale europeo **.....170**

3. L'Atto Unico Europeo e la competitività come orizzonte normativo e di promessa fiduciaria **.....176**

4. Il Trattato di Maastricht **.....181**

4.2 L'introduzione della moneta unica e la privatizzazione del controllo monetario 182

4.3 Il passaggio dalla giustizia alla performance in Maastricht 185

5. Il Trattato di Lisbona. Consolidamento giuridico del mercato concorrenziale come principio costituzionale. **.....185**

5.2 Lisbona come consolidamento dell'"homo oeconomicus europeo" 188

7. La Carta dei Diritti Fondamentali e la tensione tra diritti e mercato **.....189**

8. Diritti fondamentali e antropologia neoliberale nella Carta di Nizza **.....190**

Il Trattato di Amsterdam e la fiducia nell'ordine competitivo **.....196**

10. Il Trattato di Nizza **.....200**

11. Regolamentazione della concorrenza e disciplina degli aiuti di Stato **.....204**

12. La giuridificazione dell'austerità e il vincolo fiscale come dispositivo di fiducia sistemica **.....230**

13. Il Digital Services Act (DSA) fra trasparenza normativa e fiducia computazionale **234**

13. Il Digital Markets Act (DMA) **237**

15. Il modello europeo come "diritto dell'interoperabilità regolata" **244**

16. Il Fiscal Compact e la giuridificazione della fiducia fiscale **247**

17. Politiche fiscali e vincoli di bilancio: la fiducia attraverso la disciplina **250**

18. La stabilità fiscale come condizione giuridica della fiducia economica: il Patto di Stabilità e Crescita (PSC) **254**

Il Six-Pack **256**

19. Il Two-Pack **257**

20. Riforme post-pandemiche: la flessibilità come nuova semantica della fiducia **258**

21. Strategia digitale europea come dispositivo di fiducia sistemica **263**

AI Act e governance algoritmica **269**

Una critica della regolazione digitale **275**

Salute e riproduzione dell'ordine economico **278**

22. Politiche ambientali e Green Deal: ecologia come economia della fiducia . **281**

23. Normative sul lavoro fra soggettivazione produttiva e governo della prestazione 289

24. La fiducia istituzionale come precondizione della digitalizzazione nella Normativa sulla privacy e sul trattamento dei dati 305

25. Il Recovery Plan e la giuridificazione della resilienza 312

Il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) e la logica della condizionalità giuridica 318

31. Il Libro Bianco sulla sicurezza alimentare e la fiducia nei consumi..... 320

La Direttiva 2000/31/CE e il D.Lgs. 70/2003: la fiducia come prerequisito del commercio elettronico 323

Le Alternative Dispute Resolution (ADR) 326

Il Regolamento (UE) 650/2012 e la professio iuris: fiducia e prevedibilità nella governance delle successioni 329

Il Regolamento 1347/2000 e il Regolamento 2201/2003: la fiducia come garanzia per le famiglie transfrontaliere 331

26. Conclusioni..... 333

Bibliografia..... 336

CAPITOLO TERZO 346

Oltre la concorrenza *346*

Indice *346*

9. Oltre il diritto della concorrenza. *347*

1. Una proposta teorica per un diritto generativo della fiducia nella giustizia condivisa **347**

2. Bilanci partecipativi e cittadinanza deliberativa **352**

3. Beni comuni urbani e co-produzione normativa **355**

4. Comunità energetiche come grammatica giuridica della fiducia cooperativa ... **358**

5. Cooperative sociali e clausole di inserzione lavorativa per una grammatica giuridica di inclusione e reciprocità **361**

6. Le clausole sociali negli appalti pubblici **363**

7. Il diritto come infrastruttura dell'inclusione **364**

8. *Una proposta di cambiamento* **370**

8.1 Clausole sociali obbligatorie nei Trattati europei 370

8.2 Meccanismi di condizionalità sociale e ambientale inversa 371

8.3 Statuti giuridici dei beni comuni a livello europeo 372

8.4 Istituzioni partecipative multilivello 373

8.5 Tribunale europeo dei diritti sociali 373

8.6 ***Una Direttiva sulla democrazia climatica locale*** 374

8.7 I *Contrats Territoriaux Sociaux et Écologiques* (CTSE) della Regione Occitania come forma di diritto territoriale partecipato ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

9. Oltre il diritto della concorrenza **375**

Bibliografia **376**

Abstract

Partendo da un impianto teorico che si radica nelle riflessioni di Michel Foucault nella sua opera *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France*, questa tesi vuole indagare il ruolo del diritto come dispositivo di produzione della fiducia nel contesto neoliberale. A partire da una lettura genealogica delle normative dell'Unione Europea, dai Trattati fondativi alle discipline settoriali in materia di concorrenza, politiche fiscali, governance digitale, sanitaria, ambientale e del lavoro, la ricerca intende mostrare come la legge si trovi ad operare oltre che come limite e regolazione esterna, anche come infrastruttura performativa capace di modellare comportamenti e forme di soggettivazione economica. La fiducia emerge così quale costruzione normativa e istituzionale, non semplice correlato sociologico.

Nella parte conclusiva la ricerca esplora esempi concreti e cornici teoriche di *modelli giuridici alternativi* delineando prospettive normative per un'Europa post-neoliberale, in cui la fiducia si trova ad essere funzionale alla cooperazione e alla giustizia sociale piuttosto che all'efficienza del mercato. Comunità energetiche, cooperative sociali, clausole di inserzione lavorativa e strumenti di amministrazione condivisa dei beni comuni vengono analizzati come casi paradigmatici di un diritto che abilita soggettività non mercatistiche e produce fiducia attraverso inclusione e solidarietà.

CAPITOLO PRIMO

Una cornice teoretica

Indice

1. Introduzione

2. Il pensiero di Michel Foucault in "Naissance de la Biopolitique"

3. "Biopolitica" e "biopotere"

4. La mitopoiesi neoliberale della legge

5. Genealogie del biopotere e razionalità giuridica neoliberale: diritto, vita e fiducia nella governance contemporanea

6. Oltre il comando: biopolitica produttiva, soggettivazione e diritto neoliberale

7. Immunità, biopolitica e il corpo come soglia del politico

8. Diritto e neoliberalismo: tra tecnologie della norma e produzione della fiducia

9. Diritto e governo della vita: dalla norma prescrittiva alla fiducia performativa

10. Biolegittimazione: la legge come dispositivo di autorizzazione della vita governata

11. Biopolitica affermativa e soggettivazione antagonista: oltre la governamentalità neoliberale

12. Verso un diritto post-biopolitico

13. Tecnopolitica e diritto post-biopolitico: algoritmi, soggettività e governance normativa

14. Oltre la biopolitica: etica del vivente e costituzione del comune

15. La fiducia sistemica e giuridica in Luhmann come condizione del biopotere neoliberale

16. La razionalità neoliberale come matrice della fiducia giuridica

17. Biopolitica digitale e governance algoritmica

18. Ulteriori sviluppi teorici

19. Conclusione

1. Introduzione

Questo capitolo si propone di offrire una cornice teorica per l'analisi del biopotere e della biopolitica, interrogandone la genealogia e le implicazioni normative, con particolare attenzione alla funzione della legge come dispositivo di produzione di fiducia nel contesto neoliberale. Il punto di partenza imprescindibile di questa indagine è rappresentato dal corso tenuto da Michel Foucault al Collège de France nel 1979, *Naissance de la biopolitique*, nel quale il filosofo francese inaugura un approccio innovativo alla storia del

potere, centrato non più esclusivamente sulla repressione o sulla sovranità, ma sulla normalizzazione e sull'amministrazione della vita. L'approccio metodologico che rinverrete nelle pagine che seguiranno sarà di tipo qualitativo e critico-ermeneutico, fondato su un impianto genealogico di matrice foucaultiana, che consente di interrogare la storia come campo di lotte e razionalità operative invece che come successione lineare di eventi. La genealogia qui praticata mira a mostrare come il potere prenda forma attraverso dispositivi di sapere, norme, pratiche e istituzioni che definiscono ciò che possa essere pensabile e legittimo. L'analisi seguirà dunque un duplice movimento: il primo che definirei genealogico-concettuale ed in cui andrò a ricostruire le dinamiche intercorrenti fra potere sovrano alla biopolitica attraverso Nietzsche e Foucault, fino ad arrivare alle articolazioni contemporanee del biopotere nella sua forma neoliberale. In questa ricognizione verrà indagato il pensiero di autori come Agamben, Esposito, Negri, Zuboff, Han, Stiegler, Lazzarato e altri, al fine di espandere e aggiornare il paradigma foucaultiano. *In secundis* tenterò un approccio critico-sistemico in cui la legge sarà analizzata non come limite al potere, ma come una delle sue espressioni centrali, specialmente nella governance neoliberale, dove agisce come produttore di fiducia sistemica, ciò seguendo anche le intuizioni della sociologia dei sistemi di Niklas Luhmann, dove il diritto viene concepito come un dispositivo performativo che stabilizza aspettative e garantisce la coerenza funzionale del mercato.

Codesta riflessione si muoverà tra filosofia politica, teoria del diritto, sociologia, economia e tecnologia, ricombinando fonti primarie e secondarie con l'obiettivo di aprire uno spazio di interrogazione critica sui meccanismi attraverso cui il diritto e il potere plasmano la vita dell'*homo oeconomics* e generano fiducia nei circuiti della concorrenza. Quanto potrete trovare all'interno di questo primo capitolo costituisce il primo passo di un'indagine più ampia in cui lo sguardo genealogico e teoretico si tradurrà in un'analisi concreta delle fonti normative dell'Unione Europea quali trattati, regolamenti e direttive, andandone ad evidenziare la funzione nel sostenere la concorrenza e nel costruire fiducia sistemica nel mercato. Si intende così proseguire il lavoro di disvelamento critico della razionalità neoliberale, mostrandone l'innervatura giuridica e la volontà performativa.

2. Il pensiero di Michel Foucault in "Naissance de la biopolitique"

Tra i primi ad analizzare il discorso neoliberale, distinguendo tra ordoliberalismo tedesco e neoliberalismo austro-statunitense, è stato Michel Foucault nel corso al Collège de France intitolato *Naissance de la biopolitique* (1978-79)[1]. Foucault ha mostrato per primo

[1] M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France* (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012.

come l'ordoliberalismo dia forma a una modalità del governo economico e politico che teorizza l'importanza dell'intervento regolatore dello Stato per garantire la concorrenza. La concorrenza è infatti necessaria, per gli ordoliberali, alla funzionalità del mercato e al buon funzionamento del meccanismo di formazione dei prezzi. Per gli ordoliberali, la concorrenza non si dà in natura, in assenza di detta azione statale. Prevede infatti l'adozione di un sistema normativo che agisce sul *corpus* sociale, indicizzandolo alle dinamiche concorrenziali. Nel caso in cui queste vengano a smarrirsi, lo Stato è chiamato a intervenire per ristabilirle.

Foucault mostra le differenze tra questa logica governamentale e quella del liberismo ottocentesco e proto-novecentesco, che urterà contro l'iceberg della crisi del '29 (e prima ancora, come ha mostrato Olimpia Malatesta, contro la crisi weimeriana[2]). Il liberismo infatti riduce lo Stato a "*guardiano notturno*", come dirà anche Gramsci nel Quaderno 6 (VIII) § (88) riprendendo la celebre definizione di Lassalle[3]: uno Stato cioè che si limita a circoscrivere e sorvegliare lo spazio di libertà economica. Per gli ordoliberali invece è la libertà di mercato stessa, e in special modo la logica della concorrenza, a dover ergersi a principio organizzatore e regolatore dell'azione di uno Stato che, mediante un

[2] L'economia sociale di mercato come strumento di ordine politico. Sui concetti ordoliberali di Stato e società, in Ventunesimo Secolo, N 48, 2019, pp. 113-139; L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar: Walter Eucken su Sombart, Schumpeter e Schmitt, in Filosofia Politica, N° 1, 2019, pp. 67-82.

[3] A. Gramsci, Quaderni del carcere, Einaudi, Torino 1977, p. 763-764.

dispositivo giuridico-istituzionale, garantirà le regole di quel gioco che è l'economia, fornendo una regolazione non invasiva e che limiti l'intervento pubblico nella materialità densa delle cose economiche al minimo indispensabile, permettendone però le condizioni di possibilità. Se c'è un punto su cui neoliberalismo americano e ordoliberalismo tedesco convergono, sostiene Foucault, è l'idea che il mercato funzioni come un "*regime di veridizione*" [4]. Il mercato dice la verità al potere, sostiene Foucault. Influenza cioè in modo decisivo la prassi governamentale degli Stati. Non solo, le verità del mercato influenzano e orientano la vita stessa dei consociati e dei gruppi sociali per ciò che concerne le condotte individuali e collettive. Il mercato come verità rappresenta poi una modalità di valutazione e verifica dei beni e dei servizi, in quanto determina il valore di questi attraverso il meccanismo della domanda e dell'offerta, che si trova poi ad essere costantemente ri-verificato e ri-valutato all'interno del mercato stesso, ed altresì questo influenza l'azione di quegli attori, imprese e singoli individui, che agiscono su queste basi al suo interno e generando su di essi una pressione costante allo scopo di spingerli a conformarsi a

[4] Per spiegare il meccanismo del regime di veridizione, Foucault porta come esempio la psichiatria. Egli asserisce che, a proposito della follia, il problema non era mostrare come nella testa degli psichiatri si era formata una destinata teoria scientifica costituita in tal caso dalla psichiatria; la quale poi si sarebbe concretizzata, o avrebbe trovato il proprio luogo di applicazione negli ospedali psichiatrici. Né si trattava di mostrare in che modo istituzioni di internamento, esistenti già da tempo, avessero cominciato da un certo punto in poi a elaborare una loro teoria e una loro giustificazione dando così luogo a qualcosa che diventerà il discorso degli psichiatri. Si trattava invece di studiare la genesi della psichiatria a partire da, e per mezzo di istituzioni di internamento che erano originariamente ed essenzialmente articolate su meccanismi di giurisdizione in senso molto lato, e che, da un certo momento in poi, sono trasformate e dislocate attraverso processi di veridizione (M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2012, p.41).

standard economici e morali specifici. Il principio a cui la ragione di governo deve attenersi è in realtà l'esito di una pluralità di istanze e configurazioni complesse, di una commistione fra gli interessi individuali e quelli collettivi, fra utilità sociale e profitto economico, fra equilibrio del mercato e regime della potenza pubblica, una complessa interazione tra diritti fondamentali e indipendenza dei governati[5].

A partire dalla lezione di Foucault si può sostenere che la verità economica prodotta dal gioco del libero mercato può divenire oggetto di fiducia e fede. I suoi principi e i suoi valori tendono infatti ad essere accettati dai consociati come verità universale e incontestabile grazie alla rappresentazione del mercato e della concorrenza come regole naturali che governano la produzione e la distribuzione delle merci: regole corroborate da pratiche economiche come produzione, distribuzione, commercio, così come ad un livello superiore e derivato da istituzioni quali mercati finanziari e sistemi di statistica economica e di contabilità, tutti fattori che hanno la capacità di far acquisire a questa rappresentazione il lignaggio di realtà concreta e incontrovertibile nelle menti degli uomini, i quali si trovano per l'appunto ad accettarla come verità. In questo modo, il mercato e la concorrenza divengono non solo meccanismi economici, ma anche principi morali che guidano le scelte individuali e influiscono sulle rappresentazioni sociali e sui

[5] Ivi, M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit. p. 51

comportamenti andando, per essere accettati come tali, a beneficiare della declinazione *sistemica* della fiducia[6].

Perché il mercato funzioni come luogo di formazione della verità, sostengono già i liberali classici analizzati da Foucault, non ci si deve affidare ad una governamentalità regolamentare indefinita, ma è invece necessario lasciarlo funzionare con il minimo di interventi possibili affinché sia appunto in grado di formulare la propria verità e conseguentemente di proporla come regola e norma alla pratica di governo[7]. Questo ruolo di "*luogo di verità*" è assunto dal mercato in virtù del fatto che i prezzi non possono regolarsi se non all'interno del suo contesto ovvero dovei cittadini radunati, confrontando l'interesse che deriva loro dal fare scambi, possono giudicare il valore dei beni in relazione ai loro bisogni. Solo nei mercati ciò diventa possibile, perché solo lì si può giudicare del rapporto di abbondanza o di rarità che i beni hanno gli uni rispetto agli altri, rapporto che va di conseguenza a determinarne il rispettivo prezzo[8]. Per come ha funzionato nel Medioevo, scrive Foucault, tra il XVI e il XVII secolo il mercato è stato essenzialmente

---

[6] A. Giddens, Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo, Il Mulino, 1994; A. Maceratini, Trust and power. Potere, fiducia, sistemi, in Rivista di scienze della comunicazione e argomentazione giuridica, N 1, 2018, pp. 71-88.

[7] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012, p. 37.

[8] E. Bonnot de Condillac, Le commerce et le gou-vernement considérés relativement l'un à l'autre, Jombert-Cellot, Amsterdam-Pa-ris 1776, parte 1, cap. [v: "Des marchés ou des lieux où se rendent ceux qui ont besoin de faire des échanges", p. 23, ed. 1795; ripubblicato presso Slatkine, Paris-Genève 1980; tr. it. Il commercio e il governo. Opera elementare, Bolognesi, Genova 1816).

un *luogo di giustizia*[9]. Si trattava di un luogo investito da una regolamentazione rigorosa che riguardava gli oggetti da immettere sui mercati, il tipo di fabbricazione, l'origine dei prodotti, i diritti da pagare, le stesse procedure di vendita e, infine, i prezzi fissati. Era un luogo di giustizia, inoltre, anche nel senso che il prezzo di vendita fissato nel mercato veniva considerato, tanto dai teorici quanto dagli operatori, come un *giusto prezzo*[10]: vale a dire un prezzo che doveva mantenere un certo rapporto con la mole di lavoro, con i bisogni dei mercanti e, ovviamente, con i bisogni e le possibilità dei consumatori. Il mercato veniva ad essere, e doveva così essere, anche un luogo privilegiato della giustizia

---

[9] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012, p. 38.

[10] Il giusto prezzo (*justumpretium*) che la scolastica medievale, a partire dalla dottrina aristotelica della giustizia commutativa (Etica nicomachea, libro v) aveva fissato come modello ideale delle transazioni. Cfr. S.L. Kaplan, Bread, Politics and Political Economy in the Reign of Louis xv, Martinus Nijhoff, Den Haag 1976 (tr. fr. Le pain, 1e peuple et le roi, Perrin, Paris 1986, pp. 55-56): "Il luogotenente generale di polizia, i commissari, i misuratori dei cereali e i funzionari locali insistono senza sosta sul 'giusto prezzo' che si ritengono obbligati ad assicurare. [...] Per essere equi, i prezzi non debbono né indurre i mercanti a 'ribellarsi' né 'ledere' i consumatori. Devono essere stabiliti in conformità a un ideale di moderazione che tende a variare secondo le circostanze. Un prezzo è giudicato giusto quando i mercanti si riservano un profitto moderato e la massa del popolo che vive in una condizione di miseria cronica non soffre esageratamente, e cioè non più del solito. In tempi normali, il giusto prezzo è molto semplicemente il prezzo corrente (come i teologi raccomandano) fissato da una stima comune anziché imposto dalle manovre dei mercanti o dagli ordini del governo". Cfr. J.B. Baldwin, The Medieval Theories of the Just Price. Romanists, canonists and theologians in the twelfth and thirteenth centuries, American Philosophical Society, Philadelphia 1959; J.A. Schumpeter, History of Economic Analysis, Oxford University Press, New York 1954 (tr. it. Storia dell'analisi eco-nomica, Ed. scientifiche Einaudi, Torino 1975, vol. i, pp. 75-77). Bibliografa complementare in S.L. Kaplan, tr. fr. cit., pp. 441-442, nota 14 del cap. II. Sulla questione del prezzo, cfr. Les mots et les choses, Gallimard, Paris 1966 (tr. it. Le pa-role e le cose, Rizzoli, Milano 1967), cap. VI, sez. V: "Il pegno e il prezzo" (dove la questione del prezzo viene affrontata essenzialmente in relazione alla funzione della moneta); Cfr. E. Depitre, "Introduction" a Dupont de Nemours, De l'exportation et de l'importation des grains (1764), P. Geuthner, Paris 1911, pp. xxin-xxiv: "Nel sistema fisiocratico niente è più agevole da determinare del buon prezzo: coincide con il prezzo comune e poco variabile del mercato generale, quello stabilito dalla concorrenza tra le nazioni che commerciano liberamente". Cfr. anche Sécurité, ter-ritoire, population, cit., lezione del 5 aprile 1978, p. 369, nota 25 (tr. it. Sicurezza, territorio, popolazione, cit., p. 361, nota 25).

distributiva. Infatti le regole del mercato facevano sì che ci si accordasse almeno in relazione a un certo numero di prodotti essenziali, come ad esempio quelli alimentari, in modo tale che anche i più poveri potessero acquistare determinati beni alle stesse condizioni dei più ricchi. Infine, era un luogo di giustizia perché la condizione che altresì doveva essere garantita nel mercato e alle sue regolamentazioni era l'assenza di illeciti. Si trattava cioè, come vedremo avverrà poi anche per la legislazione dell'Unione Europea, di proteggere l'acquirente, al fine di ingenerare in lui quella fiducia fondamentale capace di farlo restare all'interno delle dinamiche di mercato in un'apparente piena sicurezza. La regolamentazione di mercato aveva dunque come scopo la distribuzione più equa possibile delle merci e così proteggere tutto il contesto dalla presenza di illeciti. Questo sistema declinato in *regolamentazione-giusto prezzo-sanzione dell'illecito*, faceva sì che il mercato fosse un luogo di giustizia e di giurisdizione che andava a reificarsi nello scambio e nella formulazione nel prezzo. Dall'altra parte il mercato, ed è in questo secondo senso che diviene luogo di verità, non solo lascia intravedere i meccanismi naturali cui obbedisce, ma qualora si dia ad essi libero corso, questi permettono di determinare quel

prezzo che Boisguilbert[11] chiamerà "*prezzo naturale*" e i fisiocrati "*buon prezzo*"[12] insomma un prezzo che va ad esprimere un rapporto adeguato tra costo di produzione e ampiezza della domanda. Ecco allora che si può osservare come il mercato, quando lo si lascia agire in base alla natura che gli è propria e, per così dire, alla sua verità naturale, consente il formarsi di un certo prezzo che verrà chiamato metaforicamente il vero prezzo, o talvolta anche il giusto prezzo, per quanto non abbia più in sé alcuna connotazione di giustizia. Si tratterà di un prezzo determinato, che oscillerà attorno al valore del prodotto. I prezzi, in quanto conformi ai meccanismi naturali del mercato, finiscono così con il costituire una misura di verità che permetterà di discernere, tra le pratiche di governo, quelle che al tal riguardo risultano *giuste* da quelle invece *sbagliate*. In altri termini, è il meccanismo naturale del mercato, insieme alla formazione di un prezzo naturale, a permettere di falsificare e di verificare la pratica di governo, qualora si valuti sulla base

[11] Cfr. Pierre Le Pesant, signore di Boisguilbert (1646-1714), autore in particolare del Détail de la France (1695) e del Traité de la nature, culture, commerce et intérét des grains (1707). È considerato come il precursore dei fisiocrati. Cfr. J.A. Schum-peter op. cit., vol. t, p. 259, nota 1, e soprattutto A. Sauvy, Pierre de Boisguilbert, ou la Naissance de l'economie politique, INED, Paris 1966, 2 volume. Sembra, tuttavia, che Boisguilbert non utilizzi il concetto di "prezzo naturale". Egli parla talvolta di "prezzo secondo proporzione" (o prezzo "proporzionale") senza un contenuto analitico preciso (venditori e acquirenti ricavano lo stesso vantaggio) e di "prezzo di rigore", in riferimento al costo di produzione (minimo accettabile); Cfr. E. Depitre, "Introduction" a Dupont de Nemours, De l'exportation et de l'importation des grains (1764), P. Geuthner, Paris 1911: "Nel sistema fisiocratico niente è più agevole da determinare del buon prezzo: coincide con il prezzo comune e poco variabile del mercato generale, quello stabilito dalla concorrenza tra le nazioni che commerciano liberamente". Cfr. anche Sécurité, territoire, population, cit., lezione del 5 aprile 1978, p. 369, nota 25 (tr. it. Sicurezza, territorio, popolazione, cit., p. 361, nota 25).

[12] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012, p. 43.

di questi elementi ciò che il governo fa, i provvedimenti che adotta, le regole che impone. Il mercato, consentendo di collegare fra loro la produzione, il bisogno, l'offerta, la domanda, il valore, il prezzo e così via, costituisce in tal senso un luogo di veridizione, cioè un luogo di verifica per la pratica di governo.

Secondo Foucault non si poteva pensare l'economia politica, vale a dire la disciplina che teorizza la centralità della libertà del mercato, senza porre nel contempo il problema del diritto pubblico, e cioè della limitazione della potenza pubblica. A tal proposito, per palesare il legame originario tra i problemi sollevati dall'economia politica e la limitazione dell'autorità pubblica, il filosofo francese cita come prova di interconnessione fra questi due ambiti il fatto che i primi economisti fossero anche dei giuristi, ovvero nella fattispecie persone che discutevano il problema del diritto pubblico. Foucault cita[13] Beccaria, il quale era sia teorico del diritto pubblico e penale, che al tempo stesso un economista[14]; cita Adam Smith, il cui capolavoro *La ricchezza delle nazioni* è pregno di rimandi al diritto

[13] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012, pp. 39-45.

[14] Cfr. Prolusione letta dal regio professore Marchese Cesare Beccaria Bonesana nell'apertura della nuova cattedra di scienze camerali ultimamente comendata da S. M.I.R.A., Allegrini, Firenze 1769 e i Principi di economia politica, in Elementi di economia politica, cit. "Il grosso dei suoi scritti economici consistette nelle relazioni al governo" (Schumpeter, op. cit., p. 217, dove Beccaria viene qualificato come l'"Adam Smith italiano", ivi, p. 217). Cfr. Atti di governo di Beccaria in corso di pubblicazione nei diciassette volumi pre-visti dell'Edizione nazionale (già apparsi i volumi dal vi al x, 1987-2000). Tali volumi vertono su questioni molto diverse, tra cui: monete, miniere, pesi e misure, manifatture e commercio, fiere e mercati ecc. Devo tali precisazioni alla recente tesi di Ph. Audegean, Philosophie réformatrice. Cesare Beccaria et la critique des savoirs de son temps: droit, rhétorique, economie, Université de Paris i-Sorbonne, 2003.

pubblico, che andava così a pervadere per intero la sua analisi[15]; e cita Bentham, anch'egli teorico del diritto pubblico ed economista[16]. Per Foucault dunque con questi autori ci si trova di fronte a uno "spostamento del centro di gravità del diritto pubblico"[17]: l'impegno del diritto pubblico non è più rivolto come nel XVII secolo a stabilire in quale maniera andare a fondare la sovranità, o nel ricercare le condizioni per cui un ipotetico sovrano sia legittimato ad esercitare i suoi poteri, bensì troverà il suo scopo nel decidere come fissare dei limiti giuridici all'esercizio di una potenza pubblica. A tal proposito Foucault tratta di quelle che sono due vie che fra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo hanno provato a schematizzare questa elaborazione: la prima viene definita dal filoso francese la via *assiomatica giuridico-deduttiva*[18]. Essa prende le mosse non dal governo e dalla sua necessaria limitazione, ma dal diritto nella sua forma classica, tenta cioè di definire quali siano i diritti naturali o originari di ciascun individuo, passando poi in un secondo momento a determinare le condizioni e le formalità ideali o storiche sulla base delle quali viene accettata una limitazione di quegli stessi diritti. Consiste inoltre nella stessa

[15] Cfr. Adam Smith (1723-1790), An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, W. Straham & T. Cadell, London 1776 (tr. it. La ricchezza delle nazioni, UTET, Torino 1975).

[16] Cfr. Jeremy Bentham:s Economie Writings, cit. (sopra, p. 276, nota 9), e T.W. Hutchison, Bentham as an economist, "Economie Journal", Lxvi, 1956, pp. 288-306.

[17] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012, p. 46.

[18] O via induttiva-residuale. Foucault asserisce come questa fosse la via seguita, almeno fino a un certo punto, dalla Rivoluzione francese, motivo per cui la definisce anche via rousseauiana, o la via rivoluzionaria, Op. cit. p. 46.

definizione di quei diritti di cui si è accettata la cessione e, viceversa, di quelli invece non oggetto di essa, e che, per tal ragione, restano imprescrittibili indipendentemente da ogni condizione di causa e sotto qualsiasi governo o regime politico. Solo una volta completati questi passaggi si potranno infine dedurre i confini della competenza del governo. In estrema sintesi questo processo consiste nel partire dai diritti dell'uomo per giungere a stabilire i limiti della governamentalità, passando attraverso la costituzione del sovrano. La seconda via attraverso cui delimitare l'esercizio della potenza pubblica secondo Foucault consiste non già nel muovere dal diritto, bensì dalla pratica di governo come tale; è a partire da essa, infatti, che si tratta di condurre l'analisi al fine di individuare i limiti di fatto che possono essere imposti alla governamentalità[19]. Foucault parla di una "via radicale utilitarista" alla regolazione della potenza pubblica, o anche di una "via empirica e utilitaristica che definisce la sfera di indipendenza dei governati a partire dalla necessaria limitazione del governo"[20]. Si tratta di una via per cui sarà la stessa storia o la tradizione a porre detti limiti di fatto, che saranno poi di conseguenza cesellati in funzione degli obiettivi della governamentalità, delle risorse del paese, della sua popolazione, della sua economia, della libertà dei governati e così via. Si tratta dunque di promuovere un'analisi del governo nelle sua interezza, compresi quelli che sono la sua pratica e i suoi limiti di fatto, evidenziando su questa base ciò di cui sarebbe assurdo o contraddittorio, o *a fortiori*

[19] Op. cit. p. 47.

[20] Ivi, pp. 48 e 50.

inutile, per il governo occuparsi. In questo caso la delimitazione della sfera di competenza non sarà più stabilita a partire da un criterio giuridico astratto, ma in funzione di ciò che risulta utile o inutile all'azione di governo. Essa dipenderà cioè da un'interrogazione continua che accompagna ogni momento dell'attività governamentale e ciascuna delle sue istituzioni sul *cosa* conviene fare e a quale scopo, entro quali limiti e a quali condizioni. Il governo finirà così per esercitarsi su quella che Foucault chiama la *repubblica fenomenica degli interessi*.

Foucault mostra inoltre con chiarezza che ordoliberalismo e neoliberalismo austro-americano condividono sia la centralità attribuita alla concorrenza, il cui *prius logico* è l'ineguaglianza, sia l'idea di sostituire a essa lo scambio proprio del modello liberale classico, dalla cui crisi entrambi, peraltro, prendono avvio. Allo stesso modo queste due scuole di pensiero condividono l'obiettivo della crescita economica, il cui attore principe è naturalmente l'impresa. Il tipo d'uomo che invece entrambi mirano a produrre nella società della concorrenza (anche se su questo punto esistono differenze sensibili che Foucault non valorizza adeguatamente, infatti il neoliberalismo americano è assai più enfatico)[21], è l'*homo oeconomicus*, un soggetto *imprenditore di sé* che rappresenta la traslazione nel singolo individuo del modello d'impresa. Tale dinamica declinata nel

[21] https://www.youtube.com/watch?v=jFKBWVxD4jo

contesto concorrenziale ha come conseguenza fenomeni disgregativi del contesto sociale[22] che però solo l'ordoliberalismo vuole tentare di correggere. Per il neoliberalismo americano, invece, tali conseguenze null'altro sono che verità inoppugnabili tradotte da quella scienza del comportamento umano che è l'economia. Con la sua *Gesellschaftspolitik*, l'ordoliberalismo ha lo scopo di plasmare un assetto sociale funzionale al mercato agendo su di esso: questo però senza trascendere nell'interventismo keynesiano, rifiutato recisamente da entrambe le correnti di pensiero. Al di là dei limiti a cui si è fatto cenno, Foucault ha il grande merito di aver mostrato come con la sua *Vitalpolitik* (un termine coniato da Alexander Rüstow) l'ordoliberalismo abbia declinato economia e politica in un'ottica simbiotica: il tutto tracciando i lineamenti fondamentali di un liberalismo "*positivo*" e costruttivista, per certi tratti ben diverso dal neoliberalismo americano con il quale però condivide la necessità di dar vita a un nuovo liberalismo.

[22] Nel loro ormai classico La nouvelle raison du monde Pierre Dardot e Christian Laval si trovano in particolare poi ad affermare che il neoliberalismo come regime di veridizione abbia giocato un ruolo centrale nella genesi delle leggi dell'UE, andando ad imporre una logica votata alla valorizzazione del profitto ed ossequiosa delle esigenze delle imprese: una logica che si ritrova in un rapporto conflittuale e predatorio rispetto ad ogni altra considerazione politica o sociale. Per i due autori le leggi europee prodotte dalla razionalità neoliberale, come quelle relative alla salvaguardia ambientale, ai diritti dei lavoratori, alla regolamentazione dei servizi pubblici, o più in generale alla governance dell'Unione Europea, trovano la loro *ratio* ultima nel favorire gli interessi dei mercati finanziari e delle imprese. Tutto ciò a scapito dell'interesse pubblico, con conseguenze negative su ciò che concerne la democrazia, l'equità, e la giustizia sociale e su quello che loro chiamano il "comune", P. Dardot, C. Laval, La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista, Derive Approdi, Roma, 2019.

Un'intenzione che, per Foucault, prende forma esplicita durante il *Colloque Walter Lippmann* tenutosi nel 1938 a Parigi[23].

Tutto ciò premesso, pare possibile affermare che entrambe le correnti economiche abbiano avuto un'influenza significativa sul pensiero economico e politico dell'Unione Europea. Il pensiero neoliberale ha giocato un ruolo decisivo nella nascita stessa del mercato unico europeo, della politica di liberalizzazione commerciale ad esso inerente, della riduzione delle barriere commerciali e naturalmente nella enfatizzazione dello stesso principio della libertà del mercato come principio fondante. È però l'ordoliberalismo ad avere ispirato l'idea dell'Ue per cui il mercato non può funzionare se non è regolato da un insieme di norme giuridiche e di istituzioni che garantiscano la concorrenza. Si tratta di un pensiero che ha influenzato la creazione di istituzioni quali, ad esempio, la Banca Centrale Europea, e così le politiche monetarie e fiscali dell'UE. Certo, come ha mostrato Adelino Zanini in un suo recente contributo fondamentale, l'ordoliberalismo richiedeva per questi scopi la costruzione di uno Stato forte (*Starker Staat*): uno Stato che peraltro gli autori tedeschi concepivano come Stato nazionale (o come un insieme di Stati nazionali che quasi per giustapposizione avrebbero poi potuto dare forma a una costruzione sovranazionale dotata

[23] S. Audier(ed), Le Colloque Lippmann. Aux origines du néo-libéralisme, Lormont, Le bord de l'eau, 2012; e A. Simoncini, Un neoliberale a Parigi. Wlater Lippmann e gli ordoliberali, in Scienza e Politica, N 57, 2017.

di eguale forza), di cui non si trovano tracce nella vicenda della Ue[24]. Esistono però diverse norme dell'Unione Europea passibili di essere interpretate come espressioni del regime di veridizione del mercato descritto da Foucault. Ad esempio, le politiche europee in materia di concorrenza e di mercato unico mirano a creare condizioni eque e trasparenti per la competizione tra le imprese, verificando continuamente la qualità e l'efficienza dei loro prodotti e servizi. Si tratta di politiche che possono essere viste come un vero e proprio regime di verità attraverso cui il mercato esercita un controllo sulla produzione e sulla distribuzione dei beni, oltre che sulla prassi governamentale comunitaria. Inoltre, le politiche europee in materia di tutela dei consumatori che mirano a proteggere questi ultimi da pratiche commerciali scorrette o ingannevoli, così come a garantire che prodotti e servizi siano sicuri e rispettosi di determinati standard qualitativi, paiono passibili di essere intese come un modo in cui il mercato esercita un controllo sul comportamento delle imprese e sulla qualità dei loro prodotti, verificando in perpetuo il valore di ciò che viene offerto nello spazio economico. In sintesi, le politiche europee in materia di concorrenza, mercato unico e tutela dei consumatori possono essere considerate espressioni del regime di veridizione del mercato descritto da Foucault, poiché la valutazione reiterata e continua del valore di beni e servizi da parte dello stesso mercato in cui questi sono immessi, pare trovarsi in una relazione di nesso causale diretto con il

[24] S. Chignola, A proposito di Adelino Zanini, Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973), Bologna, Il Mulino, 2022, in Scienza e Politica N 66 pp. 143-146; A. Zanini, Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973), Il Mulino, Bologna 2022.

comportamento e le prestazioni delle imprese e dei singoli consociati, esercitando su di essi una forma di controllo.

3. "Biopolitica" e "biopotere"

"Biopolitica" e "biopotere" sono due concetti distinti ma strettamente correlati, spesso utilizzati in modo intercambiabile. Per comprenderne a fondo la portata occorre iniziare con un gesto genealogico come suggerì lo stesso Foucault, che si rifà alla lezione metodologica di Nietzsche[25]. Per Nietzsche non esiste potere che non sia biopotere, né politica che non sia biopolitica, il controllo e la regolazione della vita in tutte le sue forme sono componenti immanenti dell'agire politico. Piuttosto che interrogarsi sulla loro presenza è più utile distinguere nella storia tra differenti livelli di consapevolezza biopolitica e modalità eterogenee di esercizio del biopotere. Nel primo volume della sua *Histoire de la sexualité* (La volonté de savoir), Michel Foucault descrive l'emergere del potere sulla vita come fenomeno moderno articolato lungo due poli fondamentali, ovvero il controllo dei corpi individuali attraverso discipline che puntano a renderli più utili, ed *in secundis* la regolazione delle popolazioni tramite meccanismi bio-statistici[26]. Questi due poli non si oppongono, bensì si connettono tramite un "fascio intermedio di relazioni"

[25] Friedrich Nietzsche, Genealogia della morale, Adelphi, pp. 25–37.

[26] Michel Foucault, La volontà di sapere. Storia della sessualità, vol. I, Feltrinelli, Milano 1978.

[27]. Il primo polo, che riguarda la soggettività e la corporeità individuale, si fonda sul "potenziamento delle attitudini", un concetto che, sebbene nato nel contesto delle tecnologie del XVII e XVIII secolo, trova una sorprendente eco nei dibattiti odierni sul "potenziamento umano" (*human enhancement)* delle biotecnologie contemporanee[28]. Già in questa fase embrionale della razionalità biopolitica si manifesta una fondamentale ambivalenza. Da una parte il potere produce corpi forti, mentre dall'altra l'emergente economia capitalistica incanala queste qualità entro un regime normativo fondato sullo sfruttamento. La forza va aumentata per poter essere estorta, e il termine stesso evoca una violenza sistemica, legittimata dalla legge. È proprio la legge infatti, a fungere da dispositivo cardine nell' organizzazione del biopotere moderno. Attraverso le norme, siano esse giuridiche, educative o disciplinari, si producono soggetti che devono essere performanti, ma anche *docili*, e conseguentemente adattabili e funzionali agli obiettivi del sistema. La funzione pedagogico-normativa del diritto assume qui un ruolo centrale nel forgiare individui adatti al mercato. La legge, sotto l'apparenza neutrale e razionale, si mostra come strumento di produzione di fiducia nei confronti dell'ordine neoliberale, in quanto promette protezione e benessere, laddove invece veicola un disegno di controllo[29]. Nel passaggio dal controllo dell'individuo alla regolazione della popolazione, si assiste a

[27] Michel Foucault, Sorvegliare e punire. Nascita della prigione, Einaudi, Torino 1976.

[28] Thomas Lemke, Biopolitics. An Advanced Introduction, NYU Press, New York 2011, pp. 33–36.

[29] Michel Foucault, Nascita della biopolitica, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 23–25.

un salto qualitativo. A metà del XVIII secolo si sviluppa il secondo polo del biopotere, ovvero la biopolitica della popolazione. Qui il potere investe il "corpo-specie[30]", trattato come supporto dei processi vitali quali nascita, morte, ed in generale salute. Il governo liberale nella sua configurazione moderna comincia così ad occuparsi sistematicamente della vita attraverso politiche sanitarie e statistiche, sino ad arrivare ai sistemi assicurativi. La biopolitica, in questo senso, è la forma razionale e amministrativa con cui la modernità governa la vita collettiva[31]. Il liberalismo si presenta come un'arte di governo che afferma di voler "lasciar fare", ma nel contempo interviene profondamente su ciò che si presume neutro, tematiche quali per l'appunto la natalità o la mortalità. Foucault, durante i corsi al Collège de France, afferma esplicitamente che il suo intento è quello di «studiare il liberalismo come quadro generale della biopolitica»[32]. Il liberalismo, che teoricamente limita l'azione del governo in favore della libertà individuale, in realtà estende il controllo in domini apparentemente tecnici e asettici, come l'igiene pubblica o le pratiche sessuali. È in detto contesto che la legge, qualsivoglia sia il suo oggetto, diventa il vettore di un nuovo tipo di potere che da repressivo manifestamente ideologico si erge a potere produttivo che va a sfociare nel tecnocratico. L'introduzione di standard sanitari o la normazione delle pratiche mediche, solo risposte tecniche aventi però nel loro nucleo degli

[30] Michel Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 93–98.

[31] Nikolas Rose, The Politics of Life Itself, Princeton University Press, Princeton 2007, pp. 3–19.

[32] Michel Foucault, Nascita della biopolitica, op. cit., p. 317.

atti politici che producono una fiducia sistemica nell'apparato statale e nel mercato[33], e al contempo legittimano una profonda intrusione nella vita. L'emergenza delle epidemie nel XVIII e XIX secolo e la loro capacità di distruggere forza lavoro e consumatori, ha spinto lo Stato a investire nella salute pubblica non solo e non tanto per motivi umanitari, quanto per ragioni economiche. Come dimostrano casi recenti (mucca pazza, influenza aviaria, Covid-19), il biopotere continua a essere mobilitato nei momenti di crisi per garantire la continuità del sistema produttivo[34]. La legge in tali frangenti agisce come garante di una produttività stabile e della fiducia ad essa necessaria; è l'interfaccia simbolica che permette ai consociati di credere che l'ordine si mantenga nonostante la minaccia. La fiducia è qui un obiettivo esplicito[35] dove l'umano viene normalizzato e messo in sicurezza mentre l'intervento giuridico si presenta come razionale e necessario. La razionalità legale maschera la forza biopolitica del neoliberismo. La docilità richiesta agli individui è frutto di una complessa architettura normativa che promuove la responsabilità personale nonché la sorveglianza volontaria. Il diritto contemporaneo, da limite quale era, diviene uno dei principali vettori del potere, gestendo la paura di Gehlen[36] , ed orienta il

[33] Didier Fassin, La vie. Mode d'emploi critique, Seuil, Paris 2018, pp. 85–91.

[34] Giorgio Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 91–102.

[35] Niklas Luhmann, La fiducia, Il Mulino, Bologna 2002, pp. 39–44

[36] Arnold Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 13ª ed., Wiesbaden: Aula-Verlag, 1986 (ed. orig. 1940), pp. 28-35. In queste pagine Gehlen sviluppa la sua concezione dell'uomo come *Mängelwesen* (essere carente), esposto a un eccesso di stimoli e quindi alla paura e all'insicurezza, che solo le istituzioni riescono a incanalare e stabilizzare

desiderio. Come mostra Foucault, questo processo non è semplicemente recente. È radicato nella lunga genealogia della modernità, ma si intensifica in modo inedito con l'avvento dello Stato-nazione e della sua necessità di potenziare il popolo. L'educazione o ad esempio la medicina pubblica diventano strumenti per formare corpi sani e produttivi, che risultino disponibili alla guerra, al lavoro, come già era a Sparta, ed ora anche al consumo. Il diritto si fa così forma materiale dell'interiorizzazione del potere[37].

4. La mitopoiesi neoliberale della legge

Come ha indicato Foucault[38] la biopolitica si afferma pienamente nel passaggio dalla sovranità assoluta alla governance moderna, con un cambiamento paradigmatico, ovvero passando da un potere che lesina la vita e fa morire a uno che lesina la morte e fa vivere. In altre parole, il fulcro del potere sovrano (che prima era la *morte*) arriva ad identificarsi con la gestione amministrativa e normativa della vita[39]. Questo passaggio implica un crescente investimento sul corpo, sull'igiene, sulla salute, sulla riproduzione, sulla formazione, e su tutto ciò che riguarda la vita biologica[40]. Tuttavia tale cesura con l'epoca

[37] Roberto Esposito, Bíos. Biopolitica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 55–63.

[38] Michel Foucault, Nascita della biopolitica, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 217–220.

[39] Roberto Esposito, Bíos. Biopolitica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 11–22.

[40] Michel Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 93–98

premoderna non va letta come una rottura assoluta[41]. La modernità può essere vista come una "rivincita del paganesimo", e la dimensione biopolitica sembra avere una lunga preistoria che attraversa il pensiero greco e romano. Platone nella *Repubblica* e Aristotele nella *Politica* delineano con straordinaria precisione un progetto biopolitico *ante litteram* in cui la regolazione statale della sessualità, della riproduzione, dell'educazione fisica e morale, della salute e persino della morte, giustificando l'aborto o l'eutanasia per il bene collettivo della *polis*[42]. Il fine dichiarato è la generazione di una discendenza "sana, robusta e ben conformata". Come non riconoscere qui una precoce consapevolezza biopolitica, fondata su una concezione normativa della vita[43]? L'esercizio del biopotere dunque non è un'invenzione moderna, ma conosce una trasformazione qualitativa con la nascita dello Stato moderno e soprattutto con l'emergere dello Stato-nazione. Nel momento in cui gli stati europei reintroducono il servizio militare obbligatorio e organizzano eserciti di massa, il potenziamento della popolazione diventa una necessità politica. La vita dei cittadini non è più una questione privata ma diviene una risorsa collettiva da ottimizzare[44]. I corpi vengono addestrati e curati. La scuola, la caserma, la fabbrica, l'ospedale, il carcere, tutte queste istituzioni, che Foucault chiama "*disciplinari*",

[41] Giorgio Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 181–185.

[42] Aristotele, Politica, libro VII, 1330a–1331b.

[43] Platone, Repubblica, libro V, 459c–460c

[44] Georges Vigarello, Le corps redressé. Histoire d'un pouvoir pédagogique, Paris, Delarge, 1978.

sono luoghi di modellamento sistematico della vita, attraverso tecniche che si avvalgono del sapere giuridico e pedagogico. Il diritto *in primis* oltre a regolare i conflitti diviene dispositivo di organizzazione della soggettività, con la legge che va in tal modo a generare una fiducia sistemica[45] non solo nel rispetto dell'ordine, ma nella promessa implicita che quell'ordine sia orientato alla protezione ed alla valorizzazione della vita. Foucault[46] individua il momento decisivo di questa transizione nel XVIII secolo, con l'elaborazione della scienza della polizia da parte di pensatori come von Justi, Frank e Delamare[47] e con una scienza che non ha come oggetto la repressione del crimine ma la salute della popolazione. Si tratta per la prima volta di un sapere esplicitamente mirato a governare la vita, teoricamente per migliorarla. In tal senso si afferma un nuovo ruolo per lo Stato, il quale assume su di sé la funzione di cura collettiva in una sovrapposizione crescente tra medicina e diritto. Come ha ben mostrato Robert Castel, in accordo con Foucault, la legge sanitaria o il regolamento urbanistico sono espressioni di un potere che interviene, pur sempre comandando, fin nelle pieghe più minute della vita quotidiana[48]. Questo potere si presenta come razionale e benefico, il cui effetto è quello di produrre fiducia nella razionalità del governo.

---

[45] M. Foucault, Nascita della biopolitica, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 11–13

[46] M. Foucault, Sorvegliare e punire. Nascita della prigione, Einaudi, Torino 1976, pp. 137–141.

[47] M. Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977–1978), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 341–343.

[48] R. Castel, L'ordine psichiatrico, Mimesis, 2010, pp. 220–225.

Detta articolazione tra potere, medicina e legge raggiunge un'espressione radicale nel nazionalsocialismo, dove il medico diventa figura centrale dell'amministrazione della vita. Il corpo biologico della nazione viene trattato come una risorsa economica fondamentale, e il compito della medicina è quello di *correggere*. Qui il biopotere mostra la sua tanatopolitica, ossia il suo volto di morte declinato nell'eugenetica, ovvero in una selezione che si traduce nella soppressione dei *deboli*[49]. Ma proprio in questo scenario estremo si rivela la natura ambivalente del biopotere, già evidente nel liberalismo, si intravede come la cura della vita può rovesciarsi nel suo controllo e nella sua negazione. La legge, ancora una volta, svolge un ruolo fondamentale. È attraverso il diritto che si legittimano norme di esclusione e misure di sicurezza. La norma giuridica si presenta come neutra, ma opera come selettiva ed escludente[50]. La fiducia che produce è una fiducia sottoposta alla logica dell'efficienza e della performance.

In epoca neoliberale, questo dispositivo si trasforma ulteriormente. La biopolitica diviene funzione dello Stato giocante il ruolo di razionalità diffusa, incorporata nei soggetti stessi. Il governo della vita si affida sempre più alla responsabilità individuale, alla capacità dei singoli di gestirsi e autovalutarsi al fine di ottimizzarsi. Ma questa soggettivazione è

[49] G. Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 165–170.

[50] P. Lemke, Biopolitics and Beyond. Governing Life in Advanced Liberal Democracies, Theory, Culture & Society, vol. 26, no. 6, 2009, pp. 1–15

tutt'altro che libera, è piuttosto l'effetto di una normazione sottile[51] inscritta nelle pratiche quotidiane e nei dispositivi di welfare così come nei codici assicurativi e fiscali. La legge neoliberale incentiva senza imporre in maniera sfacciata [52] e la fiducia che produce è fiducia nel mercato e nella competizione. Eppure proprio questa fiducia è il fondamento della sua egemonia, questo in quanto essa diviene la ragione per la quale i consociati credono nella razionalità del sistema e nell'affidabilità dei suoi meccanismi legali[53], nonché il motivo per il quale il neoliberismo può operare come forma compiuta di biopolitica. Il neoliberismo diviene quindi mito fondativo delle società contemporanee composto di un suo proprio linguaggio economico universale, di una promessa di autorealizzazione attraverso il mercato e della sacralizzazione della competizione foucaltiana[54]. È Roland Barthes che in *Mythologies* descrive il mito moderno come un metalinguaggio che naturalizza il contingente[55]. Ed è in questa logica che il neoliberismo può funzionare come un mito, perché trasforma il mercato in natura, con la concorrenza che diviene in tal contesto legge universale, e così il fallimento si marca come colpa

[51] N. Rose, Powers of Freedom. Reframing Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 84–92.

[52] W. Brown, Undoing the Demos, Zone Books, Brooklyn 2015, p. 78.

[53] D. Harvey, Breve storia del neoliberismo, Il Saggiatore, Milano 2007, pp. 27–31.

[54] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978–1979), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 65–67.

[55] R. Barthes, Miti d'oggi, Einaudi, Torino 1974, pp. 217–218.

individuale[56]. La narrazione neoliberale, con la sua capacità di presentarsi come naturale ed in aggiunta desiderabile, sembra dunque assumere oggi la funzione che il mito aveva nelle società premoderne, ovvero quella di dare coerenza al mondo e giustificare le diseguaglianze, fornendo una teleologia collettiva. Questa funzione mitopoietica del neoliberismo ed il suo produrre senso di appartenenza e legittimazione, è particolarmente evidente se considerata alla luce della definizione barthesiana del mito come forma di depoliticizzazione del discorso. Barthes sostiene che "il mito è una parola depoliticizzata, un modo di presentare il dato storico come dato naturale"[57]. Allo stesso modo il neoliberismo opera una trasmutazione semantica che vede il mercato non più come una costruzione storica, ma come il modo stesso in cui la vita accade; e qui la competizione non va intesa come una strategia, è una verità antropologica dove l'impresa non è una forma giuridica, ma assurge a ontologia dell'individuo (*homo oeconomicus*). Il mito neoliberale trasforma quindi l'economia in ontologia e così anche la tecnica in etica. Esso governa i consociati producendo al contempo quelli che sono i loro i desider.

Come ha osservato Wendy Brown[58], il neoliberismo è un insieme di politiche economiche pervase da una "razionalità governamentale che estende e dissemina logiche di mercato a

[56] R. Sennett, L'uomo flessibile, Feltrinelli, Milano 1999, pp. 33–36.

[57] R. Barthes, Miti d'oggi, Einaudi, Torino 1974, pp. 217–218.

[58] W. Brown, Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution, Zone Books, Brooklyn 2015 (tr. it. La rovina della democrazia, Einaudi, Torino 2017), p. 42.

tutte le sfere della vita". È proprio in questa capacità totalizzante, e che Foucault già intravedeva nella *gouvernementalité* liberale, che il neoliberismo si avvicina al mito, nel momento in cui va a costruire simbolicamente il nostro mondo. Trasforma le istituzioni pubbliche in imprese morali e giudica le vite in base alla loro produttività trasformando l'incertezza sociale in responsabilità soggettiva. La mitologia neoliberale coincide quindi con una pedagogia della colpa dove se il mercato è la natura, allora chi fallisce è contro-natura. Il welfare viene così rifondato come investimento su capitale umano e non più come diritto, dove l'assistenza è giustificata solo in funzione della futura redditività del soggetto. Pierre Bourdieu[59] in particolare ha denunciato la forza simbolica del discorso neoliberale, capace di "far vedere e far credere", di operare come una sorta di *violence douce*, una violenza dolce che si esercita attraverso parole e numeri e che impone una nuova *doxa* economica. La concorrenza viene presentata come una forza naturale, persino benefica, mentre ogni forma di solidarietà o cooperazione viene sospettata di inefficienza o parassitismo. Ed è proprio in questa prospettiva dove ciò che è tecnico diviene anche etico che possiamo leggere anche il neoliberismo come un apparato ideologico nel senso althusseriano[60], ovvero come una macchina discorsiva che interpella i soggetti e li costituisce come "imprenditori di sé stessi", e che lo fa attraverso dispositivi diffusi

[59] P. Bourdieu, Controfuochi. Per un movimento sociale europeo, Manifestolibri, 2001, pp. 21–28.

[60] L. Althusser, Ideologia e apparati ideologici di Stato, in Scritti filosofici e politici, Editori Riuniti, Roma 1976, pp. 89–132.

(media, diritto, scuola, algoritmi), che operano non con la forza, ma con la persuasione seduttiva e, viceversa, anche con una sorta di colpevolizzazione. Così, come il mito greco fondava l'ordine del cosmo e legittimava l'autorità degli dei, oggi il mito neoliberale fonda l'ordine economico e legittima l'autorità del mercato. A tal proposito già Walter Lippmann[61], negli anni '20, parlava della necessità di costruire una religione secolare del mercato, capace di disciplinare le masse e di orientare i comportamenti. In definitiva il neoliberismo funziona come un mito contemporaneo proprio perché non si presenta come una teoria tra le altre, ma come ciò che rende tutte le altre teorie secondarie. Come diceva Barthes[62]infatti , il mito è ciò che "trasforma la storia in natura", ed è qui che la legge entra in gioco come dispositivo fondamentale, quando essa si trova non esclusivamente a regola i mercati, ma li fonda come orizzonte simbolico, stabilendo ciò che è giusto e desiderabile. Nel fare ciò produce fiducia sistemica e fiducia performativa, orientando le aspettative dei consociati e naturalizzando le asimmetrie di potere che il mito neoliberale si propone di eternizzare. Se il neoliberismo funziona come un mito moderno infatti è anche perché va oltre il fornire una narrazione del reale, opera come dispositivo onto-epistemologico, nel senso che produce i soggetti e il mondo in cui questi agiscono, ridefinendo i criteri stessi del reale e del possibile. Il suo carattere mitico risiede allora

[61] W. Lippmann, The Phantom Public, Transaction Publishers, New Brunswick 2009 (ed. or. 1925), pp. 127–139.

[62] R. Barthes, Miti d'oggi, Einaudi, Torino 1974 (ed. or. 1957), p. 207.

nella sua capacità di farsi invisibile e di operare come una *condizione trascendentale* del pensabile, o, mutuando liberamente una categoria di Ranciere, il "*partage du sensible*", la delimitazione a priori di ciò che può essere addirittura pensato. Il mito neoliberale[63] assume così il ruolo di cornice epistemica che determina ciò che può esistere[64] e ciò che è escluso come irrazionale ed improduttivo, o forse in maniera più subdola, accusato d'utopia. Proprio per questa ragione, il neoliberismo non ha bisogno di imporre la propria egemonia attraverso l'imposizione autoritaria, essa si realizza piuttosto attraverso una *saturazione simbolica del mondo*. Come ha mostrato Mark Fisher nel suo *Realismo capitalista*[65], la forza del capitalismo contemporaneo, e in particolare del suo modulo neoliberale, consiste nella sua pretesa di essere l'unico sistema possibile. Non solo "non c'è alternativa" (*TINA*, secondo la famosa espressione di Margaret Thatcher), ma non ci può essere alternativa *pensabile*, questo perché ogni altra possibilità viene delegittimata in anticipo, disattivata dalla sua impraticabilità presunta dovuta all'interiorizzazione operata dalla legge, ovvero l'entità ultima cui la coscienza umana guarda per discernere tra ciò che è *giusto* e ciò che è *sbagliato*. Per traslare questo concetto fisheriano nel discorso di queste pagine potremmo asserire che il mito neoliberale non vuole raccontare solo come funziona il mondo, ma che non può funzionare altrimenti. Questo slittamento

[63] F. Hayek, La via della schiavitù, Rizzoli, Milano 1995.

[64] T. Lemke, Biopolitica. Una introduzione, Milano 2013.

[65] M. Fisher, Realismo capitalista, Nero, Roma 2018 (ed. or. Capitalist Realism, Zero Books, 2009).

epistemologico produce effetti giuridici profondi. Il diritto viene rimodulato come dispositivo di compatibilità sistemica, vincolato alla logica della concorrenza e della fiducia nel mercato[66] con una legge che diviene il principale vettore di normazione e performazione del soggetto neoliberale. La funzione della legge si trasforma passando da strumento di contenimento del potere economico a struttura di garanzia dell'ambiente competitivo. Le riforme strutturali, dal diritto del lavoro a quello fiscale, dalla sanità all'istruzione, vengono presentate come necessarie in nome della crescita e dell'efficienza, con il risultato che il diritto cessa di riflettere un'idea di giustizia e inizia a riflettere la razionalità del mercato. Questo processo si accompagna a una crescente *fiscalizzazione del sociale*, dove il sociale non è più valutato in termini di diritti o bisogni, ma in base alla sua sostenibilità economica. In questa dinamica, il diritto opera come un *modulatore di legittimità*, escludendo ciò che non rientra nei parametri dell'efficienza o della responsabilità individuale[67]. La figura paradigmatica che emerge è quella del *cittadino-investitore*, responsabile del proprio capitale umano nonché della propria vita in tutte le sue sfaccettature, dalla salute all'educazione. Questo neoliberismo, *utilizza* il mito come uno strumento retorico, *è* forse esso stesso un mito operativo, una *forma di vita* nel

[66] W. Brown, Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution, Zone Books, Brooklyn 2015 (tr. it. La rovina della democrazia, Einaudi, Torino 2017), pp. 31–52.

[67] C. Laval, P. Dardot, La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista, DeriveApprodi, Roma 2013, pp. 165–190.

senso di Wittgenstein[68] che si traduce in un insieme di pratiche ed istituzioni che stabiliscono ciò che è desiderabile e degno, in altre parole ciò che è *normale*. È un mito senza narrazione eroica, che si nutre di dati[69], e che proprio per questo è più pervasivo, perché opera attraverso un *calcolo* che è molto più pregnante nella mente umana della suggestione. Trasforma la realtà in una sequenza di metriche, e in questa quantificazione totalizzante produce nuovi orizzonti di senso e di valore.

Maurizio Lazzarato[70] ha mostrato come il debito come relazione economica, nella sua versione neoliberale, sia una forma di assoggettamento esistenziale. Il debitore[71] che deve restituire un prestito si arriva ad articolare con un soggetto moralmente segnato da una colpa, costretto a giustificare costantemente la propria esistenza in termini di performance. Il mito neoliberale si manifesta così anche come *teologia economica*, dove il peccato originale non si configura più tramite le vesti della disobbedienza divina, ma bensì nell'inefficienza economica, e con una conseguente redenzione ottenibile attraverso il merito competitivo. La promessa di autorealizzazione diventa il dogma della *redenzione attraverso il mercato*. Un'ulteriore dimensione mitica è rappresentata dal ruolo dell'innovazione tecnologica. Possiamo provare ad affermare che il neoliberismo

[68] L. Wittgenstein, Ricerche filosofiche, Einaudi, Torino 2009, §23.

[69] S. Zuboff, Il capitalismo della sorveglianza, Luiss University Press, Roma 2019.

[70] M. Lazzarato, La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista, DeriveApprodi, Roma 2012.

[71] M. Lazzarato, Governare attraverso il debito, DeriveApprodi, Roma 2013, pp. 45–67.

contemporaneo si fonde con la *retorica della discontinuità* tecnologica dove ogni crisi è la promessa di un salto evolutivo e così ogni precarietà si erge ad anticipazione di una nuova opportunità. In queste vesti, come suggerisce anche Byung-Chul Han[72], il neoliberismo assume la forma escatologica di *società della prestazione* che viene presentata come *fine della storia*, compimento naturale di un processo evolutivo il cui destino è già scritto nelle forme di vita digitali[73]. Da questa prospettiva possiamo cogliere la struttura circolare della mitologia neoliberale, una struttura che produce l'ordine simbolico legittimante quell'ordine giuridico che protegge l'ordine economico che riproduce il mito. Il diritto in questa circolarità istituisce ciò che Carl Schmitt[74] avrebbe potuto chiamare un *nomos del mercato*, ovvero una forma di giuridicità che coincide con la naturalizzazione dello scambio e con l'imprescindibile moralizzazione della concorrenza.

Il mito neoliberale non è quindi, per concludere, una narrazione tra le altre, ma il *campo semantico* in cui tutte le altre narrazioni devono giustificare la propria esistenza. È questa

[72] B.-C. Han, La società della stanchezza, Nottetempo, Roma 2012.

[73] B.-C. Han, Psicopolitica. Il neoliberismo e le nuove tecniche del potere, Nottetempo, Roma 2016, pp. 43–56.

[74] C. Schmitt, Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum", Adelphi, Milano 1991, pp. 73–99.

la sua forza e la sua violenza, perché pretende di spiegare il mondo facendosi auto-coincidere con esso[75].

5. Genealogie del biopotere e razionalità giuridica neoliberale: diritto, vita e fiducia nella governance contemporanea

L'analisi genealogica foucaultiana del potere sulla vita traccia una netta cesura tra epoca premoderna e moderna. L'epoca premoderna si caratterizza per un potere sovrano che "*lascia vivere e fa morire*"; mentre l'epoca moderna segna un'inversione, con il potere "*lascia morire e fa vivere*". In questo passaggio si riflette un cambiamento fondamentale in cui la figura del sovrano, che in passato conservava il potere di dare la morte ai suoi sudditi, viene progressivamente sostituito da un governo che amministra e controlla (e plasma) la vita dei cittadini, esercitando un potere che si concentra sulla salute, l'educazione, l'igiene, la sessualità, la riproduzione e il comportamento. Come si è detto, Foucault descrive questa transizione con la formula della nascita di una tecnologia a due facce, anatomica e biologica, che investe sia l'individuo che la popolazione. Il potere (che

[75] M. Foucault, Nascita della biopolitica, Feltrinelli, Milano 2005, Lezione del 14 marzo 1979.

si esercitava attraverso l'uccisione) si esercita[76] tramite un investimento capillare sulla vita. Il corpo umano da oggetto di disciplina (secondo la logica delle istituzioni come prigioni o le scuole), diviene anche il fulcro di una regolazione biologica su scala di massa che riguarda natalità, mortalità, salute pubblica, ambiente e movimenti migratori. Questa grande tecnologia del potere[77] si dispiega nell'età classica attraverso la proliferazione di discipline e istituzioni (scuole appunto, fabbriche), ma anche attraverso le tecniche amministrative e legislative finalizzate alla gestione delle popolazioni. È in questo paesaggio che si colloca l"'era del biopotere [78]", una stagione storica in cui la legge funge da strumento di organizzazione ottimizzante della vita collettiva ove le norme indirizzano comportamenti e modellano soggettività instaurando fiducia nei dispositivi istituzionali che sostengono l'ordine neoliberale. È l'intervento legislativo e amministrativo su aspetti apparentemente neutri a dischiudere il nesso tra diritto e biopolitica con lo strumento legale che istituisce, e consecutivamente legittima, il regime biopolitico, garantendo la prevedibilità e la fiducia necessarie al funzionamento del mercato[79]. E ancora lungi dal

[76] Michel Foucault, La volontà di sapere. Storia della sessualità, vol. I, Einaudi, Torino 1978, pp. 176-179.

[77] Michel Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-78), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 107-110.

[78] Michel Foucault, La nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-79), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 23-25.

[79] Niklas Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità, Roma 2002, pp. 50-55.

limitarsi a regolare l'economia, la norma diviene una tecnica[80] per produrre fiducia nei meccanismi di governo della vita. Così il diritto nel neoliberalismo possiamo affermare infrastruttura del potere piuttosto che una barriera ad esso[81]. È qui che si coglie il senso del riferimento foucaultiano alle scienze della vita, quali medicina ed economia, come coestensivamente politiche. Il diritto si giustifica in nome della cura della vita, dove la legge tutela la salute, previene le malattie, regola la sessualità ed orienta la riproduzione. Ma nel fare tutto ciò, il diritto promuove al contempo la stabilità e la produttività del corpo sociale, garantendo quel minimo di ordine e sicurezza richiesti per la fiducia degli investitori e dei consumatori, che in altre parole null'altro sono che i cittadini-consociati.

Tuttavia, come mostra Agamben, l'origine del biopotere non è limitata alla modernità. Nel suo "Homo sacer[82]", egli ribalta la periodizzazione foucaultiana riportando il problema biopolitico alla radice della filosofia occidentale. Il filosofo romano ricorda come i Greci disponessero di due termini distinti per indicare ciò che noi chiamiamo genericamente "vita", ovvero "*zoé*", la semplice vita biologica, e "*bíos*", la vita qualificata, la forma di vita propria di un individuo o di una comunità. La biopolitica intesa come politica della vita nasce dunque dalla tensione tra ciò che è incluso e ciò che è

[80] Thomas Lemke, Biopolitica. Una introduzione, trad. it. Mimesis, Milano-Udine 2013, pp. 30-34.

[81] Ugo Mattei, Il diritto nell'epoca dell'economia globale. Riflessioni di un giurista postmoderno, Bruno Mondadori, Milano 2002, pp. 91-96.

[82] Giorgio Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 6–11.

escluso dal corpo politico. L'*homo sacer* è la figura emblematica di questa esclusione inclusiva, esso è la manifestazione di una vita abbandonata all'ordinamento giuridico proprio nel momento in cui ne è espulsa, una vita che può essere uccisa ma non sacrificata[83]. Agamben mostra così che la relazione tra legge e vita appartiene all'ontologia stessa della politica occidentale. Il diritto si costituisce da sempre in rapporto alla possibilità di escludere[84], nella fattispecie di sospendere la legge per fondarla, o di determinare chi può vivere e chi può morire. Il sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione[85], è infatti esso la reificazione di un potere che si manifesta proprio nell'inclusione della vita sotto forma della sua esclusione. Anche in questa prospettiva la legge diviene la forma attraverso cui il potere si esercita e si legittima. Il diritto[86] produce fiducia proprio mentre delimita. Se la fiducia è necessaria al mercato ed alla cooperazione tra estranei nonché all'accettazione delle regole del gioco che lo fondano, è il diritto che la rende possibile. Ma, nello stesso gesto, il diritto conferma la sua vocazione biopolitica andando ad includere alcune vite nel circuito della protezione giuridica e lasciandone altre fuori. Questa dimensione strutturale del diritto come strumento di biopolitica riaffiora anche nella distinzione tra governo *della* vita e governo *sulla* vita. Roberto Esposito,

[83] Ivi, pp. 79–83.

[84] Ivi, pp. 11–15.

[85] Carl Schmitt, Teologia politica, Laterza, 1972, p. 5.

[86] Niklas Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità, Armando Editore, Roma 2002, pp. 45–50.

riflettendo su questo punto, propone di differenziare tra *biopolitica*, politica nel nome della vita, e *biopotere*[87], politica che comanda sulla vita. Ma la distinzione è tutt'altro che netta, poiché l'una e l'altro si intrecciano nei dispositivi giuridici che governano l'esistenza contemporanea. Come nel caso dell'"umanesimo dopo la morte dell'uomo" delineato da Foucault[88] e sviluppato da Negri e Hardt[89], anche per Esposito il problema fondamentale è il rapporto tra vita, legge e potere che si declina in un triangolo che definisce il campo della biopolitica e che rende la legge il canale formale e razionalizzato della violenza. È nella legge che la violenza del potere si fa norma e si istituzionalizza. Ma è altresì nella legge che i soggetti ripongono anche la fiducia nella stabilità dell'ordine neoliberale.

Esposito, seguendo le tracce di Nietzsche, insiste sull'idea[90] che la vita autentica consista nella capacità di affrontare il rischio sperimentando il nuovo. Di contro, una vita che si ripiega sull'istinto di conservazione, ossessionata dall'immunità e dalla protezione, è sintomo di una società in declino. Tale visione, traslata sul piano politico, evidenzia come le società moderne tendano a costruire dispositivi normativi e giuridici che, sebbene giustificati in nome della sicurezza o della salute pubblica, sono in realtà sintomo di una

[87] Roberto Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 49–53.

[88] Michel Foucault, Le parole e le cose, Rizzoli, Milano, p. 388.

[89] Antonio Negri, Michael Hardt, Impero, Rizzoli, Milano 2002, pp. 32–35.

[90] Roberto Esposito, Immunitas. Protezione e negazione della vita, Einaudi, Torino 2002, pp. 67–75.

crisi dell'espansività vitale[91]. Il corpo umano, nella prospettiva espositiana, diventa luogo di codificazione e articolazione biopolitica[92] e può essere letto come un nodo di una rete informatica globale, o come un oggetto trasformabile tramite chirurgia e ingegneria genetica. In ogni caso, si configura sempre più come un'interfaccia in simbiosi con l'altro, sia esso il *diverso* o la macchina, o l'ambiente, in una dimensione biopolitica che non è solo dominio ma anche apertura[93]. La legge in questa visione non si limita a regolamentare[94] ma diviene strumento attraverso cui si legittimano, o antiteticamente escludono, certe forme di vita. Da qui l'importanza del diritto nella costruzione delle soggettività neoliberali. Nel contesto contemporaneo, dove è sempre più chiaro che *mutare o perire* è diventata la condizione esistenziale della specie umana, le categorie ontologiche classiche cedono il passo a nuovi orizzonti in cui legge viene a declinarsi in un dispositivo di adattamento, un meccanismo fiduciario[95] attraverso cui il mercato e i consociati apprendono a convivere con l'incertezza. Il diritto in chiave neoliberale funge

[91] Ivi, pp. 81–85.

[92] Roberto Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 102–107.

[93] Rosi Braidotti, Il postumano, DeriveApprodi, Roma 2014, pp. 55–63.

[94] Michel Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 63–69.

[95] Niklas Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità, Armando Editore, Roma 2002, pp. 48–52.

da garanzia simbolica e operativa della continuità della vita sociale e produttiva, anche quando questa continuità comporta trasformazioni radicali dell'umano[96].

In "Biopolitica"[97], Esposito amplia la prospettiva genealogica della biopolitica e ne sottolinea l'origine ottocentesca, ben precedente la sistematizzazione foucaultiana. Già in Comte[98] e Spencer, ma anche nel darwinismo sociale, è rintracciabile una razionalità governamentale centrata sulla vita, sull'igiene e così sulla capacità produttiva dei corpi. Il concetto di *biocrazia* introdotto da Comte già indicava, pur se in forma embrionale, un sistema in cui la gestione della vita biologica era al centro della razionalità politica. Nietzsche, per Esposito[99], è il filosofo che per primo pone la volontà di potenza come cuore pulsante della politica, riformulando la questione del potere non come diritto, ma come capacità espansiva della vita. Questo porta a concepire la biopolitica non solo come tecnica di governo, ma come campo di battaglia ontologico, luogo in cui si gioca la stessa definizione dell'umano[100]. In questo quadro il diritto neoliberale assume il doppio volto di strumento di sicurezza e prevenzione del rischio; dall'altro può essere identificato come meccanismo selettivo, produttore di norme e soggetti conformi a una certa idea di

[96] Judith Butler, Vite precarie. I poteri del lutto e della violenza, Meltemi, Roma 2004, pp. 103–106.

[97] R. Esposito, Biopolitica. Una mappa concettuale, Il Mulino, Bologna 2020, pp. 21–31.

[98] A. Comte, Système de politique positive, Paris, 1851–1854.

[99] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 85–96.

[100] F. Nietzsche, Genealogia della morale, Adelphi, Milano 1977, pp. 108–117.

normalità e produttività. Nel secondo capitolo di *Bíos*[101] ("*The Paradigm of Immunization*") e ancor più nel terzo ("*Biopower and Biopotentiality*"), Esposito si concentra su Nietzsche, individuando nel concetto di oltre-uomo una figura chiave della biopolitica affermativa. L'*Ubermensch nietzscheano* non è solo un ideale etico ma diviene vettore evolutivo che si declina in una specie che succede all'uomo, capace di autodeterminarsi biologicamente tramite la tecnologia. Esposito rifiuta[102] le letture metaforiche e ammorbidite del pensiero nietzscheano, rivendicandone la radicalità; l'uso di espressioni come "animale da allevamento" o "domesticato" non va censurato, ma compreso nel contesto di una teoria dell'evoluzione autodiretta. È così che l'intervento giuridico e istituzionale non viene percepito come un semplice contenitore normativo[103] ma come un dispositivo che incide direttamente sulla materia vivente, disciplinandone le forme ed altresì orientandone le trasformazioni. La legge neoliberale è da considerarsi dunque garanzia astratta[104], ed allo stesso modo mezzo attraverso cui si costruisce fiducia nella capacità del sistema di sostenere e potenziare la vita anche nelle sue forme più ibride e instabili. In tutto ciò il diritto diviene un dispositivo bio-finanziario che promette sicurezza e progresso a condizione che ci si adatti a vivere in un regime di continua

[101] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, cit., pp. 117–132.

[102] Ivi, pp. 134–138.

[103] R. Esposito, Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica, Mimesis, Milano 2008, pp. 59–63.

[104] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 70–77.

trasformazione. Se la biopolitica è il campo di una politica che ha per oggetto la vita, allora la legge diventa lo strumento privilegiato per produrre soggettività compatibili con la razionalità neoliberale. Così il diritto si trasforma nel cuore pulsante di una nuova alleanza tra potere e vita, dove la fiducia è prodotta e di seguito corroborata attraverso dispositivi giuridici che mediano tra l'incertezza del vivente e la prevedibilità economica del mercato[105].

Un ulteriore punto di riflessione, cruciale per comprendere le dinamiche contemporanee della biopolitica, riguarda l'ambigua relazione tra diritto, biotecnologie e religione. Esposito osserva come la richiesta crescente di gestione individuale del proprio corpo, evidenziata in Occidente soprattutto nel terzo millennio, rifletta una profonda trasformazione del rapporto tra soggetto e istituzioni[106]. Sempre più individui infatti mostrano riluttanza a farsi rappresentare da tradizionali strutture statali, partitiche o sindacali, reclamando invece autonomia su scelte esistenziali fondamentali quali quelle inerenti nascita e morte, passando per la riproduzione e l'identità di genere. In questo scenario si innesta il conflitto con la bioetica cattolica, che ha reso queste tematiche il proprio terreno privilegiato d'intervento politico e culturale[107]. Tuttavia, secondo

[105] N. Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità, Armando Editore, Roma 2002, pp. 54–59.

[106] R. Esposito, Da fuori. Una filosofia per l'Europa, Einaudi, Torino 2016, pp. 105–111.

[107] R. Esposito, Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana, Einaudi, Torino 2010, pp. 158–161.

Esposito, anche nelle opposizioni apparentemente più nette tra biotecnologia e religione, tra postumanesimo e cristianesimo, si celano convergenze profonde, spesso non dichiarate[108]. L'idea stessa di incarnazione, centrale nella teologia cristiana, può essere reinterpretata in chiave biopolitica come desiderio di incorporazione tecnica, estrinsecazione di una tensione verso la trasformazione del corpo attraverso dispositivi artificiali. Questa analogia emerge con forza nella riflessione di Esposito, che sottolinea come la biotecnologia rappresenti una forma di incarnazione non cristiana[109]. Non più il *Verbo* che si fa carne, ma un corpo che si trasforma grazie all'innesto di organi esterni (quali ad esempio protesi o codici genetici altrui). La carne che diviene luogo di ibridazione, di passaggio ontologico e tecnico. Anche in questo il diritto funge da operatore di mediazione che autorizza o vieta dando forma simbolica e normativa a questi processi[110]. La fiducia neoliberale nella trasformazione individuale passa attraverso una cornice giuridica che rende queste mutazioni compatibili con l'ordine sociale.

[108] R. Esposito, Two. The Machine of Political Theology and the Place of Thought, Fordham University Press, New York 2015, pp. 124–132.

[109] R. Esposito, Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica, Mimesis, Milano 2008, pp. 148–153.

[110] M. Foucault, Sorvegliare e punire, Einaudi, Torino 1976, pp. 35–45.

Esposito individua inoltre un parallelo interessante con la diagnosi di Jurgen Habermas[111], che nella sua critica alla deriva eugenetica del neoliberismo[112] vede il rischio di una selezione individualistica dei corpi fondata su scelte apparentemente libere ma in realtà eterodirette da logiche di mercato. Se la biopolitica promette libertà, essa rischia di declinarla in termini di adattabilità e performance, dove la norma non è più imposta dall'alto, ma interiorizzata e perseguita dai soggetti stessi tramite strumenti legali e medici. Ancora una volta la legge diventa così garante di fiducia poiché struttura questa possibilità di scelta come diritto, ancorandola a una cornice condivisa e formalmente neutrale. Ma questa neutralità è forse solo apparente. Lo dimostra il fatto che, a livello semantico, i concetti stessi di "biopolitica" e "biopotere" risultano ancora oggi ambigui. La necessità di una distinzione più precisa è stata avvertita da diversi studiosi contemporanei, tra cui Paul Rabinow e Nikolas Rose, i quali propongono[113] una definizione operativa in cui il biopotere è visto come campo generale delle razionalità che interviene sulla vita (dalla nascita alla morte), e la biopolitica come insieme delle strategie specifiche che si confrontano all'interno di questo campo. Il diritto assume così un ruolo strategico in quanto spazio di articolazione di queste strategie dove è strumento al servizio del potere che lo struttura rendendolo desiderabile. La fiducia che il diritto neoliberale

[111] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 158–164.

[112] J. Habermas, Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale, Einaudi, Torino 2002, pp. 45–52.

[113] N. Rose – P. Rabinow, "Biopower Today", in BioSocieties, vol. 1, n. 2 (2006), pp. 195–217.

mira a costruire è allora duplice, nel senso che da un lato rassicura i consociati[114] sulla possibilità di accedere a strumenti e scelte che rendano la vita più lunga, più sana, e chiaramente più performante; dall'altro garantisce agli attori economici, dallo Stato al mercato, che queste vite saranno utilizzabili e funzionali in quanto normate, in altre parole *propellente* del mercato stesso. Si tratta di una fiducia[115] che si gioca sulla capacità del diritto di fondare un ordine della vita che sia al contempo produttivo e governabile. In questa alchimia si annida il cuore della biopolitica contemporanea. Questa dialettica tra diritto, corpo e tecnica non è soltanto un elemento astratto, ma si traduce in pratiche normative concrete che riflettono la profonda metamorfosi dell'autorità politica nella modernità avanzata. Un tempo abbiamo osservato come la legge si fondasse su una sovranità verticale, il comando che discendeva dall'alto per ordinare il caos, oggi essa agisce invece soprattutto come infrastruttura di una fiducia che costruisce ambienti normativi in cui i soggetti possano agire autonomamente, assumendosi rischi, ma nel quadro della rassicurnate prevedibilità della legalità, e di un'(apparente) ed altrettanto invitante neutralità. È la legge che consente alla soggettività di costituirsi in quanto tale, come artefice di scelte e stili di esistenza. Nel contesto neoliberale la legge trasfigura in veicolo di responsabilizzazione individuale che regola per garantire libertà ed al contempo

[114] N. Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità, Armando Editore, Roma 2002, pp. 93–97.

[115] R. Esposito, Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero, Einaudi, Torino 2013, pp. 182–189.

prescrive per permettere scelte in un'inversione[116] che dalla norma come limite porta alla norma come abilitazione, che definisce la funzione fiduciaria della legge in chiave biopolitica. Il potere che prima *vietava*, per essere ora efficace deve creare aspettative ed alimentare progetti di vita, così come garantire stabilità e possibilità al contempo. In tal senso la legge non disciplina solo il corpo, ma, è bene ripeterlo, orienta collateralmente il desiderio, la progettualità, la fiducia stessa degli individui nell'ordine sociale in cui vivono e si riproducono.

Il ruolo centrale della medicina nella modernità biopolitica si intreccia con un dispositivo giuridico che costituisce il fondamento normativo dell'intervento sul corpo individuale e collettivo. Come già osservato, Foucault individua nel XVIII secolo un importante punto di svolta, ciò in virtù del fato che è in questo momento che si sviluppa una "*scienza della polizia*[117]" avente come scopo esplicito la cura della popolazione in ogni sua manifestazione, al fine di rafforzare la potenza interna dello Stato. Questa trasformazione epistemica e istituzionale si inscrive in una più ampia riorganizzazione del sapere e del potere, nella quale la legge assume una funzione regolativa[118] ma anche produttiva in cui

[116] M. Foucault, Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978-79), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 68–72.

[117] M. Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione, Corso al Collège de France (1977–78), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 347–351.

[118] M. Foucault, Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978–79), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 63–70.

disciplina ciò che già esiste modellando contestualmente le condizioni materiali della vita collettiva. La funzione di repressione dell'intervento giuridico si apre ad una declinazione di indirizzamento e normalizzazione, perché ciò che è normale è anche buono. La normatività si codifica per rendere vivibile e prevedibile un mondo segnato da rischi sistemici. Così il diritto biopolitico si costituisce come architettura della fiducia[119]. È attraverso l'elaborazione di dispositivi normativi che si stabiliscono standard di vita e di sicurezza, permettendo agli individui di interiorizzare un senso di protezione che li induce, paradossalmente, ad accettare un crescente grado di controllo sulle loro esistenze.

È su questo terreno che si colloca l'analisi di Toni Negri, il quale ha sempre sottolineato gli aspetti potenzialmente positivi della globalizzazione, letta come un'anticipazione conflittuale di una trasformazione antropologica profonda[120]. Negri prende in esame il tentativo foucaultiano di conciliare Marx e Nietzsche, e individua nel concetto di "*composizione tecnica*" della forza-lavoro un punto nodale. In una prospettiva foucaultiana, che integra le "tecnologie del sé", il lavoro-vivo si appropria di quote di capitale fisso[121], trasformando la propria funzione da elemento passivo del ciclo produttivo a soggetto attivo di un'inedita produttività biopolitica. Qui il diritto assume nuovamente un ruolo essenziale, è infatti attraverso la regolazione, o deregolazione, dei

[119] R. Esposito, Immunitas. Protezione e negazione della vita, Einaudi, Torino 2002, pp. 105–110.

[120] T. Negri, Molti in uno. Per una politica del comune, DeriveApprodi, Roma 2009, pp. 79–87.

[121] A. Hardt – T. Negri, Impero, Rizzoli, Milano 2002, pp. 34–40.

rapporti di lavoro, dei diritti sociali, delle modalità di accesso al sapere e alle risorse tecnologiche, che si determina la possibilità stessa per il lavoro cognitivo di costituirsi come soggettività antagonista. La legge neoliberale si presenta a questo livello come un'ambivalenza in cui si consente l'espansione della soggettività autonoma e dell'autoimprenditorialità, e che al contempo configura un regime di precarizzazione che mina la stabilità esistenziale, rendendo più fragile il legame fiduciario tra cittadino e istituzioni. Negri ci mostra che dietro alla trasformazione del lavoro si cela una mutazione ben più radicale che è in fin dei conti la trasformazione dell'essere umano stesso. Si tratta di una mutazione bio-cognitiva, originata dal rapporto sempre più stretto tra potenza tecnologica e corpo vivente. Sebbene questo processo si sviluppi nel contesto del capitalismo avanzato, esso non è del tutto determinato da esso. Anzi, come sostiene Negri, la soggettivazione della forza-lavoro a livello di capitale cognitivo rappresenta la precondizione per un possibile affrancamento. Tale affrancamento tuttavia richiede un terreno normativo favorevole costituito da un diritto che non ostacoli, ma anzi favorisca l'emergere di nuove forme di vita. Il confronto con Noam Chomsky[122], nel celebre dibattito del 1971, rende evidente questa differenza. Chomsky fonda la possibilità dell'emancipazione umana sull'esistenza di una "natura umana immutabile, da cui trarre i diritti fondamentali. Foucault al contrario rifiuta l'idea di una natura data, in cui i diritti

[122] N. Chomsky – M. Foucault, Il dibattito del 1971 su natura umana e giustizia

dell' uomo non sono un fondamento, ma un prodotto storico. La legge stessa così non è mai neutrale[123] , è un dispositivo che può servire sia l'emancipazione sia il controllo, a seconda delle condizioni storiche e delle lotte che la attraversano. Dunque, ciò che Chomsky interpreta come un afflato etico (la giustizia, la bontà, sino ad arrivare alla natura umana), Foucault lo decostruisce come effetto della civiltà borghese, prodotto di un particolare regime di verità. Per Foucault, e per Negri, la trasformazione passa invece da una ridefinizione radicale dell'ontologia del soggetto, in cui la norma non è qualcosa da rispettare, ma qualcosa da riformulare e da trasformare attraverso l'azione collettiva. Il diritto, da questo punto di vista diviene luogo di invenzione, in cui si decide il modo di vivere certo, ma anche ciò che *è* la vita stessa.

L'elaborazione foucaultiana del potere come rete diffusa che si innerva in tutti i gangli della vita sociale come comunità, famiglie e individui apre la strada a un ripensamento radicale della sovranità. Il potere non è più localizzato in un centro visibile, in un sovrano dotato del diritto di vita e di morte, ma si manifesta nella capacità di modellare sia i corpi che le condotte[124] in un'ottica per cui il biopotere si produce attraverso la gestione della vita stessa e dei suoi desideri. È qui che la legge gioca un ruolo strutturale. In regime neoliberale la normatività giuridica costruisce un ambiente prevedibile entro cui i soggetti

[123] M. Foucault, Sorvegliare e punire, Einaudi, Torino 1976, pp. 29–31.

[124] M. Foucault, Microfisica del potere, a cura di A. Fontana, Einaudi, Torino 1977, pp. 67–72.

possano operare come attori razionali. Il diritto così inteso diviene uno spazio regolato in cui la fiducia dei consociati può essere coltivata e, al contempo, orientata verso obiettivi funzionali alla razionalità del mercato. Negri e Hardt, nelle pagine iniziali di *Impero*[125], delineano un'entità politica senza confini, con enormi poteri di oppressione, che parla il linguaggio della pace ma agisce attraverso pratiche di violenza strutturale. Questo *Impero*, che governa per conto di banche transnazionali e multinazionali, rappresenta secondo loro la forma paradigmatica e contemporanea del biopotere. È la sua massima espressione non tanto perché esercita un controllo totalitario, ma perché ingloba e ridefinisce ogni forma di desiderio nonché ogni tipologia di relazione. Nel testo potrebbe sembrare che il biopotere appaia inizialmente come un'entità intrinsecamente maligna, espressione di una razionalità governamentale che esaurisce la vita nella sua cattura, tuttavia nel seguito dell'argomentazione si apre uno spiraglio nel momento in cui la stessa potenza produttiva della vita, catturata dal biopotere, può divenire vettore di liberazione. Il biopotere è comando, e finanche demiurgo di creatività votata alla cooperazione. I corpi della moltitudine, pur sottomessi, si arricchiscono di sapere e potenzialità che possono eccedere il controllo. Questo è il cuore del paradosso biopolitico in cui il potere che investe la vita può essere rovesciato dalla vita stessa. Anche sotto questa luce il diritto si configura come terreno ambivalente[126] che lo vede assumere il ruolo di strumento di assoggettamento, ma

[125] A. Negri – M. Hardt, Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione, Rizzoli, Milano 2002, pp. 15–29.

[126] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 111–119.

anche quello di possibile vettore di soggettivazione. In un sistema neoliberale avanzato le norme giuridiche delineano opportunità che sanno di libertà e condizioni di operabilità del soggetto imprenditore di sé stesso. La fiducia dei consociati nel mercato, nelle istituzioni, e nel sistema nel suo complesso, non nasce da una presunta naturalezza del capitalismo, ma viene costruita e mantenuta attraverso un'opera incessante di regolazione e normalizzazione dello *status quo* capitalistico. Il diritto qui funge da mediatore tra bisogno e strategia. La biopolitica della moltitudine di cui parlano Negri e Hardt[127], che attiene alla resistenza, è trattabile allora forse anche come progetto costituente dove quell'atto improvviso che era la rivoluzione, evolve in un processo lungo che prende forma nella produzione quotidiana del comune. Il nuovo potere, quello che nasce dalla cooperazione dei corpi cognitivi è un potere che eccede le forme giuridiche tradizionali. Ma proprio per questo si rende necessario un ripensamento del diritto stesso che vada ad immaginare una legalità che non sia più soltanto espressione del potere costituito, bensì spazio di articolazione del potere costituente. Così la fiducia può essere vista come effetto che il diritto produce[128]. Ma detta produzione fiduciaria richiede una struttura normativa che renda la vita vivibile, che garantisca l'accesso ai beni comuni, che valorizzi nella percezione del destinatario la cooperazione invece della competizione. La legge quando

[127] A. Negri, Molti in uno. Per una politica del comune, DeriveApprodi, Roma 2009, pp. 95–101.

[128] N. Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità sociale, Il Mulino, Bologna 2002, pp. 43–47.

si fa strumento del neoliberismo tende invece a blindare le disuguaglianze necessarie per la concorrenza ed a normare la precarietà. Ma può al contrario essere ripensata come infrastruttura del comune, come codice della libertà condivisa. Il nodo allora non è tanto se il diritto sia parte del biopotere, in quanto lo è, inevitabilmente, ma se esso possa essere sottratto alla sua logica estrattiva e restituito alla vita. Questo è un problema non giuridico, ma politico, e attiene la possibilità di una soggettivazione collettiva capace di reinventare la legalità come spazio di esistenza condivisa e non come apparato di normalizzazione. In questo la critica biopolitica si incrocia con la teoria della fiducia nel diritto, dove la legge, per produrre fiducia, deve farsi riconoscere come giusta e come altrettanto utile.

In questa riconfigurazione del potere, in cui la vita diviene oggetto privilegiato dell'azione politica e giuridica, la figura dell'*homo sacer* diventa paradigmatica. Agamben, muovendo da un'analisi filologica e genealogica, ci invita a considerare il rapporto tra *zoé* e *bíos* come fondativo della politica occidentale. La "vita nuda[129]" è già inclusa nell'ordine giuridico, ma solo nella forma della sua esclusione. Non si tratta di un'anomalia, bensì della struttura stessa del potere sovrano, che si costituisce proprio su questa soglia ambigua tra inclusione ed esclusione, tra diritto e vita. L'homo sacer, come figura liminale, è al contempo interno ed esterno alla legge, funge da eccezione e al contempo

[129] G. Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 79–91.

da fondamento[130]. In questo senso, Agamben mostra come ogni ordinamento giuridico implichi un punto cieco, una zona d'indistinzione in cui il diritto si sospende per poter agire. Questo spazio di sospensione è ciò che rende possibile il funzionamento stesso della norma. Il diritto per poter produrre fiducia nei consociati deve al contempo includere e neutralizzare ciò che sfugge, ovvero ciò che risulta essere null'altro se non il vivente nella sua purezza. Qui il discorso si innesta direttamente sulla riflessione neoliberale in un'epoca in cui lo Stato si ritrae da molti ambiti della vita sociale per delegarli al mercato[131], e dove il diritto assume un nuovo compito, quello di costruire condizioni di governabilità. Come? Creando spazi normativi che orientano i comportamenti individuali e collettivi in modo compatibile con la razionalità economica. La legge diviene così uno dei principali dispositivi di produzione di una fiducia razionalizzata che viene modellata sulle esigenze del mercato, il vestito confezionato per l'innovazione e per gli investimenti. In tale contesto il ruolo del medico, ad esempio, come figura tecnico-politica, si trasforma profondamente[132]. Già in Foucault, il medico non è solo l'esecutore delle direttive dello Stato, ma parte integrante della macchina governamentale. La medicina in quanto scienza della vita viene incorporata nel diritto, nelle pratiche amministrative ed in tutta la

[130] G. Agamben, Homo sacer, cit., pp. 9–20

[131] M. Foucault, Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978–1979), Feltrinelli, Milano 2005, pp. 41–45.

[132] M. Foucault, La nascita della clinica, Einaudi, pp. 34–41.

burocrazia che ne deriva[133]. Questo intreccio produce una forma di legittimità biopolitica che si fonda sul monitoraggio (e sulla profilassi) ma che in realtà mira a razionalizzare la gestione della popolazione come risorsa economica. Ecco allora che diritto sanitario, e i tanto discussi negli ultimi anni sistemi di sorveglianza epidemiologica, non sono semplici risposte tecniche, ma espressioni di una razionalità normativa che lega la salute all'efficienza ed alla protezione alla produttività.

Il caso del nazionalsocialismo, ripreso da Agamben, è emblematico. In quel regime, il corpo biologico della nazione venne pensato alla stregua di una risorsa produttiva da ottimizzare e potenziare. Il medico era chiamato a svolgere un ruolo attivo nel garantire la qualità genetica del popolo[134], nel selezionare i soggetti "*degni*" di vivere, in una logica che fondeva la biologia con l'economia e con la politica, uno scenario che vede il diritto come *direttamente* biopolitico. Non punisce infatti il crimine, ma anticipa la devianza in un contesto in cui in cui i corpi vengono predisposti ad essere utili al sistema. E sebbene il nazionalsocialismo rappresenti ovviamente l'estremo, esso rivela la tendenza insita in ogni biopolitica che pare essere quella di trasformare la legge in dispositivo preventivo che assurge a meccanismo di governo della vita. Anche nelle democrazie liberali contemporanee si assiste a una crescente anticipazione del diritto rispetto al

[133] M. Foucault, Sorvegliare e punire. Nascita della prigione, Einaudi, Torino 1976, pp. 199–204.

[134] G. Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 135–150.

comportamento. Il diritto agisce preventivamente in svariati modi, ad esempio costruendo scenari di rischio e promuovendo pratiche virtuose che vanno dalla dieta equilibrata all'educazione sessuale, dal controllo sanitario al welfare mirato. Tutto ciò, apparentemente neutro, partecipa di una razionalità che assume la vita come oggetto di calcolo e prevede la normazione delle scelte individuali in funzione del benessere collettivo o, più propriamente, della stabilità del sistema. Questa stabilità è, nel paradigma neoliberale[135], la condizione per l'instaurazione della fiducia. Ma si tratta di una fiducia che non è spontanea in quanto forgiata ed in seguito amministrata. Il diritto crea fiducia nella misura in cui rende prevedibile il comportamento degli altri, in cui riduce l'incertezza, ed in cui offre garanzie spesso più funzionali alla governabilità che alla giustizia, e così più attente alla crescita economica che all'eguaglianza sociale. La tensione tra diritto e biopolitica allora non si risolve nel semplice rifiuto della legge come forma di dominio ma al contrario va compresa come una dialettica interna alla modernità, dove la legge può essere tanto uno strumento di oppressione quanto di liberazione. La posta in gioco oggi è comprendere come sottrarre la produzione della fiducia alla razionalità neoliberale e riconsegnarla alla logica della coesistenza non ridotta a funzione. Su queste premesse il ripensamento della legge come forma vivente, come spazio in cui la biopolitica possa articolarsi in modo affermativo, diventa un'urgenza teorica e politica.

[135] M. Foucault, Nascita della biopolitica, cit., pp. 63–70.

Nel passaggio dall'analisi di Agamben a quella di Negri e Hardt[136], il concetto di biopotere subisce una trasformazione teorica decisiva. Negri[137] individua nel biopotere la nuova forma del comando capitalista che si esercita ancora sul tempo di lavoro, ma anche direttamente sulla vita. Il corpo della moltitudine è il nuovo luogo della valorizzazione dove la produzione non è più confinata in spazi chiusi, come la fabbrica, ma investe l'intera esistenza. La soggettivazione politica si dà allora ma mediante il corpo, il desiderio, la cooperazione, l'intelligenza, in altre parole, la *vita*. Da qui, la possibilità di un nuovo paradigma è quello della biopolitica produttiva, che trova nel lavoro vivo cognitivo il suo vettore principale. Questa riflessione si connette direttamente alla funzione della legge nel contesto neoliberale. Se il potere si esercita oggi attraverso la produzione di soggettività funzionali al mercato, allora la norma giuridica non agisce più solo come cornice esterna, ma come dispositivo interno al processo stesso di soggettivazione[138]. Essa si mimetizza in output quali i contratti, nei regolamenti, nelle pratiche assicurative, nei protocolli sanitari e nei codici di condotta. È una legge diffusa che promuove una fiducia calcolata che è la fiducia nell'efficienza e nella responsabilità individuale. Qui il concetto di fiducia assume un significato nuovo. È la fiducia come condizione per l'operatività dei mercati declinata in un meccanismo per governare

[136] A. Negri e M. Hardt, Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione, Rizzoli, Milano 2002, pp. 29–45.

[137] A. Negri, Il comune. Oltre il privato e il pubblico, DeriveApprodi, Roma 2010, pp. 86–91.

[138] M. Foucault, Tecnologie del sé, in L. H. Martin, H. Gutman, P. H. Hutton (a cura di), Tecnologie del sé, Bollati Boringhieri, Torino 1992, pp. 19–31.

l'incertezza. La legge quindi diventa uno degli strumenti principali per produrre tale fiducia, creando aspettative di comportamento nonché garanzie formali che facciano percepire al consociato il mercato come una casa, qualcosa di familiare in cui spendere la propria esistenza. Ma si tratta spesso di una fiducia che maschera l'asimmetria del potere che poi è l'asimmetria tra cittadino e Stato e così tra consumatore e multinazionale. Il discorso foucaultiano sulle *tecnologie del sé* consente di comprendere questa dinamica in cui la legge non impone più un obbligo esterno, ma chiede al soggetto di autogovernarsi. La norma è interiorizzata, trasformata in stile di vita e in una "buona condotta" che pervade ogni azione del cittadino. È in questa logica che la governance neoliberale si afferma come forma avanzata di biopolitica estrinsecata attraverso l'attivazione controllata dei soggetti. La legge produce fiducia modellando le soggettività, questo è il suo ruolo centrale nella biopolitica neoliberale. Negri riprende questa traiettoria, insistendo sul fatto che la soggettivazione non è mai un processo neutro. Essa è il luogo dello scontro tra comando e resistenza, tra capitale e lavoro. La produttività biopolitica del soggetto, il suo essere portatore di saperi e relazioni, può essere cooptata dal capitale ma può anche sfuggirgli. Ed è proprio in questa eccedenza che si apre uno spazio per la trasformazione. L'ibridazione tra umano e tecnico non è solo una condizione della soggezione, ma anche una possibilità di emancipazione, se riappropriata collettivamente. In questa prospettiva la legge assume il ruolo scenografico di campo ove si svolge una duplice battaglia che la vede come strumento di potere che mira a normalizzare, a rendere

docile l'umano con un altro oppio delle genti volto stabilizzare l'ordine, ma anche come possibile terreno di lotta per la riappropriazione del comune, per la riconfigurazione delle forme di vita. In tal senso la fiducia può essere sottratta alla razionalità economica e restituita a un orizzonte etico-politico. Ma ciò implica un rovesciamento della logica neoliberale[139]: non più fiducia nel mercato, ma fiducia nella solidarietà, ed in una cura reciproca che non si prostrino al rendere il cittadino un consumatore migliore, ma un essere umano migliore. Questa riconfigurazione richiede anche un ripensamento della soggettività giuridica che da individuo astratto, titolare di diritti formali, si trasla a soggetto incarnato e relazionale. In questa direzione il diritto può ancora essere uno strumento di liberazione se accoglie la complessità delle vite concrete, se si fa carne conscia della relazione. Questo è il compito che ci lascia il dibattito tra Foucault, Agamben, Negri, Esposito, il quale non ha semplicemente lo scopo di denunciare il biopotere, ma bensì quello di trasformarlo e di reinventare la legge.

All'interno di questa rete teorica il pensiero di Roberto Esposito si colloca come una sintesi raffinata e insieme come superamento critico delle posizioni precedenti. Anche Esposito come detto si interroga sulla relazione tra politica e vita, tra *bíos* e *zoé*, tra immunità e comunità, ma la sua riflessione si orienta verso una diagnosi della modernità che mette in discussione i presupposti stessi della soggettività giuridica e dell'identità

[139] W. Brown, Ladisgregazione del demos, Luiss University Press, 2023, pp. 121–135.

politica occidentale. Nel cuore della sua filosofia biopolitica sta la nozione di "immunizzazione[140]", ovvero un concetto che egli mutua dalla medicina per applicarlo alla sfera politica. Immunizzare per Esposito significa proteggere la vita sottraendola al rischio del contatto con l'altro, al pericolo del comune, lì dove la legge agisce come barriera difensiva. La fiducia allora si converte in diffidenza organizzata, in gestione razionalizzata del pericolo. È una fiducia negativa che si realizza tramite l'imposizione di norme securitarie e l'ossessiva regolamentazione del corpo. Gli apparati normativi, dal diritto penale alla bioetica, dalla governance sanitaria alla regolazione dei flussi migratori, non fanno che istituire linee di esclusione ridefinendo continuamente chi è incluso e chi è escluso dalla sfera della protezione. Esposito sottolinea[141] che questo paradigma ha origine moderna ma si intensifica nel neoliberalismo, dove la vita diventa oggetto di investimento. Il diritto si pone così come dispositivo che garantisce la stabilità del mercato e, insieme, la sicurezza della popolazione. Ma nel fare ciò, produce vulnerabilità strutturali. La giuridificazione della vita, ossia il proliferare di norme che disciplinano l'intero spettro d'azione umano, si presenta sotto le vesti della tutela, ma in realtà istituisce una nuova forma di dominio caratterizzata non più dal potere di far morire, ma il potere di gestire e *ottimizzare*. Il corpo umano diventa una superficie su cui si iscrive la norma, un terminale di reti di potere che lo attraversano allo scopo di potenziarlo, ma anche di vincolarlo. A

[140] R. Esposito, Immunitas. Protezione e negazione della vita, Einaudi, Torino 2002.

[141] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 51–76.

questo punto, la questione della fiducia ritorna in modo radicale. Perché il neoliberismo, nella sua struttura profonda, non può fare a meno della fiducia. Come già rilevato da Niklas Luhmann[142] la fiducia è il meccanismo che consente al sistema di funzionare in condizioni di complessità e incertezza, non è un elemento esterno al sistema sociale, ma una funzione strutturale che consente la sua complessità. La legge nel contesto neoliberale non si limita a garantire la sicurezza giuridica ma è il demiurgo di una fiducia performativa che costruisce le aspettative dei consociati e determina ciò che è legittimo attendersi dal comportamento altrui[143]. Sembra allora lecito parlare di una *funzione fiduciaria del diritto* coerente con la razionalità neoliberale, ove il diritto protegge il mercato dall'instabilità del comportamento individuale e non vicevesa. La legge costruisce ordine prevedibile e stabilisce cornici normative che rendono affidabile l'azione economica e sociale, e disciplina anche il dissenso, canalizzandolo in forme gestibili. Ma nel contesto biopolitico questa fiducia non si costruisce sulla base di legami sociali o consuetudini etiche, bensì sull'adesione individuale a un regime normativo che promette sicurezza in cambio di conformità. Allorchè possiamo affermare che la legge diventa il veicolo principale della fiducia sistemica in quanto produce fiducia non appellandosi alla giustizia, ma alla funzionalità. La contraddizione tuttavia esplode proprio qui. Perché un sistema fondato

[142] N. Luhmann, La fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità sociale, Milano 2002, pp. 8–21.

[143] R. Esposito, Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica, Mimesis, Milano 2008, pp. 108–123.

sull'immunizzazione generalizzata e sul controllo mina le stesse basi della fiducia sociale. La legge così concepita diviene un'architettura che isola piuttosto che connettere, che forse disumanizza. Il paradigma immunitario, portato all'estremo, si rovescia nel suo contrario facendo divenire ciò che dovrebbe proteggere la vita in un qualcosa che finisce per negarne la dimensione relazionale e generativa. La risposta di Esposito[144] non è il rifiuto della legge in quanto tale, ma la sua riconfigurazione in chiave impura e comunitaria. Occorre secondo lui[145] pensare a un diritto che si fondi sulla relazione, e non più sull'immunità mirando quindi a neutralizzare l'*altro*, ma andando ad includerne la differenza. Un diritto che sia apertura all'imprevisto della vita, che abbandoni il suo essere codice di esclusione sfociando in una prospettiva in cui la fiducia è il risultato di un così definibile *rischio condiviso,* lasciandosi alle spalle il controllo di una razionalità calcolante. Questo diritto post-immunitario richiede anche un nuovo pensiero della soggettività dove l'individuo proprietario di sé, autonomo e autosufficiente, diviene soggetto come intersezione di flussi vitali, come *essere-in-comune*. È questa soggettività plurale ed aperta che può sfidare il biopotere e sottrarsi alla sua logica disciplinare. E solo una legge capace di riconoscere e proteggere tale vulnerabilità, senza tradurla in subordinazione, può farsi strumento autentico di fiducia nel mondo contemporaneo. In

[144] R. Esposito, Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero, Einaudi, Torino 2013, pp. 198–210.

[145] R. Esposito, Instituente. Teologia politica e diritto moderno, Einaudi, Torino 2023, pp. 89–101.

definitiva la proposta di Esposito consiste in un capovolgimento del paradigma moderno secondo cui la legge da garanzia dell'immunità diviene condizione della comunità. Una legge che non preserva la vita contro l'altro ma la espone all'altro come suo fondamento. Solo in questa apertura può nascere una fiducia autentica, una fiducia che rappresenti una possibile alternativa al potere anziché un suo supplemento.

6. Oltre il comando: biopolitica produttiva e diritto neoliberale

Nel cuore delle riflessioni più avanzate della teoria biopolitica si colloca un nesso fondamentale, ovvero quello tra trasformazione antropologica, soggettivazione e potere produttivo. L'idea che la biopolitica oltre che tecnica di controllo si erga a dispositivo di generazione di soggettività è centrale nel pensiero di Antonio Negri. Dopo Foucault, diventa infatti possibile reinterpretare il marxismo in chiave postumanista spostando il fuoco analitico dalla lotta di classe tradizionalmente intesa, alla produzione di soggettività attraverso il corpo e la tecnica, e così attraverso il sapere. Negri, nell'ambito di un'analisi della "composizione tecnica" della forza-lavoro[146], evidenzia il modo in cui la soggettivazione antagonista, cioè la capacità della forza-lavoro di darsi forma autonoma, si oppone al comando capitalistico. Ecco allora che l'emergere di un nuovo "*lavoro-*

[146] A. Negri, Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno, SugarCo, Milano 1992, pp. 248-252.

vivo[147]", cognitivo e cooperativo, capace di appropriarsi di quote di capitale fisso e generare un'eccedenza produttiva, costituisce un'istanza di liberazione. È a questo livello che la biopolitica diventa produttiva, questo in quanto disciplina i corpi in una dinamica di trasformazione che li rende il terreno stesso del conflitto e della costituzione del politico. Eppure tale potenziamento non avviene in un vuoto giuridico. Al contrario esso è incardinato in un sistema normativo che, pur proclamando la libertà dell'individuo, ne struttura l'esistenza fin nei minimi dettagli. Il diritto neoliberale opera così come infrastruttura del biopotere nel momento in cui sconfina dal suo ruolo di garante formale di libertà civili e politiche per andare a intervenire sistematicamente al fine plasmare comportamenti e stili di vita in nome delle scelte economiche *in potenza* dei soggetti. Si tratta di un diritto che, come già detto, orienta e stimola *in primis* ad essere cittadino, ma un cittadino avente lo status di imprenditore e consumatore, e che nel farlo mira a produrre fiducia nel sistema stesso: una fiducia della regolazione amministrativa del rischio. Questo meccanismo è tanto più evidente nel campo della salute pubblica e della previdenza sociale, dove la legge diventa il vettore attraverso cui si istituzionalizza la governance dei corpi. Tematiche quali l'accesso ai servizi o la definizione dei parametri di rischio vengono inscritte in cornici giuridiche che fondano la fiducia (che dovrebbe essere appannaggio della relazione intersoggettiva) sulla trasparenza dell'apparato. Così, ad

[147] A. Negri, Marx oltre Marx. Quaderno di lezioni sul Grundrisse, Feltrinelli, Milano 1979, pp. 187-194.

esempio, l'obbligo vaccinale o le norme su alimentazione sono dispositivi normativi che mirano alla produzione di una popolazione sana e produttiva. La legge diventa dunque il terreno attraverso cui il potere neoliberale si fa rassicurante. La governance biopolitica[148] funziona perché il diritto la rende standardizzabile. È la legge che articolando codici di condotta e parametri tecnico-scientifici, costruisce una fiducia razionale, o meglio razionalizzata, nelle capacità dello Stato (o dei suoi surrogati privati) di gestire la vita. Ed è ancora la legge che traduce la biopolitica in criteri di eleggibilità e merito. È proprio in tale paesaggio che si colloca il concetto di "mutazione antropologica[149]". L'essere umano del terzo millennio, un essere ibrido, divenuto postorganico, un essere bio-potente, diviene insieme prodotto di tecnologia e del diritto che lo norma. La legislazione sul lavoro digitale, o sui dati biometrici, è tutt'altro che marginale, nel senso che possiamo pensarla come costitutiva del nuovo modo di vivere (e produrre). In questo quadro, l'*homo oeconomicus* foucaultiano si fonde con il cyborg di Haraway[150] e con il postumano di Huxley e Braidotti[151], dando vita a una soggettività che è insieme normata e generativa. La legge è così un codice attraverso cui la biopolitica si iscrive nella carne del mondo.

[148] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 88-92.

[149] N. Rose, The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century, Princeton University Press, 2006, pp. 27-30.

[150] D. Haraway, Manifesto Cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo, Feltrinelli, Milano 2001.

[151] R. Braidotti, Il postumano, DeriveApprodi, Roma 2014, pp. 33-42.

Esso produce fiducia nella misura in cui rende calcolabile la vita[152], trasferendola in un regime di responsabilità individuale, di assicurabilità collettiva. Qui la riflessione foucaultiana sul liberalismo come cornice della biopolitica trova piena attualizzazione nel contesto normativo contemporaneo. Se il governo moderno non fa altro che "far vivere", la legge è uno degli strumenti mediante il quale tale vita viene resa performante. La norma legale, come dimostrano i dispositivi di compliance[153] o di auditing, diventa il veicolo della fiducia nel funzionamento del mercato, e quindi della governabilità delle moltitudini. Attraverso la legge dunque la biopolitica diventa tecnopolitica di una fiducia fondata sulla quantificazione del rischio e sull'individuazione dei comportamenti standard figli di una normazione predittiva, dimenticando la promessa sociale. Ecco allora che il diritto, lungi dall'essere un mero epifenomeno del potere, diventa parte integrante della sua logica produttiva dove ciò era il confine della libertà evolve nella sua forma più efficace. La legge neoliberale, in quanto motore della fiducia, è anche macchina di soggettivazione che trasforma la vita in capitale umano.

7. Il corpo come soglia del politico

[152] N. Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità sociale, Il Mulino, 2002, pp. 70-79.

[153] A. Supiot, Governare con i numeri. Storia di una utopia moderna, Einaudi, Torino 2021, pp. 148-153.

Il pensiero di Roberto Esposito si sviluppa nel solco di una riflessione genealogica ispirata a Nietzsche e Foucault sul rapporto tra politica e vita. Una delle sue intuizioni più originali è quella della sopra accennata immunizzazione, concetto cardine attorno al quale ruotano tanto le sue analisi filosofico-politiche quanto le sue riflessioni sulla biopolitica. Esposito definisce[154] la modernità come una "macchina immunitaria", nella quale la protezione della vita coincide paradossalmente con una sua neutralizzazione, e dove l'ossessione per la sicurezza finisce per soffocare la vitalità stessa. Questa tensione si riflette anche nei dispositivi giuridici che strutturano il vivere collettivo e che, sotto il paradigma neoliberale, si presentano sempre più come tecnologie di governo della vita. L'immunizzazione in Esposito[155] è un meccanismo difensivo che si può identificare come una risposta della comunità ai rischi della contaminazione nel contesto della molteplicità. Ma nella sua declinazione contemporanea questo meccanismo si radicalizza, diventando una logica totalizzante che penetra nelle pratiche istituzionali e giuridiche sino a ridurre l'*ethos* comunitario a mera gestione amministrativa del rischio. In questa chiave la legge come strumento di regolazione esterna dei conflitti, muta in forma di produzione normativa del vivente che struttura i corpi, così come comportamenti e desideri in vista della loro neutralizzazione entro una società ordinata e performativa. Nel neoliberismo questa trasformazione assume i tratti di una vera e propria razionalità giuridico-

[154] R. Esposito, Immunitas. Protezione e negazione della vita, Einaudi, Torino 2002, pp. 8-12.

[155] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 49-65.

biopolitica. Le norme legali sono investite di una funzione eminentemente economica che è quella di garantire la prevedibilità delle condotte e la stabilizzazione delle aspettative degli attori di mercato così da andare a produrre fiducia in un orizzonte di rischio generalizzato. Come già osservato da Niklas Luhmann[156], la funzione primaria del diritto moderno è ridurre la complessità sociale producendo fiducia, e tale funzione nel contesto neoliberal si traduce in un apparato giuridico che rassicura gli individui sul fatto che la riproduzione dell'ordine è garantita, anche quando questo ordine è costruito sulla precarietà strutturale. In questa prospettiva la biopolitica estende il suo potere andando a governare non più semplicemente la vita, ma il modo in cui essa viene percepita. I corpi sono addomesticati mediante dispositivi disciplinari, ma altresì attraverso forme soft di normatività come possono essere gli incentivi fiscali o i codici etici e morali. La legge penetra nei tessuti della vita quotidiana, prende forma nei contratti assicurativi, nei protocolli clinici, nei regolamenti condominiali, negli algoritmi delle piattaforme digitali etc; da barriera esterna diviene una forza che plasma l'interno del corpo sociale e individuale. Esposito porta l'attenzione[157] su una mutazione cruciale che vede il corpo umano contemporaneamente come oggetto della biopolitica e come soglia del politico. Il corpo è campo di applicazione delle norme e insieme luogo di resistenza e ibridazione, un

[156] N. Luhmann, Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità sociale, Armando, Roma 2002 (ed. or. 1968), pp. 35-41.

[157] R. Esposito, Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero, Einaudi, Torino 2013, pp. 157-170.

ente che può essere pensato come un testo, come un'interfaccia tra *bios* e *zoé* dove la tecnica incontra la carne. La logica immunitaria si riflette anche nella strutturazione delle istituzioni legali e questo lo si vede chiaramente nelle politiche contemporanee in materia di salute pubblica, dove il diritto assume la funzione di disciplinare i comportamenti individuali in nome del bene collettivo legittimando misure che incidono direttamente sulla sfera corporea. Esposito sottolinea come questa dinamica diventi ancor più pervasiva nel momento in cui il corpo stesso è concepito come infrastruttura economica, come "capitale umano" da ottimizzare. È allora che la legge produce soggettività conformi al paradigma neoliberale, non limitandosi a punire. La fiducia che il diritto neoliberale cerca di generare nei consociati dunque abbandona le sue fondamenta edificate sull'idea di giustizia sostanziale per andare a costruire sull'efficienza sistemica, in cui si rinviene fiducia nel fatto che l'ordine sarà mantenuto in un contesto dove le regole del gioco non cambieranno arbitrariamente ed in cui i rischi saranno quantificati e assicurabili. Se però la legge è uno strumento di immunizzazione, e se questa immunità si fonda sulla riduzione del rischio, allora viene da pensare essa voglia proteggere solo quella parte della vita che può essere valorizzata e contabilizzata. L'opera di Esposito spinge così a interrogare la funzione epistemica della legge nella società neoliberale osservandola come una tecnologia della previsione che viene ad avere poco a che fare con il ruolo ideale di custode della giustizia. Essa diventa una griglia statistica e profilattica, una forma di prevenzione del futuro che si fonda su un immaginario securitario. La legge è chiamata a produrre

fiducia attraverso la standardizzazione delle risposte ai rischi, ma questa stessa fiducia ha un costo che si traduce nell'erosione del *possibile,* e che ci porta a valutare come la biopolitica contemporanea, nel suo nesso con la legge, si inscriva in una logica di governo della contingenza. Ogni vita è valutata per il suo potenziale di rischio e rendimento. Le norme[158] da limiti alla sovranità divengono strumenti di una sua articolazione capillare. Questo mutamento si riflette in modo emblematico nelle economie della salute e nella profilazione comportamentale, una cornice dentro cui il concetto di fiducia neoliberale si rivela come *fiducia nel sistema* lasciando indietro la declinazione di *fiducia nell'altro* essere umano. Esposito, muovendosi in questa direzione, richiama Nietzsche, che già nella *Genealogia della morale*[159] identificava nel diritto il dispositivo capace di trasformare la memoria del debito in forma soggettiva di responsabilità, e così la legge, nell'ottica del neoliberismo, trasforma tale responsabilità in *accountability*, rendendo ciascuno responsabile del proprio capitale biologico, da cui dipende peraltro la propria prestazione. In sintesi il corpo umano, già al centro della riflessione nietzscheana, lo è oggi di una nuova razionalità biopolitica, in cui diritto, tecnica e mercato si alleano per governare il vivente secondo una logica di immunizzazione produttiva. È in questo contesto che la legge agisce per gestire il capitale-vita. Ma questa gestione, sotto le spoglie della

[158] G. Agamben, Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 9-11.

[159] F. Nietzsche, Genealogia della morale, in Opere, vol. VI, Adelphi, Milano 1971, II, §4.

razionalità normativa, finisce per desertificare il possibile, riducendo la vita al suo rendimento minimo garantito.

8. Diritto e neoliberalismo: tra tecnologie della norma e produzione della fiducia

Come ha evidenziato Judith Butler[160] la performatività normativa è sì linguistica, ma altresì profondamente giuridica, questo nel momento in cui la legge esula da una matrice descrittiva andando a costituire soggetti e azioni. L'intersezione tra diritto, biopolitica e neoliberismo si rivela dunque essere un campo strategico dove il potere si esercita attraverso l'amministrazione di una vita guidata. Se questa trasformazione è tanto profonda da toccare l'ontologia del soggetto, allora la legge nel contesto biopolitico neoliberale da semplice mezzo di regolazione si confà in dispositivo di produzione della realtà sociale e individuale. È questo il terreno sul quale si articola una delle più profonde trasformazioni antropologiche contemporanee quale quella del soggetto postumano.

Infatti quanto emerge delle riflessioni sviluppate sinora è come quel regime di dominio sui corpi e sulle popolazioni che è il biopotere rappresenti un insieme complesso di dispositivi normativi che operano attraverso la legge, l'amministrazione e così tramite il sapere scientifico, aventi questi l'obiettivo di regolare e ottimizzare la vita. È qui che la

[160] Butler, Judith. "Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory." Theatre Journal, vol. 40, no. 4, 1988, pp. 519–531.

questione del diritto assume un ruolo cruciale. In epoca moderna la legge da comando sovrano che vieta o punisce, diviene una tecnologia positiva organizzante, forza produttiva, tanto quanto lo è la tecnica o l'economia. Essa incentiva comportamenti che plasmano l'agire individuale e collettivo secondo una razionalità che, nel neoliberalismo, si struttura come produzione di fiducia nei meccanismi del mercato. Il diritto neoliberale è un diritto economico per eccellenza. Come evidenziato da Michel Foucault[161] nei suoi corsi al Collège de France, in particolare in *Nascita della biopolitica*, il liberalismo riconfigura il potere statale in una razionalità governamentale in cui lo Stato deve rendere il mercato il principio regolativo di ogni ambito della vita. In questa logica la legge può essere vista come uno strumento che deve garantire la concorrenza costruendo un ambiente favorevole all'auto-regolazione degli attori economici, senza il bisogno di reprimere i monopoli con la forza. La legge dunque si reinventa come un dispositivo di ingegneria istituzionale la quale crea condizioni di fiducia sistemica al cui interno ogni soggetto è chiamato a comportarsi come un'impresa di se stesso, come un dispositivo immanente che modella la vita secondo logiche di previsione che divengono assicurative. Ne è un esempio emblematico il diritto della concorrenza europeo, che attraverso la nozione di efficienza allocativa, cerca di produrre un ordine economico nel quale l'incontro tra domanda e offerta sia il più possibile libero e percepito come sicuro. La

[161] Foucault, Michel. La nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979). Feltrinelli, 2005, pp. 25–33.

fiducia del consumatore diviene una posta in gioco giuridica e politica, e deve essere garantita per rendere possibile la perpetuazione del ciclo capitalistico. Si assiste così a una giuridificazione del comportamento economico che orienta e incentiva l'iniziativa individuale, senza reprimerla. Questa funzione del diritto nella produzione di fiducia è stata lucidamente colta ancora una volta da Niklas Luhmann, che nel suo capolavoro "*Vertrauen*[162]" (Fiducia), descrive il diritto come uno dei principali sistemi di riduzione della complessità sociale. In una società moderna, dove ogni individuo è potenzialmente esposto a un numero infinito di possibilità e di rischi, il diritto agisce come meccanismo stabilizzatore che produce aspettative, modella le interazioni, e rende prevedibile il comportamento altrui. In chiave neoliberale questa funzione viene potenziata e piegata a un uso strategico che rimane quello di ridurre la complessità, ma che viene affiancato dal costruire un clima favorevole alla crescita ed al consumo facendo leva sull'idea che ogni soggetto può e deve fidarsi delle istituzioni e degli altri attori economici. Ma questa fiducia non è più garantita da una norma sovrana o da un'etica comune. È una fiducia performativa, costruita artificialmente (ad esempio attraverso indicatori, valutazioni, audit, ranking, sistemi di trasparenza e accountability). Le stesse tecniche legislative vengono managerializzate passando da quelle che potevano essere leggi generali e astratte

[162] Luhmann, Niklas. Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. Lucius & Lucius, 2000, pp. 54–65.

a regolazioni puntuali e adattive che rispondono a quella logica che Alain Supiot[163] ha definito "governance per obiettivi". Il diritto si fa *soft law* nella misura in cui la sua funzione è lo stimolo e non più quella di comandare. È il passaggio dalla "società disciplinare" alla "società della prestazione", come direbbe Byung-Chul Han[164], dove la spinta alla conformazione dell'individuo è data dal desiderio di successo derivante dall'interiorizzazione della norma e non più dal timore della punizione. La biopolitica assume così una nuova configurazione di potere che insiste su una produzione di soggettività economiche ottimizzate. Il soggetto neoliberale è un *homo oeconomicus* che si autocontrolla e si auto-potenzia attraverso un'interiorizzazione continua delle aspettative sociali e giuridiche e, ovviamente, di mercato. È in questo senso che possiamo comprendere il legame tra diritto, biopolitica e neoliberismo, uno scenario in cui la legge è *produttrice di vita e di mondo*, e nel farlo genera anche i criteri di fiducia che rendono tale produzione stabile. Da questo punto di vista, anche le grandi campagne legislative in materia sanitaria o previdenziale possono essere lette come dispositivi di biopolitica a prescindere da quello che è il loro contenuto esplicito di regolazione della vita, ma per anche per quella che è l'implicita costruzione di un rapporto fiduciario tra cittadini e istituzioni, mediato dal diritto. L'idea di "nuda vita" di Agamben[165] si confronta con una

[163] Supiot, Alain. Governance by Numbers: The Making of a Legal Model of Allegiance. Hart Publishing, 2017, pp. 30–44.

[164] Han, Byung-Chul. La società della stanchezza. Nottetempo, 2012, pp. 12–19.

[165] Agamben, Giorgio. Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita. Einaudi, 1995, pp. 79–91.

realtà giuridica più sfumata, che attiene ad una vita normativamente integrata in un regime di legalità performativa, dove l'obbedienza formale è subordinata alla conformità funzionale. Se, come sostiene Foucault, il potere moderno è soprattutto un potere che fa vivere, allora la legge moderna, e *a fortiori* la legge neoliberale, è una tecnologia di vita, di sua organizzazione, e di suo orientamento. Questo è fondamentalmente ciò che la rende pericolosa quanto affascinante, perché promette libertà mentre costruisce obbedienza, e, in ultima analisi, pare ammaliare promettendo fiducia mentre produce controllo.

9. Dalla norma prescrittiva alla fiducia performativa

Abbiamo già sopra accennato come nel suo lavoro *Bíos. Politica e filosofia*, Roberto Esposito[166] metta in luce con particolare acutezza la doppia valenza del diritto moderno nel contesto biopolitico, che lo vede da un lato come strumento di protezione e di emancipazione, dall'altro dispositivo di immunizzazione e che, proprio proteggendo, finisce per escludere. L'immunizzazione nella prospettiva espositiana è una metafora biologico-politica che consente di comprendere come il potere moderno, anche quando si presenta in forme liberali e progressiste, contenga in sé un dispositivo di separazione e neutralizzazione del vivente. Proteggendo la vita, la congela. Questo rovesciamento di

[166] R. Esposito, Bíos. Politica e filosofia, Capitolo 2,Einaudi, Torino 2004, pp 45-65.

prospettiva, che già Nietzsche[167] prefigurava nelle sue analisi sulla volontà di potenza e sul moralismo ipocrita della modernità, ci aiuta a comprendere come, anche nella nostra epoca, la legge operi attraverso il divieto e attraverso la sanzione, ma soprattutto attraverso una serie di micro-interventi normativi che si traducono in pratiche di governo della vita. Il diritto alla salute, ad esempio, rappresenta un innegabile progresso civile, ma è anche vero che esso si traduce spesso in un controllo pervasivo sui corpi e sugli stili di vita. È la logica dell"'interesse superiore" che giustifica l'incentivazione o la penalizzazione di comportamenti considerati a rischio. In detto contesto la fiducia prodotta dal diritto non è mai *naturale*, ma risulta indotta. È una fiducia "*normativa*", per così dire, che si fonda su un'adesione anticipata a modelli di comportamento ritenuti razionali. Ma è proprio questa prefigurazione dell'agire, questa normazione del possibile, a mostrare l'intreccio profondo tra diritto e biopolitica. Come sostiene anche Thomas Lemke[168], uno dei più autorevoli teorici contemporanei della biopolitica, la governance biopolitica moderna opera attraverso la "responsabilizzazione" degli individui, cioè attraverso un diritto costruisce soggetti in grado di autogovernarsi[169] secondo i criteri richiesti dal sistema e senza imporre in maniera sfacciata. Tale "governo per soggettivazione" trova una sua espressione paradigmatica nella nozione neoliberale di "*compliance*", ovvero la

[167] F. Nietzsche, Al di là del bene e del male (1886), in Opere, vol. VI, Adelphi, Milano.

[168] T. Lemke, Biopolitics. An Advanced Introduction, NYU Press, New York 2011.

[169] N. Rose, The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century, Princeton University Press, 2006.

conformità volontaria (ma attentamente monitorata) a standard giuridici e, conseguentemente, sociali. Il diritto da una griglia esterna diviene orizzonte interno, matrice che predispone e modella il comportamento. È questa una delle ragioni per cui la legge, in contesto neoliberale, assume forme sempre più flessibili ed adattive. Come già anticipato, la norma cede spesso il passo allo standard, il comando alla valutazione, e così la prescrizione preferibilmente cede il passo all'incentivo del suo opposto. In questa trasformazione si assiste a un progressivo slittamento dalla dinamica punitiva a quella premiale dove non ci si trova più (o non solo) d'innanzi sanzioni in caso di inadempimento, quanto piuttosto ma incentivi economici, reputazionali o simbolici in caso di conformità. La letteratura giuridica e sociologica ha messo in evidenza come tale passaggio modifichi la stessa semantica del diritto dove la norma sostituisce quella che era la sua azione attraverso la minaccia, con l'azione attraverso la promessa[170]. La logica del premio diviene così uno strumento biopolitico, che orienta le condotte tramite l'attrattività del beneficio. La promessa di vantaggio sostituisce la paura della pena, e con ciò la fiducia si costruisce sulla prevedibilità dell'incentivo piuttosto che sulla certezza della sanzione. La legge diventa parte integrante di quella che Esposito, ma anche Giorgio Agamben[171], descrivono come una "economia della vita", ovvero un regime in cui le vite

[170] Sunstein, *Laws of Fear*, 2005

[171] G. Agamben, Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995 Capitolo 1, pp. 15–40.

sono classificate e selezionate in base a criteri di produttività funzionale e di "merito". Il diritto indica cosa è desiderabile e lo fa attraverso una rete di segnalazioni normative[172] che si incarnano nei dispositivi di welfare, nei protocolli sanitari, nei codici comportamentali, ma anche, sempre più spesso, nei sistemi digitali di tracciamento, nei contratti algoritmici, nelle interfacce tecnologiche che mediano la nostra esistenza quotidiana. La *lex* nel regime biopolitico contemporaneo è chiamata a una nuova funzione di governabilità del vivente connaturata da una funzione di strumento di fiducia che si allontana dalla concezione classico-liberale di fiducia tra eguali per arrivare a declinarsi in una fiducia tra asimmetrici, tra soggetti e sistemi, ovvero tra individui e reti di potere. Una fiducia che, come osserva Michel Feher[173], si fonda sulla capacità di valorizzarsi costantemente agli occhi di un mercato che coincide con la società. A questo proposito non si può trascurare la portata biopolitica delle riforme legislative[174] che, negli ultimi decenni, hanno investito i sistemi previdenziali, sanitari, educativi e fiscali nei paesi occidentali. Si tratta di una trasformazione profonda e tutt'altro che neutra in cui la riduzione dello Stato sociale giustificata in nome dell'efficienza e della sostenibilità, viene ad essere accompagnata da un'intensificazione dei dispositivi normativi che incentivano la responsabilità individuale nelle forme ad esempio di consumo "sano" di auto-

[172] R. Esposito, Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica, Mimesis, Milano 2008.

[173] M. Feher, Rated Agency. Investee Politics in a Speculative Age, Zone Books, New York 2018, Capitolo 1, pp. 15–45.

[174] W. Brown, Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution, Zone Books, Brooklyn 2015.

formazione continua. Siamo in definitiva di fronte a una trasformazione paradigmatica del rapporto tra vita e diritto, dove quest'ultimo ne diviene progettista condizionando gli spazi di libertà[175] e calibrandoli secondo metriche sempre più sofisticate. Nel contesto della governance contemporanea, la legge assume un ruolo profondamente trasformato rispetto alla concezione classico-moderno-illuminista. Non pare essere, o almeno non più *solo*, l'espressione della volontà generale volta a limitare l'arbitrio sovrano, ma, come più volte provato a ribadire durante questo capitolo introduttivo, dispositivo adattivo e performativo. Come si può desumere dal lavoro di Ugo Mattei, il diritto contemporaneo diviene "sistema di legittimazione"[176]; nel senso che esso non tutela tanto i diritti quanto assicura che l'apparato complessivo del sistema si mantenga credibile. La legge così declinata si configura luhmannianamente come un'*infrastruttura simbolica della fiducia*[177] che codifica aspettative e orienta comportamenti. Nel neoliberismo, infatti, la fiducia perde la sua connotazione di valore sociale o morale, bensì come risorsa economica. È il presupposto implicito di ogni interazione di mercato, e al tempo stesso il prodotto di un governo capace di rassicurare i *cittadini-consumatori-investitori* sul fatto che le regole saranno stabili. Questo significa che la legge *funziona* solo se riesce a performare fiducia, se riesce a produrre nei consociati l'aspettativa che essa garantirà certe

[175] A. Supiot, Governare con i numeri, Einaudi, Torino 2021, Capitolo 3, pp. 75–102.

[176] U. Mattei, Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia, Laterza, Roma-Bari, 2011, Capitolo 2, pp. 35–60.

[177] N. Luhmann, Trust and Power, Wiley, 1979.

condizioni di fondo quali libertà di iniziativa, proprietà privata, tutela della concorrenza, efficienza dei servizi, ordine pubblico. Questo è particolarmente evidente nel settore finanziario, dove la legge è chiamata a garantire la credibilità delle transazioni e la solvibilità degli attori coinvolti. È Pierre Rosanvallon[178] a sostenere che il neoliberalismo si fondi su una "società dell'incertezza che richiede una crescente quantità di strumenti di assicurazione" dove la legge rappresenta uno strumento per rendere "prevedibile l'imprevedibile", per rendere calcolabile l'incertezza del vivente. La governance biopolitica si incarna così in una giuridicità flessibile, capace di modulare costantemente i suoi interventi sulla base degli sviluppi scientifici, tecnologici, epidemiologici o economici che siano. Questa legge performativa si manifesta ad esempio nel diritto sanitario e nella normativa emergenziale. La pandemia da COVID-19 ha rappresentato in tal senso un punto di emersione paradigmatico in quanto la produzione normativa, accelerata e spesso derogatoria, ha mostrato chiaramente come il diritto sia divenuto un vero e proprio strumento di ingegneria sociale, un vettore biopolitico di modulazione dei corpi e delle condotte. Le disposizioni giuridiche hanno normato il distanziamento, il movimento, la cura, la vaccinazione, e l'adesione a tali norme ha richiesto la produzione di fiducia istituzionale su scala massiva. Ma fidarsi non è più un gesto spontaneo. È una pratica governata da un effetto di strategie discorsive e simboliche che legittimano il

[178] P. Rosanvallon, La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, Paris, 2008 (tr. it. La legittimità democratica, Raffaello Cortina, Milano, 2010), Capitolo 4, pp. 123–150.

diritto come strumento neutrale e scientificamente fondato. Qui si innesta, nuovamente, la riflessione di Foucault[179] per cui la scienza medica, la statistica e l'economia diventano i nuovi garanti della verità normativa. La legge diventa legge perché è "razionale", perché è "utile". Non più solo perché è giusta. Tale mutazione incide profondamente sul concetto stesso di cittadinanza la quale pare trasli il suo fondamento sulla capacità concreta di conformarsi ai requisiti normativi di una vita "valida", "attiva" nel panorama sociale. L'*homo juridicus* del neoliberalismo è un soggetto responsabile ed autoimprenditoriale in grado di rispondere agli standard normativi in termini di consumo. È un soggetto che merita fiducia proprio perché si conforma agli standard della fiducia, e quindi della norma. In questa prospettiva la legge neoliberale ha l'ardire di prefigurare ciò che deve essere[180] non limitandosi a governare ciò che è. Come rileva anche Alain Supiot[181], il passaggio dal "*gouvernement par les lois*" al "*gouvernement par les nombres*" segnala una svolta antropologica fondamentale che imputa al legiferare il suo non rispondere ad un'idea esclusiva di giustizia, ma di gestire la società tramite modelli. La norma giuridica quindi perde il suo alone trascendentale e si fa funzione operativa, modulata secondo esigenze tecniche e calcoli di efficienza[182] con il diritto che diviene reificazione biopolitica. E ciò

[179] M. Foucault, Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979), Feltrinelli, Milano, 2012.
[180] M. Foucault, Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978), Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 87–105.
[181] A. Supiot, Gouverner par les nombres. L'Art de la fiction politique, Fayard, Paris, 2015.
[182] W. Brown, Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution, Zone Books, Brooklyn, 2015.

che viene regolato è la vita in tutte le sue dimensioni. Ma proprio qui si apre una frattura critica. Se la legge diventa interamente performativa[183], se la fiducia diventa un effetto di governo, se la norma si fa adattiva e situazionale, quale spazio resta per il conflitto, per la dissidenza? Quale diritto può opporsi a un potere che si mimetizza come razionalità, che non proibisce ma suggerisce? Sono queste le domande che mi portano a ragionare sul concetto di *biolegittimazione*, ovvero l'uso strategico della legge come dispositivo di legittimazione del potere sulla vita, nonché a valutarne gli sviluppi contemporanei nei contesti digitali.

10. Biolegittimazione: la legge come dispositivo di autorizzazione della vita governata

Se, come abbiamo appena osservato, il diritto nel contesto neoliberale funge da veicolo di fiducia performativa, occorre ora indagare più a fondo una delle sue funzioni cruciali: la biolegittimazione. Con questo termine intendiamo la capacità del diritto di legittimare interventi governamentali sul corpo, sulla salute, sull'identità e sull'autodeterminazione dei soggetti, in nome della vita stessa[184]. La legge cioè, che prima si limitava a *vietare* o a *consentire* in termini binari, ora agisce come una griglia selettiva che permette di includere ed abilitare. Essa stabilisce chi può essere riconosciuto come soggetto *valido*, chi può

[183] B. Latour, La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État, La Découverte, Paris, 2002.
[184] Michel Foucault, La volontà di sapere. Storia della sessualità, vol. I, Feltrinelli, Milano 1978, pp. 125–135.

accedere a cure, a diritti, e in quali condizioni facendo divenire così il diritto, da cornice normativa del vivere comune che era, un regime di autorizzazione della vita stessa, determinando ciò che può o deve vivere, e ciò che al contrario può essere lasciato morire, o molto più semplicemente, venire ignorato. Questa dinamica è ben visibile nella bioetica, nelle tecnologie genetiche e nei protocolli di transizione di genere in cui l'accesso ai trattamenti o alla rettificazione giuridica dell'identità è subordinato a criteri normativi che agiscono come filtri biogiuridici.

La legge certifica l'autenticità della vita, e lo fa attraverso dispositivi che combinano sapere medico e razionalità amministrativa. Così, come affermava Foucault, la verità giuridica si fonda su una produzione di saperi, non su un astratto principio di giustizia. Un esempio è rappresentato dalle legislazioni sul fine vita, come nel caso della possibilità di accedere al suicidio medicalmente assistito o all'eutanasia, il tutto rigidamente regolato da criteri che determinano quale tipo di sofferenza è "legittima", quale richiesta di morte è "accettabile", quale vita è "degna di essere vissuta". Una la legalità che qui funge da interfaccia morale, rendendo visibili e giuridicamente praticabili solo alcune opzioni vitali. Non si tratta di libertà assolute, ma di spazi concessi e revocabili. Secondo questi parametri è possibile dunque forse leggere il concetto di biolegittimazione anche come funzione simbolica e gestionale della legge nell'epoca postumana. L'ingegneria genetica, o ad esempio i sistemi di intelligenza artificiale applicati alla salute (machine learning, predictive medicine, ecc.), hanno bisogno di un quadro giuridico che ne legittimi l'uso e

ne selezioni gli ambiti di applicazione[185]. Ciò che avviene è un passaggio sottile ma cruciale per cui la legge diventa tecnica, e la tecnica diventa norma. In altre parole le scelte normative sono il risultato di una presunta evidenza scientifica[186] che esula dal dibattito politico o etico. La legge si adegua ai protocolli medici, nonchè agli algoritmi predittivi. Questo passaggio produce una vera e propria depoliticizzazione del diritto, poiché le decisioni vengono presentate come oggettive e soprattutto inevitabili, rendendo così un eventuale dissenso irrazionale. Sheila Jasanoff ha evidenziato come siamo di fronte a un fenomeno che potremmo definire di "tecnolegittimazione: la legittimità della legge è fondata sulla sua aderenza ai dati ed agli scenari previsionali. Le scelte giuridiche appaiono così giuste perché razionali, basate sull'evidenza"[187], ma dietro questa apparente neutralità si cela una nuova forma di potere, ovvero quello di definire la vita degna e conseguentemente di normalizzare tramite la legge gli stili di vita *buoni*. È, ancora una volta, un potere biopolitico.

A livello europeo, questa dinamica si riflette in modo emblematico nella produzione normativa dell'UE. I regolamenti sulla sicurezza sanitaria, le direttive sulle biotecnologie, le norme sulla privacy genetica e i programmi come Horizon Europe, che finanziano la

[185] Sheila Jasanoff, Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States, Princeton University Press, Princeton 2005, pp. 23–42.

[186] Roberto Esposito, Bíos. Biopolitica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 45–52.

[187] Sheila Jasanoff, Can Science Make Sense of Life?, Polity Press, Cambridge 2019, pp. 67–73.

ricerca sul potenziamento biologico e la medicina predittiva, si configurano come strumenti giuridici che promuovono un modello biopolitico neoliberale[188]. La regolamentazione del nuovo regolamento UE sull'intelligenza artificiale (AI Act), ad esempio, prevede che i sistemi ad alto rischio nel campo della salute e del benessere siano soggetti a "*conformità ex ante*", certificando che le tecnologie siano affidabili e sicure prima di essere impiegate[189]. Tuttavia, tale conformità è misurata in base a criteri economici di sostenibilità competitiva, il che va a significare che la fiducia istituzionale non è costruita esclusivamente sulla base di criteri etici, sociali o epistemologici, bensì secondo parametri di efficienza economica. La sicurezza e l'affidabilità richieste *ex ante* non sono valutate in termini assoluti, ma nella misura in cui la tecnologia è in grado di circolare nei mercati e sostenere modelli di business profittevoli. In tal senso il diritto europeo legittima le tecnologie come vettori di crescita e competitività, rafforzando l'immaginario neoliberale secondo cui l'innovazione è sempre desiderabile se economicamente scalabile. La legge, così, continua in parte a produrre fiducia perché tutela, ma soprattutto nella misura in cui abilita l'innovazione, la sperimentazione e di conseguenza la concorrenza, anche in ambiti sensibili come la salute e la governance algoritmica della vita.

[188] Nikolas Rose e Carlos Novas, "Biological Citizenship", in Global Assemblages, a cura di A. Ong e S. Collier, Blackwell, Oxford 2005, pp. 439–463.

[189] Regolamento (UE) 2024/1365, "Artificial Intelligence Act", art. 6, "Sistemi ad alto rischio".

Anche il General Data Protection Regulation (GDPR), per quanto nato con finalità di tutela individuale, finisce per costruire un'infrastruttura di fiducia algoritmica, dove la protezione dei dati si sovrappone alla gestione del rischio reputazionale e commerciale. Così, la norma trasforma la privacy in una merce regolata, un bene di scambio nella bioeconomia dei dati personali[190].

Si assiste inoltre a un'integrazione crescente tra la governance giuridica e le logiche del mercato. Il Regolamento (UE) 536/2014 sulle sperimentazioni cliniche, ad esempio, semplifica e armonizza le procedure di autorizzazione, allo scopo dichiarato di rendere l'Europa "più competitiva nel settore della ricerca clinica". Qui, la vita del paziente è oggetto di protezione, certo, ma anche fattore di attrattività per investimenti privati per cui l'autorizzazione giuridica diventa così atto di fiducia verso il mercato della salute. Le leggi e le direttive si modellano quindi come dispositivi che stabiliscono un equilibrio tra efficienza sistemica e accettabilità biopolitica, rivelando come la produzione normativa dell'UE vada a *progettare il vivente*, oltre che a regolarlo.

Si sviluppa così una legalità modulare, capace di adattarsi in tempo reale alle evoluzioni del contesto bio-tecno-sociale. Le leggi sull'emergenza sanitaria, la gestione algoritmica dei profili di rischio, la valutazione predittiva delle assicurazioni sanitarie e dei sistemi pensionistici sono esempi di una normatività che dall'essere basata su di un'universalità

[190] Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), art. 9, "Trattamento di categorie particolari di dati personali".

astratta del diritto[191], vira verso una personalizzazione calcolata delle condotte dove ogni ogni vita diviene un oggetto scomposto in dati e metadati computabili dall'algoritmo. La fiducia che prima era generata attraverso il contratto sociale qu si genera attraverso la trasparenza dei processi tecnici ove chi si affida alla legge si affida, in realtà, a un sistema di protocolli prostrati ad una razionalità performativa. È in questo contesto che il diritto si avvicina sempre più al funzionamento delle piattaforme digitali, in cui la norma vuole essere ergersi ad architettura comportamentale dove il comando diviene condizionamento. La biolegittimazione diventa il cuore pulsante della governance postmoderna, ove il potere si legittima con la capacità di garantire un ordine operativo della vita. Il ruolo del diritto quale linguaggio della giustizia si smarrisce nella nuova veste di codice di efficienza, rendendolo così paragonabile ad una macchina di affidabilità[192].

Le questioni che si aprono sono: qual è lo spazio del dissenso? Qual è la soglia della disobbedienza legittima? Qual è il ruolo del diritto critico, capace di sfidare la neutralità performativa della norma? Di seguito mi interrogherò proprio su queste questioni, esplorando il potenziale antagonista del biopotere e le possibilità di una biopolitica affermativa.

---

[191] Thomas Lemke, The Government of Things. Foucault and the New Materialisms, NYU Press, New York 2021, pp. 105–110.

[192] Antoinette Rouvroy, Privacy, Due Process and the Computational Turn, Routledge, London 2013, pp. 3–16.

11. Biopolitica affermativa e soggettivazione antagonista: oltre la governamentalità neoliberale

Se, come abbiamo finora osservato, il biopotere si manifesta come una forma di governo della vita che si fonda sull'amministrazione e la normalizzazione dei corpi e delle popolazioni, è cruciale domandarsi se e come sia possibile concepire una *biopolitica affermativa*. Ovvero: esiste un modo di rovesciare il paradigma biopolitico senza rigettare in blocco l'interesse per la vita? È possibile esercitare un potere sulla vita che sia emancipativo?

In questa prospettiva, il pensiero post-foucaultiano, e in particolare le riflessioni sviluppate da Antonio Negri, Michael Hardt, Roberto Esposito e altri esponenti dell'*Italian Theory*, ha introdotto una fondamentale distinzione tra *biopotere* come forma di dominio e *biopolitica* come potenziale di produzione collettiva. Mentre il primo è inteso come dispositivo di controllo e sfruttamento della vita, la seconda è ridefinita come potere della vita stessa di produrre relazioni e istituzioni[193]. In tal senso la biopolitica affermativa si configura come una prassi generativa e moltiplicativa, incentrata sulla valorizzazione della cooperazione sociale e dell'intelligenza collettiva. È, nella terminologia di Negri e

[193] Antonio Negri e Michael Hardt, Commonwealth, 2010, pp. 57–72.

Hardt, l'espressione della *moltitudine*, ovvero del soggetto politico postmoderno, frammentato ma interconnesso, che resiste al potere senza negarlo, semplicemente superandolo nella produzione di nuove forme di vita. È in questo passaggio concettuale che si gioca una delle questioni politiche più urgenti del nostro tempo, ovvero quella di *trasformare la soggettività assoggettata in soggettività antagonista*, restituendo alla vita la capacità di autogovernarsi e di darsi nuove norme nate da pratiche condivise e cooperative[194]. È il movimento che va dal potere sulla vita alla potenza della vita. Tuttavia questa prospettiva non può esimersi da una riflessione critica sul ruolo della norma giuridica in questo processo. È necessario pensare a un diritto costituente, capace di esprimere la soggettività collettiva in forma normativa, rompendo la cornice della legalità vigente. Questo è il cuore della proposta negriana di un diritto del comune, *jus commune*, inteso come produzione autonoma di regole condivise dalla moltitudine, fondate su bisogni reali, esperienze concrete, e non sull'astrazione del soggetto giuridico classico[195]. È una norma in divenire, generata nei luoghi della cooperazione sociale quali possono essere spazi culturali o oggi le assemblee digitali, una legge della vita costruita nelle pieghe della società.

[194] Roberto Esposito, Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica, Mimesis, Milano 2008, pp. 149–157.

[195] Antonio Negri, Il diritto del comune, DeriveApprodi, Roma 2016, pp. 9–22.

Anche Esposito, pur mantenendo una certa cautela verso l'idea di un diritto positivo alternativo, ha sviluppato la nozione di *impolitica* e di *immunizzazione* come strumenti critici per comprendere la tensione tra protezione e apertura. La biopolitica affermativa implica un rovesciamento del paradigma immunitario in senso comunitario, ovvero esposizione all'altro senza difendersi da esso, contaminazione feconda nella co-produzione del vivente[196]. Ed è proprio qui che si apre un terreno fertile per una *giurisprudenza insorgente*, che recuperi il potenziale sovversivo e costituente della norma. Si tratta di *produrre nuovi modi di fare legge*, nuove procedure e nuovi linguaggi giuridici. Un esempio illuminante può essere tratto dalle mobilitazioni globali per la giustizia climatica, per i diritti delle persone LGBTQIA+, per il reddito di base universale, per l'accesso libero ai vaccini e ai saperi. In tutti questi casi, il diritto è stato al tempo stesso campo di battaglia e strumento tattico in cui le azioni legali hanno accompagnato la protesta, ma non si sono limitate ad essa; hanno generato diritto, piuttosto che solo invocarlo. Hanno trasformato la legge da limite a possibilità. Ma per far sì che la biopolitica diventi effettivamente affermativa, è necessario anche un nuovo linguaggio della vita, che non si fondi più sulla separazione tra umano e non umano, tra individuo e collettività. Come sottolineano filosofi come Rosi Braidotti[197], Donna Haraway[198],

[196] Roberto Esposito, Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero, Einaudi, Torino 2013, pp. 73–80.

[197] Rosi Braidotti, Il postumano, DeriveApprodi, Roma 2014, pp. 89–102.

[198] Donna Haraway, Chthulucene: Sopravvivere su un pianeta infetto, Nero, Roma 2019, pp. 31–47.

Eduardo Viveiros de Castro, occorre pensare la soggettività come interspecie ibrida e relazionale. La biopolitica del futuro non potrà che essere planetaria e postumana.

Questo ci riporta alla questione foucaultiana della *cura di sé*. Nell'ultima fase del suo pensiero, Foucault individua nella pratica della cura di sé un antidoto alla governamentalità, una forma di resistenza alla normalizzazione che conduce ad una via per la libertà. Ma, come ha osservato Judith Butler[199], questa cura è un'esposizione etica al mondo, una pratica performativa che si attua nella relazione e nella costruzione collettiva dell'identità. La soggettività antagonista è un'eccedenza produttiva rispetto ad al potere. È vita che eccede la forma imposta, che inventa altri modi di esistere e di organizzarsi. La biopolitica affermativa è dunque, in definitiva, una pratica di potenza costituente, che si misura con la legge per riscriverla senza volerla abbattere. Se il paradigma biopolitico ha avuto il merito decisivo di mostrare che la vita non costituisce il presupposto naturale ed esterno del diritto, bensì il suo correlato storico-politico, cioè l'oggetto di una presa istituzionale che si esercita mediante dispositivi di governo e normalizzazione, esso incontra tuttavia un limite significativo quando venga assunto come fondamento autosufficiente di una teoria della nuova forma giuridica[200]. Il problema, in termini giusfilosofici, è che la straordinaria potenza diagnostica della categoria di

[199] Judith Butler, Giving an Account of Oneself, Fordham University Press, New York 2005, pp. 19–35.

[200] Michel Foucault, *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France, 1977–1978* (Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007).

biopolitica non si traduce automaticamente in una teoria della normatività, bensì essa consente di descrivere con grande efficacia il modo in cui il diritto partecipa alla gestione della vita, ma offre criteri più deboli quando si tratta di distinguere tra diritto come mera tecnica di amministrazione dei corpi e delle popolazioni e diritto come forma di mediazione istituzionale capace di generalizzare pretese di giustizia e stabilizzare aspettative reciproche[201]. In altri termini là dove il lessico biopolitico tende a leggere il diritto prevalentemente come articolazione del nesso tra sovranità e assoggettamento, esso rischia di lasciare in ombra proprio ciò che per la giusfilosofia è decisivo, ovvero la specificità della forma giuridica come ordine di validità, come spazio di traduzione del conflitto in procedure e garanzie reciprocamente opponibili, nonché come luogo in cui il potere, pur senza cessare di essere storico e situato, viene assoggettato a criteri di giustificazione pubblica[202]. La critica di Thomas Lemke alle interpretazioni più rigidamente "legalistiche" della biopolitica coglie precisamente questo punto, mostrando che una riduzione del problema biopolitico alla sola cattura sovrana della nuda vita finisce per semplificare la pluralità dei dispositivi contemporanei di governo e per impoverire il

[201] Sul carattere eminentemente analitico-descrittivo della nozione di biopolitica e sulla pluralità dei suoi usi teorici, cfr. Thomas Lemke, *Biopolitics: An Advanced Introduction* (New York, NYU Press, 2011). La ricostruzione di Lemke insiste sul fatto che il concetto non va assunto in modo univoco o totalizzante.

[202] Foucault stesso precisa che non vi è una successione lineare in cui la sicurezza sostituisce il diritto e la disciplina; i meccanismi di sicurezza si combinato piuttosto con le strutture giuridico-legali e disciplinari in assetti complessi. Questa indicazione è decisiva per evitare una riduzione del diritto a semplice epifenomeno dei dispositivi di governo.

concetto stesso di diritto, appiattendolo sulla sua origine violenta e rendendone invisibili gli usi differenziali[203]. In modo convergente Leila Brännström ha poi osservato che una concezione del diritto integralmente assorbita dalla logica del bando e dell'eccezione trascura la possibilità che l'argomentazione e la pratica giuridica costituiscano, in contesti determinati, anche risorse di politicizzazione e di trasformazione istituzionale[204]. Da questo punto di vista, il limite pratico del paradigma biopolitico consiste nel fatto che esso, se non viene integrato da una teoria della normatività e dell'istituzione, rischia di produrre una critica tanto radicale quanto poco traducibile sul terreno costituente, nel senso che esso sa mostrare con precisione contro che cosa il diritto dovrebbe reagire, ma dice molto meno circa il modo in cui un ordinamento potrebbe positivamente organizzare protezione senza immunizzazione escludente, e appartenenza senza subordinazione. Anche il tentativo di Roberto Esposito di riaprire i concetti di comunità, immunità e biopolitica in una direzione affermativa e non negativa della vita appare di estremo rilievo, ma non ancora pienamente risolutivo sul piano giuridico-formale, poiché la ri-significazione ontologico-politica del lessico moderno non coincide ancora con la determinazione di dispositivi di garanzia e mediazioni procedurali adeguati a una nuova esperienza del

[203] Thomas Lemke, "A Zone of Indistinction – A Critique of Giorgio Agamben's Concept of Biopolitics", *Outlines. Critical Practice Studies*, 7, 1 (2005), pp. 3–13. Nell'abstract, Lemke dichiara espressamente di concentrare la critica sul carattere "legalistic" del concetto agambeniano di biopolitica e sulla sua idea "formalistic" dello Stato.

[204] Leila Brännström, "How I Learned to Stop Worrying and Use the Legal Argument: A Critique of Giorgio Agamben's Conception of Law", *No Foundations*, 5 (2008), pp. 22–49.

diritto[205]. Ne segue che il paradigma biopolitico conserva una funzione insostituibile come critica della storicità materiale del giuridico, ma mostra i suoi limiti ogni volta che venga elevato a teoria completa della forma del diritto nel senso che, per divenire realmente generativo, esso deve essere articolato con una riflessione ulteriore sulla normatività e sulle condizioni democratiche della giustificazione, senza le quali la critica del governo della vita non riesce ancora a trasformarsi in una teoria della giustizia giuridicamente condivisibile. La biopolitica così appare più persuasiva come critica della presa del potere sulla vita che non come teoria autosufficiente della normatività giuridica; da qui l'esigenza di integrarla con categorie propriamente giusfilosofiche relative ad esempio a istituzione e mediazione.

12. Verso un diritto post-biopolitico

Nel cuore della biopolitica moderna, la legge ha agito come un dispositivo che, senza limitarsi a prescrivere o vietare, ha produttivamente orientato comportamenti[206], ha stabilizzato aspettative e generato fiducia all'interno del mercato e della società

[205] Roberto Esposito, *Terms of the Political: Community, Immunity, Biopolitics* (New York, Fordham University Press, 2012).
[206] Michel Foucault, Sorvegliare e punire. Nascita della prigione, Einaudi, Torino 1976, pp. 141–145.

neoliberale. La normativa è divenuta un fattore attivo nella produzione del sociale, un *medium simbolico* in grado di trasformare il caos delle relazioni umane in un contesto prevedibile e competitivo. Come mostra il già più volte citato Luhmann[207], la funzione essenziale del diritto è ridurre la complessità sociale generando fiducia, ed ogni norma è, in questo senso, una promessa istituzionalizzata. Nel contesto neoliberale tuttavia questa promessa si è fatta ambivalente. La legge promette diritti e libertà individuali, ed al contempo opera come apparato di selezione e strumento di assicurazione della vita al mercato. La fiducia che produce non è neutra, ma serve a garantire il funzionamento della concorrenza, con la legge che in questo senso si prostra al servizio del progetto neoliberale.

Un esempio particolarmente rilevante di questo dispositivo[208] è rappresentato dall'architettura normativa dell'Unione Europea[209], che si è configurata fin dalla sua fondazione come uno spazio giuridico di integrazione funzionale, volto primariamente alla costruzione di un "mercato interno" e alla promozione della libera concorrenza[210].

---

[207] Niklas Luhmann, La fiducia, Il Mulino, Bologna 2002, pp. 35–48.

[208] Trattato sull'Unione Europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1º novembre 1993.

EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A12012M%2FTXT

[209] Christian Joerges, Integration through Law and the European Constitution, in: EUI Working Papers, Law 2006/33.

[210] Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), riformulato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1º dicembre 2009.

Trattati fondativi come il Trattato di Maastricht (1992) e il successivo Trattato di Lisbona (2007) hanno sancito l'obiettivo della stabilità monetaria e dell'apertura concorrenziale come principi superiori, spesso prevalenti rispetto alla tutela sociale o ai diritti fondamentali. La strategia di Lisbona (2000), ad esempio, ha esplicitamente orientato le politiche economiche e sociali europee alla "competitività" e alla "società della conoscenza[211]", richiedendo agli Stati membri di riformare i sistemi di welfare, lavoro ed educazione secondo criteri di efficienza e adattabilità. Il diritto diviene così strumento di governance neoliberale, operando per favorire flessibilità del lavoro e mobilità dei capitali. Le direttive europee sulla concorrenza (come le norme sugli aiuti di Stato)[212] o sulla liberalizzazione dei servizi (come la direttiva Bolkestein[213]) testimoniano chiaramente come il diritto venga usato per impedire il ritorno a forme di intervento pubblico che altererebbero la logica concorrenziale. Anche regolamenti come il Patto di

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT

[211] Strategia di Lisbona, adottata dal Consiglio Europeo di Lisbona nel marzo 2000.

Documento di riferimento: Consiglio Europeo, Conclusioni della Presidenza, Lisbona, 23-24 marzo 2000.

[212] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), artt. 107–109, GUUE C 202, 7.6.2016, pp. 91–92.

[213] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno ("Direttiva Bolkestein").

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0123

stabilità e crescita (PSC)[214] o la recente governance economica rafforzata (Six-Pack[215], Two-Pack, Fiscal Compact[216]) costruiscono un quadro giuridico che vincola le politiche fiscali e sociali degli Stati membri a parametri numerici, considerati oggettivi, ma in realtà impregnati di ideologia neoliberale. La fiducia sistemica qui non è nella coesione sociale ma nella sostenibilità dei bilanci pubblici e nella prevedibilità delle riforme strutturali. I margini di decisione democratica vengono compressi in nome della stabilità finanziaria, convertendo la legge in algoritmo di conformità. Persino nella sfera della protezione dati (GDPR)[217], dell'intelligenza artificiale (AI Act[218]), o della sicurezza sanitaria

---

[214] Patto di stabilità e crescita – Documento fondante adottato nel 1997, aggiornato nel tempo.

Regolamento (CE) n. 1466/97 e Regolamento (CE) n. 1467/97.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A31997R1466

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A31997R1467

[215] Six-Pack e Two-Pack – Pacchetti legislativi per la governance economica adottati nel 2011 e nel 2013.

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/european-semester-explained_it

[216] Fiscal Compact (Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione economica e monetaria), firmato il 2 marzo 2012, entrato in vigore il 1º gennaio 2013.

https://www.consilium.europa.eu/it/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2012008

[217] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (GDPR).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679

[218] Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Artificial Intelligence Act) – COM(2021) 206 final, 21 aprile 2021.

EUR-Lex: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206

(Regolamento HERA)[219], il diritto europeo opera come filtro e catalizzatore di razionalità tecnico-economiche. La governance algoritmica, il principio di precauzione adattato all'innovazione, la valutazione *ex ante* dell'impatto concorrenziale sono tutti elementi che mostrano come il diritto sia sempre più performativo nonchè finalizzato all'affidabilità sistemica, piuttosto che all'emancipazione soggettiva.

L'orizzonte di un diritto post-biopolitico implica, allora, il superamento di questa funzione ancillare della legge rispetto al capitale. Si tratta di trasformare la dimensione giuridica in chiave costituente senza rigettarla. Ma cosa significa concretamente "costituente"? In primo luogo, che il diritto non è dato una volta per tutte da un sovrano, che in tal caso assume la forma divinizzata e *altra* del *mercato*, ma è in divenire, immanente, radicato nelle pratiche sociali. *In secundis*, che la soggettività non è l'effetto di un riconoscimento legale, ma la sua origine potenziale. Questo spostamento teorico è ben illustrato dal concetto di potere costituente che attraversa, ancora una volta, il pensiero di Antonio Negri[220]. Ove la legge sgorga dalla forza creativa dei soggetti che vivono insieme senza il bisogno di un potere sovrano che la impone dall'alto. È, in altri termini, il comune che si istituzionalizza. Ma ciò richiede anche un ripensamento radicale della forma stessa

[219] Regolamento (UE) 2022/2371 del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce l'Autorità europea per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2371

[220] Antonio Negri, Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno, Sugarco, Milano 1992, pp. 43–61.

dell'istituzione. Le istituzioni del diritto moderno si sono fondate sull'astrazione, sulla separazione tra il soggetto e la norma, sulla centralizzazione del potere e sulla temporalità rigida del comando sovrano. Il diritto post-biopolitico, invece, deve aprirsi alla contingenza ed alla molteplicità delle forme di vita. Ciò comporta l'emergere di istituzioni orizzontali e partecipative capaci di rispondere ai bisogni senza cristallizzarsi in apparati autoritari. Un modello di tale istituzionalità è offerto, ad esempio, dai *commons giuridici*[221], intesi come pratiche collettive di gestione e normazione autonoma di risorse condivise, dal territorio all'informazione, dalla cura alla cultura, che sfuggono alla dicotomia pubblico/privato. In queste pratiche la legge nasce dalla vita stessa. È una produzione normativa immanente, che si sviluppa nella negoziazione di significati e valori. Anche il pensiero femminista e queer ha contribuito a questa visione, rifiutando l'idea di una legalità neutra e mostrando come ogni regime giuridico incorpori una grammatica del potere. Autrici quali Judith Butler, Mari Matsuda, Patricia Williams hanno sottolineato l'importanza di una critica performativa del diritto, capace di evidenziare le esclusioni strutturali[222] ma anche di generare nuovi spazi di riconoscimento. La soggettività costituente qui non è solo collettiva, ma anche intersezionale. Inoltre, l'emergere di movimenti transnazionali di soggetti precari, migranti, climatici, digitali,

[221] Ugo Mattei, Beni comuni. Un manifesto, Laterza, Roma-Bari 2011, pp. 79–92.

[222] Judith Butler, Bodies That Matter. On the Discursive Limits of Sex, Routledge, New York 1993, pp. 121–134.

ridefinisce la geografia stessa della produzione del diritto. Il tema è quello di pensare le istituzioni al di fuori dei confini dello Stato-nazione, immaginando quello che potremmo chiamare un diritto pluriversale. Un esempio concreto di questa tendenza può essere osservato nell'esperienza cilena recente, dove le proteste popolari hanno portato a una riscrittura radicale della costituzione post-dittatoriale, con un coinvolgimento senza precedenti delle comunità indigene e degli attivisti climatici. Pur con tutte le contraddizioni, questo processo ha rappresentato un laboratorio di diritto costituente dal basso anche se la Costituzione che ne è sorta è stata rigettata dal cosiddetto "*rechazo*" referendario del 4 settembre 2022. È possibile così anche rileggere le nozioni di bio-diritto e neodiritti andando oltre la semplice risposta normativa alla biotecnologia o alla medicina, ma come spazio strategico di produzione del senso della vita. La legge è protagonista di una sublimazione da reazione a parte della tecnica stessa, questo nel senso più ampio del termine che la vede come dispositivo che plasma e riterritorializza la vita. Se nel neoliberismo la fiducia è programmata come fiducia nella razionalità del mercato e dell'individuo imprenditore, nel diritto post-biopolitico la fiducia diventa relazione costituente, affidamento reciproco. È una fiducia che si costruisce nei legami. Nel contesto di questa trasformazione, il diritto si fa infrapolitico smarcandosi dall'autorità per reinventarsi come spazio di possibilità.

È bene riflettere su come questo diritto post-biopolitico possa rispondere alla sfida posta dalle nuove tecnologie che rendono sempre più pervasiva l'amministrazione della vita, ma che aprono anche spazi inediti per la sua liberazione.

13. Tecnopolitica e diritto post-biopolitico: algoritmi e governance normativa

L'evoluzione recente della tecnica ha ridefinito il perimetro della produzione e del lavoro, ma altresì ha investito le forme stesse della soggettività, dell'identità, della cittadinanza e della normatività. L'automazione, le tecnologie genetiche, l'intelligenza artificiale e gli algoritmi predittivi sono divenuti strumenti della biopolitica, ambienti ontologici in cui essa si esercita in nuove forme. E così il biopotere del XXI secolo sorveglia e disciplina, ma altresì prevede nell'ottica dell'ottimizzazione. Questa trasformazione segna una nuova fase che alcuni autori, come Shoshana Zuboff[223], definiscono *capitalismo della sorveglianza*. In esso tracce digitali e preferenze comportamentali divengono materia prima per l'esercizio di un potere profilante. L'individuo è un essere governato nel suo corpo e nei suoi gesti, ma anche in quello che è il suo desiderio. L'algoritmo anticipa la vita, la organizza prima che essa accada sostituendosi al libero arbitrio con un meccanismo

[223] Shoshana Zuboff, Il capitalismo della sorveglianza, Luiss University Press, Roma 2019, pp. 13–22.

di pre-scelta. A questo livello la legge non si limita a regolare gli effetti delle tecnologie, ma ne diventa bensì co-costituente. Si afferma così una giuridicità algoritmica, in cui le decisioni normative sono automatizzate e dislocate in black box inaccessibili[224]. È il caso per esempio degli algoritmi predittivi utilizzati nella giustizia penale (come COMPAS negli Stati Uniti), che stabiliscono la probabilità di recidiva e quindi influenzano la durata della detenzione. Oppure dei sistemi di punteggio sociale in alcuni paesi autoritari che combinano sorveglianza, disciplinamento e dall'altro lato incentivazione. Si tratta di una *tanatopolitica computazionale*, in cui l'esclusione selettiva avviene in modo statistico e sistemico, senza più bisogno di una volontà sovrana. L'algoritmo opera come nuova forma di sovranità impersonale, al servizio di una razionalità neoliberale che si è fatta pura macchina decisionale. Anche l'Unione Europea si è mossa in questa direzione, pur con un linguaggio normativo che afferma principi etici e diritti fondamentali. In realtà molte delle sue iniziative legislative sulla digitalizzazione, l'IA e i dati rivelano un orientamento profondamente funzionale alla logica concorrenziale e alla valorizzazione economica della vita digitale. La Strategia europea per i dati (2020), ad esempio, si propone di costruire uno "spazio europeo dei dati[225]" in cui i dati siano "accessibili e riutilizzabili", per stimolare la concorrenza tra attori economici e promuovere la crescita. La Data

[224] Frank Pasquale, The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information, Harvard University Press, Cambridge MA 2015, pp. 41–57.

[225] European Commission, A European Strategy for Data, COM(2020) 66 final, 19.2.2020.

Governance Act (2022) e la futura Data Act istituiscono regimi normativi finalizzati a sbloccare il "potenziale economico dei dati[226]", facilitando il loro trasferimento tra soggetti pubblici e privati. Allo stesso modo il Digital Services Act e il Digital Markets Act (entrambi 2022) promettono di proteggere gli utenti, ma in realtà mirano a disciplinare il mercato digitale europeo[227] in modo da garantirne la competitività rispetto a Stati Uniti e Cina. I riferimenti ai diritti fondamentali restano subordinati all'obiettivo primario di creare un ecosistema "*trustworthy*" per gli operatori economici. Il caso più emblematico è però il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (AI Act), il primo tentativo su scala globale di istituire una governance giuridica dell'IA[228]. Sebbene presenti una classificazione dei rischi e imponga obblighi di trasparenza, l'impianto complessivo privilegia l'approccio *risk-based* e la valutazione *ex ante* delle tecnologie in funzione della loro accettabilità sociale e potenzialità di mercato. La protezione dei diritti fondamentali viene interpretata in chiave compatibile con l'innovazione, e le deroghe per l'uso delle IA "ad alto rischio" nei contesti di polizia o migrazione ne svelano l'ambivalenza politica. Il diritto europeo ancora una volta appare più come condizione abilitante della concorrenza digitale che come limite o contropotere. Questa giuridificazione neoliberale

[226] European Parliament and Council, Regulation (EU) 2022/868 on European data governance (Data Governance Act), OJ L 152, 3.6.2022.

[227] European Parliament and Council, Regulation (EU) 2022/1925 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), OJ L 265, 12.10.2022.

[228] European Commission, Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), COM(2021) 206 final, 21.4.2021.

dell'innovazione è coerente con quanto già avvenuto con il GDPR, infatti se da un lato questo afferma diritti individuali sulla privacy, dall'altro istituzionalizza una gestione tecnica e delegata del consenso, rafforzando i modelli aziendali basati sul trattamento massivo e predittivo dei dati personali, con la *compliance* a divenire un prodotto di mercato. Tuttavia, in questo scenario si aprono anche possibilità inedite di resistenza. Le tecnologie, come già sostenuto da Foucault nelle sue ultime lezioni, non sono mai neutrali ma nemmeno univoche, nel senso che si presentano come dispositivi ambivalenti potenzialmente riutilizzabili in chiave emancipativa. Se l'algoritmo può essere strumento di controllo, può anche essere strumento di redistribuzione e solidarietà. È ciò che avviene, ad esempio, con i progetti di AI civica, *open source governance*, *blockchain* partecipative, *machine learning* etico. Il passaggio dalla biopolitica alla biopotenzialità suggerito da Roberto Esposito, qui trova una nuova attualizzazione[229]. Un algoritmo costruito dalla moltitudine controllato collettivamente, che sia trasparente e non addestrato sui *bias* della storia, può essere una nuova istituzione post-biopolitica. Ma ciò implica un salto teorico e politico che chiama in causa una nuova antropotecnica giuridica. Il diritto post-biopolitico è allora un diritto iterabile, capace di apprendere e di adattarsi, ma anche di esporsi al rischio della trasformazione. Si inserisce qui il dibattito, sempre più intenso, sulla necessità di una costituzionalità algoritmica, cioè di principi fondamentali che

[229] Roberto Esposito, Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica, Mimesis, Milano 2008, pp. 151–158.

vincolino eticamente la progettazione delle intelligenze artificiali. Frank Pasquale, Cathy O'Neil e Ruha Benjamin sono tutti autori che sottolineano il pericolo di una governance algoritmica opaca ed autoritaria[230]. Per evitarla occorre ripensare la legge come etica pubblica della tecnica e, in ultima analisi, come *memoria del vivente dentro la macchina*. Solo così sarà possibile evitare che l'algoritmo diventi una nuova divinità immanente, e che la libertà venga definitivamente delegata al calcolo. Nel contempo è necessario recuperare la dimensione corporea ed affettiva dell'esistenza, che l'algoritmo tende a disincarnare. La legge del futuro dovrà certamente essere in grado di ascoltare le informazioni, ma anche le esperienze ed emozioni. Una giurisprudenza sensibile, che sappia riconoscere il corpo vivente come fonte del diritto, è l'unica alternativa al dominio delle tecnocrazie.

Infine, il diritto post-biopolitico dovrà saper affrontare le sfide di quell'ibridazione da cui promanano tematiche quali corpi potenziati o il *biohacking*. In un mondo in cui l'umano è sempre più artificiale e l'artificiale sempre più umano, ciò che è in gioco, oltre ovviamente alla regolazione delle tecnologie, è il senso stesso del vivente, il concetto di

[230] Cathy O'Neil, Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy, Crown Publishing, New York 2016, pp. 97–103.

soggetto. Come sostenuto da Donna Haraway[231] o Yuk Hui[232], il postumano è già realtà, si tratta ora di deciderne il senso. Il diritto dovrà aprirsi a nuovi orizzonti in cui l'essere umano sia una pluralità di modi di esistenza. È questa la nuova frontiera della biopolitica, il governo dell'ibrido, del molteplice, d'un qualcosa d'oltre ciò che siamo abituati a chiamare umano.

14. Oltre la biopolitica nell'etica del vivente e nella costituzione del comune

Nel ripercorrere le diverse genealogie del potere sulla vita, si è osservato come la biopolitica, pur nella sua pluralità semantica e storica, sia sempre stata un campo ambivalente che ha visto al contempo forza generativa e dispositivo di assoggettamento. Questo carattere bifronte ha reso il concetto straordinariamente produttivo per decifrare le dinamiche del potere moderno e contemporaneo, ma ha anche imposto la necessità di oltrepassarlo criticamente, per non restare intrappolati nel solo lessico della diagnosi. L'eccedenza del vivente rispetto a ogni forma di normazione è un punto su cui convergono

[231] Donna Haraway, Staying with the Trouble. Making Kin in the Chthulucene, Duke University Press, Durham 2016, pp. 45–63.

[232] Yuk Hui, Recursivity and Contingency, Rowman & Littlefield International, London 2019, pp. 201–215.

tanto Foucault[233] quanto Agamben, Negri, Esposito, e, in modo diverso, filosofi post-strutturalisti come Deleuze e Guattari[234]. Il vivente eccede la legge perché la vita, nella sua immanenza, è sempre più e altro rispetto a ciò che la governa. Ma è proprio in questo scarto che si apre lo spazio per un'etica e una giuridicità del possibile, fondate più che sull'immunizzazione, sulla comunanza e sulla relazione. La critica al biopotere deve dunque sfociare in una rifondazione della norma come espressione della potenza del comune senza ridursi ad un rifiuto della normatività *tout court*. La biopolitica è qui dispositivo che, se disinnescato dalla sua forma disciplinare e capitalistico-predittiva, può diventare una grammatica della cooperazione. Esposito, parlando di "comunità immunitaria[235]", apre la possibilità di una giuridicità fondata sull'assunzione del rischio della vita come fondamento etico-politico piuttosto sull'immunizzazione. A questo quadro si affianca, oggi, il ruolo delle istituzioni europee nel consolidare il paradigma neoliberale attraverso dispositivi normativi funzionali alla concorrenza. Il diritto dell'Unione Europea si presenta come un *corpus* giuridico orientato alla regolazione economica che sublima a macchina normativa organizzante l'intera vita sociale secondo i dettami della competitività e della fiducia nel mercato. A partire dal sopracitato Trattato

[233] Michel Foucault, "La volontà di sapere. Storia della sessualità, vol. I", Feltrinelli, Milano 1978, pp. 126–130.

[234] Gilles Deleuze, Félix Guattari, "Millepiani. Capitalismo e schizofrenia", Castelvecchi, Roma 1997, pp. 308–313.

[235]

di Maastricht (1992) fino al Patto di Stabilità e Crescita (1997) e al Fiscal Compact (2012), la governance economica europea ha progressivamente trasformato l'ordinamento giuridico in un dispositivo di convergenza verso obiettivi di bilancio e liberalizzazione dei servizi[236], stabilendo vincoli strutturali che condizionano le scelte democratiche dei singoli Stati membri. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha, da parte sua, contribuito a consolidare il primato del mercato interno rispetto a diritti sociali e prerogative statali, come nei celebri casi Viking (C-438/05) e Laval (C-341/05)[237], dove il diritto allo sciopero è stato subordinato alla libera circolazione dei servizi. Tali decisioni segnalano una tendenza sistemica del diritto europeo a porsi come ordinamento autonomo che oltre a garantire le quattro libertà (merci, capitali, persone, servizi), le imponga come principi assiologici supremi, trasformandoli in standard valutativi dell'intero agire politico. Ecco allora che anche strumenti apparentemente tecnici, come il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR), rafforzano la tutela della privacy nello stesso momento in cui si inseriscono in un contesto di governance della fiducia orientato all'affidabilità sistemica[238]. La logica della *compliance* normativa rafforza spesso la legittimazione di un ecosistema digitale conforme alla razionalità economico-competitiva. Le più recenti proposte legislative, come l'European

[236] Trattato sull'Unione Europea (versione consolidata), art. 3 e art. 119 TFUE.

[237] Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), cause C-438/05 Viking Line e C-341/05 Laval.

[238] Règlement (UE) 2016/679 (General Data Protection Regulation, GDPR).

Health Data Space[239], mostrano come l'Unione intenda governare i settori tecnologici emergenti ponendo al centro la fiducia nel mercato, piuttosto che un'effettiva capacità di autodeterminazione dei soggetti. La concorrenza viene elevata a fondamento dell'integrazione europea, mentre il diritto viene concepito come strumento di garanzia performativa del sistema, più che come ambito di negoziazione democratica del senso collettivo. Qui entra in gioco l'idea di *giurisprudenza costituente* che vuole essere una pratica del diritto che non applica norme preesistenti, ma le genera a partire dalle trasformazioni concrete delle vite e dei territori, con il diritto che si configura come etica operativa, capace di tenere insieme finitudine e potenza. Questa trasformazione è urgente oggi più che mai, in un'epoca segnata da emergenze biopolitiche globali quali pandemie, crisi climatiche, migrazioni forzate, rivoluzioni cognitive, collasso della biosfera. In ciascuna di queste sfide, la posta in gioco è la sopravvivenza certo, ma anche il senso stesso della vita umana in quanto tale, della sua relazione con l'ambiente e con le altre specie, e così come altresì con le tecnologie e con le istituzioni. Nei nuovi movimenti postumani, decoloniali, transfemministi e ecopolitici, si coglie quella potente intuizione per cui il biopotere può essere rovesciato in biopotenzialità costituente, questo se si va ad accettare di ridefinire i parametri stessi del politico e del giuridico, ma al contempo del concetto di etico. Si tratta, come direbbe Rosi Braidotti, di abbracciare un

[239] European Commission, "Proposal for a Regulation on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act)", COM(2021) 206 final.

"postumanesimo generativo[240]", fondato sulla co-produzione della vita insieme a ciò che umano non è come macchine ed algoritmi certamente, ma anche ciò che è altresì vivente come animali e natura. Un simile orizzonte impone anche una nuova pedagogia giuridica capace di formare giuristi che siano filosofi del divenire normativo ed interpreti sensibili del vivente. Solo una formazione giuridica fondata su pratiche di attenzione e co-produzione potrà rispondere alla crisi epistemica che attraversa oggi le istituzioni giuridiche tradizionali. Infine questo oltrepassamento richiede una politica del comune, che restituisca alle moltitudini la possibilità di autogovernarsi attraverso dispositivi normativi plurali e che risultino generativi. È ciò che Hardt e Negri[241] chiamano costituzione del comune, ovvero una pratica giuridico-politica fondata sull'autoaffermazione di soggettività singolari e collettive, capaci di trasformare le strutture stesse del diritto. Uscire dalla biopolitica significa trasformare radicalmente la riflessione sul governo della vita, liberandola dai vincoli della razionalità neoliberale e riconnettendola alle pratiche vitali delle comunità. La posta in gioco di una filosofia del diritto post-biopolitica potremmo dunque affermare essere quella di trasformare la governance della vita in etica del vivente e così la normazione in co-costruzione. Non è

[240] Rosi Braidotti, "Il postumano", DeriveApprodi, Roma 2014, pp. 189–195.

[241] Antonio Negri, "Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno", SugarCo, Milano 1992, pp. 25–40.

una mera utopia, ma forse un compito storico per raggiungere la via per una giuridicità all'altezza del nostro tempo.

15. La fiducia sistemica e giuridica in Luhmann come condizione del biopotere neoliberale

Nel quadro teorico di Niklas Luhmann la fiducia non va intesa né come una virtù morale né come un semplice stato psicologico soggettivo, ma come un dispositivo sociale che rende possibile l'azione in condizioni di eccedenza del possibile rispetto al controllabile, ossia in una situazione in cui il mondo offre più eventualità di quante il presente possa conoscere e governare compiutamente[242]. Il suo problema originario è, perciò, *la complessità*, questo nel senso che poiché il futuro contiene sempre più possibilità di quante possano essere attualizzate nel presente, una teoria della fiducia presuppone una teoria del tempo, vale a dire una teoria del modo in cui il presente stabilizza aspettative circa un avvenire strutturalmente aperto e suscettibile di smentita; in questo senso la fiducia opera come meccanismo di riduzione della complessità perché non elimina la

[242] Niklas Luhmann, *Trust and Power*, ed. Christian Morgner e Michael King (Cambridge, Polity, 2017), spec. parte I, capp. 1 e 4;

contingenza, ma la rende sopportabile e trattabile per l'azione, consentendo agli attori di *ridimensionare* il futuro e di orientarsi pragmaticamente entro un orizzonte che altrimenti resterebbe così incerto da spaventare l'essere umano[243]. Proprio per chiarire questa funzione, Luhmann distingue rigorosamente la fiducia dalla familiarità e dalla *confidence*: la familiarità designa lo sfondo pre-riflessivo del mondo vissuto entro cui ci si muove senza tematizzare costantemente l'incertezza; la *confidence* rinvia invece a un affidamento ordinario nei confronti di cornici istituzionali o regolarità sociali che vengono assunte come date, senza che il soggetto si rappresenti esplicitamente alternative praticabili; la fiducia in senso proprio, al contrario, sorge soltanto quando l'attore riconosce l'esistenza di alternative, sa di esporsi alla possibilità della delusione e tuttavia decide di agire[244]. Da qui il nesso costitutivo tra fiducia e rischio: la fiducia non concerne il semplice pericolo che proviene dall'esterno, ma una situazione in cui il danno eventuale dipende anche dalla decisione del soggetto di fidarsi, cosicché l'eventuale fallimento non può essere imputato soltanto al mondo o agli altri, ma retroagisce anche sulla decisione stessa; per questo Luhmann osserva che, quando viene meno la *confidence*, la reazione

[243] Sul nesso tra fiducia, temporalità e riduzione della complessità, cfr. Luhmann, *Trust and Power*, cap. 2; Christian Morgner e Michael King riassumono il punto osservando che, per Luhmann, una teoria della fiducia presuppone una teoria del tempo, poiché il futuro contiene più possibilità di quante possano essere realizzate nel presente e la fiducia interviene proprio riducendo questa eccedenza.

[244] Niklas Luhmann, "Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives", in Diego Gambetta (a cura di), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations* (Oxford, Basil Blackwell, 1988), pp. 94-107, spec. pp. 94-100, sulla distinzione tra familiarità, *confidence* e fiducia come differenti modalità di costituzione delle aspettative.

tipica è l'attribuzione esterna della delusione, mentre nella fiducia l'attore deve mettere in conto anche un'attribuzione interna e il possibile pentimento per avere scelto di esporsi[245]. È precisamente tale struttura a impedire di ridurre la fiducia a mero calcolo utilitaristico o a semplice conformità normativa: essa diventa necessaria là dove l'azione non può fondarsi né su una disponibilità illimitata di informazione né su dispositivi sanzionatori esaustivi, e dove, dunque, l'affidamento selettivo prende il posto dell'impossibile controllo totale[246]. Nelle società moderne, altamente differenziate, questa funzione si amplia ulteriormente, perché l'agire non si svolge più prevalentemente entro cerchie ristrette di conoscenza diretta, ma attraverso sistemi impersonali quali economia, diritto, politica, scienza, organizzazioni e via dicendo, che esigono forme di affidamento de-personalizzato; da qui la distinzione tra fiducia personale e fiducia di sistema, nonché il nesso, esplicitato dallo stesso Luhmann, tra "confidence in the system" e "trust in partners", dove la prima costituisce una condizione di partecipazione ai sistemi funzionali, la seconda permette di utilizzare in modo selettivo le opportunità che quei sistemi

[245] Ivi, pp. 97-101, in particolare sulla differenza tra pericolo e rischio, sul rapporto circolare tra rischio e azione e sulla diversa attribuzione della delusione nei casi di *confidence* e di trust.

[246] Sul carattere non moralistico del concetto luhmanniano e sulla presa di distanza da approcci fondati su valori e norme condivise, cfr. Christian Morgner e Michael King, "Niklas Luhmann's Sociological Enlightenment and its Realization in Trust and Power", in Luhmann, *Trust and Power*, pp. vii-xxiv; Janne Jalava, "From Norms to Trust: The Luhmannian Connections between Trust and System", *European Journal of Social Theory*, 6, 2 (2003), pp. 173-190. Per il nesso tra fiducia, eccedenza informativa e limiti delle sanzioni, cfr. inoltre la struttura stessa di *Trust and Power*, cap. 5, significativamente intitolato "Exceeding Information and Possibilities for Sanctions".

offrono[247]. Ne consegue che la fiducia in Luhmann non produce certezza, ma rende possibile decidere senza sapere tutto; non sopprime il rischio, ma ne neutralizza parzialmente l'effetto inibitorio; non coincide con il consenso morale, ma con una forma socialmente organizzata di anticipazione favorevole che consente la prosecuzione delle relazioni e delle comunicazioni nel tempo[248]. In questa prospettiva, il concetto luhmanniano risulta particolarmente fecondo anche per una teoria del diritto, poiché consente di pensare il diritto non solo come insieme di norme valide, ma come forma istituzionale che stabilizza aspettative e riduce l'incertezza intersoggettiva creando le condizioni affinché soggetti reciprocamente opachi possano comunque orientare le proprie condotte gli uni verso gli altri e verso le istituzioni[249]. La letteratura secondaria ha giustamente osservato che il passaggio alla teoria dei sistemi autopoietici non ha condotto Luhmann a una completa reintegrazione del concetto di fiducia nell'architettura matura

[247] Sulla distinzione tra fiducia personale e fiducia di sistema, nonché sul fatto che l'evoluzione sociale verso forme più complesse richieda più *confidence* come prerequisito della partecipazione e più trust come condizione del migliore uso delle opportunità, cfr. Luhmann, *Trust and Power*, capp. 6-7; Luhmann, "Familiarity, Confidence, Trust", pp. 99-100; Christian Morgner, "Trust and Society: Suggestions for Further Development of Niklas Luhmann's Theory of Trust", *Canadian Review of Sociology*, 55, 2 (2018), pp. 232-256.

[248] Sull'idea che la fiducia non equivalga né a certezza né a consenso morale, ma costituisca una modalità socialmente organizzata di controllo dell'incertezza futura, cfr. ancora Jalava

[249] Per l'uso giuridico del concetto luhmanniano, cfr. Niklas Luhmann, *Law as a Social System* (Oxford, Oxford University Press, 2004); Thomas Wischmeyer, "Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the 'Principle of Mutual Trust'", *German Law Journal*, 17, 3 (2016), pp. 339-382; Peter O. Mülbert e Alexander Sajnovits, "The Element of Trust in Financial Markets Law", *German Law Journal*, 18, 1 (2017), pp. 1-38. Quest'ultimo distingue utilmente tra trust *in* law, trust *through* law e trust *as defined by* law.

della sua teoria; nondimeno, proprio questa parziale irrisolutezza conferma la centralità euristica della categoria, che rimane un punto di accesso privilegiato ai problemi del rischio e della stabilizzazione delle aspettative nelle società complesse[250]. All'interno del paradigma neoliberale il diritto va ad assumere una funzione eminentemente fiduciaria perché non solo va a regolare i rapporti tra individui, ma perché costruisce attivamente la credibilità del mercato stesso. Le norme giuridiche, civili, contrattuali, fiscali, amministrative che siano, garantiscono che i soggetti possano investire e competere assumendosi dei rischi nella certezza che il sistema, se non giusto, sarà quantomeno stabile. Il diritto non tutela tanto l'uguaglianza nemica della concorrenza, quanto l'affidabilità delle procedure, diventando così un dispositivo tecnico per la produzione di fiducia sistemica. Questa prospettiva è pienamente compatibile con quanto delineato nella genealogia foucaultiana del potere moderno. Foucault insiste[251] sul fatto che il potere non è mai semplicemente repressivo, ma produttivo nella misura in cui produce soggetti e sapere e, possiamo aggiungere, fiducia. La biopolitica, come governo della vita e delle popolazioni, si serve di istituzioni normative per rendere calcolabili i comportamenti umani e per predisporre l'infrastruttura di base dell'agire economico, che si identifica con

[250] Sul rilievo persistente della fiducia nella ricezione sistematica dell'opera di Luhmann, nonostante la sua mancata piena rielaborazione nella fase autopoietica, cfr. Jalava, "From Norms to Trust", cit.; Morgner, "Trust and Society", cit.; E. Esposito, "The Dilemma of Trust in the Risk Society", cit. Morgner e King notano inoltre che, nella teoria successiva, la fiducia viene avvicinata al problema della doppia contingenza senza però essere completamente reintegrata nell'architettura concettuale matura.

[251] Michel Foucault, La volontà di sapere, Feltrinelli, Milano 1978, pp. 129–134.

la fiducia nel funzionamento del sistema. Diritto e biopotere si sovrappongono nel momento in cui la norma esonda l'argine del limite e della proibizione andando a plasmare attivamente i campi di possibilità. La distinzione luhmanniana tra fiducia (*Vertrauen*) e aspettativa (*Erwartung*) è qui illuminante. Il diritto, nel suo funzionamento, genera aspettative normativamente fondate, che riducono l'entropia sociale e costituiscono le condizioni della fiducia sistemica. Tuttavia nel contesto neoliberale questa fiducia non è mai incondizionata, essa infatti deve essere costantemente rafforzata da nuovi meccanismi di regolazione e controllo. Si pensi ad esempio al diritto dei mercati finanziari, alla trasparenza delle informazioni, ai protocolli sulla gestione dei rischi, alla compliance aziendale e, ovviamente, al diritto della concorrenza. Tutti questi dispositivi non sono altro che tecnologie normative di produzione della fiducia. È proprio in questa funzione di produzione fiduciante che il diritto incontra il cuore della biopolitica in cui si rinviene l'orientamento strategico alla gestione del vivente nella sua forma economica e sociale. Nelle società contemporanee la legge diventa un dispositivo tecnico di governance che garantisce che la gestione dei corpi, piuttosto che delle capacità umane e cognitive, sia condotta in modo efficiente e responsabile e quindi, in altre parole, fidato. È ciò che Luhmann con lucidità coglie nel suo concetto di *legittimità sistemica*, ovvero una legittimità non basata su valori trascendenti o principi etici universali, ma sulla capacità del diritto di auto-riferirsi e auto-riprodursi come sistema affidabile. Ci è possibile così

rileggere anche le riflessioni di Esposito e Agamben[252] alla luce di Luhmann. Quando Esposito denuncia la deriva immunitaria delle società occidentali e la loro ossessione per la sicurezza, non fa altro che indicare un eccesso di produzione giuridica di fiducia in un sistema che, per funzionare, deve neutralizzare il rischio di conflitto. E Agamben, nel suo concetto di "nuda vita", ci mostra ciò che resta della soggettività quando la fiducia è del tutto consegnata all'apparato tecnico-giuridico che decide chi merita una tutela e chi può essere abbandonato. Il diritto diventa così biopolitico perché va a gestire le condizioni fiduciarie della vita stessa.

Il neoliberismo appare come un sistema di governance fondato sulla fiducia istituzionalizzata, garantita dalla legge, nei confronti delle capacità del mercato. Ma è proprio tale fiducia prodotta normativamente che consente di depoliticizzare le decisioni fondamentali, celando il conflitto dietro il velo dell'efficienza e dell'oggettività di un buon governo. La teoria dei sistemi di Luhmann ci permette di comprendere come la fiducia, sia ormai il principale prodotto del diritto, e non un suo effetto tangente. E nel contesto biopolitico neoliberale, questa fiducia assume una funzione performativa istituendo il mondo nel quale il potere può essere esercitato senza attrito, in modo capillare, e apparentemente neutrale.

[252] Giorgio Agamben, Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita, Einaudi, Torino 1995, pp. 127–132.

Questa dinamica si rivela con chiarezza anche nell'architettura giuridica dell'Unione Europea, che può essere letta, almeno a partire dal Trattato di Maastricht, come un progetto di costruzione di fiducia sistemica attraverso il diritto, finalizzato a garantire il buon funzionamento del mercato interno e della concorrenza. In particolare, il principio di "mutuo riconoscimento" (Cass. 120/78, *Cassis de Dijon*)[253], l'armonizzazione giuridica minima, la centralità della concorrenza come "bene giuridico" (art. 101-109 TFUE), e l'enfasi sulla stabilità macroeconomica (Fiscal Compact, MES, Patto di Stabilità), mostrano una direzione chiara in cui la normazione europea pare assumere lo scopo prioritario di rendere prevedibile e affidabile l'ambiente economico, al fine di assicurare la mobilitazione continua dei capitali, così come delle merci e delle persone. Questi dispositivi paiono essere e propri dispositivi biopolitici di fiducia istituzionalizzata. Ad esempio il Regolamento (UE) 2016/679[254], altresì noto come GDPR, istituisce una fiducia algoritmica e predittiva nella gestione dei dati personali, che potrebbe essere designata non tanto per proteggere i soggetti in senso umanistico, ma per assicurare la trasparenza e l'affidabilità del sistema digitale e dei suoi attori economici. È una governance dei dati che punta a rassicurare il mercato sul fatto che le informazioni possono essere trattate in modo responsabile, minimizzando i rischi reputazionali e giuridici. Allo stesso modo, il

[253] CGUE, causa C-120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon), ECLI:EU:C:1979:42.

[254] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (GDPR), GUUE L 119 del 4.5.2016.

Digital Services Act (Reg. 2022/2065)[255] e il Digital Markets Act (Reg. 2022/1925)[256] si trovano a regolare lo spazio digitale europeo e ad edificare un ambiente fiduciante nel quale gli utenti, le piattaforme e gli investitori possano operare con aspettative stabili e performanti. L'AI Act (in via di definizione definitiva) rafforza ulteriormente questa tendenza, ponendosi come strumento normativo volto a evitare "incidenti di fiducia", ovvero la possibilità che l'intelligenza artificiale mini la legittimità sistemica dell'ordine digitale neoliberale. Un altro esempio significativo è offerto dalle norme sugli aiuti di Stato (art. 107 TFUE)[257] e sulla disciplina fiscale comune, che mostrano come la fiducia nella concorrenza sia mantenuta tramite vincoli giuridici stringenti alla libertà statale di intervenire nell'economia. Il diritto qui pare serva ad impedire che si creino distorsioni alla competitività invece che a redistribuire ricchezza o a correggere diseguaglianze. L'obiettivo potrebbe non essere l'equità, ma la prevedibilità del contesto competitivo. In questo orizzonte la costruzione giuridica dell'eurozona va dunque letta come un processo di produzione di fiducia nel mercato finanziario sul cui sfondo il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità (MES)[258], il Fiscal Compact, le regole sul pareggio di bilancio

[255] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Services Act), GUUE L 277/1 del 27.10.2022.

[256] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Digital Services Act), GUUE L 277/1 del 27.10.2022.

[257] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), art. 107.

[258] Trattato che istituisce il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), firmato il 2 febbraio 2012, in vigore dal 2012.

costituiscono dispositivi di limitazione dell'arbitrio statale per rassicurare gli investitori sulla solvibilità degli Stati membri. La fiducia diventa qui una forma giuridica di auto-contenimento sovrano dove i governi devono dimostrare affidabilità nei confronti dei dei mercati piuttosto che dei consociati. Nel campo della sanità pubblica e della gestione delle crisi biopolitiche, il Regolamento (UE) 2022/2371[259] che istituisce l'Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA) esplicita un ulteriore passaggio per cui il diritto disciplina l'emergenza ed altresì la normalizza come scenario di governance continua. Anche qui il principio è garantire un contesto normativo stabile in cui gli operatori privati possano pianificare investimenti, logistica, produzione di farmaci e tecnologie mediche con la certezza che l'Unione agisca come garante sistemico del buon funzionamento del mercato sanitario. Tutto questo mostra come l'intera impalcatura normativa dell'Unione Europea, dai Trattati ai Regolamenti, dalle Raccomandazioni alle Decisioni, disciplini la vita economica strutturandola attraverso un'etica della concorrenza e un'estetica della prevedibilità. La legge funziona come *medium* fiduciario tra Stato, impresa e cittadino-consumatore dove si erge a demiurgo dell'illusione di un ordine naturale e tecnico in cui la libertà individuale e la giustizia sociale coincidono con l'efficienza del mercato. E qui la costruzione giuridica della fiducia non è mai neutra, è progettata per essere funzionale alla riproduzione del sistema,

[259] Regolamento (UE) 2022/2371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 dicembre 2022, che istituisce l'Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA), GUUE L 314/26 del 6.12.2022.

riducendo il potenziale critico e la politicizzazione delle scelte fondamentali. L'efficacia delle norme europee è valutata sulla base della loro capacità di incentivare i comportamenti desiderati e della loro compatibilità con la razionalità economica dominante, permettendoci di provare ad affermare ancora una volta come la legge venga ad essere una tecnologia performativa del potere volta a produrre l'ordine che legittima, questo in contrasto con l'idea che essa *debba* essere un limite al potere stesso.

16. La razionalità neoliberale come matrice della fiducia giuridica

Uno degli snodi teorici più rilevanti per comprendere l'attuale configurazione del biopotere e il ruolo che la legge gioca nella sua articolazione è rappresentato dall'analisi della razionalità neoliberale proposta da Wendy Brown. In particolare la filosofa americana nelle sue opere più importanti come *Undoing the Demos* (2015) e *In the Ruins of Neoliberalism* (2019), mostra come il neoliberismo debba essere inteso anche come una forma di razionalità politica totale, che riorienta ogni ambito della vita secondo la logica dell'impresa e della competizione[260]. Vista da questa prospettiva la razionalità neoliberale

[260] Wendy Brown, Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution, Zone Books, New York 2015, pp. 17–43.

penetra l'ordinamento giuridico trasformando il diritto in un meccanismo di *governance*, orientato alla produzione di fiducia nel funzionamento del mercato come dispositivo autopoietico. Secondo Brown ciò che distingue il neoliberismo da altri momenti della modernità è l'assorbimento della norma entro la logica del capitale, in cui la legge opera come forma di "*ambiente abilitante*" simile, per certi aspetti, a quanto Foucault descrive nelle sue lezioni su *La nascita della biopolitica*[261] , piuttosto che come limite o costrizione. In altre parole la legge cessa di essere ostativa e si fa facilitatrice. La sua funzione primaria diventa quella di rassicurare i consociati sull'affidabilità del sistema, rendendo prevedibili le interazioni, riducendo l'incertezza e producendo ciò come abbiamo appena visto Niklas Luhmann definirebbe *fiducia sistemica*[262]. Tale fiducia però pare indirizzata: è fiducia nel mercato concorrenziale e nella razionalità imprenditoriale dei soggetti.

Ne consegue che la soggettivazione giuridica del neoliberismo è radicalmente diversa da quella del liberalismo classico. Là dove il soggetto era pensato come *autonomo* e *dotato di diritti*, ora viene configurato come *capitale umano*, responsabile del proprio valore sul mercato, e valutato in base alla sua capacità di performare[263]. La legge contribuisce attivamente a tale trasformazione con norme sull'imprenditorialità, sull'occupabilità, sulle

[261] Michel Foucault, Nascita della biopolitica, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 65–72.

[262] Niklas Luhmann, La fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità, Il Mulino, Bologna 2002, pp. 39–44.

[263] Wendy Brown, Undoing the Demos, op. cit., pp. 141–163.

prestazioni dei servizi pubblici e persino sulla formazione e sulla sanità, tutte impregnate di un lessico meritocratico e competitivo che sancisce l'ontologizzazione dell'economico nel politico. Ancora la Brown parla a tal proposito di una vera e propria "*disintegrazione del demos*", ossia della dissoluzione dello spazio politico inteso come luogo di deliberazione pubblica tra cittadini eguali[264], sostituito da una moltitudine di unità economiche in competizione tra loro. Questa frammentazione pare essere un *correlato strutturale* del nuovo dispositivo giuridico-biopolitico, dove il diritto come *vincolo comune* trasmuta in *matrice modulare* di responsabilizzazione individuale e di conformazione al modello del mercato. Va inoltre sottolineato che la fiducia prodotta dalla legge neoliberale sposta il suo focus dall'autorità pubblica o dalla legalità in senso tradizionale, alla capacità del diritto di garantire la fluidità del capitale e la mobilità dei soggetti. In questa riconfigurazione il diritto si avvicina sempre più a un codice performativo, un insieme di segnali e dispositivi che, più che governare il presente, *pre-programma il futuro*[265] attraverso incentivi e metriche di valutazione. In sintesi Wendy Brown mostra come la legge diventa una delle forme più sofisticate di biopotere, un suo vettore anzichè scudo che era[266]. Essa opera mediante la *seduzione normativa*, garantendo la fiducia nella razionalità del sistema di un mercato inevitabile. Questo è il volto attuale

[264] Wendy Brown, In the Ruins of Neoliberalism, op. cit., pp. 51–74.

[265] Thomas Lemke, Biopolitics. An Advanced Introduction, NYU Press, New York 2011, pp. 121–126.

[266] Wendy Brown, Undoing the Demos, op. cit., p. 9.

del biopotere giuridico: *una legge* che costituisce l'infrastruttura fiduciante dell'ordine neoliberale. È precisamente a questo livello che la fiducia neoliberale nel mercato rivela il proprio nucleo antidemocratico, ovvero nel momento in cui la legge da garanzia comune si trasforma in dispositivo di accreditamento dell'ordine concorrenziale, la neutralizzazione del conflitto politico e la sottrazione delle decisioni economiche alla deliberazione democratica appaiono come condizioni strutturali della governamentalità neoliberale. In una prospettiva teorico-critica, il neoliberalismo può essere definito razionalità complessiva di governo che tende a ricodificare l'intero campo del politico secondo le dinamiche della concorrenza e della valorizzazione competitiva dei soggetti, con l'effetto di svuotare progressivamente la democrazia del suo contenuto egualitario e decisionale[267]. Il suo tratto antidemocratico risiede precisamente in questa operazione di neutralizzazione del *demos,* questo nel momento in cui le decisioni economiche fondamentali vengono sottratte alla deliberazione collettiva e reinscritte entro dispositivi giuridici che le presentano come necessità sistemiche o imperativi tecnici, rendendo così il mercato la misura trascendentale di razionalità dell'azione pubblica[268]. La fiducia

[267] Wendy Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution* (New York, Zone Books, 2015), pp. 17-46; Pierre Dardot e Christian Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista* (Roma, DeriveApprodi, 2013), pp. 7-25. Brown legge il neoliberalismo come processo di "de-democratizzazione" del politico; Dardot e Laval lo interpretano come razionalità normativa capace di estendere la forma-concorrenza all'intero corpo sociale.

[268] Wendy Brown, *In the Ruins of Neoliberalism: The Rise of Antidemocratic Politics in the West* (New York, Columbia University Press, 2019), pp. 20-44; Quinn Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2018), pp. 15-20 e 147-186. Sul nesso tra neoliberalismo e costruzione di dispositivi istituzionali volti a proteggere il mercato

neoliberale nel mercato coincide, oltre che con un, arretramento dello Stato, anche con una peculiare forma di interventismo politico-giuridico orientato a imporre istituzionalmente l'ordine concorrenziale, anche contro gli effetti socialmente disgregativi che esso stesso genera[269]. La crisi finanziaria del 2008 ha rappresentato sotto questo profilo un passaggio di verità, questo nel momento in cui non ha confermato la capacità autoregolativa dei mercati, ma ha mostrato come l'ordine neoliberale dipende strutturalmente da pratiche massive di salvataggio pubblico e eccezione regolativa, rivelando così la natura profondamente politica e coercitiva di un regime che continuava tuttavia a legittimarsi nel linguaggio dell'inevitabilità economica[270]. Tale scarto tra promessa di autoregolazione e realtà di governo ha aperto lo spazio per una ricomposizione reazionaria del consenso, entro cui le destre al governo hanno saputo articolare le fratture prodotte dal capitalismo finanziarizzato (come insicurezza o perdita di *status*) in forme di interpellazione populista che, anziché rimettere in questione i rapporti sociali neoliberali, ne hanno riorientato gli effetti verso registri securitari e

---

dalla sovranità democratica, v. anche Wolfgang Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism* (London, Verso, 2014), pp. 35-76.

[269] Dardot e Laval, *La nuova ragione del mondo*, cit., pp. 271-322; Philip Mirowski, *Never Let a Serious Crisis Go to Waste: How Neoliberalism Survived the Financial Meltdown* (London, Verso, 2013), pp. 53-92. Entrambi insistono sul carattere attivo e costitutivo dell'intervento statale nel produrre l'ordine di mercato.

[270] Colin Crouch, *The Strange Non-Death of Neoliberalism* (Cambridge, Polity, 2011), pp. 1-25; Philip Mirowski, *Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, cit., pp. 219-268; Wolfgang Streeck, *Buying Time*, cit., pp. 63-111. La crisi del 2008 rivela, in queste letture, non il tramonto del neoliberalismo, ma la sua capacità di sopravvivere proprio grazie all'uso selettivo e asimmetrico del potere pubblico.

nazionalistici[271]. Ne deriva che la combinazione di autoritarismo e populismo deve essere interpretata come una possibile modalità di stabilizzazione del neoliberalismo nelle congiunture di crisi che opera sia attraverso la sottrazione delle decisioni economiche al controllo democratico, sia mediante la costruzione affettiva del potere, capace di convertire l'insicurezza sociale in domanda di ordine e protezione[272].

17. Biopolitica digitale e governance algoritmica

[271] Nancy Fraser, "Progressive Neoliberalism versus Reactionary Populism: A Choice that Feminists Should Refuse", *NORA: Nordic Journal of Feminist and Gender Research*, 25, 4 (2017), pp. 281-284; Wendy Brown, *In the Ruins of Neoliberalism*, cit., pp. 63-104; William Davies, *Nervous States: Democracy and the Decline of Reason* (London, Jonathan Cape, 2018), pp. 1-28 e 185-228. Fraser collega l'emersione del populismo reazionario alla crisi dell'egemonia neoliberale; Brown e Davies mostrano come la disintegrazione sociale venga tradotta politicamente in registri morali, identitari e securitari.

[272] Ian Bruff, "The Rise of Authoritarian Neoliberalism", *Rethinking Marxism*, 26, 1 (2014), pp. 113-129; Stuart Hall, "Authoritarian Populism: A Reply", *New Left Review*, I/151 (1985), pp. 115-124. Per Bruff, l'autoritarismo neoliberale designa una fase in cui lo Stato si riconfigura in senso apertamente meno democratico per preservare i rapporti sociali neoliberali; Hall, in una prospettiva anticipatrice, mostra come il populismo autoritario combini coercizione e consenso, verticalizzazione del potere e mobilitazione "dal basso".

L’emersione della biopolitica digitale rappresenta uno dei più rilevanti sviluppi contemporanei del biopotere. Senza contraddire le diagnosi di Foucault, essa ne estende l’intuizione fondativa. Qui la vita è costantemente monitorata, e su questa base anticipata e modellata attraverso flussi di dati. Questo mutamento radicale è al centro del lavoro di Shoshana Zuboff, che nel suo celebre volume *The Age of Surveillance Capitalism* (2019) ha delineato una nuova forma di razionalità economico-politica in cui l’estrazione comportamentale costituisce la materia prima del potere. Se in Foucault il corpo e la popolazione erano i principali oggetti dell’intervento biopolitico, per Zuboff il nuovo terreno di dominio è costituito dai corpi digitali, ossia dalle tracce lasciate dagli individui nei loro comportamenti online, che vengono trasformate in previsioni vendibili[273]. Zuboff parla infatti di “*dispositional surplus*”, intendendo l'eccedenza di significato e valore che le piattaforme digitali estraggono dai dati degli utenti, spesso all’insaputa di questi ultimi. Se il potere nel suo senso più classico è repressivo e normativo, la declinazione che in tale in tale contesto si esercita ha natura performativa e anticipatoria in quanto si fonda su una logica di *pre-emption*[274] che prevede l’azione per manipolarla. Questo genera una nuova forma di governo il quale va ad agire sulle possibilità stesse del divenire umano. La governance algoritmica sotto tale luce può essere letta come un’estensione e un intensificarsi della biopolitica in cui la legge tende ad assumere forme meno appariscenti,

[273] Shoshana Zuboff, The Age of Surveillance Capitalism, op. cit., pp. 261–276.

[274] Ivi pp. 328–341.

e si dissolve nella logica della profilazione. È una legge trasparente ma opaca, formalmente consensuale ma sostanzialmente coercitiva, poiché opera in un contesto in cui l'autonomia individuale è sovradeterminata dalla disuguaglianza informativa e dall'infrastruttura tecnica. Byung-Chul Han, nella sua analisi della "società della trasparenza" (*Die transparente Gesellschaft*, 2012) e della "psicopolitica" (*Psychopolitik*, 2014), conferma e radicalizza questa diagnosi, mostrando come il potere non agisca più da fuori, attraverso imposizioni eteronome, ma venga introiettato dai soggetti stessi[275]. Se la biopolitica classica disciplinava i corpi e regolava le popolazioni, quella digitale plasma la psiche e induce auto-ottimizzazione. L'individuo neoliberale *desidera* mostrarsi. La soggettivazione si compie attraverso un'integrazione profonda con il sistema tecnico-mediatico, e il dispositivo del "*like*" sostituisce il *panopticon*[276]. La legge tende così a essere interiorizzata sotto forma di algoritmo, di metriche e *dashboard* che guidano comportamenti e decisioni. L'ideologia della trasparenza, osserva Han, è il nuovo volto del controllo: "l'inferno dell'uguale, dove ogni alterità è eliminata, e ogni gesto è registrato e monetizzato"[277]. In modo complementare, Benjamin Bratton, nel suo ambizioso progetto teorico esposto in *The Stack: On Software and Sovereignty* (2016), propone una ristrutturazione ontologica della sovranità, fondata sulla geografia dei dati e

[275] Byung-Chul Han, La società della trasparenza, Nottetempo, Roma 2014, pp. 11–23.

[276] Byung-Chul Han, Psicopolitica. Il neoliberismo e le nuove tecniche del potere, Nottetempo, Roma 2016, pp. 28–37.

[277] Byung-Chul Han, Psicopolitica, op. cit., p. 48.

sulla stratificazione cibernetica dell'esistenza[278]. La sua visione sistemica evidenzia come il potere si sia spostato dagli Stati-nazione ai protocolli globali, e come le architetture computazionali (dall'user al cloud, dal city layer ai logici dell'intelligenza artificiale) abbiano soppiantato il diritto come forma di mediazione e regolazione[279]. La legge che si riconfigura come "*governance-by-design*" declinato come codice operativo incorporato nell'infrastruttura. Il flusso di dati è giurisdizione, e la decisione algoritmica, spesso opaca e non appellabile, diventa il nuovo luogo della sovranità[280]. Sotto questa angolazione la produzione di fiducia, fondamentale al funzionamento neoliberale, che avveniva attraverso la garanzia istituzionale e giuridica (come nella logica del *rule of law* o nella trasparenza delle transazioni), si innesta ora nella cibernetica della previsione e della performance. I meccanismi di *scoring* comportamentale (come il *social credit system* cinese) sono manifestazioni esemplari di una transizione ove la fiducia si calcola e si vende[281]. Il diritto perde il suo carattere dialettico e si muta in architettura della sorveglianza. La legge neoliberale, in questa fase avanzata, prefigura le condotte desiderabili, configurando un ambiente in cui la libertà si traduce nella scelta tra opzioni predeterminate.

---

[278] Benjamin Bratton, The Stack: On Software and Sovereignty, MIT Press, Cambridge (MA) 2016, pp. 13–35.

[279] Benjamin Bratton, The Stack, op. cit., pp. 285–300.

[280] Cathy O'Neil, Weapons of Math Destruction, Crown Publishing, New York 2016, pp. 1–17.

[281] Nick Srnicek, Platform Capitalism, Polity Press, Cambridge 2016, pp. 70–84.

Possiamo osservare come ciò che accomuna gli studiosi appena citati sia la consapevolezza che la biopolitica digitale risulta essere un aggiornamento tecnologico del potere che arriva ad essere una mutazione antropologica in piena regola[282]. La soggettività qui è continuamente messa al lavoro, e la soggettivazione coincide con l'ottimizzazione tecnica del sé. L'"'*homo oeconomicus*" si ibrida con l'"'*homo algorithmicus*", dando luogo a un nuovo paradigma di vita governata nella sua dimensione biologica così come informazionale[283]. Il diritto, in quanto macchina fiduciaria del neoliberismo, si adatta a tale condizione, contribuendo a produrre fiducia nella razionalità dell'algoritmo. Una fiducia post-umana, che si disancora dalle relazioni e si ancora nella struttura.

Un ulteriore e decisivo spostamento nella configurazione del biopotere si verifica con la transizione verso la governance algoritmica. Antoinette Rouvroy, tra le voci più lucide di questa diagnosi, parla di "*gouvernementalité algorithmique*[284]" per indicare un nuovo regime post-foucaultiano in cui il potere mira ad anticipare e prevedere disvelando uno scenario dove ad essere è il dato. L'essere umano è tradotto in una successione di tracce digitali probabilistiche. Rouvroy insiste su un punto cruciale: questo potere non ha soggetto. È un potere "senza intenzione", che agisce in tempo reale, senza richiedere né

[282] Ruha Benjamin, Race After Technology, Polity Press, Cambridge 2019, pp. 105–120.

[283] Rosi Braidotti, Il postumano, DeriveApprodi, Roma 2014, pp. 91–104.

[284] Antoinette Rouvroy, La gouvernementalité algorithmique et les perspectives d'émancipation, in Réseaux, vol. 177, n. 1, 2013, pp. 163–196.

legittimazione politica né responsabilità nella progressiva esautorazione della legge. Tuttavia essa continua a esercitare una funzione rilevante, e per certi versi paradossale, nel produrre fiducia nel nuovo regime. Essa garantisce la trasparenza degli algoritmi, costruisce l'illusione che dietro il codice vi sia ancora una forma di ragione giuridica[285]. In realtà, come suggerisce anche Mireille Hildebrandt, il diritto si trasforma in una "promessa performativa che cerca di umanizzare il calcolo, di renderlo legale, senza più poterne determinare gli esiti reali"[286]. Il diritto, inteso qui come tecnologia della rassicurazione, produce così fiducia come "effetto di superficie" (per citare ancora Luhmann)[287] di una comunicazione che ha perso il suo referente umano. Quanto emerge impone quindi forse una ridefinizione radicale della relazione tra soggetto, diritto e potere. Il cittadino repubblicano viene ad essere sostituito come soggetto del diritto da un entità quale quella del "profilo digitale". E il diritto, di fronte a questa mutazione, sembra oscillare tra resistenza e complicità in una fotografia che proclama diritti fondamentali alla privacy e alla non discriminazione algoritmica; e che al contempo integra nella sua danza delle logiche predittive e dispositivi di automazione, come nel caso del "*nudging*" giuridico[288]. La legalità è progressivamente sostituita dalla legittimità tecnica, e il diritto

[285] Antoinette Rouvroy, op. cit., pp. 180–185.

[286] Mireille Hildebrandt, Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology, Edward Elgar, Cheltenham 2015, pp. 67–81.

[287] Niklas Luhmann, Il diritto della società, Bruno Mondadori, Milano 2002, pp. 165–172.

[288] Cass R. Sunstein – Richard H. Thaler, Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, Penguin Books, London 2009, pp. 6–15.

assume una funzione estetico-performativa. La biopolitica digitale diventa così tanatopolitica del dato, dove ciò che sfugge alla modellizzazione è irrilevante, e ciò che non è previsto non ha cittadinanza[289].

18. Ulteriori sviluppi teorici

Per completare il percorso intrapreso è utile integrare ulteriori riflessioni teoriche che si collochino nell'alveo della riflessione foucaultiana ma ne estendano o riformulino l'ambito di applicazione, sempre nella direzione di una comprensione del biopotere come dispositivo centrale nella produzione neoliberale di soggettività e fiducia. Uno dei contributi più rilevanti in questo senso proviene da Bernard Stiegler. Nel suo lavoro *La società automatica*, Stiegler propone di comprendere la razionalità contemporanea ma anche come una razionalità (biopolitica) automatizzata, nella quale il calcolo algoritmico e la performatività della previsione digitale si sostituiscono all'interiorizzazione normativa della legge[290]. Il neoliberalismo per Stiegler tende a de-costituire il soggetto in quanto tale, dissolvendo la temporalità necessaria all'elaborazione simbolica e

[289] Bernard Harcourt, The Exposed Self: Analytics and Power in the Digital Age, Columbia University Press, New York 2024, pp. 101–114.

[290] Bernard Stiegler, La società automatica. 1. L'avvenire del lavoro, Meltemi, Milano 2019, pp. 37–52.

sostituendola con una costante sollecitazione pulsionale. Ciò produce una crisi dell'interiorità, un indebolimento della capacità di elaborazione psichica e collettiva, e quindi una crisi sistemica della fiducia, la quale, per essere riattivata, richiederebbe una nuova farmacologia del tempo e della tecnica[291]. Maurizio Lazzarato, dal canto suo, ha offerto una lettura incisiva della biopolitica attraverso il concetto di "soggetto indebitato". Nel suo libro *La fabbrica dell'uomo indebitato*, Lazzarato spiega come il neoliberismo operi tramite la modulazione del desiderio e la soggettivazione attraverso il debito[292]. Il diritto agisce come dispositivo di produzione di obbligazione soggettiva per cui ogni cittadino è trattato primariamente come debitore, e la legge funge da strumento tecnico per legittimare la sua colpa, la sua esposizione permanente a una responsabilità illimitata. La fiducia giuridica diviene così essenzialmente un atto performativo fondato su un presupposto di colpevolezza strutturale[293]. Entrambe le teorie, quella di Stiegler e quella di Lazzarato, si saldano a una linea interpretativa che vede il biopotere come processo tecnico e giuridico di modulazione della forma-di-vita[294]. La legge dunque si trova così ad agire come vettore di "anticipazione disciplinare", di "prevenzione performativa", e infine di "affidabilità algoritmica". Questo implica una transizione del diritto da

---

[291] Bernard Stiegler, La società automatica, op. cit., pp. 120–136.

[292] Maurizio Lazzarato, La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista, DeriveApprodi, Roma 2012, pp. 35–54.

[293] Maurizio Lazzarato, La fabbrica dell'uomo indebitato, op. cit., pp. 61–68.

[294] cfr. anche M. Lazzarato, Il governo dell'uomo indebitato, 2013.

dispositivo di legittimazione a dispositivo di affidabilità. Si tratta di una nuova fase della biopolitica che potremmo chiamare *iper-biopolitica*: una fase in cui il controllo si articola attraverso l'indebitamento, la profilazione, l'anticipazione e la codificazione automatica delle condotte, sempre allo scopo di preservare la stabilità del mercato e la circolazione dei flussi di capitale, cioè, la fiducia neoliberale. Questo tipo di governance rende possibile una razionalità che non ha più bisogno di consenso né di rappresentanza, perché si fonda sull'adesione immediata del soggetto alla sua spendibilità predittiva. La legge, da simbolo della giustizia, si converte così in linguaggio esecutivo del rischio.

In conclusione, quanto sinora detto può essere letto come un tentativo di genealogia del biopotere, ma anche come una mappa dei suoi futuri possibili. La posta in gioco è soltanto teorica, ma ovviamente anche politica. Comprendere come la vita oggi sia governata attraverso dispositivi giuridici, economici e tecnologici che pretendono di istituire la fiducia nella forma di affidabilità sistemica, significa anche identificare i punti di soggettivazione alternativa. La biopolitica, intesa come arte di governo della vita, si scontra oggi con l'urgenza di nuove forme di istituzione, di una legge capace di riattivare il legame sociale non nel nome del mercato, ma nel nome di una vita condivisa, plurale, e incommensurabile con il calcolo del profitto. Questa ipotesi teorica si rende poi più concreta se si osserva come le stesse trasformazioni descritte da Stiegler e Lazzarato trovino un riscontro puntuale nel diritto positivo dell'Unione Europea, che ha assunto sempre più la funzione di infrastruttura tecnica della fiducia neoliberale. Le fonti

normative europee, dai Trattati fondativi ai regolamenti tecnici, agiscono come dispositivi di modulazione comportamentale, costruendo un ordine normativo in cui la concorrenza viene istituzionalmente naturalizzata. Un esempio particolarmente emblematico è offerto dal Trattato di Lisbona e dalla centralità che in esso assume l'obiettivo del "mercato interno caratterizzato da una concorrenza libera e non falsata" (art. 3, TUE)[295]. Tale principio diventa fondamento costituzionale implicito della governance europea, orientando ogni intervento legislativo e amministrativo verso l'ottimizzazione della competitività. Il diritto si fa così garante della confidenza strutturale nei meccanismi di un mercato ove la concorrenza è obiettivo economico e altresì condizione antropologica istituita giuridicamente come ambiente naturale. A ciò si aggiunge l'azione della Commissione Europea in qualità di guardiano della concorrenza, che esercita un controllo capillare su pratiche commerciali considerate distorsive. Questo controllo si esercita in nome della trasparenza, ma in realtà serve a garantire la fluidità dei flussi di capitale e la prevedibilità delle interazioni economiche[296]. La legge, è bene ribadirlo ancora, pare qui non proteggere l'uguaglianza ma la performatività del sistema, realizzando esattamente quel passaggio dalla forma alla funzione di cui parlano Stiegler e Lazzarato. Il diritto europeo inoltre si configura sempre più come diritto anticipatorio, in linea con le logiche

[295] Trattato di Lisbona, art. 3 TUE.

[296] Commissione Europea – Direzione Generale della Concorrenza (DG COMP), Documenti ufficiali e linee guida.

dell'iper-biopolitica. Si pensi ad esempio al sistema di sorveglianza macroeconomica (European Semester) e agli strumenti di condizionalità economica introdotti con il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). Questi strumenti operano *ex ante*, costruendo vincoli automatici alla sovranità fiscale e strutturando la fiducia degli investitori attraverso parametri tecnici quali deficit, PIL, debito/PIL, spread. Si tratta di una normazione preventiva che mira a evitare la deviazione piuttosto che a correggerla, e che va a configurare una *pre-legge* del rischio, una *norma algoritmica della stabilità*. In modo analogo il Regolamento UE 2021/241 che istituisce il Next Generation EU (NGEU) e il Recovery and Resilience Facility (RRF) si fonda su meccanismi di controllo digitale della spesa pubblica per cui ogni Stato deve presentare Piani nazionali vincolati alla competitività, ma tutto questo lo vedremo nel capitolo successivo nel dettaglio. Il diritto come spazio di deliberazione politica cede il passo alla sua declinazione come dispositivo di controllo automatizzato della traiettoria statale, e ciò ci permette di leggere l'intero *corpus* delle norme sulla governance economica e digitale come una traduzione normativa dell'*affidabilità algoritmica* evocata da Stiegler per cui il sistema giuridico si affida sempre meno alla deliberazione democratica e sempre più alla *governance by indicators*. Ogni Stato membro, ogni impresa, ogni cittadino diventa un nodo valutabile, e dunque fiduciabile, in base a parametri prestazionali. Infine, anche nel campo della politica sociale, la normazione europea segue una logica compatibile con la teoria del "soggetto indebitato" di Lazzarato. La "condizionalità attiva" nei programmi di sostegno

all'occupazione (come il PNRR o la Youth Guarantee), la valutazione dell"'*employability*" nei sistemi di welfare, e la crescente pressione sull'individuo a dimostrare merito, rivelano una normazione biopolitica fondata sul ricatto della colpa[297] in capo ad un soggetto che se non performante, non diviene degno di protezione. Il diritto europeo premia la conformità. Questo insieme di strumenti giuridici, formalmente tecnici, è in realtà profondamente ideologico. Essi traducono in norma ciò che la razionalità neoliberale pretende come naturale. In questo modo, il diritto si fa *pharmakon*[298] che prefigura e plasma il possibile. È l'incarnazione giuridica di una razionalità che mira a scrivere preventivamente il futuro avendo tangentemente a che fare con il futuro.

Alla luce di queste riflessioni, la lettura di Foucault può essere aggiornata, infatti se il biopotere moderno era un potere di "fare vivere e lasciare morire[299]", il biopotere europeo contemporaneo è un potere di far performare. La vita è legittimata solo nella misura in cui è redditizia. La legge diventa il linguaggio formale di una selezione permanente, una forma di *codifica morale del valore di mercato*. Ma proprio da questa consapevolezza può nascere la necessità di un diritto alternativo, un diritto che non produca fiducia per il sistema, ma fiducia contro il sistema. Un diritto che riaffermi l'incommensurabilità del vivente senza tradurre l'essere umano in calcolo. In questo spazio si apre la possibilità di

[297] Maurizio Lazzarato, Il governo dell'uomo indebitato, DeriveApprodi, Roma 2013.

[298] Jacques Derrida, La pharmacie de Platon, in La dissémination, Seuil, Paris 1972, pp. 69–186.

[299] Michel Foucault, La volontà di sapere, Feltrinelli, Milano 1978, p. 133.

un’altra legge, non quella che rassicura i mercati, ma quella che protegge la molteplicità del vivere.

Sulla base del percorso sviluppato sin qui, appare evidente che la biopolitica non sia una teoria del potere tra le altre, bensì una modalità trasversale di comprensione del governo della vita[300] in epoca moderna e contemporanea. Dalla genealogia classica foucaultiana, passando per le elaborazioni di Agamben, Esposito, Negri e molti altri la biopolitica si configura come un dispositivo di razionalità che governa i comportamenti e le popolazioni, attraverso le tecniche del sapere medico-scientifico, ma anche attraverso la legge. Se il diritto moderno nasce come promessa di protezione della vita, nel paradigma biopolitico esso diventa uno strumento per la sua amministrazione. Questo implica un mutamento funzionale del diritto (da garanzia a governance), ma anche una sua trasformazione ontologica dove la legge va a fondarsi sull’immanenza del dato statistico invece che sulla trascendenza della norma. La razionalità giuridica tende ad allinearsi alla razionalità neoliberale nel momento in cui entrambe fondano il proprio orizzonte sulla produzione di soggettività conformi ai parametri di efficienza e prestazione. Come hanno mostrato Wendy Brown[301] e Nikolas Rose, il soggetto del neoliberismo è l’imprenditore

[300] Michel Foucault, Nascita della biopolitica, Feltrinelli, Milano 2005, pp. 317–320.

[301] Wendy Brown, Undoing the Demos. Neoliberalism’s Stealth Revolution, Zone Books, New York 2015, pp. 30–59.

di sé, il manager del proprio capitale umano[302], con la produzione normativa che si trasforma in una tecnologia di responsabilizzazione individuale: chi non si adatta, decade. L'imperativo della resilienza oggi assunto tanto nei discorsi politici quanto nei dispositivi giuridici, è l'altra faccia della precarizzazione ontologica. Il diritto che dovrebbe tutelare l'uguaglianza certifica differenze meritate sulla base di metriche di produttività bio-sociale. Occorre perciò forse tornare a interrogarsi criticamente sul ruolo della legge nella produzione della fiducia. Se per Luhmann, è bene ripeterlo, ogni sistema sociale ha bisogno di ridurre la complessità attraverso la fiducia sistemica[303], è altresì vero che quando questa fiducia si appoggia su un diritto che legittima la disuguaglianza strutturale e l'esclusione biopolitica, allora la fiducia del cittadino verso lo Stato viene ad essere sostituita dalla fiducia del sistema verso i dispositivi che lo perpetuano. La legge, in tal caso, diviene il canale attraverso cui l'ordine neoliberale si immunizza da ogni rottura possibile. Il volto del diritto è quello ambivalente che rassicura e stabilizza, ma che nella realtà dei fatti normativizza e seleziona. È ciò che Esposito chiama *ambiguità immunitaria del diritto*: salvare la vita, anche al costo di neutralizzarla[304]. Ma proprio in questa aporia si aprono delle linee di fuga. Come suggeriscono Hardt e Negri, la produttività biopolitica della moltitudine, ovvero la capacità cooperativa, non può essere completamente catturata

[302] Nikolas Rose, Powers of Freedom. Reframing Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 139–164.

[303] Niklas Luhmann, La fiducia, Il Mulino, Bologna 2002, pp. 43–50.

[304] Roberto Esposito, Bíos. Biopolitica e filosofia, Einaudi, Torino 2004, pp. 55–68.

dal biopotere. Vi è sempre un'eccedenza che sfugge, che resiste. Se il diritto può essere strumento di immunizzazione, può anche essere strumento di istituzione del comune[305]; la legge come articolazione di nuovi rapporti sociali post-umani. Le riflessioni più recenti sui "*commons*[306]", sulla *legal design theory*, o sulla giuridicità del digitale[307], indicano la possibilità di un diritto fondato sulla cooperazione. Il futuro della biopolitica si gioca dunque su un doppio crinale, quello del consolidamento di una governance algoritmica della vita, che usa il diritto per prevedere l'esistenza, e quello dato dalla possibilità di una riappropriazione della norma da parte dei soggetti vivi, capaci di costruire dispositivi normativi post-statali, fondati su solidarietà e co-evoluzione. Il diritto può ancora essere uno strumento critico, questo quando cessa d'essere ridotto a funzione del potere venendo recuperato come dispositivo collettivo.

19. Conclusione

[305] Michael Hardt e Antonio Negri, Comune. Oltre il privato e il pubblico, Rizzoli, Milano 2010, pp. 15–38.

[306] Elinor Ostrom, Governing the Commons, Cambridge University Press, Cambridge 1990, pp. 1–28.

[307] Antoinette Rouvroy, La gouvernance algorithmique, Paris 2013, pp. 133–146.

L’indagine qui condotta ha inteso attraversare le genealogie, le ambivalenze e le metamorfosi del biopotere e della biopolitica, offrendo una lettura che ne mostra la centralità tanto nei dispositivi classici del potere sovrano quanto nella governance neoliberale contemporanea. A partire da Nietzsche, passando per Foucault, Agamben, Esposito, fino alle riletture post-strutturaliste, marxiste e post-umane di Negri, Hardt, Zuboff, Han e altri, questo primo capitolo ha voluto evidenziare come il potere sulla vita non sia un’eccezione o un tratto patologico del politico moderno, bensì una sua forma costitutiva e pervasiva. La transizione dal potere di “far morire e lasciare vivere” a quello di “far vivere e lasciar morire”, per usare la celebre formula foucaultiana che avete visto più volte citata nelle pagine precedenti, segna il passaggio da un paradigma sovrano a uno gestionale, in cui la vita stessa diventa oggetto di razionalizzazione votata all’investimento. La legge cessa d’essere semplice strumento repressivo o garanzia neutra di diritti per disvelarsi come uno dei principali canali attraverso cui il potere biopolitico si normalizza e si legittima nella produzione della fiducia sistemica tipica del capitalismo avanzato. Nel quadro neoliberale il diritto assume una doppia funzione, ovvero organizza e incanala le pratiche di governo della vita, mediante standard, regolamenti, dispositivi sanitari, norme educative, meccanismi assicurativi, strumenti fiscali e giuscontabili ed al contempo costituisce un linguaggio di fiducia e prevedibilità senza il quale il mercato non potrebbe operare. La fiducia giuridica è quindi un presupposto fondamentale del sistema economico. Essa si costruisce attraverso la codifica normativa della vita che appare come

neutrale, ma che è in realtà profondamente politica e performativa. L'interrogazione sul nesso tra biopolitica e legge consente quindi di rileggere criticamente i rapporti tra economia e vita. In un mondo in cui la promessa della sicurezza biologica si fonde con la richiesta di efficienza, la biopolitica si rivela come tecnica di assoggettamento e come potenziale terreno di resistenza e reinvenzione del politico. La sfida filosofica e politica esula dall'abolire la biopolitica, piuttosto vuole far emergere un uso affermativo e generativo del biopotere libero dal limite della mera amministrazione del vivente, e che si apra a una nuova antropologia cooperativa capace di declinare il diritto come forma del comando ed al contempo come linguaggio della libertà incarnata. Sarà proprio a partire da questa prospettiva che, nel prossimo capitolo, verrà avviata un'analisi dettagliata delle normative dell'Unione Europea, con particolare attenzione ai trattati, regolamenti e direttive che operano come strumenti giuridici funzionali alla concorrenza e al mantenimento della razionalità neoliberale. Si esplorerà come tali dispositivi costruiscano, attraverso una logica della fiducia istituzionale, le condizioni di legittimazione del mercato e della competizione, configurando un regime giuridico che promette sicurezza ed efficienza in cambio di adesione a una forma di vita conforme al paradigma dell'*homo oeconomicus* europeo.

Bibliografia

Agamben, G. (1995). *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*. Einaudi.

Agamben, G. (2003). *Stato di eccezione*. Bollati Boringhieri.

Arena, G., & Iaione, C. (2012). *L'Italia dei beni comuni*. Carocci.

Arendt, H. (1958). *The human condition*. University of Chicago Press.

Arendt, H. (1963). *On revolution*. Viking Press.

Balibar, É. (2010). *La proposition de l'égaliberté*. Presses Universitaires de France.

Benjamin, W. (1921). Zur Kritik der Gewalt. In *Gesammelte Schriften* (Vol. II). Suhrkamp.

Benjamin, W. (1940). Über den Begriff der Geschichte. Suhrkamp.

Brown, W. (2015). *Undoing the demos: Neoliberalism's stealth revolution*. Zone Books.

Butler, J. (2020). *The force of nonviolence: An ethico-political bind*. Verso.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2012/C 326/02.

Corte costituzionale portoghese. (2013). *Sentenza n. 187/2013*.

Crouch, C. (2004). *Post-democracy*. Polity Press.

Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. (2000). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 303, 2 dicembre 2000.

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. (2014). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 94, 28 marzo 2014.

Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione). (2018). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 328, 21 dicembre 2018.

Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE. (2019). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 158, 14 giugno 2019.

Donati, P. (2011). *I beni relazionali: Che cosa sono e quali effetti producono*. Bollati Boringhieri.

Esposito, R. (2002). *Immunitas: Protezione e negazione della vita*. Einaudi.

Esposito, R. (2004). *Bíos: Biopolitica e filosofia*. Einaudi.

Ferrera, M. (2019). *Le politiche sociali.* Il Mulino.

Ferrera, M. (1984) *Il Welfare State In Italia. Sviluppo E Crisi In Prospettiva Comparata.* Il Mulino

Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.

Foucault, M. (1976). *Histoire de la sexualité I: La volonté de savoir*. Gallimard.

Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique: Cours au Collège de France (1978–1979)*. Gallimard/Seuil.

Fung, A., & Wright, E. O. (2003). *Deepening democracy: Institutional innovations in empowered participatory governance*. Verso.

Gehlen, A. (1950). *Der Mensch: Seine Natur und seine Stellung in der Welt*. Vittorio Klostermann.

Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp.

Hardt, M., & Negri, A. (2009). *Commonwealth*. Harvard University Press.

Honneth, A. (2016). *The idea of socialism*. Polity Press.

Iaione, C. (2015). La città come bene comune. In G. Arena & C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni* (pp. 85–110). Carocci.

Laval, C., & Dardot, P. (2014). *Communs: Essai sur la révolution au XXIe siècle*. La Découverte.

Legge 8 novembre 1991, n. 381, Disciplina delle cooperative sociali. (1991). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, n. 283, 3 dicembre 1991.

Luhmann, N. (1968). *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. Enke.

Mattei, U. (2011). *Beni comuni: Un manifesto*. Laterza.

Mbembe, A. (2003). Necropolitics. *Public Culture, 15*(1), 11–40.

Ostrom, E. (1990). *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press.

Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.

Piano Nazionale d'Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (c.d. GPP). Ministero dell'Ambiente, Roma.

Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (Tassonomia verde). (2020). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 198, 22 giugno 2020.

Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. (2021). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 57, 18 febbraio 2021.

Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta. (2021). *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 231, 30 giugno 2021.

Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Laterza.

Rodrik, D. (2011). *The globalization paradox: Democracy and the future of the world economy*. W. W. Norton.

Sen, A. (2009). *The idea of justice*. Belknap Press.

Sontag, S. (1977). *On photography*. Farrar, Straus and Giroux.

Supiot, A. (2015). *La gouvernance par les nombres*. Fayard.

Trattato sull'Unione europea (TUE), versione consolidata 2012/C 326/01.

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), versione consolidata 2012/C 326/01.

Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism*. PublicAffairs.

CAPITOLO SECONDO

Mercato e fiducia nel Diritto dell'Unione Europea

Indice

1. Introduzione;

2. I Trattati fondamentali come fondamento dell'ordine neoliberale europeo;

3 Il Trattato di Roma del 1957 come fondamento giuridico dell'ordine concorrenziale europeo;

4 L'Atto Unico Europeo e la competitività come orizzonte normativo e di promessa fiduciaria;

5. Il Trattato di Maastricht;

5.1 I criteri di convergenza come griglia normativa del neoliberismo europeo;

5.2 L'introduzione della moneta unica e la privatizzazione del controllo monetario;

5.3 Il passaggio dalla giustizia alla performance in Maastricht;

6. Il Trattato di Lisbona: consolidamento giuridico del mercato concorrenziale come principio costituzionale;

6.2 Lisbona come consolidamento dell'"homo oeconomicus europeo";

7. La Carta dei Diritti Fondamentali e la tensione tra diritti e mercato;

8. Diritti fondamentali e antropologia neoliberale nella Carta di Nizza;

9. Il Trattato di Amsterdam e la fiducia nell'ordine competitivo;

10. Il Trattato di Nizza;

11. Regolamentazione della concorrenza e disciplina degli aiuti di Stato;

12. La giuridificazione dell'austerità e il vincolo fiscale come dispositivo di fiducia sistemica;

13. Il Digital Services Act (DSA) fra trasparenza normativa e fiducia computazionale;

14. Il Digital Markets Act (DMA);

15. Il modello europeo come "diritto dell'interoperabilità regolata";

16. Il Fiscal Compact e la giuridificazione della fiducia fiscale;

17. Politiche fiscali e vincoli di bilancio: la fiducia attraverso la disciplina;

18. La stabilità fiscale come condizione giuridica della fiducia economica: il Patto di Stabilità e Crescita (PSC);

19. Il Six-Pack;

20.Il Two-Pack;

21.Riforme post-pandemiche: la flessibilità come nuova semantica della fiducia;

22. Strategia digitale europea come dispositivo di fiducia sistemica;

23. AI Act e governance algoritmica;

24. Una critica della regolazione digitale;

25. Salute e riproduzione dell'ordine economico;

26. Politiche ambientali e Green Deal: ecologia come economia della fiducia;

27. Normative sul lavoro fra soggettivazione produttiva e governo della prestazione;

28. La fiducia istituzionale come precondizione della digitalizzazione nella Normativa sulla privacy e sul trattamento dei dati;

29. Il Recovery Plan: una giuridificazione della resilienza;

30. Il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) e la logica della condizionalità giuridica;

31. Il Libro Bianco sulla sicurezza alimentare e la fiducia nei consumi;

32. La Direttiva 2000/31/CE e il D.Lgs. 70/2003: la fiducia come prerequisito del commercio elettronico;

33. Le Alternative Dispute Resolution (ADR);

34. Il Regolamento (UE) 650/2012 e la professio iuris, fra fiducia e prevedibilità nella governance delle successioni;

35. Il Regolamento 1347/2000 e il Regolamento 2201/2003: la fiducia come garanzia per le famiglie transfrontaliere;

36. Conclusioni

1. Introduzione

Sarebbe sbagliato ridurre la produzione normativa dell'Unione Europea ad una funzione amministrativa o regolativa neutrale, ma possiamo osservare come essa si configuri piuttosto come una forma di architettura giuridico-politica che rende possibile, e che va a legittimare, l'ordine economico europeo[308]. Le norme comunitarie quali trattati, regolamenti e direttive, garantiscono l'efficienza dei mercati e si trovano a performare attivamente una fiducia istituzionale che diventa condizione di esistenza per la governance neoliberale[309]. La legge, in questo contesto, organizza la vita economica, ma incarnandola, orientando come abbiamo visto le condotte. Ciò che viene normato è il comportamento degli attori economici e così anche la forma stessa della soggettività ritenuta degna di riconoscimento, e che si identifica con quel cittadino europeo che è *homo oeconomicus* competitivo. Come anticipato nel capitolo precedente, la legge agisce qui, oltre che come dispositivo di coercizione o garanzia formale, anche come infrastruttura simbolica di fiducia che consente al mercato di proiettarsi nel futuro e di garantire coerenza tra regole e aspettative[310]. Questo è tanto più vero in un contesto segnato da crisi ricorrenti (finanziarie, sanitarie, ambientali o energetiche che siano), ove l'instabilità sistemica

[308] M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2012, pp. 116-117

[309] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015, pp. 101-103

[310] N. Luhmann, *Fiducia*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 25

rischia di compromettere le fondamenta stesse del progetto europeo. La funzione normativa dell'UE assume una centralità strategica laddove le sue disposizioni giuridiche si trovano a dover performare stabilità, rendendo possibile la fiducia tra Stati membri, e al contempo tra investitori e istituzioni, e così tra individui e dispositivi di governance[311]. Il presente capitolo si propone di analizzare, attraverso una lente teorico-giuridica, le principali categorie normative europee che contribuiscono alla costruzione della fiducia nel mercato. A partire dai trattati istitutivi fino alle più recenti regolazioni in materia digitale, ambientale e sanitaria, si mostrerà come il diritto dell'Unione operi come un operatore fiduciario, cioè come un insieme di atti e standard che esulano dall'essere meri strumenti tecnici, e funzionano invece come meccanismi performativi di legittimazione del sistema concorrenziale[312]. In altre parole, il diritto europeo va a regolare l'economia, divenendone però servo e propulsore. E, nel farlo, produce anche i soggetti che ne devono garantire la tenuta e la riproduzione. Nei paragrafi che seguono, ciascuna sezione normativa sarà analizzata nella sua funzione strutturante rispetto alla razionalità neoliberale, ciò per quel che concerne l'efficienza economica e la capacità della legge di promettere prosperità e prevedibilità in cambio di adesione a una forma di vita conforme

[311] G. Majone, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, 2005, pp. 78-80

[312] F. Snyder, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, 2000, p. 36

al paradigma competitivo, un disegno in cui la fiducia risulterà essere un effetto della normazione. E la normazione stessa è oggi, sempre più, un'arte della fiducia.

I Trattati fondamentali come fondamento dell'ordine neoliberale europeo

I Trattati costitutivi dell'Unione Europea rappresentano, al di là della loro funzione normativa formale, un'infrastruttura giuridico-politica che istituzionalizza un certo modello di ordine economico e sociale. Detti atti fondativi paiono essere vere e proprie *meta-leggi* che definiscono il quadro di legittimità entro cui ogni altra decisione politica, e così ogni intervento regolatorio, devono situarsi[313]. Detti Trattati fungono da dispositivo di fondazione e riproduzione della fiducia sistemica nel mercato, iscrivendo nella grammatica giuridica europea una razionalità economica specifica che null'altro è se non quella concorrenziale e neoliberale[314].

1. L'apporto teorico dell'ordoliberalismo alla costituzionalizzazione dell'integrazione europea

[313] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015, p. 109

[314] D. Innerarity, *La trasformazione della politica. Democrazia, complessità e globalizzazione*, Ediciones Península, 2002.

Tra gli autori dell'ordoliberalismo tedesco, Walter Eucken e Franz Böhm sono generalmente considerati i principali fornitori del supporto teorico al processo di costituzionalizzazione dell'integrazione europea, in quanto elaborarono la nozione di *Wirtschaftsverfassung* quale ordine economico concorrenziale giuridicamente costituito e garantito da regole generali, e non quale semplice risultato spontaneo delle dinamiche di mercato; in tale prospettiva, la concorrenza, la libertà economica e la limitazione della discrezionalità politico-amministrativa assumono la funzione di principi strutturali dell'ordine economico, destinati a operare in senso quasi-costituzionale[315] . Fu Ernst-Joachim Mestmäckercontribuì a trasferire il paradigma ordoliberale sul piano sovranazionale, favorendo una lettura dei Trattati europei come nucleo di una costituzione economica fondata sulle libertà di circolazione e sul diritto della concorrenza, così da attribuire all'ordinamento comunitario una legittimazione autonoma anche in assenza di un vero Stato federale europeo[316]. In una diversa ma complementare direzione, Wilhelm

---

[315] Walter Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 7ª ed. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004), spec. pp. 254-291; Franz Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*;

[316] Ernst-Joachim Mestmäcker, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union: Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration* (Baden-Baden: Nomos, 2003); Christian Joerges, "The Market without the State? The 'Economic Constitution 'of the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics", *European Integration online Papers*, 1, n. 19 (1997); Christian Joerges, "What Is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy", *European Law Review*, 30, n. 4 (2005), pp. 461-489; Julio Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community* (Oxford: Hart Publishing, 2002);

Röpke sostenne l'idea di un'integrazione europea compatibile con decentramento, sussidiarietà e anti-protezionismo, prospettando un modello di federalismo limitato che avrebbe dovuto impedire la trasformazione dell'Europa in un'entità centralizzata di tipo statuale[317]. Alfred Müller-Armack, invece, incise soprattutto sul lessico normativo e costituzionale dell'integrazione, poiché la sua elaborazione della formula della *Soziale Marktwirtschaft* costituì il precedente teorico più diretto della nozione di "economia sociale di mercato altamente competitiva" poi recepita nell'art. 3, par. 3, TUE[318]. Resta tuttavia opportuno evitare letture eccessivamente lineari per cui se l'influenza ordoliberale appare significativa quale cornice generale della costituzionalizzazione del mercato europeo, più controversa è l'idea che essa consenta di spiegare in modo univoco singole disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione, come dimostra il dibattito relativo all'art. 102 TFUE[319]. Più precisamente, il riferimento all'ordoliberalismo in rapporto

---

[317] Wilhelm Röpke, *International Order and Economic Integration* spec. pp. 93-104; Stefan Kolev, Large Switzerlan 'or Large France? The Ordoliberals and Early European Integration", in Stefan Kolev e Nils Goldschmidt (a cura di), *The Liberal Heart of Europe: Essays in Honour of Hans Otto Lenel* (Cham: Springer, 2021), pp. 47-66.

[318] Alfred Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (Hamburg: Verlag für Wirtschaft und Sozialpolitik, 1947); Alfred Müller-Armack, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik: Studien und Konzepte zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration* (Freiburg i. Br.: Rombach, 1966); Christian Joerges e Florian Rödl, *Social Market Economy as Europe's Social Model?*, EUI Working Paper LAW No. 2004/08; Trattato sull'Unione europea, art. 3, par. 3.

[319] David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus* (Oxford: Oxford University Press, 1998); Anna Gerbrandy, "Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution", *Journal of Common Market Studies*, 57, n. 1 (2019), pp. 127-142; Pinar Akman, "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, n. 2 (2009), pp. 267-303.

all'art. 102 TFUE resta controverso perché divide la dottrina e, in parte, la stessa evoluzione applicativa dell'Unione circa la *ratio* della disposizione e il criterio di abusività[320]. Secondo una prima linea interpretativa, l'art. 102 rifletterebbe in misura significativa la matrice ordoliberale, in quanto orientato anzitutto alla tutela della struttura concorrenziale del mercato contro l'esercizio distorsivo del potere economico privato e in tale prospettiva, la nozione di abuso come concetto oggettivo, nonché la "*special responsibility*" dell'impresa dominante vengono lette come il precipitato giuridico dell'idea ordoliberale di *Wettbewerbsordnung*, cioè di un ordine concorrenziale che il diritto deve preservare contro pratiche idonee a compromettere una concorrenza genuina e non falsata[321]. Una diversa corrente dottrinale tuttavia ha contestato la linearità di questa genealogia, sostenendo che l'art. 102 non possa essere considerato una norma ordoliberale in senso proprio e che il suo testo e la sua funzione rivelino una configurazione più composita, nella quale la repressione degli abusi *exclusionary* non esaurisce la logica della

---

[320] Sul carattere controverso degli obiettivi e della nozione di abuso in materia di art. 102 TFUE, v. P. Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches (Oxford, Hart Publishing, 2012), ove si sottolinea che "the objective(s) of Article 102 TFEU, what exactly makes a practice abusive and the standard of harm under Article 102 TFEU have not yet been settled"

[321] Per la lettura ordoliberale dell'art. 102, v. Peter Behrens, "The Ordoliberal Concept of 'Abuse 'of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU", Europa-Kolleg Hamburg Discussion Paper No. 7/15 (2015), che collega la nozione di abuso e la centralità della struttura concorrenziale all'eredità ordoliberale; sul piano giurisprudenziale, il classico riferimento resta Hoffmann-La Roche, nel quale l'abuso è definito come *"an objective concept"* relativo a comportamenti idonei a influire sulla struttura del mercato, mentre la Commissione, nel 2023, richiama ancora la "*special responsibility*" dell'impresa dominante a non compromettere una concorrenza genuina e non falsata.

disposizione e non può essere separata rigidamente dagli abusi *exploitative*, né dal problema dell'efficienza e del danno al consumatore[322]. Proprio l'evoluzione dell'enforcement europeo conferma tale ambivalenza: se il Guidance Paper del 2009 aveva promosso un approccio dichiaratamente effects-based, incentrato sull'*anticompetitive foreclosure*, sull'impatto negativo sul *consumer welfare* e, in vari contesti, sul ricorso al test del concorrente altrettanto efficiente (*as-efficient competitor test)*, il "102 Package" del 2023 ha parzialmente preso le distanze da alcune di quelle opzioni, chiarendo che la Guidance del 2009 non costituiva una dichiarazione vincolante del diritto, ridimensionando il ruolo generalizzato dell'AEC test e riaffermando che l'art. 102 tutela la concorrenza genuina e non falsata, potendo altresì concorrere a obiettivi che oltrepassano il solo benessere del consumatore[323]. Né la giurisprudenza più recente ha risolto definitivamente la tensione, infatti in Servizio Elettrico Nazionale la Corte ha

[322] In senso critico rispetto alla tesi di una matrice ordoliberale univoca, v. ancora Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law, cit., spec. sulla artificiosità della separazione tra *exploitative* ed *exclusionary abuses* e sulla pluralità degli obiettivi dell'art. 102; la persistenza del contrasto è riconosciuta anche nella dottrina recente che ricostruisce la disputa tra tutela del processo competitivo e consumer welfare.

[323] Commissione europea, "Application of Article 102 TFEU", che ricorda come nel 2009 la Commissione avesse adottato una Guidance orientata a un approccio "*effects based*"; Guidance on the Commission's enforcement priorities C(2023) 1923 final, 27 marzo 2023, parr. 3-8, dove si precisa che la Guidance del 2009 non costituiva una dichiarazione del diritto, si richiama la protezione di "*genuine, undistorted competition"* e si afferma che la concorrenza può contribuire anche a obiettivi oltre il solo consumer welfare; sul significato della svolta del 2023, v. Heike Schweitzer e Simon de Ridder, "How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission's 2023 'Article 102 Package'", Journal of European Competition Law & Practice 15, n. 4 (2024), secondo cui il 2023 package ha parzialmente ritirato alcune delle scelte più costose della Guidance del 2008, in particolare sul *direct consumer harm* e sull'AEC test nelle *rebates cases.*

affermato che il benessere dei consumatori, intermedi e finali, costituisce l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza contro l'abuso di posizione dominante, ma ha al contempo ribadito che tale finalità opera attraverso la protezione della struttura di una concorrenza effettiva; in Unilever, inoltre, la Corte ha insistito sul fatto che l'art. 102 non mira a proteggere concorrenti meno efficienti in quanto tali, pur gravando l'impresa dominante di una responsabilità speciale a non compromettere una concorrenza non falsata[324]. Ne deriva che parrebbe riduttivo leggere l'art. 102 TFUE come semplice cristallizzazione normativa di una razionalità ordoliberale univoca, risulterebbe invece più opportuno provare ad osservarlo piuttosto come il punto di intersezione e di tensione tra più razionalità del diritto della concorrenza europeo (quali tutela del processo competitivo, integrazione del mercato, benessere del consumatore, amministrabilità dell'enforcement) la cui coesistenza spiega tanto la persistenza del lessico strutturale e ordinamentale quanto la successiva emersione di criteri economici ed effetti-based[325].

[324] CGUE, Servizio Elettrico Nazionale, causa C-377/20, 12 maggio 2022, secondo cui "*the well-being of both intermediary and final consumers must be regarded as the ultimate objective*" dell'intervento ex art. 102; CGUE, Unilever Italia Mkt. Operations, causa C-680/20, 19 gennaio 2023, che ribadisce che l'art. 102 mira a reprimere gli abusi di posizione dominante nel mercato interno e che l'impresa dominante non deve compromettere una concorrenza effettiva, senza che ciò implichi la protezione dei concorrenti meno efficienti in quanto tali.

[325] In questa chiave, l'art. 102 appare come una disposizione stratificata: il dibattito tra tutela dell"'*open market/competitive process*" e consumer welfare è ricostruito efficacemente da Schweitzer e de Ridder, mentre la Commissione stessa, nel 2023, prende atto della necessità di un approccio *effects-based "dynamic and workable*", non riducibile né alla sola ortodossia economica del 2009 né a un ritorno puro e semplice al formalismo precedente.

2. Il Trattato di Roma del 1957 come fondamento giuridico dell'ordine concorrenziale europeo

Il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (CEE), firmato a Roma il 25 marzo 1957 ed entrato in vigore il 1º gennaio 1958, rappresenta il primo pilastro dell'edificio giuridico e politico che, nel corso delle successive trasformazioni istituzionali, avrebbe dato forma all'attuale architettura dell'Unione Europea[326]. Se il progetto originario era presentato come una risposta politica al desiderio di pace e stabilità del dopoguerra, esso si configura, sin dal principio, come un dispositivo di integrazione economica fondato su un insieme di norme e princìpi funzionali all'instaurazione di un ordine concorrenziale di mercato.

L'articolo 2 del Trattato fissa l'obiettivo della CEE: «il compito della Comunità è quello di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un innalzamento accelerato del tenore di vita e strette relazioni tra gli Stati membri[327]». Ma è nel passaggio successivo, ovvero nell'articolo 3, che viene esplicitato l'arsenale normativo con cui questo obiettivo dovrebbe essere perseguito. Tra le competenze

[326] Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, Roma, 25 marzo 1957, GUCE 1957, Serie P, n. 27

[327] Trattato CEE, art. 2

essenziali della Comunità figurano: l'eliminazione, tra gli Stati membri, dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione (art. 3, lett. a); l'istituzione di una politica commerciale comune (lett. b); l'abolizione, tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali (lett. c); l'istituzione di un sistema inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune (lett. f)[328]. Tutte queste disposizioni, sebbene inserite in un lessico ancora impregnato di retorica solidaristica e comunitaria, costituiscono l'impianto originario su cui si andrà strutturando la futura razionalità neoliberale europea. Il principio delle "quattro libertà fondamentali" (libera circolazione di beni, persone, servizi e capitali), consacrato nel Trattato di Roma, si rivelerà uno strumento giuridico di trasformazione delle forme della vita all'interno del continente avente il ruolo di *sponsor* di una mobilità competitiva, questo mediante la promozione un'idea di cittadinanza economica che subordina ogni altra forma di soggettività, come può essere quella sociale o culturale, alle logiche della produttività e dell'efficienza[329]. A questa base si accompagna la nascita di un diritto europeo della concorrenza, che sin dalle origini assume una funzione paradigmatica nella costruzione della fiducia sistemica nel mercato. Come sottolineato da

[328] Trattato CEE, art. 3, lett. a-f

[329] P. Craig, G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 645

Christian Joerges[330], il Trattato di Roma introduce un concetto "costituzionale" di economia di mercato che disegna un quadro generale per l'integrazione commerciale e istituzionalizza il mercato come principio ordinatore delle relazioni tra Stati ed imprese (e cittadini). È in questo senso che si può affermare che il Trattato di Roma abbia agito come un atto fondativo di soggettività economiche europee, imponendo un regime di normatività performativa. Le norme sul mercato comune e sulla concorrenza producono le condizioni affinché determinati comportamenti siano razionali. Si prefigura qui una forma embrionale di quella che Michel Foucault, nel suo corso al Collège de France del 1979, definirà come governamentalità neoliberale, ovvero la produzione di soggetti liberi ma governati attraverso incentivi fatti brillare all'interno di cornici giuridiche[331]. Va inoltre sottolineato che il Trattato istituisce istituzioni sovranazionali con potere normativo vincolante (quali ad esempio la Commissione, il Consiglio dei Ministri, la Corte di Giustizia), le quali dislocano progressivamente la sovranità giuridico-politica degli Stati membri verso un centro regolativo transnazionale[332]. Questa dinamica giuridica è cruciale in quanto è proprio la giuridificazione della governance economica che consente alla CEE, e in seguito all'UE, di presentarsi come infrastruttura tecnica imparziale e non

[330] C. Joerges, "*The European Economic Constitution and its Transformation through the Law of the WTO* 2002/12, p. 2

[331] M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2012, pp. 64-70

[332] P. Pescatore, *The Law of Integration*, 1974, pp. 34-35

come apparato ideologico. La legge si configura così come filtro legittimante di tecnologia fiduciaria e matrice normativa di quella che diventerà la razionalità competitiva europea[333]. Infine, l'impianto del Trattato di Roma pone le basi per l'evoluzione dei successivi Trattati di Maastricht (1992) e Lisbona (2007), che ne ereditano i principi cardine e li rafforzano attraverso spunti quali la moneta unica, il Patto di stabilità, il ruolo della concorrenza come "bene pubblico", o la riconfigurazione dello Stato come garante dell'efficienza economica anziché della protezione sociale. L'intera architettura normativa europea può così essere letta come una metamorfosi del Trattato di Roma, in cui la fiducia nel mercato e nella concorrenza diventa criterio regolativo universale.

Il fulcro normativo del Trattato è l'articolo 3, il quale già nella sua versione originaria elenca gli obiettivi fondamentali della Comunità, tra cui figura "l'eliminazione dei dazi doganali fra gli Stati membri, l'abolizione delle restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione, la libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali[334]". Con questa formulazione, il Trattato codifica per la prima volta le cosiddette quattro libertà fondamentali (merci, persone, servizi e capitali) che diventeranno nei decenni successivi l'architrave ideologica e giuridica del mercato unico europeo[335]. Ma ciò che va

[333] M. Everson, C. Joerges, "*Reconfiguring the Politics–Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism*", in *European Law Journal*, Vol. 18, n. 5, 2012, pp. 644–667

[334] Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, art. 3, Roma, 1957

[335] P. Craig, G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 645

sottolineato nella prospettiva di questo lavoro è che queste libertà non sono enunciate come diritti individuali, bensì come condizioni strutturali della fiducia nel mercato comune. Esse configurano un campo normativo all'interno del quale le aspettative economiche possono stabilizzarsi, riducendo il rischio di protezionismi nazionali o interventismi statali imprevedibili.

Fin dall'inizio, il Trattato assume una logica ordoliberale di ispirazione tedesca, secondo cui il compito del diritto è costruire un ordine stabile della concorrenza entro cui i soggetti economici possano agire liberamente, ma senza distorsioni. La concorrenza qui è un effetto di ingegneria giuridica. Ciò è evidente nel Titolo I del Trattato, dove si legge che la Comunità "ha il compito di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità[336]". Questo "sviluppo armonioso" è tutt'altro che neutro; si fonda infatti su un equilibrio performativo tra libertà di impresa e disciplina normativa dove l'intervento pubblico è legittimo solo se volto a garantire il corretto funzionamento del mercato. Si delinea così una concezione normativa della concorrenza, la quale dev'essere istituita, ed in seconda battuta sorvegliata e preservata attraverso regole comuni e non lasciata all'anarchia degli interessi. Questa funzione è ribadita dagli articoli che costituiranno poi la base per la disciplina antitrust e per il divieto degli aiuti di Stato (gli attuali articoli 101-109 TFUE), i cui presupposti già si trovano implicitamente

[336] Trattato CEE, art. 2, Roma, 1957

nel Trattato del ’57[337]. In altre parole, il diritto europeo nasce come garanzia contro il *tradimento* dello Stato-nazione nei confronti del mercato.

Una delle intuizioni più rilevanti del Trattato di Roma, almeno nella sua genealogia normativa, è la scommessa secondo cui la concorrenza economica avrebbe condotto per effetto quasi naturale all’integrazione politica[338]. In tal senso il Trattato aderisce a una forma implicita di razionalità funzionalista, ovvero creando un sistema legale comune generante fiducia reciproca, una fiducia che a sua volta consolida l’unità. È in quest’ottica che va letta anche la funzione istituzionale della Commissione Europea, che nel Trattato è incaricata di sorvegliare l’applicazione del diritto comunitario e di proporre le normative necessarie all’eliminazione delle distorsioni della concorrenza[339]. La Commissione diventa così un attore fiduciario, la cui neutralità tecnica e il cui ruolo “apolitico” dovrebbero garantire la credibilità del progetto comune agli occhi degli investitori e degli altri Stati membri.

Come già anticipato nella conclusione del primo capitolo, il Trattato di Roma si configura come il primo grande esperimento di codificazione della fiducia come oggetto del diritto[340]. La fiducia è un effetto sistemico dell’ordine giuridico che il Trattato cerca di

---

[337] Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, artt. 101–109, GUCE C 326, 26.10.2012

[338] J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 19

[339] *Trattato CEE, art. 155, Roma, 1957*)

[340] P. Legros, *La confiance comme objet de droit. Pour une théorie juridique de la confiance institutionnelle*, LGDJ, Paris, 2022, p. 28

costruire attraverso un'armonizzazione normativa che elimini gli ostacoli normativi tra Stati e che crea prevedibilità; una sorveglianza sovranazionale che si reifica in un attore terzo (la Commissione) e che si erge a garante del rispetto delle regole; una concorrenza ordinata in cui sono interdette pratiche anticoncorrenziali e aiuti di Stato, stabilendo un campo *puro* per il gioco economico. In sintesi, il Trattato di Roma è il primo documento giuridico europeo in cui la legge va a garantire dei diritti divenendo contestualmente il mezzo per costruire le condizioni di una fiducia performativa nel sistema di scambi[341]. Il diritto cessa così di essere un vincolo alla libertà economica, e si propone piuttosto come la sua condizione di possibilità.

3. L'Atto Unico Europeo e la competitività come orizzonte normativo e di promessa fiduciaria

L'Atto Unico Europeo (AUE), firmato il 17 febbraio 1986 e entrato in vigore il 1 luglio 1987, rappresenta un momento di profonda accelerazione nel processo di integrazione europea[342]. A livello giuridico, è il primo trattato che modifica formalmente i Trattati di Roma, introducendo una riforma strutturale dell'architettura istituzionale della Comunità

[341] C. Joerges, *The Economy as a Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism*, UCL Press, London, 2018, pp. 35-38

[342] Trattato che modifica i Trattati di Roma, Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, L 169, 29.06.1987

Economica Europea. A livello politico invece possiamo affermare esso vada a segnare un passaggio decisivo per cui il progetto del mercato interno cessa di essere una semplice dichiarazione programmatica e assume la forma di un obiettivo giuridicamente vincolante da realizzarsi entro il 31 dicembre 1992. L'AUE è in questo senso definibile a mio avviso come la carta fondativa dell'Europa competitiva, e come tale credo meriti una riflessione articolata.

L'articolo 8A del Trattato CEE, così come modificato dall'Atto Unico, stabilisce che "la Comunità adotterà le misure necessarie per stabilire progressivamente il mercato interno, entro il 31 dicembre 1992[343]". L'espressione *mercato interno* viene qui definita come uno "spazio senza frontiere interne, in cui è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali[344]". Si tratta di una precisazione concettuale di portata costituente in quanto l'idea di mercato cessa di essere una conseguenza delle libertà fondamentali, e diventa la finalità esplicita del diritto europeo. La novità sta chiaramente nell'enunciazione dell'obiettivo, ma soprattutto nella modalità giuridica con cui questo obiettivo viene perseguito. Con l'AUE, il diritto europeo si dota di un programma normativo attivo e strategico che impone alla Commissione, al Consiglio e al Parlamento di legiferare al fine di rimuovere ogni ostacolo alla concorrenza e di armonizzare le legislazioni nazionali nei settori considerati cruciali per la piena funzionalità del mercato

[343] Atto Unico Europeo, art. 8A, GUCE, L 169, 29.06.1987

[344] Ibidem

unico[345]. In particolare vengono modificate le procedure decisionali (introduzione del voto a maggioranza qualificata in diversi ambiti), rafforzando così la centralizzazione normativa e riducendo il potere di veto dei singoli Stati membri. Ma l'aspetto forse più rilevante ai fini di questa tesi è l'introduzione per la prima volta in maniera sistematica del principio della competitività come valore giuridico esplicito. L'Atto Unico infatti, nella sua formulazione politica e normativa, afferma che la realizzazione del mercato interno è condizione necessaria per accrescere la competitività dell'economia europea nel contesto globale[346]. Tale dichiarazione, lontana dall'essere semplice retorica, è volta a rendere la competitività un principio ispiratore dell'azione giuridica europea, agendo come metacategoria performativa capace di orientare le scelte legislative ed indirizzare le politiche pubbliche. La concorrenza è regola del gioco economico e criterio di legittimazione delle norme stesse. Una direttiva è buona se aumenta la concorrenza e così un regolamento è necessario se elimina barriere alla competitività, ed eè per questo possiamo provare ad affermare che l'Atto Unico rappresenta una svolta importante nel rapporto tra diritto e mercato in cui il diritto si trova a produrre attivamente il mercato.

[345] P. Craig, G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 626–630

[346] J. Pelkmans, *European Integration: Methods and Economic Analysis*, Pearson, Harlow, 2006, p. 122

Come sottolineato da Christian Joerges, si passa da così da un diritto "*del mercato*" a un diritto " *per il mercato*" [347].

Tale trasformazione incide profondamente anche sulla funzione fiduciaria della legge. L'obiettivo dichiarato dell'Atto Unico è rimuovere l'incertezza giuridica generata dalle divergenze normative tra gli Stati membri e creare un quadro comune stabile, armonizzato. Detta in altri termini, instillare fiducia negli operatori economici, nazionali o transnazionali che siano, affinché possano investire, commerciare, e ovviamente pianificare in sicurezza, all'interno di uno spazio integrato nel quale le regole siano omogenee.

L'AUE segna il momento in cui la fiducia sistemica intesa nel senso luhmanniano, ovvero come presupposto dell'agire economico complesso, viene assunta come compito specifico del diritto europeo[348]. L'idea di mutuo riconoscimento tra ordinamenti nazionali (principio Cassis de Dijon[349]) si espande e diventa una politica giuridica attiva di armonizzazione legislativa, che attraverso direttive quadro e regolamenti specifici (nei settori dei servizi, della sicurezza dei prodotti, della proprietà intellettuale, dei contratti commerciali

[347] C. Joerges, *What is left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Paper*, Law No. 2004/13, p. 9

[348] N. Luhmann, *La fiducia*, Mulino, Milano, 2002, p. 40

[349] Caso 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon), ECLI:EU:C:1979:42

transfrontalieri) produce standard comuni che assicurano agli attori economici la possibilità di operare ovunque in Europa senza dover affrontare incertezza normativa.

Sebbene non faccia ancora riferimento esplicito all'Unione Monetaria (che arriverà con Maastricht), l'Atto Unico anticipa molte delle logiche neoliberali che saranno poi formalizzate nei trattati successivi. In particolare vediamo come esso vada ad enfatizzare la flessibilità dei mercati e la riduzione delle rigidità regolatorie come prerequisito per la crescita economica; altresì introduce una logica funzionalista e depoliticizzante delle politiche pubbliche, che vengono subordinate all'obiettivo della competitività sistemica; promuove poi una decentralizzazione regolativa in cui la Commissione si propone come ente tecnico che assicura "buona regolazione" (*smart regulation*) secondo i principi di efficacia ed efficienza.

Ecco allora che l'AUE può essere letto come un dispositivo anticipatorio del modello di governance neoliberale europeo, nel quale la fiducia nel sistema è ottenuta attraverso la legalizzazione della concorrenza e la trasformazione della legge in strumento di ottimizzazione delle condizioni di mercato[350]. L'orizzonte qui passa da essere quello della giustizia sociale, a quello dell'efficienza allocativa; con l'eguaglianza tra cittadini che ha come successore la parità tra imprese; e così la competitività succede alla coesione.

[350] W. Scheuerman, *The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty-First Century*, Rowman & Littlefield, pp. 161–165

4. Il Trattato di Maastricht

Il Trattato sull'Unione Europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993, segna un momento di svolta nel processo di integrazione europea[351]. Questo fondamentalmente perché istituisce formalmente l'Unione Europea, ma altresì in quanto stabilisce, attraverso un impianto giuridico vincolante, un nuovo orizzonte normativo e ideologico per cui l'economia di mercato diviene il fondamento legittimante del progetto politico europeo. Se si pensa qui ad una semplice accelerazione tecnico-istituzionale si sbaglia, questo in quanto si tratta di un vero e proprio salto paradigmatico in cui si rileva per la prima volta nella storia del diritto europeo la stabilità macroeconomica, il contenimento della spesa pubblica, il controllo dell'inflazione e la disciplina fiscale vengono trasformati in criteri giuridicamente vincolanti e in condizioni di accesso alla cittadinanza monetaria. Questi parametri hanno ridefinito la forma stessa dello Stato europeo, mutandolo da garante del benessere collettivo a custode della competitività, ed allo stesso modo da soggetto redistributivo a vincolo fiduciario per i mercati.

4.1 I criteri di convergenza come griglia normativa del neoliberismo europeo

[351] Trattato sull'Unione Europea, GUCE C 191 del 29.07.1992

Nel Protocollo n. 13 allegato al TUE[352] e nei successivi articoli del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in particolare all'articolo 140 TFUE (ex art. 121 TCE), vengono stabiliti i cosiddetti criteri di convergenza nominale, che gli Stati devono rispettare per poter adottare la moneta unica. Essi prevedono: un disavanzo pubblico annuo inferiore al 3% del PIL; un debito pubblico inferiore al 60% del PIL; un tasso di inflazione non superiore di più dell'1,5% rispetto ai tre Stati membri con la più bassa inflazione; tassi d'interesse a lungo termine stabili; una partecipazione stabile al Meccanismo di cambio europeo (ERM II) per almeno due anni. Questi vincoli, oggi familiari sotto il nome di "parametri di Maastricht", hanno esercitato fin dall'inizio una funzione selettiva e performativa volta a regolare l'ingresso nella zona euro, ma che impone altresì una grammatica normativa che subordina ogni scelta politica interna a criteri macroeconomici esterni. La sovranità di bilancio viene vincolata *ex ante* a una logica fiduciaria per cui lo Stato deve mostrarsi affidabile e razionale, cioè compatibile con le aspettative degli attori finanziari[353].

4.2 L'introduzione della moneta unica e la privatizzazione del controllo monetario

[352] Protocollo n. 13 sul criterio di convergenza, e art. 140 TFUE, GUUE C 202 del 07.06.2016

[353] I parametri sono stati introdotti come condizione per l'accesso alla moneta unica e sono elencati nei documenti ufficiali del Consiglio Europeo di Madrid, 1995, e nella legislazione secondaria relativa al Patto di stabilità e crescita.

Il Trattato di Maastricht istituisce la moneta unica europea e stabilisce le tappe della sua introduzione, culminate con la creazione della Banca Centrale Europea (BCE)[354]. In particolare:

- l'art. 127 TFUE attribuisce alla BCE il compito di mantenere la stabilità dei prezzi come obiettivo principale della politica monetaria[355];

- l'art. 123 TFUE vieta il finanziamento monetario diretto degli Stati membri da parte della BCE o delle banche centrali nazionali[356];

- l'art. 130 TFUE sancisce l'indipendenza assoluta della BCE da governi e istituzioni nazionali[357].

Questo assetto disegna una governance post-politica della moneta, in cui la politica monetaria viene sottratta alla dialettica democratica e affidata a un ente tecnocratico il cui unico obiettivo è la stabilità e non l'occupazione, né lo sviluppo, né l'equità. La fiducia è qui già quella tra istituzioni e mercati. Maastricht rappresenta un dispositivo giuridico di

[354] *Articoli 127, 123 e 130 TFUE – GUUE C 202 del 07.06.2016*

[355] Art. 127 TFUE

[356] Art. 123 TFUE

[357] Art. 130 TFUE

de-politicizzazione della sovranità economica, secondo una logica descritta lucidamente da Wendy Brown secondo cui il neoliberismo ma ri-programma lo Stato trasformandolo in garante dell'ordine concorrenziale[358]. La BCE ne diventa l'epicentro ergendosi a istituzione fiduciaria che emette moneta solo se le condizioni macroeconomiche lo giustificano, condizionando in profondità anche le politiche fiscali nazionali.

L'effetto sistemico del Trattato di Maastricht si è manifestato nella capacità di produrre fiducia strutturale tra attori economici, Stati membri e istituzioni europee. La sua funzione va letta allora come atto performativo che ha ristrutturato le aspettative collettive sulla stabilità, (e la cara prevedibilità) del progetto europeo. Per Niklas Luhmann, abbiamo visto, la fiducia è sempre un meccanismo di riduzione della complessità, e così Maastricht va a ridurre l'incertezza sui comportamenti futuri degli Stati, vincolandoli a una serie di regole certificabili[359]. Questo meccanismo genera affidabilità sistemica tra i governi, ma anche tra Stati e mercati finanziari.

A livello operativo, il Trattato possiamo dire aver prodotto una convergenza dei tassi d'interesse sui titoli di Stato, un aumento della credibilità creditizia degli Stati dell'eurozona, un'integrazione finanziaria dei mercati dei capitali europei ed infine un'omogeneizzazione delle politiche macroeconomiche. E tutto ciò è potuto avvenire perché il diritto ha operato come architettura fiduciaria, anticipando il comportamento

[358] W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, 2015, pp. 69–72

[359] N. Luhmann, *La fiducia,* Mulino, 2002, p. 40

degli attori attraverso una normazione preventiva per cui chi viola le regole si trova a perdere la legittimità, e vice versa chi le rispetta accede al *rango* degli affidabili.

4.3 Il passaggio dalla giustizia alla performance in Maastricht

Nel diritto classico-moderno la legge aveva la funzione di porre limiti al potere e di garantire uno spazio di libertà, con Maastricht invece il diritto assume un ruolo performativo che da garanzia lo fa divenire condizione di efficacia. È questo il passaggio da una legalità *giusta* a una legalità *efficiente*. La fiducia che il Trattato promette è quella tra soggetti e sistemi, dove il cittadino diventa affidabile se si conforma ai criteri di responsabilità fiscale, così come a quello di flessibilità lavorativa. Maastricht istituisce così un diritto selettivo, che produce soggettività compatibili con l'ordine neoliberale: lo Stato competitivo e il cittadino-debitore. Sotto questa luce il Trattato di Maastricht è certamente un fondamento costituzionale dell'Unione Europea, ma nulla ci vieta di attribuirgli il ruolo di dispositivo giuridico di soggettivazione che crea fiducia nel mercato regolando i flussi finanziari e modellando il comportamento degli attori pubblici e privati definendo ciò che è ritenuto legittimo e desiderabile.

5. Il Trattato di Lisbona. Consolidamento giuridico del mercato concorrenziale come principio costituzionale.

Firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009, il Trattato di Lisbona rappresenta una rifondazione giuridica dell'Unione Europea, attraverso la modifica sostanziale dei due trattati preesistenti, ovvero il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea, rinominato Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)[360]. La sua è una funzione tecnico-istituzionale, ma altrettanto politica e simbolica nel momento in cui vuole rafforzare, dopo la crisi di legittimità causata dal fallimento della Costituzione Europea (2005), la centralità del mercato come principio regolativo dell'integrazione. Non a caso, nella nuova architettura del Trattato, la concorrenza assume una valenza costituzionale implicita, da obiettivo tra gli altri si erge infatti a criterio guida dell'azione normativa e amministrativa.

All'art. 26 TFUE, il Trattato definisce il mercato interno come "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali[361]", una definizione questa che, apparentemente neutra, rappresenta l'espressione di una costruzione giuridica precisa per cui lo *spazio* geografico è anche ontologico, un campo normativo in cui la vita dei cittadini è preordinata alla mobilità dei fattori produttivi. L'ordine concorrenziale europeo si fonda infatti sul presupposto per cui, per generare

[360] Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, GUUE C 306, 17.12.2007

[361] Art. 26, par. 2 TFUE, versione consolidata – GUUE C 202 del 07.06.2016

fiducia nei mercati, bisogna assicurare che nessun ostacolo di sorta (sia esso statale, sindacale, regolatorio o quant'altro) intralci la libera circolazione. Il diritto protegge le libertà preesistenti e contemporaneamente costruisce uno spazio giuridico conforme alla logica economica. A tal proposito l'art. 3 TUE è emblematico laddove stabilisce che l'Unione mira a "instaurare un'economia sociale di mercato fortemente competitiva[362]". Questa formula rappresenta in realtà quel cuore ideologico del Trattato per cui la *società* è subordinata alla *competitività*, e così l'integrazione sociale è condizionata alla funzionalità economica. L'aggettivo "fortemente" ha poco di casuale, infatti pensare di valutare la competitività come una semplice *qualità desiderabile* è riduttivo, essa diviene infatti obbligo normativo, un vero e proprio criterio di legittimazione dell'azione pubblica. Il Trattato di Lisbona ha inoltre rafforzato la governance economica dell'Unione attraverso due assi principali, ovvero l'estensione delle competenze vincolanti della Commissione europea in materia economica e finanziaria (artt. 121-126 TFUE[363]) e l'istituzionalizzazione del cosiddetto Semestre Europeo, una procedura di coordinamento delle politiche di bilancio e riforma strutturale, che vincola gli Stati membri a un controllo preventivo da parte delle istituzioni UE[364]. Tali strumenti giuridici operano secondo una

[362] Art. 3, par. 3 TUE, versione consolidata – GUUE C 202 del 07.06.2016

[363] Art. 121-126 TFUE, che definiscono il coordinamento delle politiche economiche e la procedura per i disavanzi eccessivi

[364] Il Semestre Europeo è stato formalizzato con la Comunicazione COM(2010) 367, ma i suoi presupposti giuridici si fondano proprio sugli artt. 121-126 TFUE

logica post-nazionale e pre-giuridica inquanto anticipano la volontà legislativa degli Stati e orientano le loro scelte economiche, condizionando peraltro anche l'allocazione dei fondi europei.

Il semestre europeo, formalizzato successivamente ma previsto nei suoi principi da Lisbona, è in effetti un dispositivo fiduciario in quanto serve a dimostrare che gli Stati sono "in regola", che le riforme sono "strutturalmente sane", e che i bilanci sono "sostenibili". È una forma di compliance preventiva che sposta il baricentro della legittimazione dallo spazio pubblico nazionale al monitoraggio tecnico europeo.

5.2 Lisbona come consolidamento dell'"homo oeconomicus europeo"

In sintesi possiamo affermare che il Trattato di Lisbona consolida e perfeziona l'architettura fiduciaria tracciata da Maastricht, estendendola oltre la sfera monetaria e finanziaria. Il diritto europeo produce ora forme di soggettività conformi al paradigma dell'*homo oeconomicus* europeo, ovvero un consociato competitivo e flessibile, e mobile in un'Europa aperta che ne incentiva gli spostamenti. Il linguaggio tecnico del Trattato, con i suoi rinvii a "sostenibilità", "governance", "mercato interno", è la grammatica attraverso cui si produce l'ordine fiduciario europeo. In questa grammatica la legge si presenta come infrastruttura rassicurante quale un meccanismo di stabilizzazione delle aspettative. Come ha mostrato Michel Feher, la razionalità neoliberale invita a performare

fiducia, invita ad essere degni di credito e meritevoli di investimento nel momento in cui si va a dimostrare affidabilità[365]. Il Trattato di Lisbona opera esattamente in questa direzione, quella che legittima il potere dell'UE sulla base della capacità di garantire un ambiente concorrenziale prevedibile e attrattivo per i capitali.

6. La Carta dei Diritti Fondamentali e la tensione tra diritti e mercato

Con Lisbona, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) acquisisce valore giuridico vincolante (art. 6 TUE), al pari dei trattati[366]. A prima vista, potrebbe sembrare un bilanciamento tra razionalità economica e valori sociali. Tuttavia, anche qui la lettura biopolitica mostra un'ambiguità strutturale per cui i diritti, per essere tutelati, devono risultare compatibili con l'ordine concorrenziale. L'art. 16 CDFUE[367] ad esempio stabilisce la "libertà d'impresa", che diventa così un diritto fondamentale europeo, in

[365] Michel Feher, *Le temps des investis. Essai sur la nouvelle question sociale*, La Découverte, 2017

[366] Art. 6, par. 1 TUE: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"

[367] Art. 16 CDFUE: "È riconosciuta la libertà d'impresa conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali."

grado di entrare in collisione con altri diritti, come quello al lavoro (art. 15)[368] o alla protezione sociale (art. 34)[369]. Questo equilibrio è orientato alla tutela della performance economica, ciò secondo la logica tipica della governamentalità neoliberale. Come sottolineato da Alain Supiot, la centralità della libertà economica nei diritti fondamentali riflette una antropologia giuridica neoliberale, in cui il cittadino è concepito prima come produttore/consumatore, e poi come soggetto di diritto[370]. La legge tutela i diritti nella misura in cui non ostacolano il funzionamento del mercato, e la fiducia che ne deriva è condizionata alla conformità dei soggetti.

8. Diritti fondamentali e antropologia neoliberale nella Carta di Nizza

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e divenuta giuridicamente vincolante con il Trattato di Lisbona nel 2009 (art. 6 TUE), segna un momento cruciale nel processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario[371]. Apparentemente distante dalle logiche strettamente

[368] Art. 15 CDFUE: "Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata."

[369] Art. 34 CDFUE: diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale.

[370] Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

[371] Art. 6 TUE: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati nella Carta… che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"

economiche, la Carta si configura, a una lettura più attenta, come un dispositivo di consolidamento della razionalità neoliberale, capace di incorporare i diritti fondamentali all'interno di una logica giuridica fondata sulla competitività. Sin dalla sua struttura generale la Carta riflette una concezione funzionale e adattiva della soggettività giuridica. I diritti vengono qui presentati come condizioni di possibilità della partecipazione attiva al mercato e della conformità all'ordine normativo europeo. Si tratta di un'antropologia della responsabilizzazione e dell'iniziativa individuale di un *homo juridicus* che è, a tutti gli effetti, anche *homo oeconomicus*.

Alcuni articoli rivelano con particolare evidenza la sovrapposizione tra diritti e concorrenza. Fra essi troviamo sicuramente l'Articolo 16 trattante la Libertà d'impresa il cui tenore letterale recita: "È riconosciuta la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale[372]". Questo articolo, apparentemente ovvio nel contesto di un mercato integrato, assume una valenza più profonda se collocato nella logica performativa della fiducia ove l'impresa è autorizzata e soprattutto valorizzata come soggetto primario del progetto europeo, e la sua libertà diviene parametro implicito nella valutazione di ogni altro diritto. È il diritto che struttura lo spazio dell'iniziativa e del rischio calcolato, elementi essenziali per la produzione di fiducia sistemica. Allo stesso modo è bene indugiare sull'Articolo 17 in cui si rinviene il Diritto di proprietà: "Ogni persona ha il

[372] Art. 16 CDFUE: riconosce esplicitamente la libertà d'impresa come diritto fondamentale dell'UE.

diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente[373]". La nozione di proprietà evolve rispetto a quella protettiva della tradizione liberale classica, è una proprietà operativa, intesa come condizione abilitante della partecipazione economica. In una società organizzata sulla valorizzazione continua degli asset, il diritto di proprietà diventa un capitale giuridico, che legittima tanto l'accumulazione quanto la trasmissibilità del valore. Questi due articoli, pur figurando accanto a diritti sociali e politici, occupano una posizione simbolicamente centrale nell'economia interna del testo. Essi esplicitano una tensione fondamentale tra la Carta come *blocco di garanzie* e la Carta come codice genetico della competitività europea. Come ha osservato Grégoire Chamayou, nella governance neoliberale contemporanea, anche i diritti diventano strumenti di selezione e incentivazione, premi per condotte conformi o condizioni minime per essere giuridificabili come soggetti meritevoli[374]. Altresì a mio avviso il valore performativo della Carta emerge con particolare chiarezza laddove essa viene mobilitata per giustificare limitazioni di altri diritti fondamentali in nome della protezione della concorrenza, della proprietà intellettuale o della stabilità economica. Pare esserne un esempio l'art. 52 della Carta il quale recita: "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge, rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, essere

[373] Art. 17 CDFUE: afferma il diritto di proprietà e la possibilità di trasmettere beni.

[374] Grégoire Chamayou, *La société ingouvernable*, La Fabrique, 2018.

necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione[375]".Questa clausola di limitazione, benché presentata come garanzia di equilibrio, diventa nella prassi una soglia mobile attraverso cui il diritto può essere modulato in funzione delle esigenze di mercato. La fiducia prodotta da tale assetto è una fiducia asimmetrica e gerarchica, nella quale i diritti sono continuamente rinegoziabili alla luce della compatibilità economica. È la trasposizione giuridica della governamentalità neoliberale per la quale i diritti sono le leve regolative, nonchè gli indici, di una cittadinanza valutata anche in base alla sua economicità. Il tutto diviene ancora più evidente nelle interpretazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, in diverse sentenze, ha fatto prevalere il principio della libertà d'impresa su altri diritti collettivi, come quello di sciopero o di contrattazione sindacale (si veda, ad esempio, la nota sentenza *Viking Line*, C-438/05)[376]. Laddove si crei una tensione tra diritti sociali e libertà economiche, la giurisprudenza tende a risolverla in favore della funzionalità del mercato, confermando che l'ordine giuridico europeo è orientato teleologicamente alla realizzazione dell'ideale concorrenziale. La Carta rappresenta dunque un espediente che produce soggetti compatibili con le esigenze del mercato integrato. Alain Supiot ha rimarcato il fatto che se è ancora vero che nei regimi di governance contemporanei il

[375] Art. 52 CDFUE: introduce clausola di limitazione generale dei diritti, condizionata a finalità d'interesse generale

[376] CGUE, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, 2007.

diritto serve a garantire l'equilibrio tra forze sociali, è altrettanto veritiero affermare che esso vuole produrre comportamenti attesi, allineati agli obiettivi del sistema[377]. La fiducia che la Carta intende generare pare essere dunque un effetto giuridico-politico, frutto della coerenza tra le aspettative degli attori economici e l'architettura normativa entro cui operano. Infine, non va sottovalutata la dimensione discorsiva e simbolica della Carta. La sua stessa esistenza serve a legittimare l'ordine europeo come compatibile con i diritti e i valori fondamentali, fungendo da schermo ideologico contro le critiche alla tecnocrazia o al deficit democratico. È uno strumento di legittimazione che opera per generare fiducia nelle istituzioni europee anche quando queste promuovono riforme o politiche austeritarie che minano concretamente i diritti sociali. Come ha paventato Wendy Brown, il neoliberismo ingloba e la trasforma la democrazia ridefinendone i presupposti alla luce della razionalità economica[378]. Ecco allora che la Carta di Nizza-Lisbona può essere letta come una delle espressioni giuridiche più raffinate del progetto neoliberale reificato in un catalogo di diritti che, nelle sembianze di strumento di opposizione, funziona in realtà come tecnologia di una fiducia sistemica compatibile con un'economia della competitività. Secondo Joerges[379](2005), la Carta rappresenta un tentativo di coniugare il paradigma dei diritti umani con quello dell'economia sociale di mercato, ma nella pratica

[377] Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

[378] W. Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Zone Books, 2015.

[379] Joerges, C. (2005). *What is left of the European Economic Constitution?*

finisce spesso per privilegiare la sicurezza giuridica degli operatori economici rispetto alla protezione dei soggetti vulnerabili.

La funzione giuridica della Carta dunque nel contesto neoliberale pare essere quella di conformare e razionalizzare un contesto ove i diritti diventano indicatori di conformità a un ordine di mercato. L'imprenditore, il lavoratore flessibile, il consumatore informato si trovano ad essere tutti soggetti modellati da un impianto normativo che, pur rivestito di dichiarazioni universalistiche, mira a rendere prevedibile e affidabile l'azione economica. Questo fenomeno è ben descritto ancora da Alain Supiot, il quale critica la trasformazione del diritto del lavoro e dei diritti sociali in mere "variabili regolative" del mercato: "I diritti non sono più ciò che protegge dal mercato, ma ciò che consente al mercato di funzionare meglio"[380]. La libertà d'impresa diventa quindi uno strumento normativo attraverso cui l'Unione rassicura gli investitori e sancisce la legittimità del capitale, andando così a vincolare le politiche pubbliche a un criterio di compatibilità concorrenziale.

Nel quadro più ampio della governance europea, la Carta agisce come garante simbolico della neutralità e della prevedibilità del diritto dell'Unione. Essa mostra agli attori economici che anche i diritti sono compatibili con la razionalità del mercato e che anzi la loro codificazione può essere funzionale alla competitività. La Carta offre un quadro unificato di riferimento, utile a rassicurare investitori e Stati membri circa la coerenza

[380] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, cit.

dell'ordinamento europeo e svolge una funzione di *compliance semantica*, armonizzando linguaggio giuridico e linguaggio economico. Si tratta, in definitiva, di una forma di fiducia normativamente indotta, in cui il diritto fondamentale lo rende legittimo e affidabile il mercato.

Il Trattato di Amsterdam e la fiducia nell'ordine competitivo

Firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999, il Trattato di Amsterdam si inserisce in un momento cruciale del processo di integrazione europea, collocandosi tra il Trattato di Maastricht (1992) e il successivo Trattato di Nizza (2001)[381]. Se Maastricht ha istituito le basi formali dell'Unione economica e monetaria, Amsterdam rappresenta il tentativo di razionalizzare e consolidare l'apparato normativo e istituzionale dell'Unione in vista dell'introduzione concreta dell'euro (1 gennaio 1999) e dell'imminente allargamento a Est. Il Trattato, senza introdurre trasformazioni dirompenti, opera invece dispositivo di raffinamento giuridico e politico, rafforzando la coerenza interna dell'ordinamento europeo e aumentando la prevedibilità e l'affidabilità delle sue decisioni. Esso contribuisce in modo sostanziale a costruire fiducia sistemica sia presso

[381] Trattato di Amsterdam, GU C 340 del 10.11.1997; entrata in vigore art. 14 TUE

gli Stati membri che presso i mercati finanziari[382]. Uno degli obiettivi principali del Trattato di Amsterdam è quello di semplificare e rendere più leggibile il diritto europeo in un'ottica di trasparenza e comprensibilità. Viene avviata una codifica e riorganizzazione dei trattati precedenti per eliminare sovrapposizioni e contraddizioni. Ma questa operazione giuridica non è neutrale, infatti la razionalizzazione delle fonti giuridiche dell'Unione e la semplificazione procedurale si trovano a divenire strumenti fondamentali per rafforzare la legittimità dell'ordine giuridico europeo e quindi per accrescere la fiducia dei cittadini e degli attori economici nella coerenza e prevedibilità dell'azione normativa dell'UE[383]. Viene inoltre ampliato l'uso della procedura di codecisione (oggi procedura legislativa ordinaria), che assegna maggiori poteri al Parlamento europeo e favorisce un'immagine dell'Unione come spazio democratico e stabile[384]. Tale immagine è cruciale per instillare fiducia in un progetto che, sebbene guidato da logiche economiche, ha bisogno di una legittimazione politica diffusa per reggere l'infrastruttura normativa del mercato unico.

Un altro punto chiave riguarda l'integrazione esplicita dell'occupazione tra le competenze dell'Unione. L'articolo 2 del Trattato afferma che l'Unione mira "alla promozione di un

[382] Considerando e finalità del Trattato; v. anche consolidamento normativo nel sito EUR-Lex, sintesi TUE/TCE 1997

[383] "Trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e i trattati che istituiscono le Comunità europee" - testo consolidato, 1997

[384] Art. 251 CE, introdotto da Amsterdam; oggi art. 294 TFUE

elevato livello di occupazione e di protezione sociale[385]", mentre il nuovo Titolo VIII del Trattato che istituisce la Comunità europea (ex TCE, oggi TFUE) è interamente dedicato alla politica dell'occupazione (artt. 125-130 TFUE)[386]. Questa apparente *svolta sociale* la declina la razionalità neoliberale in una forma performativa e attivazionale per cui l'occupabilità (employability) diventa il nuovo paradigma, ed in cui la disoccupazione è più interpretata come mancanza di adeguamento del soggetto alle esigenze del sistema. In altre parole il Trattato inaugura una logica normativa in cui il diritto al lavoro si trasforma in dovere di attivazione, e l'inclusione sociale si misura in termini di adattabilità del capitale umano. È questa la logica sottostante alla "strategia europea per l'occupazione" (European Employment Strategy), lanciata proprio dopo Amsterdam[387], che verrà poi sviluppata nel quadro della Strategia di Lisbona (2000) e integrata nelle riforme promosse con i fondi strutturali e il Fondo Sociale Europeo Plus (FSE+)[388]. L'intero dispositivo produce fiducia nel mercato del lavoro europeo, ma lo fa trasformando il lavoratore in soggetto imprenditoriale di sé, conforme al paradigma dell'*homo economicus* flessibile e formabile.

[385] Art. 2 TCE, modificato da Amsterdam

[386] Articoli 125–130 TFUE, già Titolo VIII TCE post-Amsterdam

[387] Consiglio europeo di Lussemburgo, 1997; v. anche Strategia di Lisbona, 2000

[388] Regolamento (UE) 2021/1057, istitutivo del FSE+

Pur non introducendo nuovi capitoli economici, il Trattato di Amsterdam consolida e rafforza la centralità del mercato interno, ormai concepito come orizzonte normativo totalizzante[389]. La libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone già prevista dal Trattato di Roma viene riaffermata come pilastro intangibile, da proteggere anche rispetto alle eventuali derive nazionali[390]. Viene inoltre ribadita l'importanza del principio della concorrenza libera e non falsata (oggi all'art. 3, comma 3, TUE), principio che oltre a guidare l'intervento della Commissione europea in materia di aiuti di Stato, antitrust e regolazione dei mercati, ma che struttura la legittimità dell'azione pubblica facendo sì che una norma, un investimento, un programma sociale siano legittimi e legittimabili solo se non alterano la neutralità del mercato e non turbano il principio della competizione equa. Questa torsione normativa contribuisce a rafforzare la fiducia degli investitori e degli operatori economici nell'ordine giuridico europeo che si presenta come garante della prevedibilità del contesto concorrenziale e della sua certezza.

Infine è bene ravvisare come il Trattato di Amsterdam estenda le competenze dell'Unione in materia di giustizia e affari interni, introducendo i temi dell'immigrazione, dell'asilo, della cooperazione giudiziaria e di polizia nello spazio comunitario[391]. Qui si intravede la

[389] Art. 14 TCE post-Amsterdam; oggi art. 26 TFUE

[390] *Art. 3(1)(g) TCE modificato da Amsterdam; oggi art. 3(3) TUE*)

[391] Titolo VI TUE; introduzione della "cooperazione rafforzata" in giustizia e affari interni

nascita di un paradigma di governance della sicurezza intesa come precondizione della fiducia istituzionale e del funzionamento del mercato. In particolare la gestione dei flussi migratori in chiave selettiva, come poi verrà formalizzato nel Patto Europeo sull'Immigrazione del 2008 e nei regolamenti di Schengen, non è estranea alla logica neoliberale in quanto volta a selezionare forza lavoro utile, scoraggiare presenze improduttive, e non ultimo a rafforzare la fiducia dei cittadini-consumatori nella tenuta delle frontiere[392]. Anche qui la sicurezza funziona come garanzia fiduciaria dell'ordine sociale ed economico.

Possiamo dunque sostenere che il Trattato di Amsterdam rappresenti un punto di svolta strategico nella costruzione della fiducia neoliberale attraverso il diritto. Attraverso un lavoro tecnico di armonizzazione normativa, l'istituzionalizzazione dell'"occupabilità", la riaffermazione della concorrenza e l'estensione della governance della sicurezza, esso rafforza l'immagine dell'Unione come spazio giuridico funzionale alla performatività del mercato. La legge così ancora una volta pare spingersi a voler modellare soggetti ed a costruire fiducia.

10. Il Trattato di Nizza

[392] *Consiglio Europeo, "Pacte européen sur l'immigration et l'asile", 2008; Regolamento (CE) n. 562/2006 – Codice Frontiere Schengen*)

Detto trattato è stato firmato il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1 febbraio 2003, e rappresenta uno snodo tecnico ma decisivo nel processo di integrazione europea[393]. A dispetto del suo apparente minimalismo riformista, esso si colloca in un passaggio strategico per l'Unione fra la preparazione all'allargamento a Est (avvenuto nel 2004), e la necessità di garantire la funzionalità delle istituzioni europee in un contesto di espansione senza precedenti. Se Maastricht ha dato forma al mercato unico e Amsterdam ha razionalizzato il diritto comunitario, Nizza interviene come dispositivo di ingegneria istituzionale, costruendo fiducia procedurale nella capacità dell'Unione di reggere il peso dell'unificazione economica e politica[394]. L'obiettivo principale del Trattato di Nizza è la riforma del funzionamento delle istituzioni comunitarie, questo al fine di renderle adatte ad un'Unione che sarebbe presto passata da 15 a 25 Stati membri[395]. Le modifiche riguardano principalmente quella che è la ponderazione dei voti in Consiglio, la composizione della Commissione europea (che sarà ridefinita per evitare un'inflazione di commissari), l'estensione delle decisioni a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, ed infine il rafforzamento della cooperazione rafforzata tra Stati membri. In apparenza tutte queste modifiche potrebbero sembrare meramente tecniche, ma la lettura che può essere data a queste innovazioni è quella di condizioni procedurali di affidabilità del

[393] Trattato di Nizza, GUCE C 80 del 10 marzo 2001

[394] M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 41

[395] Trattato di Nizza, artt. 3-4 e protocolli annessi, GUCE C 80/2001

sistema per la quale l'UE, per mantenere la fiducia degli attori economici e degli Stati membri, deve garantire che le sue istituzioni funzionino anche in un contesto di complessità crescente[396]. L'efficienza e la riduzione del rischio di paralisi diventano valori sistemici, fondamentali per sostenere la stabilità dell'euro, del mercato interno e della concorrenza. La costruzione della fiducia in questo caso passa attraverso la prevedibilità di procedure volte a far apparire l'Unione come uno spazio giuridico affidabile in grado di agire in modo coerente e tempestivo anche sotto pressione.

Il Trattato di Nizza appare dunque funzionale a uno scenario di integrazione economica estesa: con l'ingresso simultaneo di dieci nuovi Paesi nel 2004 (tra cui Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Lettonia, Lituania), l'Unione si trova a dover integrare economie profondamente eterogenee all'interno di un quadro normativo uniforme, capace di garantire la concorrenza e la compatibilità macroeconomica[397]. L'allargamento da questo punto di vista è atto politico e strategia di mercato volta ad aprire nuovi spazi di investimento, ad ampliare la base produttiva, a permettere di disporre di forza lavoro a basso costo, sino ad arrivare all'esportazione di standard normativi favorevoli agli interessi del capitale transnazionale. Perché questa strategia sia efficace è necessario però che le regole del gioco siano percepite come stabili, ed è proprio questo

[396] P. Craig – G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 26-30

[397] A. von Bogdandy – J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 47

uno dei compiti cui il Trattato di Nizza è destinato volendo agire come garante dell'omogeneizzazione giuridica tra vecchi e nuovi Stati membri. È così che il diritto europeo assume una funzione performativa di armonizzazione competitiva, capace di generare fiducia tanto nei soggetti istituzionali quanto negli operatori di mercato.

Il Trattato di Nizza sancisce altresì in modo implicito ma radicale l'equivalenza tra razionalità giuridica ed efficienza sistemica. È sbagliato pensare che la riforma delle istituzioni sia motivata da un'esigenza democratica o da un'espansione dei diritti, questo in quanto è forse più indicato attribuire questa evoluzione alla necessità di garantire la funzionalità del mercato interno in un contesto ampliato. È questo il punto teorico che rende questo documento rilevante per questa tesi: Nizza mostra come la governance giuridica europea si pieghi sempre più alla logica della performance e della scalabilità istituzionale. Si assiste in altre parole alla normalizzazione normativa del linguaggio aziendale all'interno del diritto europeo in un poker di concetti chiave quali efficienza, semplificazione, razionalizzazione e competitività[398]. La forma-stato si trasforma in impresa normativa e la fiducia si costruisce oltre che su basi etico-politiche ora anche su indici di funzionamento organizzativo.

Infine è bene anche provare ad osservare come Nizza si ponga come anello di congiunzione tra il progetto neoliberale originario (codificato a Maastricht) e la sua

[398] M. Dawson, *The Governance of EU Fundamental Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 54-56

accelerazione post-crisi (espressa dal Fiscal Compact). Il Trattato inaugura infatti un paradigma giuridico ibrido in cui le istituzioni sono rese più snelle per meglio adattarsi ai vincoli di mercato, la governance si decentra, divenendo però maggiormente vincolante, e non ultima la legittimità dell'UE viene a giocarsi sulla capacità di *funzionare bene*. Questa transizione segna l'emergere di un nuovo tipo di fiducia abbandona il suo legame con la promessa politica i favore della reputazione procedurale. È questa la fede neoliberale nella governance, che Nizza consolida giuridicamente.

Il Trattato di Nizza dunque, a prima vista tecnico e marginale, possiamo concludere possa rappresentare in realtà una tappa essenziale nel consolidamento dell'ordine giuridico neoliberale europeo[399]. Attraverso la riforma delle istituzioni, la preparazione all'allargamento e l'omogeneizzazione normativa, Nizza rafforza la fiducia nella capacità dell'Unione di governare la complessità mantenendo saldi i principi della concorrenza e dell'efficienza.

11. Regolamentazione della concorrenza e disciplina degli aiuti di Stato

[399] J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999

Il principio della concorrenza rappresenta uno dei cardini normativi dell'architettura giuridico-economica dell'Unione Europea[400]. Tale principio si radica storicamente nel Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (Roma, 1957), all'articolo 3, lettera f), dove si prevede "l'instaurazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno", disposizione oggi trasfusa nell'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE) e nell'art. 119 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Il *corpus* normativo che disciplina la concorrenza è prevalentemente contenuto nel Titolo VII, Capo 1, del TFUE (artt. 101-109), che si articola in tre assi portanti quali: il divieto di intese restrittive della concorrenza (art. 101 TFUE); il divieto di abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE); e la disciplina degli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE)[401]. Queste disposizioni, anch'esse papabili di essere considerate meri strumenti tecnici, svolgono in realtà una funzione performativa fondamentale nel plasmare l'orizzonte istituzionale europeo come spazio fiduciario della concorrenza[402]. Esse infatti operano una normazione anticipatoria e selettiva degli attori economici, finalizzata alla garanzia della già citata *purezza* del mercato e all'affidabilità delle sue dinamiche competitive.

---

[400] Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, Roma 1957, art. 3, lett. f; oggi art. 3, par. 3, TUE e art. 119 TFUE

[401] Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202, 7.6.2016

[402] P. Craig – G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 939-942

L'art. 101 TFUE vieta, tra le imprese, "tutti gli accordi, decisioni e pratiche concordate" che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno[403]. Il campo di applicazione della norma è ampio e ha conosciuto un'estensione interpretativa notevole nella prassi della Direzione Generale della Concorrenza (DG COMP) e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Al fianco dell'obiettivo di impedire cartelli o pratiche collusive, si discela qui anche quello rassicurare il mercato circa il fatto che ogni soggetto agisce secondo logiche meritocratiche e non oligopolistiche.

Allo stesso modo, l'art. 102 TFUE vieta l'abuso di posizione dominante da parte di imprese o gruppi economici, tutelando il mercato contro la coercizione economica così come contro la formazione di *aspettative* monopolistiche[404]. Questo assetto produce un orizzonte normativo in cui la concorrenza è continuamente sorvegliata e garantita, una condizione questa necessaria per costruire fiducia nei consumatori e negli stessi attori economici. Un esempio emblematico a tal proposito è costituito dal caso Google Search (Shopping) (Decisione della Commissione C(2017) 4444 final), in cui la Commissione Europea ha sanzionato Google per abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di comparazione dei prezzi, imponendo una multa di 2,42 miliardi di euro[405].

---

[403] R. Whish – D. Bailey, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 120-127

[404] G. Monti, *EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 145-150

[405] Commissione Europea, Decisione C(2017) 4444 final del 27 giugno 2017, Google Search (Shopping)

Analogamente, i casi Apple Ireland (SA.38373) e Amazon Luxembourg (SA.38944), relativi a ruling fiscali selettivi, mostrano come la Commissione interpreti in senso ampio il concetto di vantaggio concorrenziale ingiustificato[406].

Gli articoli 107-109 TFUE regolano la materia degli aiuti di Stato[407]. L'art. 107, par. 1, stabilisce che "sono incompatibili con il mercato interno […] gli aiuti concessi dagli Stati […] che falsano o minacciano di falsare la concorrenza[408]". In questa disposizione si esplicita il ruolo della Commissione Europea quale garante dell'equilibrio concorrenziale ove ogni intervento pubblico che alteri le dinamiche competitive è considerato potenzialmente lesivo della fiducia sistemica nel mercato.

Il quadro normativo si è ulteriormente strutturato con l'adozione della Disciplina sugli aiuti di Stato a finalità regionale 2021-2027 (Comunicazione della Commissione 2021/C 153/01), del Quadro Temporaneo per gli aiuti di Stato durante la pandemia di COVID-19 (C/2020/1863) e dei successivi Temporary Crisis Framework per il supporto economico in contesto di crisi (crisi energetica, guerra in Ucraina)[409]. In tali atti si nota chiaramente la tensione tra protezione della concorrenza e necessità di intervento pubblico, risolta

---

406 Commissione Europea, Decisione C(2016) 5605 final del 30 agosto 2016, State aid SA.38373 – Ireland/Apple; Commissione Europea, Decisione C(2017) 6740 final del 4 ottobre 2017, State aid SA.38944 – Luxembourg/Amazon

407 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, art. 107-109

408 art. 107, par. 1, TFUE

409 Comunicazione della Commissione 2021/C 153/01; Comunicazione della Commissione C/2020/1863 del 19 marzo 2020; Comunicazione della Commissione C/2022/7945 final del 28 ottobre 2022

mediante l'introduzione di condizioni molto stringenti per l'autorizzazione degli aiuti. Come sottolineato da Wolf Sauter (2013), la disciplina europea degli aiuti di Stato si fonda su un paradigma di fiducia condizionata in cui lo Stato può intervenire, ma solo entro i limiti che garantiscano il primato della competizione[410]. In questa logica la Commissione Europea funge da arbitro della "giustizia economica", decidendo chi può ricevere aiuto senza turbare l'equilibrio del gioco concorrenziale[411].

La regolamentazione della concorrenza si configura pertanto come un dispositivo giuridico di produzione di fiducia istituzionale. Le norme antitrust e sulla disciplina degli aiuti garantiscono certamente l'equità procedurale, ma performano altresì un'immagine di mercato affidabile e meritocratico[412]. Esse codificano quell'ideologia del *fair play* economico che costituisce la base simbolica e normativa su cui si fonda la legittimità dell'Unione agli occhi dei cittadini, delle imprese e degli investitori internazionali[413]. Come ha rilevato anche Damien Gerard (2015), l'antitrust europeo ha assunto una funzione "costituzionale", ovvero quella di garantire un ordine economico nel quale la fiducia è il risultato di una sorveglianza giuridica continua. Ecco allora che la concorrenza compie il salto di *status* da strumento economico a valore normativo e performativo che

---

[410] W. Sauter, *State Aid Policy in the European Community*, Kluwer Law International, 2013, pp. 45-50

[411] D. Gerard, "The Constitutiona Function of EU Antitrust Law", in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1247-1278

[412] artt. 101-109 TFUE, OJ C 202, 7.6.2016

[413] D. Gerard, cit.

disciplina l'accesso al mercato e orienta le condotte nel senso dell'efficienza e dell'adattamento.

Uno degli esempi più emblematici della funzione sistemica e fiduciaria del diritto antitrust europeo è rappresentato dal sopracitato caso *Google Search (Shopping)*, che ha visto la Commissione europea sanzionare Google per un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di ricerca comparativa di prodotti[414]. Nel 2017 la Commissione ha inflitto a Google una multa di 2,42 miliardi di euro per aver sistematicamente favorito il proprio servizio di comparazione prezzi, *Google Shopping*, nei risultati di ricerca, a scapito di concorrenti verticali specializzati.[415] La decisione, fondata sull'articolo 102 TFUE, ha segnato un momento cruciale nell'interpretazione evolutiva del concetto di concorrenza leale. La Commissaria alla concorrenza Margrethe Vestager ha affermato che il comportamento di Google andava a "negare ai consumatori una scelta reale soffocando così l'innovazione"[416]. Così il ruolo della Commissione oltrepassa quello di tutela *ex post* dell'equilibrio concorrenziale, si va a configurare come dispositivo di produzione della fiducia *ex ante* nelle dinamiche del mercato digitale, inteso come spazio regolato e aperto alla partecipazione equa di tutti gli attori. La Corte Generale dell'UE nel 2021 ha poi

---

[414] Commissione Europea, Decisione C(2017) 4444 final, Google Search (Shopping), 27 giugno 2017

[415] art. 102 TFUE; Commissione Europea, Decisione C(2017) 4444 final

[416] Commissione Europea, *Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service*, IP/17/1784, Bruxelles, 27 giugno 2017

confermato la decisione della Commissione, affermando che Google aveva favorito indebitamente i propri servizi attraverso un trattamento preferenziale nei risultati di ricerca, in violazione dei principi di concorrenza effettiva[417]. Questa sentenza ha rafforzato l'idea secondo cui la concorrenza è una condizione del mercato e una logica normativa della fiducia sistemica, capace di legittimare l'intervento regolativo in settori ad alta concentrazione. La dottrina ha così rilevato come il caso Google evidenzi una torsione della disciplina antitrust, da strumento di protezione della libertà economica a meccanismo di produzione di fiducia istituzionale in un ambiente economico dominato dalle piattaforme[418]. Pinar Akman ci parla di un approccio della Commissione il quale riflette un'idea di concorrenza performativa, dove la neutralità dell'accesso ai mercati digitali è vista come pre-condizione per la libertà di scelta e per la credibilità del sistema nel suo complesso[419]. È così che l'intervento antitrust assume un valore pedagogico e simbolico andando ristabilire l'idea che l'UE sia in grado di disciplinare gli attori dominanti, garantendo un ecosistema equo[420]. Si tratta di sanzionare un illecito nello stesso momento in cui si conferma pubblicamente l'esistenza di un ordine normativo affidabile, capace di contenere le asimmetrie prodotte dal capitalismo digitale. È rilevabile

[417] Tribunale UE, Sentenza T-612/17, Google Shopping, 10 novembre 2021

[418] P. Akman, "A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets", *Journal of Antitrust Enforcement*, 2021, pp. 1-29

[419] P. Akman, cit.

[420] Commissione Europea, Decisione C(2017) 4444 final; Trib. UE, T-612/17, cit.

l'antitrust europeo ha progressivamente acquisito una funzione sistemica che si confà nel mantenere alta la fiducia degli operatori economici nel fatto che il mercato sia governato da regole prevedibili, applicabili anche ai giganti tecnologici. Il caso appena citato evidenzia dunque la funzione performativa della concorrenza come criterio normativo centrale. La fiducia nel mercato digitale viene costruita attraverso interventi volti a preservare la visibilità e l'accessibilità delle informazioni, trasformando la neutralità algoritmica in oggetto di regolazione giuridica. Il diritto opera quindi come infrastruttura normativa dell'informazione, modellando le dinamiche della visibilità e dell'accesso come forme di equità concorrenziale.

Ma questo non è l'unica fattispecie giurisprudenziale che si può ovviamente citare. Durante la crisi pandemica del 2020, molti Stati membri hanno adottato misure straordinarie per sostenere le imprese strategiche. Tra questi, il caso Lufthansa è particolarmente significativo per questo lavoro in quanto mostra come la disciplina sugli aiuti di Stato sia stata temporaneamente adattata per preservare la fiducia sistemica nella resilienza del mercato[421]. Nel maggio 2020, il governo tedesco ha notificato alla Commissione un piano di salvataggio per 9 miliardi di euro a favore di Lufthansa, articolato in tre componenti: partecipazione statale al capitale (20%), obbligazioni

[421] Commissione Europea, Decisione SA.57153 (2020/N) – Germania, "COVID-19 – Aid to Lufthansa", 25 giugno 2020

convertibili e prestiti garantiti[422]. La Commissione ha approvato l'operazione il 25 giugno 2020 sulla base del Temporary Framework per gli aiuti di Stato adottato il 19 marzo 2020 e più volte aggiornato[423]. In base a tale quadro la Commissione ha ritenuto che l'intervento fosse necessario, proporzionato e temporaneo, e che non avrebbe alterato indebitamente le condizioni concorrenziali nel mercato aereo europeo[424]. Lufthansa ha accettato misure di compensazione, come la cessione di slot aeroportuali a concorrenti, a garanzia del rispetto della concorrenza[425]. Il caso Lufthansa ci è qui utile perché evidenzia come la flessibilizzazione temporanea delle regole concorrenziali evita di contraddire la razionalità neoliberale, andandone invece a costituire una espressione adattiva[426]. La deroga alla disciplina classica degli aiuti è giustificata dalla necessità di preservare fiducia nella continuità del mercato, evitando il collasso di operatori sistemici che avrebbero potuto compromettere l'intero ecosistema competitivo[427]. Daniela Gabor ha puntualizzato con efficacia come questo tipo di intervento statale non rappresenti un ritorno al keynesismo, bensì una forma di "stato di emergenza neoliberale", in cui le misure straordinarie sono giustificate dal bisogno di sostenere la fiducia dei mercati e degli

---

[422] ibid

[423] Commissione europea, *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, 19 marzo 2020

[424] Decisione SA.57153 (2020/N), cit.

[425] ibid.

[426] D. Gabor, "Critical macro-finance: A theoretical lens", *Finance and Society*, 2021, pp. 1-23

[427] Comunicazione C(2020) 1863 final, cit.

investitori nella stabilità dell'ordine economico vigente[428]. Inoltre, l'analisi del caso Lufthansa permette di introdurre un tema fondamentale, ovvero quello della giuridificazione della resilienza, che si traduce nella codificazione normativa della capacità di assorbire shock economici come prerequisito fiduciario. In tal senso l'azione della Commissione diventa uno strumento simbolico di garanzia della continuità dell'ordine di mercato, in piena coerenza con la logica performativa del diritto europeo[429].

Da citare è poi anche il caso Amazon, questo inquanto offre un esempio di come la disciplina antitrust europea sia utilizzata per produrre fiducia sistemica nei confronti del mercato digitale[430]. Nel novembre 2020, la Commissione europea ha avviato una procedura antitrust (AT.40462) contestando ad Amazon l'uso abusivo dei dati dei venditori indipendenti che operano sulla sua piattaforma per favorire i propri prodotti e servizi[431]. Il 20 dicembre 2022 l'indagine si è conclusa con un impegno vincolante da parte di Amazon a non utilizzare tali dati e a garantire pari accesso ai suoi servizi logistici (Decisione della Commissione C(2022) 9500 final)[432]. La rilevanza di questo caso va ben

[428] D. Gabor, cit.

[429] Decisione SA.57153 (2020/N), cit.

[430] Commissione Europea, *Antitrust: Commission accepts commitments by Amazon on e-commerce marketplace and ancillary services*, Decisione C(2022) 9500 final, caso AT.40462, Bruxelles, 20 dicembre 2022

[431] ibid.

[432] ibid

oltre la semplice correzione di una distorsione concorrenziale perché come sottolineato da alcuni commentatori (Monti 2021), si tratta di una forma di "regolazione attraverso enforcement" in cui il diritto antitrust diventa un meccanismo para-regolatorio di disciplinamento dei comportamenti di piattaforme che svolgono funzioni quasi-sovrane nel mercato. La fiducia che ne risulta (tanto da parte dei consumatori quanto degli operatori terzi) è performata giuridicamente attraverso una promessa di imparzialità algoritmica e di trasparenza infrastrutturale. L'antitrust così si trasforma in una tecnologia normativa punisce gli abusi e modella gli standard di condotta desiderabili per gli attori dominanti del capitalismo digitale. Questo caso evidenzia l'uso della disciplina sugli aiuti di Stato come strumento per garantire la purezza della concorrenza e prevenire la concorrenza fiscale sleale tra Stati membri. Qui l'intervento della Commissione rafforza la fiducia nel mercato come spazio competitivo regolato da regole comuni, mostrando come la legge agisca come dispositivo di controllo e di omologazione comportamentale per gli attori economici, siano essi imprese o Stati.

Un discorso analogo può essere fatto per il caso Microsoft, che rappresenta una delle più celebri e articolate battaglie antitrust nella storia dell'UE[433]. La Commissione Europea ha avviato una procedura già nel 1998 (caso COMP/C-3/37.792), culminata in una decisione

[433] Commissione Europea, Decisione COMP/37.792 — Microsoft, 24 marzo 2004; Decisione 2007/53/CE

del marzo 2004 che sanzionava Microsoft con una multa di 497 milioni di euro per abuso di posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi[434]. Le condotte contestate riguardavano l'integrazione forzata del software Windows Media Player nel sistema operativo Windows e il rifiuto di fornire informazioni tecniche ai concorrenti che avrebbero permesso l'interoperabilità (Decisione 2007/53/CE)[435]. Oltre al rilevante impatto economico, il caso ha contribuito a stabilire una nuova grammatica della fiducia digitale facendo divenire interoperabilità, accesso equo alle infrastrutture e prevenzione delle pratiche escludenti parametri normativi per valutare il comportamento degli operatori dominanti[436]. Il diritto qui agisce come sistema di codifica della legittimità economica[437]. È Nicolas Petit (2020) ad osservare come il diritto della concorrenza europeo agisca oggi come una forma di "*moral suasion istituzionale*" che trasforma il diritto positivo in *ethos* competitivo dove le imprese devono essere "meritevoli" di fiducia, e dove tale merito viene costruito attraverso la loro compliance con i modelli normativi imposti dalla Commissione[438]. Qui emerge con chiarezza l'idea di concorrenza come ordine normativo della trasparenza e dell'interoperabilità. La legge costruisce fiducia nel

[434] ibid.

[435] ibid.

[436] D. Geradin, "Microsoft and the Interoperability Remedy", *World Competition Law and Economics Review*, 2005, pp. 511-536

[437] G. Ghidini, *oncorrenza e Mercato*, Giuffrè, Milano, 2013

[438] N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020

mercato vietando pratiche sleali, ma anche imponendo condizioni per la cooperazione tecnica tra attori economici, generando un ambiente prevedibile, *trustworthy* per l'innovazione.

Nello specifico la decisione della Commissione europea del 24 marzo 2004 (COMP/37.792 Microsoft) ha stabilito che la società statunitense aveva abusato della sua posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per PC, violando l'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE)[439]. In particolare, la Commissione ha individuato due pratiche anticoncorrenziali ovvero il rifiuto di fornire informazioni di interoperabilità ai concorrenti, impedendo loro di sviluppare software compatibili con Windows e l'integrazione forzata di Windows Media Player nel sistema operativo, compromettendo la concorrenza nel mercato dei lettori multimediali[440]. La Commissione ha poi conseguentemente irrogato una multa pari a 497 milioni di euro, una delle più elevate fino a quel momento, accompagnata da un ordine di porre fine alle pratiche anticoncorrenziali e di rendere disponibili le specifiche tecniche necessarie per l'interoperabilità[441].

Il caso Microsoft costituisce un punto di svolta quindi sia per la politica di concorrenza europea, ma anche per la configurazione normativa di un'infrastruttura fiduciaria

[439] Commissione Europea, Decisione 2007/53/CE relativa al caso COMP/37.792 Microsoft, GU L 32 del 6.2.2007

[440] ibid.; Corte di giustizia, causa T-201/04, *Microsoft Corp. v Commissione*, EU:T:2007:289

[441] Decisione COMP/37.792 — Microsoft, cit.;

digitale[442]. L'insistenza della Commissione sull'interoperabilità assume la valenza di un dispositivo normativo volto a garantire un ambiente competitivo equo in cui la fiducia istituzionale viene performata attraverso la pretesa di neutralità tecnologica, codificata in forma giuridica[443]. Come osservato in dottrina (Geradin, 2005; Ghidini, 2013), la decisione Microsoft segna un passaggio in cui la tutela della concorrenza assume una funzione eminentemente regolativa, divenendo strumento per la modellazione dell'ecosistema digitale europeo[444]. La concorrenza tutela le imprese, ma si trova così a costruire un ordine prevedibile in cui i soggetti economici inclusi gli utenti finali possano operare secondo criteri di trasparenza e responsabilità.

Il caso Microsoft, così come altri procedimenti successivi (come l'affaire Google Android o il più recente Digital Markets Act), dimostra come la giurisprudenza antitrust europea voglia essere un meccanismo di repressione degli abusi con il piglio dispositivo performativo, capace di produrre fiducia attraverso l'anticipazione normativa di un certo tipo di mercato. Questo mercato, a sua volta, si fonda sulla fiducia nell'equilibrio concorrenziale come condizione di giustizia economica. Secondo l'interpretazione proposta da Pierre Rosanvallon, le istituzioni contemporanee sono chiamate infatti a dimostrare costantemente la propria legittimità attraverso azioni che stabiliscano l'equità

[442] D. Geradin, *Journal of Competition Law and Economics Review*, 2005

[443] G. Ghidini, *concorrenza e mercato*, Giuffrè, Milano, 2013

[444] Geradin, 2005, cit.; Ghidini, 2013, cit.

delle condizioni[445]. La giurisprudenza UE risponde a questa logica, producendo una fiducia come effetto strutturato di un'azione giudiziale regolativa[446]. Il caso Microsoft ci illustra così anche un meccanismo di soggettivazione economica dove le imprese sono indotte a concepire se stesse come entità di profitto conformi a una razionalità sistemica che include la condivisione di standard, la cooperazione tecnica e la responsabilità verso l'ecosistema di riferimento[447]. L'azione della Commissione mira dunque alla produzione di comportamenti *compliant* tramite la punizione, anticipando quello che sarà il cuore del diritto digitale europeo.

Anche il caso Intel, conclusosi con una sentenza della Corte di giustizia nel 2022 (C-413/14 P), merita attenzione[448]. Dopo una lunga vicenda che ha visto la Commissione infliggere a Intel una multa di 1,06 miliardi di euro nel 2009 per presunti sconti anticoncorrenziali offerti ai produttori di computer, la Corte ha infine annullato la decisione per insufficienza di prove sulla reale capacità escludente delle pratiche contestate[449]. Questo caso mostra i limiti e le tensioni interne del diritto antitrust come

---

[445] P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008

[446] N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020

[447] v. Corte di giustizia, causa T-201/04, cit.; Petit, 2020, cit.

[448] Corte di giustizia, causa C-413/14 P, *Intel Corp. v Commissione*, EU:C:2017:632; Tribunale, causa T-286/09 RENV, *Intel Corp. v Commissione*, EU:T:2022:19

[449] Commissione Europea, Decisione C(2009) 3726 final, caso COMP/37.990 - Intel

dispositivo fiduciario in quanto la fiducia performata dalla Commissione deve sempre andare a misurarsi con le garanzie procedurali e con l'onere della prova, pena il rischio di trasformare il diritto in uno strumento arbitrario. Tuttavia anche in questo caso l'effetto di soggettivazione rimane intatto, con l'idea che le grandi imprese tecnologiche debbano adattarsi a criteri di trasparenza, equità e accountability ormai parte integrante dell'ambiente normativo europeo. Come nota Thomas Streinz (2021), si assiste a una giuridificazione della fiducia computazionale che mira a stabilire condizioni prevedibili per la crescita del mercato digitale europeo[450]. L'antitrust protegge, oltre che la concorrenza, la possibilità stessa di credere che essa esista in forma regolata[451]. Ed il caso mostra come la giurisprudenza UE richieda oltre che il rispetto formale delle norme, anche la dimostrazione economica dell'effetto anticoncorrenziale. Ciò implica una razionalità performativa del diritto, che mira a produrre effetti prevedibili e legittimanti nel mercato, rafforzando la fiducia degli attori economici nella capacità delle istituzioni europee di regolamentare in modo equo e tecnicamente fondato.

Questo procedimento in particolare è ritenuto uno dei casi più complessi e dibattuti nella storia del diritto antitrust europeo in quanto ha messo alla prova i criteri di interpretazione dell'art. 102 TFUE e ha ridefinito i contorni giuridici dell'abuso di posizione

[450] T. Streinz, *Digital Sovereignty and European Antitrust Law*, NYU School of Law, Hauser Global Law Working Paper 2021/02

[451] Geradin, 2017, in *Journal of Competition Law & Practice*

dominante[452]. Nel 2009 la Commissione europea ha come detto inflitto a Intel una sanzione pari a 1,06 miliardi di euro, accusandola di aver abusato della sua posizione dominante nel mercato dei microprocessori x86 attraverso pratiche escludenti volte a ostacolare il principale concorrente, Advanced Micro Devices (AMD)[453]. Le pratiche contestate comprendevano sconti condizionati concessi a produttori di computer (tra cui Dell, HP, Lenovo) a patto che acquistassero la quasi totalità dei processori da Intel e pagamenti a Media Saturn Holding (che gestisce MediaMarkt) per ritardare o bloccare la commercializzazione di prodotti AMD[454]. La Commissione ha ritenuto che queste pratiche, pur presentandosi come strategie commerciali, costituissero in realtà strumenti di esclusione anticoncorrenziale, impedendo ai rivali di competere su base meritocratica.
Nel 2017, il Tribunale dell'UE (T-286/09) ha confermato la decisione della Commissione[455]. Tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), con sentenza C-413/14 P (Intel) del 6 settembre 2017, ha annullato in parte la decisione, affermando che la Commissione avrebbe dovuto analizzare con maggiore rigore il test dell'effetto anticoncorrenziale ("*as-efficient competitor test*")[456]. Questa sentenza ha segnato un cambio di paradigma interpretativo, aprendo alla possibilità che gli sconti

[452] CGUE, C-413/14 P, *Intel v. Commission*, ECLI:EU:C:2017:632

[453] Decisione della Commissione C(2009) 3726 final, COMP/37.990 – *Intel*

[454] ibid.

[455] Tribunale UE, T-286/09, *Intel v. Commission*, ECLI:EU:T:2014:547

[456] CGUE, C-413/14 P, cit.

condizionati non siano automaticamente considerati abusivi, ma richiedano una valutazione economica più approfondita[457]. Nel 2022, il Tribunale ha annullato la sanzione da 1,06 miliardi di euro, sostenendo che la Commissione non aveva sufficientemente dimostrato che le condotte di Intel avessero realmente avuto un effetto escludente significativo sui concorrenti[458]. Tuttavia, ha confermato l'illiceità delle condotte, pur ritenendo che mancasse una giustificazione sufficiente per la quantificazione della sanzione[459].

Il caso Intel pare dunque rappresentare un esempio della tensione tra diritto e analisi economica, tra il modello per secoli dominante della *per se illegality* e l'approccio *rule of reason* oggi promosso in ambito europeo[460]. Tale tensione evidenzia un aspetto fondamentale, ovvero come la giurisprudenza antitrust europea sia essa stessa un dispositivo performativo che non si limita a giudicare *ex post*, ma anticipa e modellizza disciplinando il comportamento delle imprese secondo quella che è la logica della competitività leale e della trasparenza sistemica[461]. La legittimità del mercato non è dunque data, ma viene costruita giudizialmente[462]. Questo lungo contenzioso riflette

---

[457] Jones & Sufrin, *EU Competition Law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2019

[458] Tribunale UE, T-286/09 RENV, *Intel v. Commission*, ECLI:EU:T:2022:19

[459] ibid

[460] Whish & Bailey, *Competition Law*, 10ª ed., Oxford University Press, 2021

[461] Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 7ª ed., Hart Publishing, 2021

[462] Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford University Press, 1998

quindi un principio cardine dell'UE, che si identifica nella prevedibilità delle regole come condizione della fiducia nel mercato[463]. Lo stesso test dell'"*as efficient competitor*" è un tentativo di rendere il diritto antitrust calibrato e giustificabile, aumentando la certezza per le imprese e garantendo che la sanzione derivi da un danno reale alla concorrenza, non da una semplice deviazione da norme formali[464]. In questo modo il diritto si presenta come uno strumento di affidabilità per cui la Commissione, i tribunali e le norme antitrust convergono nella costruzione di un ambiente giuridico performativo, in cui gli attori economici possono operare nella sicurezza che l'arbitrarietà verrà limitata, che la concorrenza sarà tutelata, e che il mercato sarà protetto da distorsioni strutturali[465].

Nel panorama della giurisprudenza europea in materia di concorrenza ha poi a mio avviso rilevanza il caso *Booking.com*, il quale rappresenta un nodo teorico e pratico per comprendere come la normativa antitrust dell'Unione sia intervenuta nella regolazione dei meccanismi fiduciari propri delle piattaforme digitali[466]. A differenza dei casi classici incentrati su abuso di posizione dominante in mercati verticali (come quelli già trattati di Google, Amazon, Apple, Intel, Lufthansa), il contenzioso su Booking.com ha sollevato interrogativi specifici circa la natura delle "clausole di parità tariffaria" (c.d. *Most*

[463] CGUE, C-413/14 P, *Intel v. Commission*, ECLI:EU:C:2017:632

[464] Tribunale UE, T-286/09 RENV, *Intel v. Commission*, ECLI:EU:T:2022:19

[465] Thomas Streinz, *Digital Sovereignty: Rethinking European Power in the Age of Global Digital Platforms*, Oxford University Press, 2021

[466] Autorité de la concurrence, Décision n°15-D-06, 21 aprile 2015; Bundeskartellamt, B9-121/13, 22 dicembre 2015

Favoured Nation clauses, MFNs) e il loro impatto sulla concorrenza e sulla trasparenza del mercato online dei servizi di prenotazione alberghiera[467]. A partire dal 2013, le autorità antitrust di diversi Stati membri (tra cui Italia, Germania, Francia, Austria e Svezia) hanno avviato indagini coordinate in sinergia con la Commissione Europea per valutare la conformità delle MFNs alle norme contenute agli articoli 101 e 102 TFUE[468]. Tali clausole, contenute nei contratti standard tra Booking.com e gli alberghi affiliati imponevano a questi ultimi l'obbligo di non offrire tariffe inferiori su altri canali di vendita, inclusi i propri siti web, rendendo Booking il punto di riferimento privilegiato e, di fatto, ineludibile[469]. Le autorità garanti della concorrenza tra cui l'AGCM italiana con il provvedimento n. 26139 del 7 maggio 2015, il Bundeskartellamt tedesco, e l'Autorité de la concurrence francese hanno qualificato tali clausole come strumenti idonei a restringere il gioco concorrenziale tra piattaforme digitali, alterando le dinamiche di prezzo e ostacolando l'innovazione nei servizi[470]. Anche in assenza di una posizione dominante in senso stretto, Booking.com veniva riconosciuta[471] come *gatekeeper*

[467] G. Monti, *EU Antitrust Law and the Digital Economy*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 1051-1082

[468] AGCM, Provv. n. 26139 del 7 maggio 2015, A474 – Booking.com; Bundeskartellamt, "Booking.com muss auch die engen Bestpreisklauseln beseitigen", 23 dicembre 2015; Autorité de la concurrence, Décision n°15-D-06, 21 aprile 2015

[469] Caffarra & Scott Morton, *Platform MFNs in Online Booking: Economic and Legal Analysis*, Journal of European Competition Law & Practice, 2015

[470] Bundeskartellamt, 2015; Autorité de la concurrence, 2015

[471] COM(2020) 67 final, 2020

fiduciario in grado di imporre condizioni contrattuali che rafforzavano la propria centralità nel mercato[472]. Dal punto di vista teorico, il caso evidenzia come la fiducia nel servizio digitale, costruita attraverso meccanismi reputazionali quali recensioni e visibilità algoritmica, sia diventata una leva di potere economico negoziale[473]. Booking.com si presenta in fatti come un produttore di fiducia standardizzata attraverso un'infrastruttura tecnologica e contrattuale capace di disciplinare comportamenti economici su larga scala. Tuttavia, la fiducia così prodotta è performata da una razionalità che premia la fedeltà al canale dominante. Qui l'intervento delle autorità antitrust può essere letto come operazione normativa *ex ante* volta a restituire al mercato digitale una pluralità di opzioni e un grado di apertura concorrenziale compatibile con l'ideale europeo di mercato interno[474]. Ciò che emerge in ultima analisi è che la fiducia, lungi dall'essere una dinamica relazionale spontanea, assume qui la forma di un bene regolato soggetto a giuridificazione progressiva. Il diritto della concorrenza opera come dispositivo performativo che reprime gli abusi e riformatta la struttura delle aspettative fiduciarie all'interno dell'ecosistema digitale. Il caso Booking.com mostra così con particolare nitidezza come la costruzione della fiducia non sia semplicemente un effetto collaterale della concorrenza, bensì un obiettivo strategico del diritto europeo, funzionale alla realizzazione di un ordine

[472] Competition and Regulation in the Platform and Data Economy (no. 481)

[473] Ranchordás, *Online Reputation and the Regulation of Information Asymmetries in the Platform Economy*, 2020

[474] Competition and Regulation in the Platform and Data Economy (no. 481)

economico sistemicamente stabile[475]. In questo quadro, la figura dell'utente, e così quella dell'albergatore, sono soggettivate come attori razionali la cui fiducia può e deve essere mediata da un'infrastruttura legale che bilancia libertà contrattuale, concorrenza leale e garanzie pubbliche. Il diritto dell'Unione si rivela così capace di intervenire nella costruzione stessa della fiducia economica, delineando le condizioni giuridiche entro cui essa può legittimamente prodursi, circolare e accumularsi.

Tutti questi casi mostrano dunque come il diritto della concorrenza agisca, nel contesto dell'Unione Europea, come un vero e proprio laboratorio normativo di produzione della fiducia nel mercato[476]. Ogni procedimento antitrust è anche un atto di pedagogia giuridica perché mostra ai cittadini-consumatori, agli investitori e alle imprese quale comportamento è affidabile, quali attori meritano di essere inclusi nel gioco economico, e quali invece devono essere corretti.[477] Il diritto della concorrenza così diviene uno dei dispositivi fondamentali della soggettivazione neoliberale: esso produce e ordina la realtà del mercato in quanto spazio simbolico di fiducia meritocratica.

[475] Commissione Europea, COM(2020) 67 final

[476] Monti, *EC Competition Law*, 2007; Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, 1998

[477] Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, 2005; Vestager, *Competition for a Trustworthy Economy*, 2019

Altro caso degno di nota nell'economia di questo lavoro è quello *European Commission v. Deutsche Post AG* (C-399/08 P, sentenza del 2 settembre 2010), in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata su una controversia concernente aiuti di Stato ricevuti da Deutsche Post per lo svolgimento di obblighi di servizio pubblico postale[478]. La Commissione Europea aveva inizialmente stabilito che la compensazione ricevuta dalla società tedesca costituiva un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno, poiché eccedeva i costi effettivi del servizio universale e finiva per finanziare attività commerciali al di fuori del servizio pubblico. La Corte, confermando in parte la decisione della Commissione, ha ribadito che ogni compensazione pubblica, per essere legittima, deve rispettare il principio di proporzionalità e trasparenza contabile, come previsto nella sentenza *Altmark* (C-280/00)[479]. Se la compensazione supera quanto strettamente necessario per coprire i costi netti del servizio pubblico, essa diventa un aiuto di Stato vietato ai sensi degli articoli 107 e 108 TFUE[480]. Questo caso è significativo sotto due aspetti cruciali. In primo luogo mostra come anche ambiti tradizionalmente regolati da logiche di interesse generale (come i servizi pubblici) vengano sottoposti alla razionalità concorrenziale europea. *In secundis* evidenzia l'esigenza di *fiducia contabile* nel rapporto tra Stato, imprese e cittadini dove i meccanismi di compensazione devono

[478] CGUE, *Commissione europea c. Deutsche Post AG*, C-399/08 P, 2 settembre 2010

[479] CGUE, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, 24 luglio 2003

[480] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, artt. 107–108, versione consolidata, GUUE C 202 del 7.6.2016

essere conformi a standard di efficienza affinché il mercato mantenga la sua purezza e i beneficiari non ottengano vantaggi competitivi indebiti. Va così a confermarsi la funzione del diritto della concorrenza come tecnologia di soggettivazione economica e per cui l'impresa pubblica non è più concepita come ente a finalità sociale, ma come attore che deve dimostrare, secondo parametri economici e legali, di meritare il sostegno pubblico[481]. La fiducia istituzionale si costruisce attraverso procedure di accountability compatibili con l'*ethos* del mercato e ciò che conta non è il fine pubblico perseguito, ma la conformità procedurale e contabile agli standard europei di concorrenza[482].

L'analisi della regolamentazione europea in materia di concorrenza ha mostrato come il diritto non si limiti a sanzionare comportamenti anticoncorrenziali o a disciplinare l'equilibrio tra Stato e mercato, ma agisca come un operatore attivo nella produzione di fiducia sistemica[483]. Le norme e la giurisprudenza antitrust europee proteggono infatti il "gioco leale" tra imprese, plasmano aspettative, incentivano condotte e istituiscono un senso condiviso di competitività equa. Come già visto nei casi emblematici, da Apple a Amazon, da Lufthansa a Google, il diritto concorrenziale funziona come un dispositivo performativo di legittimazione del mercato, ovvero un dispositivo che istituisce la

---

[481] CGUE, *Altmark*, C-280/00, 24 luglio 2003

[482] CGUE, *Commissione c. Deutsche Post*, C-399/08 P, 2 settembre 2010; TFUE, artt. 107–108, GUUE C 202/2016

[483] v. CGUE, *Commissione c. Google Shopping*, T-612/17, 10 novembre 2021; Damien Gerard, *The Constitutional Dimension of EU Competition Law*, 2015

competizione come orizzonte desiderabile e naturale della convivenza economica[484]. Tuttavia, il regime giuridico della concorrenza, per quanto centrale nella costruzione dell'antropologia economica europea, non opera in isolamento. Esso è parte integrante di un complesso architettonico più ampio, che intreccia il piano della microeconomia delle imprese con quello della macroeconomia degli Stati. La fiducia infatti non si limita a investire le regole della competizione tra operatori privati, ma si estende alla credibilità delle politiche pubbliche e alla disciplina dei bilanci statali. A partire dalla crisi del 2008 l'Unione Europea ha inaugurato una fase di giuridificazione dell'austerità, fondata sull'idea che la stabilità finanziaria rappresenti il prerequisito necessario per la fiducia nei confronti delle istituzioni pubbliche e dei mercati finanziari[485]. In questa prospettiva l'equilibrio di bilancio diventa una condizione performativa di appartenenza al progetto europeo[486]. Come osservano numerosi studiosi (tra cui Joerges & Weiler 2012; Scharpf 2016), la trasformazione dell'Unione da un'area monetaria "*incompleta*" a uno spazio governato da regole vincolanti di politica fiscale si realizza attraverso una vera e propria

[484] Commissione europea, *Apple Ireland - Aiuti di Stato SA.38373*, Decisione 2016/1848; Commissione europea, *Amazon Luxembourg - Aiuti di Stato SA.38944*, Decisione C(2017) 6740; Commissione europea, *Lufthansa - Aiuti di Stato SA.57153*, Decisione C(2020) 3989; Commissione europea, *Google Search (Shopping)*, C(2017) 4444 final

[485] Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica il Regolamento (CE) n. 1466/97 sul rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio; Regolamento (UE) n. 1177/2011 che modifica il Regolamento (CE) n. 1467/97 sulla procedura per i disavanzi eccessivi

[486] art. 3 del *Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione economica e monetaria* – Fiscal Compact, firmato il 2 marzo 2012

trasposizione normativa della fiducia che prevede il non fidarsi degli Stati membri in quanto tali, ma solo in quanto *disciplinati* e *affidabili* secondo gli standard di stabilità macroeconomica definiti ex ante a livello sovranazionale[487]. Questo passaggio è cruciale perchè la fiducia non è qui una relazione politica o istituzionale, bensì una variabile regolata dal diritto. Il Patto di Stabilità e Crescita (1997), il Six Pack e il Two Pack (2011-2013), fino al Fiscal Compact (2012), sono riforme tecniche che rappresentano anche strumenti giuridici di condizionamento delle sovranità nazionali, dispositivi che trasformano l'adesione all'Unione in un'adesione al paradigma dell'austerità, elevata a criterio oggettivo di legittimità.[488]

Di seguito cercherò dunque di analizzare nel dettaglio questi strumenti, mostrando come l'UE abbia istituzionalizzato un regime normativo della fiducia fondato sulla riduzione del debito, sul pareggio strutturale di bilancio e sulla sorveglianza multilaterale delle politiche fiscali. Un regime che in nome della credibilità dei conti ha giuridificato l'austerità come nuova frontiera dell'integrazione europea. Ancora una volta il diritto appare come il veicolo della trasmissione del potere piuttosto che come suo argine, un vettore di razionalità neoliberale che orienta le condotte statali. E la governance fiscale

---

[487] Christian Joerges & J.H.H. Weiler, *Constitutionalism and the Euro-Crisis*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19(3), 2012, pp. 243-258; Fritz W. Scharpf, *Forced Structural Convergence in the Eurozone – Or a Differentiated European Monetary Community*, MPIfG Discussion Paper 16/15, Max Planck Institute for the Study of Societies, 2016

[488] Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997, GU L 209; Regolamenti (UE) nn. 1173/2011–1177/2011 – Six Pack; Regolamenti (UE) nn. 472/2013 e 473/2013 – Two Pack; Trattato sul Fiscal Compact, 2012

europea pare essere null'altro se non il proseguimento della politica della concorrenza con altri mezzi, attraverso la fiscalizzazione della fiducia e la costruzione di uno Stato membro *conforme*. Un soggetto istituzionale performante che deve meritarsi la fiducia attraverso l'equilibrio dei conti e la coerenza con le regole dell'ordine economico europeo[489].

12. La giuridificazione dell'austerità e il vincolo fiscale come dispositivo di fiducia sistemica

Nel solco tracciato dai trattati fondativi e dall'architettura competitiva dell'Unione Europea, la disciplina fiscale rappresenta uno dei campi in cui più chiaramente si manifesta il tentativo di costruire fiducia istituzionale attraverso la legge. A partire dal Patto di Stabilità e Crescita (PSC), adottato nel 1997 e successivamente modificato, il diritto dell'Unione si è trasformato in una vera e propria macchina normativa per la

[489] v. Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, artt. 121-126 TFUE; Council Regulation (EC) No 1466/97 of 7 July 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies; Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies [Six Pack]; Regulation (EU) No 473/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans [Two Pack]; Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, 2 March 2012 [Fiscal Compact]; Mark Dawson & Floris de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, *Modern Law Review*, 76(5), 2013, pp. 817-844; Agustín José Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, *German Law Journal*, 14(5), 2013, pp. 453-526; Claire Kilpatrick, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailout*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 35(2), 2015, pp. 325-353

sorveglianza e la disciplina della politica economica degli Stati membri, al fine di garantirne la compatibilità con le esigenze del mercato unico e dell'Unione monetaria. Tale trasformazione implica un mutamento profondo nel ruolo del diritto europeo, il quale, oltre a costituire regolazione di un mercato esistente, diviene ingegneria normativa di uno Stato conforme alle aspettative del mercato. Il PSC si fonda su due regolamenti chiave (Reg. n. 1466/97 e Reg. n. 1467/97) che introducono un quadro multilaterale di sorveglianza dei bilanci pubblici e delle politiche economiche, fondato sul principio che i disavanzi pubblici eccessivi debbano essere evitati[490]. Il parametro del 3% di disavanzo sul PIL e del 60% di debito pubblico sono trasformati da indicazioni di massima a criteri giuridicamente vincolanti, la cui violazione può comportare l'avvio di una procedura per deficit eccessivo, con conseguenti sanzioni pecuniarie. La logica sottesa a tali vincoli è eminentemente performativa, ovvero l'obiettivo del contenimento del debito si affianca alla costruzione di una reputazione di affidabilità macroeconomica che rassicuri gli investitori internazionali sulla stabilità dell'area euro[491]. La fiducia nel sistema è qui un prodotto intenzionalmente perseguito attraverso la normazione. Con l'aggravarsi della crisi del debito sovrano nel 2010-2012, tale paradigma si è radicalizzato con l'adozione del cosiddetto "Six Pack" (cinque regolamenti e una direttiva approvati nel 2011) e del

[490] Consiglio UE, Regolamento (CE) n. 1466/97 del 7 luglio 1997, GU L 209 del 2.8.1997; Consiglio UE, Regolamento (CE) n. 1467/97 del 7 luglio 1997, GU L 209 del 2.8.1997

[491] N. Walker (eds.), *Eu costitutionalism and New Governance in the EU and the US*, Oxford and portalnd, 2006, pp. 15-37

"Two Pack" (due regolamenti del 2013)[492], che rafforzano ulteriormente il controllo preventivo sui bilanci nazionali. In particolare, il Regolamento (UE) n. 473/2013 stabilisce che gli Stati dell'area euro debbano presentare in anticipo i loro progetti di bilancio alla Commissione europea, che ne valuta la conformità ai vincoli fiscali. Il Regolamento (UE) n. 472/2013, invece, prevede sorveglianza rafforzata per gli Stati che affrontano difficoltà finanziarie, introducendo una logica di condizionalità preventiva che subordina l'accesso al sostegno economico all'adozione di riforme strutturali. Questa logica normativa è stata consacrata nel Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria, noto come Fiscal Compact, firmato il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore nel gennaio 2013. Esso impone ai Paesi aderenti l'obbligo di inserire nelle proprie costituzioni una *regola aurea* del pareggio di bilancio (art. 3)[493], rendendo permanente e costituzionalmente vincolante il principio dell'equilibrio strutturale. Si tratta di una forma di costituzionalizzazione dell'austerità, che trasforma un insieme di regole economiche in un dispositivo giuridico rigido e autoreferenziale, escludendo di fatto alternative di politica economica redistributiva[494]. Lo studio di

[492] Parlamento europeo e Consiglio, "Six Pack": Regolamenti (UE) nn. 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011 e Direttiva 2011/85/UE; Parlamento europeo e Consiglio, "Two Pack": Regolamenti (UE) nn. 472/2013 e 473/2013, GU L 140 del 27.5.2013

[493] Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria, 2 marzo 2012, art. 3

[494] P. Tuori, K. Tuori, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2014, pp. 103-140

Wolfgang Streeck mostra come questa trasformazione istituzionale implichi una vera e propria "disattivazione della democrazia fiscale, sostituita da un governo tecnocratico della spesa pubblica vincolato alla fiducia dei mercati e delle istituzioni finanziarie" (Streeck 2013)[495]. Il diritto in questa configurazione si presenta come un vettore di razionalizzazione e de-politicizzazione della scelta economica ormai primo della volontà di garantire l'equità sociale o il benessere collettivo, obiettivi che vengono sostituiti dalla necessità di edificare una sostenibilità finanziaria percepita del sistema. Il vincolo fiscale diventa così un dispositivo di soggettivazione, che costruisce lo Stato come attore capace di generare fiducia *ex ante* attraverso la disciplina di sé.

L'evoluzione successiva, culminata nella proposta di riforma del Patto di Stabilità nel 2023, ha cercato di coniugare la disciplina fiscale con la necessità di investimenti pubblici per la transizione verde e digitale, introducendo margini di flessibilità condizionata[496]. Tuttavia, anche in questo nuovo assetto, permane l'assunto centrale per cui la fiducia nei confronti dello Stato è funzione della sua capacità di dimostrare coerenza con le aspettative del mercato piuttosto che perseguire fini di giustizia redistributiva[497]. La logica della governance fiscale europea rimane fondata su una fiducia calcolata, che premia la

[495] W. Streeck, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Suhrkamp, Berlin, 2013; trad. it. *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, 2013

[496] Commissione Europea, Comunicazione COM(2022) 583 final, *Orientamenti per una riforma della governance economica dell'UE*, 9 novembre 2022; v. anche Consiglio UE, *Proposta di regolamento che modifica i regolamenti (CE) n. 1466/97 e (CE) n. 1467/97*, 2023

[497] P. De Grauwe, *The Governance of a Fragile Eurozone*, CEPS Working Document, 2011

conformità sistemica e penalizza ogni deviazione. La giuridificazione dell'austerità diventa così indice della razionalità neoliberale applicata alle istituzioni pubbliche: un diritto che non redistribuisce, un diritto che seleziona[498].

13. Il Digital Services Act (DSA) fra trasparenza normativa e fiducia computazionale

Con l'adozione del Digital Services Act (Regolamento (UE) 2022/2065), entrato ufficialmente in vigore il 16 novembre 2022, l'Unione Europea ha avviato una profonda revisione del quadro giuridico relativo ai servizi digitali e alle piattaforme online, con l'obiettivo esplicito di rafforzare la fiducia dei cittadini e degli operatori economici nello spazio digitale europeo[499]. Il DSA costituisce, assieme al *Digital Markets Act (DMA)*, il pilastro centrale della strategia europea per un mercato unico digitale giuridicamente armonizzato e affidabile, e ovviamente competitivo[500]. In particolare il DSA stabilisce regole comuni per la responsabilità, la trasparenza e la sorveglianza delle piattaforme digitali, imponendo obblighi proporzionati alla dimensione e al potenziale rischio

[498] W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, 2013

[499] Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, GU L 277 del 27.10.2022

[500] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, GU L 265 del 12.10.2022

sistemico degli attori coinvolti[501]. Le disposizioni del regolamento sono graduate in funzione della taglia normativa del soggetto regolato, nel senso che ai fornitori di servizi di hosting si applicano regole generali; ai "piattaformisti" (come marketplace o social media) sono richiesti meccanismi di moderazione e trasparenza; mentre per i *Very Large Online Platforms* (VLOPs), come Amazon, Google o Meta, si prevede un sistema di compliance rafforzato, con valutazioni annuali del rischio, audit indipendenti e obblighi di tracciabilità algoritmica (artt. 34-37 DSA). Tale struttura normativa riflette chiaramente la logica performativa della fiducia sistemica già delineata nei capitoli precedenti, infatti, oltre a limitare i danni o sanzionare le violazioni, siamo qui di fronte ad una cornice normativa anticipatoria, che rassicura *ex ante* cittadini, investitori (fra cui anche le autorità pubbliche) sull'affidabilità e prevedibilità del comportamento delle piattaforme digitali. La *ratio* dichiarata del legislatore europeo è quella di costruire un "ambiente digitale sicuro, prevedibile e affidabile", così da favorire l'innovazione e la competitività nel mercato unico[502]. Come si legge nel Considerando 9 del regolamento: "la fiducia è un elemento fondamentale per promuovere una società digitale inclusiva e un'economia digitale prospera". In questa prospettiva il diritto vuole modellare le condizioni di possibilità dell'interazione digitale.

[501] Reg. (UE) 2022/2065, artt. 34-37

[502] Considerando 9, Reg. (UE) 2022/2065

In particolare, l'art. 14 DSA prevede l'obbligo per le piattaforme di informare gli utenti su ogni decisione di rimozione di contenuti o sospensione di account, indicando la motivazione e le modalità di ricorso[503]. L'art. 27 impone obblighi di trasparenza pubblicitaria, specificando quando un contenuto è sponsorizzato e in base a quali criteri viene targetizzato[504]. L'art. 40 introduce il principio di audit indipendenti, rendendo verificabili le policy algoritmiche adottate dai grandi operatori digitali[505]. Queste norme hanno la duplice funzione di regolamentare il mercato e di modellare i comportamenti attesi, producendo fiducia attraverso la trasparenza delle procedure e l'apparente neutralità tecnica della valutazione di rischio.

L'effetto sistemico del DSA è duplice, da un lato infatti tutela l'utente in quanto consumatore e cittadino digitale, dall'altro, garantisce agli investitori e agli operatori economici la stabilità e l'affidabilità delle infrastrutture digitali, favorendo lo sviluppo di un ecosistema concorrenziale conforme ai principi europei. La *compliance* si smarca dall'essere mero adempimento normativo per ritrovarsi dispositivo reputazionale e fiduciario capace di certificare il valore di mercato della piattaforma. Per Christoph Busch, il DSA rappresenta un "legal trust design" (Busch 2023), ovvero un'infrastruttura normativa volta a costruire fiducia istituzionale tramite l'architettura legale della

[503] Reg. (UE) 2022/2065, art. 14

[504] Reg. (UE) 2022/2065, art. 27

[505] Reg. (UE) 2022/2065, art. 40

trasparenza computazionale[506]. Questa cornice di regole è tecnologia normativa di fiducia performativa, che predispone e organizza anticipatamente l'orizzonte di attese dei soggetti digitali. È in tal senso che il DSA si inserisce pienamente nel paradigma della governance biopolitica e neoliberale, nel senso per il quale orienta andando a costruire soggetti auto-regolati che si adeguano alle metriche della responsabilità e della reputazione.

14. Il Digital Markets Act (DMA)

Assieme al DSA, il Digital Markets Act (Regolamento (UE) 2022/1925) rappresenta l'altro asse portante della strategia europea di regolamentazione dello spazio digitale[507]. Entrato in vigore il 1 novembre 2022 ed effettivamente applicabile a partire dal 2 maggio 2023[508], il DMA si rivolge specificamente ai cosiddetti *gatekeepers*, ovvero le piattaforme digitali che occupano posizioni strutturalmente dominanti nel mercato, tali da agire come guardiani dell'accesso ad altri servizi digitali. Il regolamento mira a correggere gli squilibri concorrenziali generati dalla posizione centrale di questi attori, in nome della libertà di mercato, della concorrenza equa e della fiducia degli utenti e degli operatori economici. L'art. 3 del DMA definisce i criteri per l'identificazione di un *gatekeeper*,

[506] C. Busch, *Trust in the Digital Economy: The EU Digital Services Act as a Legal Trust Design*, Journal of Consumer Policy, 2023

[507] Regolamento (UE) 2022/1925, GU L 265, 12 ottobre 2022

[508] art. 54, Reg. 2022/1925

ossia: avere un impatto significativo nel mercato interno, fornire un *core platform service* come motore di ricerca, social network, sistema operativo, marketplace, e detenere una posizione consolidata e durevole[509]. Una volta designato come tale dalla Commissione Europea, il gatekeeper è soggetto a obblighi e divieti *ex ante*, elencati negli articoli da 5 a 7. Tali obblighi includono, tra gli altri il divieto di combinare dati personali raccolti su più servizi senza consenso dell'utente (art. 5, lett. a)[510], l'obbligo di consentire la disinstallazione di applicazioni preinstallate (art. 6, par. 3)[511], il divieto di autofavorire i propri servizi a scapito di quelli di terzi (art. 6, par. 5)[512], l'obbligo di garantire l'interoperabilità dei servizi fondamentali (art. 6, par. 7[513]).

L'elemento chiave del DMA è la conformità *ex ante*, che ribalta la logica classica del diritto della concorrenza per cui senza attendere che si verifichi un abuso di posizione dominante per intervenire a posteriori, si impongono regole preventive che limitino sin da subito il potere discrezionale degli attori dominanti. Questo approccio riflette una chiara intenzione performativa che vuole produrre fiducia preventiva nei mercati, garantendo alle imprese concorrenti e agli utenti finali che le condizioni di accesso e di competizione siano eque e non discriminatorie. Il DMA agisce quindi come una garanzia giuridica

[509] art. 3, Reg. 2022/1925

[510] art. 5, lett. a, Reg. 2022/1925

[511] art. 6, par. 3, Reg. 2022/1925

[512] art. 6, par. 5, Reg. 2022/1925

[513] art. 6, par. 7, Reg. 2022/1925

anticipatoria, capace di codificare la fiducia nel funzionamento delle infrastrutture digitali attraverso la neutralizzazione del rischio monopolistico. In altri termini, il regolamento istituisce un *ordine di concorrenza normata*, che fissa limiti all'accumulazione di potere economico e informazionale da parte delle Big Tech, allo scopo di salvaguardare non solo i meccanismi concorrenziali, ma anche la legittimità istituzionale dell'economia digitale europea. Come rilevato in dottrina da alcuni commentatori, tra cui Pablo Ibáñez Colomo (2023)[514], il DMA rappresenta un cambio di paradigma nella regolazione economica dell'Unione, in cui il diritto si configura come veicolo di modellamento sistemico, più che come mero rimedio a violazioni. In questa chiave la regolazione piuttosto che a punire comportamenti illeciti serve a predisporre un ecosistema di fiducia normativa, funzionale allo sviluppo di un capitalismo digitale plurale e competitivo. Inoltre il DMA istituisce un sistema di compliance centralizzata gestita dalla Commissione Europea, che acquisisce poteri di indagine, monitoraggio e sanzione analoghi a quelli già previsti in materia di antitrust[515]. Tale centralizzazione rafforza l'immagine della Commissione come garante dell'equità e della prevedibilità del mercato unico digitale, consolidando un regime giuridico di vigilanza fiduciaria che riproduce, su scala algoritmica, le dinamiche già osservate nei contesti macroeconomici e fiscali. A ben vedere forse dunque il DMA

[514] P. Ibáñez Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, Journal of European Competition Law & Practice, 2023, pp. 3-15

[515] artt. 29-31, Reg. 2022/1925

sfugge alla classica declinazione di tutela della concorrenza, pare infatti si proponga di costruire una tipologia di fiducia sistemica attraverso la codificazione giuridica della concorrenza stessa. Esso si inscrive pienamente nella logica neoliberale del diritto come architettura della previsione e della performatività in cui il mercato, per funzionare, ha bisogno di libertà come anche di regole che garantiscano l'affidabilità dei suoi protagonisti e l'equità delle sue condizioni operative.

Nel contesto dell'implementazione della Digital Markets Act (DMA), il caso di Apple rappresenta un esempio cardine delle tensioni tra regolazione europea e modello di business delle big tech[516]. L'azienda è stata formalmente designata dalla Commissione Europea, ai sensi dell'art. 3 DMA, come "gatekeeper" per i servizi di sistema operativo iOS, App Store e Safari. Questa classificazione implica l'obbligo per Apple di rispettare una serie di doveri di interoperabilità[517], apertura agli sviluppatori terzi e trasparenza degli algoritmi, tra cui la possibilità per gli utenti di disinstallare app preinstallate[518], l'obbligo di consentire store alternativi su iOS e l'apertura delle API fondamentali a soggetti esterni[519]. Apple ha risposto a queste imposizioni con una serie di implementazioni tecniche e normative che, secondo molti osservatori, rappresentano una compliance

[516] art. 3, Regolamento (UE) 2022/1925, GU L 265, 12 ottobre 2022

[517] art. 6, par. 3, Reg. 2022/1925

[518] art. 6, par. 4, Reg. 2022/1925

[519] art. 6, par. 7, Reg. 2022/1925

difensiva per cui l'azienda ha sì introdotto nuove opzioni di *sideloading*, ma lo ha fatto imponendo costi elevati agli sviluppatori terzi e mantenendo un controllo significativo sui flussi economici derivanti da queste attività.

Questo caso è esemplare per comprendere la performatività normativa della fiducia nel contesto digitale: la legge infatti predispone un regime di obblighi *ex ante* che cercano di costruire un ambiente di mercato affidabile per utenti e sviluppatori, generando *ex lege* una fiducia sistemica nella correttezza della concorrenza digitale. Non si tratta, dunque, di una repressione *ex post*, quanto piuttosto di una regolazione proattiva in cui la legge *prefigura* comportamenti auspicabili attraverso una progettualità normativa. Il concetto stesso di *gatekeeper* istituisce una nuova antropologia giuridico-economica, in cui il diritto si prodiga nel plasmare i ruoli dei soggetti digitali.

La trasformazione dell'azione giuridica in ambito digitale comporta un mutamento più profondo rispetto all'adozione di nuove tecnologie o strumenti normativi che vede il passaggio da un diritto eminentemente sanzionatorio, basato sull'interdizione e la punizione di condotte illecite, a un diritto performativo, capace di prefigurare i comportamenti, orientare l'azione e produrre fiducia attraverso la sua stessa esistenza. Questa transizione è ben esemplificata dal paradigma regolatorio della Digital Markets

Act[520], ma si estende anche al GDPR[521] e all'AI Act[522], nei quali l'impianto *ex ante*, basato su obblighi di trasparenza, valutazione d'impatto, accountability e tracciabilità, anticipa le condizioni di liceità del trattamento o della messa in commercio di un sistema algoritmico. Il diritto in questi casi agisce come una *tecnologia sociale* che genera fiducia attraverso la codifica di pratiche conformi prima ancora che si verifichino condotte problematiche. Dal punto di vista teorico, questo spostamento può essere compreso alla luce della nozione di diritto programmante (Mattei, 2020)[523] o normatività anticipatoria[524] (Foucault, 1979; Ewald, 1990), in cui la legge produce l'ordine sociale. In particolare nel contesto digitale la norma giuridica opera come *interfaccia performativa* tra le piattaforme e gli utenti, disciplinando i comportamenti attraverso l'ingegneria della conformità. Il diritto si fa così precondizione tecnica della fiducia computazionale la cui funzione è garantire giustizia come rendere affidabili e credibili i sistemi sociotecnici entro cui gli attori digitali operano.

La coppia DMA-DSA costituisce, nel suo complesso, un ecosistema normativo integrato che mira a realizzare una *stabilità fiduciante* nell'ambiente digitale europeo[525]. Si tratta

[520] Regolamento (UE) 2022/1925

[521] Regolamento (UE) 2016/679, GU L 119, 4 maggio 2016

[522] Regolamento (UE) 2024/1689, GU L 202, 12 luglio 2024

[523] U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, 2020

[524] M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, 1979; F. Ewald, *L'État providence*, 1990

[525] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, Digital Markets Act; Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, Digital Services Act

qui di assicurarne la compatibilità del mercato con l'immagine normativa pluralista e concorrenziale dell'Unione[526]. Come notano Ferrera[527] (2019) e Supiot (2010), l'UE si trova costantemente a dover mediare tra ordine giuridico e ordine economico, tra regolazione e mercato[528]. Il DMA[529] e il DSA[530] offrono una soluzione a tale tensione, trasformando la regolazione stessa in un atto di mercato, ovvero in un servizio giuridico che produce valore attraverso la riduzione del rischio[531]. In ultima analisi, questi regolamenti aggiornano e rendono sostenibile il neoliberismo europeo [532]. La concorrenza non viene superata ed il mercato non viene negato ma riformulato in chiave fiduciaria[533]. Il passaggio dalla tradizionale regolazione sanzionatoria post-factum alla conformità ex ante, tipico del DMA e del DSA, riflette una mutazione profonda della funzione del diritto nel contesto digitale. I regolamenti non attendono che si verifichi un danno per agire, modellano preventivamente le condizioni entro cui il danno (ad esempio sistemico, o concorrenziale) potrebbe verificarsi. Questo approccio anticipatorio è reso evidente

---

[526] M. Ferrera, *Democracy and the European Social Question*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 87-90

[527] M. Ferrera, *Il fattore D. Perché la disuguaglianza mina la democrazia*, Mondadori, 2009

[528] A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010, pp. 55-62

[529] Regolamento (UE) 2022/1925, GU L 265, 12 ottobre 2022

[530] Regolamento (UE) 2022/2065, GU L 277, 27 ottobre 2022

[531] P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 118-123

[532] Reg. (UE) 2022/1925; Reg. (UE) 2022/2065

[533] M. Ferrera, *Democracy and the European Social Question*, cit.

dall'art. 4 del DMA[534], che impone obblighi "da rispettare sin dall'inizio" da parte dei *gatekeepers*, e dagli artt. 34-36 del DSA[535], che istituiscono audit indipendenti per la valutazione continua dei rischi. Tale meccanismo anticipatorio è espressione di una giuridificazione della fiducia come effetto sistemico, nella quale il diritto opera come dispositivo di codifica del comportamento economico *corretto*, ovvero compatibile con la concorrenza. Il diritto cessa di reagire, per iniziare a progettare la fiducia. Questa prospettiva trova conferma nella dottrina di Philippe Nonet e Philip Selznick[536], secondo cui i sistemi giuridici contemporanei evolvono verso forme di diritto responsivo, orientate alla integrazione normativamente assistita delle trasformazioni sociali. Il DMA e il DSA incarnano precisamente questa traiettoria nel senso che non puniscono i giganti digitali per aver infranto la fiducia, ne regolano il potere conformandolo a un ordine fiduciario performato giuridicamente.

15. Il modello europeo come "diritto dell'interoperabilità regolata"

[534] art. 4, Reg. 2022/1925

[535] artt. 34-36, Reg. 2022/2065

[536] P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper & Row, 1978

A differenza del modello statunitense, che ha storicamente favorito un approccio *laissez-faire* alle piattaforme digitali, il modello europeo si struttura attorno a una governance dell'interoperabilità[537]. L'interoperabilità tecnica qui si tinge anche di sfumature economiche e sociali, motivo per cui le piattaforme devono essere compatibili con le aspettative normative dell'Unione, non solo tra loro. L'art. 7 del DMA[538] obbliga, ad esempio, i servizi di messaggistica dei *gatekeepers* a garantire interoperabilità con servizi minori. Ciò mira a evitare chiusure monopolistiche e a modellare il mercato come spazio fiduciante, in cui ogni attore, anche marginale, possa accedere e competere. Questo produce un effetto di inclusione selettiva nel momento in cui le piattaforme che accettano la conformità accedono al regime fiduciario europeo; le altre ne restano escluse, come *extranei normativi*.

Tanto il DMA quanto il DSA non si limitano a regolare i comportamenti delle piattaforme: essi plasmano le condizioni di emersione della soggettività digitale europea, intesa come l'insieme di utenti, consumatori, aziende e autorità che interagiscono in ambienti normativamente saturi. L'utente è educato a fidarsi attraverso la tutela e la fiducia diventa una funzione discorsiva e pedagogica del diritto che si produce tramite l'interiorizzazione normativa di condotte economiche compatibili con il mercato regolato. Pare possibile

[537] cfr. J. Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It*, Yale University Press, 2008

[538] art. 7, Reg. (UE) 2022/1925

leggere anche il concetto di "*compliance culturale*[539]" (Rouvroy, 2013), secondo cui il diritto costruisce ambienti in cui le condotte conformi sono culturalmente percepite come le uniche plausibili, e legittime. La fiducia oltre che come output è qui leggibile anche come una condizione di possibilità epistemica del comportamento economico stesso. Infine, vale la pena osservare che DMA e DSA introducono anche una trasformazione semantica del concetto stesso di fiducia la quale da relazionale o esperienziale, diviene computabile. Le norme sulla tracciabilità degli algoritmi (art. 27 DSA)[540], sui sistemi di valutazione dell'impatto (art. 34)[541], e sugli obblighi di accesso ai dati da parte delle autorità (art. 40)[542] costruiscono un regime in cui la fiducia è dimostrabile *ex lege*. Questa operazione rappresenta l'apice del passaggio da una società della fiducia (basata su relazioni sociali e interazioni materiali) a una società della fiducia *by design*, in cui ogni elemento del comportamento digitale è pre-calibrato normativamente. È questa la posta in gioco della giuridificazione europea del digitale, ovvero la loro assunzione delle piattaforme entro una logica fiduciaria formalizzata, conforme al paradigma neoliberale dell'ordine regolato.

---

[539] A. Rouvroy, *La gouvernance algorithmique et la dignité humaine*, in *Le Numérique et les droits fondamentaux*, Bruylant, 2013

[540] art. 27, Reg. (UE) 2022/2065

[541] art. 34, Reg. (UE) 2022/2065

[542] art. 40, Reg. (UE) 2022/2065

16. Il Fiscal Compact e la giuridificazione della fiducia fiscale

Nel quadro dell'evoluzione dei trattati europei, un ruolo cruciale, seppur formalmente esterno al diritto primario dell'Unione, è assunto dal Fiscal Compact, il cui nome completo è *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria* (TSCG)[543]. Firmato a Bruxelles il 2 marzo 2012 da 25 Stati membri (tutti ad eccezione di Regno Unito e Repubblica Ceca), è entrato in vigore il 1 gennaio 2013 per i paesi che lo avevano ratificato, con l'obiettivo dichiarato di rafforzare la disciplina fiscale nell'area euro, ristabilendo la fiducia dei mercati nella stabilità economica dell'Unione dopo la crisi dei debiti sovrani. A differenza dei trattati fondativi dell'Unione (come il TUE e il TFUE), il Fiscal Compact è un accordo intergovernativo stipulato al di fuori dell'architettura giuridica primaria dell'UE, per aggirare i vincoli di unanimità necessari a una revisione formale dei Trattati.[544] Ciò non ne diminuisce tuttavia l'importanza sistemica, ma anzi al contrario ne accentua la natura politica e performativa. Il Fiscal Compact nel suo prescrivere una disciplina finanziaria, vuole imporre agli Stati l'obbligo di recepirla con forza costituzionale o equivalente nei rispettivi ordinamenti, subordinando così il principio democratico della sovranità fiscale a un vincolo normativo permanente.

[543] TSCG, firmato il 2 marzo 2012, entrato in vigore il 1 gennaio 2013

[544] Il Fiscal Compact è un trattato intergovernativo, non parte del diritto primario dell'UE, v. art. 48 TUE per la procedura ordinaria di revisione dei trattati.

Il fulcro normativo del Trattato è la cosiddetta "regola d'oro" del pareggio di bilancio, secondo cui gli Stati firmatari si impegnano a mantenere il bilancio pubblico in equilibrio o in avanzo, fissando un tetto al disavanzo strutturale allo 0,5% del PIL per i Paesi con debito pubblico superiore al 60% del PIL[545]. Tale obiettivo deve essere tradotto in norme vincolanti di diritto interno "preferibilmente di natura costituzionale" (art. 3, §2 TSCG)[546]. L'intero impianto si fonda sull'idea che la stabilità macroeconomica, e con essa la fiducia dei mercati finanziari, possa essere garantita solo attraverso una governance automatizzata e depoliticizzata della spesa pubblica.

Dal punto di vista di questa ricerca il Fiscal Compact rappresenta un'espressione forse paradigmatica della logica neoliberale di governo per vincoli. Questo insieme di norm infatti incorpora ex ante un'interdizione permanente a forme espansive di politica economica, sostituendo la flessibilità politica con la rigidità contabile. Si tratta di un passaggio significativo nella trasformazione del diritto in dispositivo di fiducia sistemica in cui lo Stato viene ritenuto affidabile in quanto incapace di agire al di fuori dei vincoli di bilancio prestabiliti. Il rispetto della regola diviene qui una prova di solvibilità

[545] Art. 3(1)(b) TSCG: il saldo strutturale non deve superare lo 0,5% del PIL per gli Stati con rapporto debito/PIL superiore al 60%.

[546] Art. 3(2) TSCG: gli Stati firmatari si impegnano a recepire la regola tramite disposizioni vincolanti, preferibilmente costituzionali.

preventiva ed allo stesso modo una garanzia offerta ai creditori ed agli investitori, così come anche agli organismi europei[547].

In termini più ampi il Fiscal Compact va letto come una radicalizzazione post-crisi del progetto normativo avviato con Maastricht, che già subordinava l'appartenenza alla moneta unica al rispetto di parametri fiscali. Maastricht aveva già codificato i criteri di convergenza (deficit massimo al 3%, debito al 60% del PIL), ed il Fiscal Compact ne trasforma la natura passando da parametri obiettivo a principi normativi dotati di forza vincolante diretta[548]. Si assiste così a una vera e propria costituzionalizzazione dell'austerità, che comporta un mutamento strutturale nel rapporto tra diritto e politica dove la democrazia fiscale viene subordinata alla prevedibilità giuridica. Sul piano della soggettivazione giuridico-politica, il trattato contribuisce a costruire l'immagine dello Stato come attore razionale capace di aderire volontariamente e irrevocabilmente ai dettami della sostenibilità finanziaria. La fiducia che ne deriva è dunque fiducia *ex lege*, prodotta normativamente e fondata sull'anticipazione performativa dell'obbedienza. Tutto ciò premesso possiamo affermare il Fiscal Compact sia passibile di essere interpretato come un dispositivo biopolitico nel momento in cui si trova a modulare le condizioni collettive della spesa, dell'investimento pubblico, del welfare, in funzione della

[547] Esplicitato nei Considerando del TSCG, in particolare nella premessa e nell'art. 1, in riferimento alla fiducia nei mercati.

[548] Trattato di Maastricht, Protocollo n. 12; Fiscal Compact, art. 3 TSCG: vincoli direttamente obbligatori e sanzionabili

stabilità finanziaria, secondo quelle che sono delle logiche di selezione e gerarchizzazione della vita economica.

17. Politiche fiscali e vincoli di bilancio: la fiducia attraverso la disciplina

L'architettura economica dell'Unione Europea, sin dalle sue origini, si è fondata sull'assunto secondo cui la stabilità finanziaria e la disciplina fiscale rappresentano condizioni imprescindibili per il corretto funzionamento del mercato interno e, di conseguenza, per la produzione di fiducia da parte dei soggetti economici[549]. Tale presupposto si è via via rafforzato nel tempo, assumendo una forma giuridica sempre più vincolante e performativa, soprattutto a partire dagli anni successivi all'introduzione della moneta unica. Il primo pilastro di questo dispositivo di fiducia è rappresentato dal Patto di Stabilità e Crescita (PSC), introdotto nel 1997 come corollario operativo del Trattato di Maastricht[550]. Esso si compone di una dimensione preventiva e di una correttiva, e stabilisce soglie di riferimento per il disavanzo pubblico (massimo 3% del PIL) e per il debito pubblico (massimo 60% del PIL)[551]. Il PSC è stato rafforzato con l'introduzione dei pacchetti normativi noti come Six-Pack (2011) e Two-Pack (2013), che hanno

[549] Trattato di Maastricht, Protocollo n. 12 sui criteri di convergenza

[550] Regolamento CE n. 1466/97, Regolamento CE n. 1467/97

[551] Art. 1 del Protocollo n. 12 e artt. 1 ss. Reg. 1466/97 e 1467/97

ulteriormente esteso il potere di sorveglianza della Commissione Europea sui bilanci nazionali, trasformando di fatto la programmazione economica degli Stati membri in un processo coordinato e monitorato a livello sovranazionale[552]. Particolarmente rilevante è poi il ruolo del Semestre Europeo, introdotto nel 2011, che istituzionalizza un calendario annuale di coordinamento delle politiche economiche e fiscali degli Stati membri[553]. Ogni anno, i governi devono sottoporre i propri programmi di stabilità e riforma alla Commissione, la quale emette raccomandazioni vincolanti[554]. Questo meccanismo ha reso la politica fiscale oggetto di un controllo *ex ante*, finalizzato a garantire la prevedibilità e l'affidabilità dell'azione statale agli occhi degli investitori e delle istituzioni finanziarie. A seguito della crisi economica del 2008 il paradigma della disciplina è stato ulteriormente costituzionalizzato attraverso il Fiscal Compact, ovvero il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria, firmato nel 2012[555]. Questo trattato impone agli Stati firmatari l'obbligo di inserire nei rispettivi ordinamenti, preferibilmente a livello costituzionale, la regola del pareggio di bilancio strutturale (saldo strutturale vicino allo 0 o in surplus). Inoltre prevede meccanismi di correzione automatici e una sorveglianza potenziata da parte della Corte di giustizia

[552] Six-Pack: Reg. UE n. 1173-1177/2011 e Dir. 2011/85/UE; Two-Pack: Reg. UE n. 472/2013 e 473/2013

[553] Conclusioni del Consiglio Europeo 17 giugno 2010; art. 121 TFUE

[554] Art. 121(2) TFUE; Raccomandazioni ai sensi del Semestre Europeo

[555] TSCG, art. 3: pareggio di bilancio strutturale

dell'UE. Il Fiscal Compact rappresenta dunque forse quella che potremmo chiamare una trasformazione della sovranità fiscale degli Stati membri, i quali vengono vincolati *ex ante* alla razionalità economico-finanziaria dell'UE, trasformando il bilancio pubblico in uno strumento di rassicurazione sistemica[556]. Dal punto di vista teorico questa configurazione normativa appare poter essere letta come dispositivo di produzione della fiducia istituzionale che agisce per una triplice via preventiva, condizionale e performativa: preventiva in quanto mira a evitare situazioni di crisi mediante regole di condotta stringenti; condizionale, perché subordina l'accesso a risorse, strumenti finanziari o margini di flessibilità al rispetto dei parametri; ed infine performativa in quanto produce effetti concreti sulla soggettività degli Stati, che sono indotti a trasformarsi in attori affidabili secondo i canoni della governance economica europea.

Senza abbandonare del tutto questo impianto anche le riforme post-pandemiche hanno riconfigurato alcune dimensioni. Il nuovo Patto di Stabilità e Crescita riformato, approvato nel 2023 e operativo dal 2024, pur introducendo maggiore flessibilità nella gestione del debito e dei deficit, mantiene l'obiettivo della sostenibilità fiscale come condizione per l'accesso ai finanziamenti europei e per la legittimità delle politiche economiche

[556] Art. 3(2) TSCG; art. 8 TSCG sul controllo della Corte di Giustizia

nazionali[557]. La regola del saldo strutturale viene affiancata da piani pluriennali di rientro del debito, concordati con la Commissione, in una logica contrattuale e condizionata[558]. Dire che le politiche fiscali europee costituiscono solo un quadro tecnico-contabile vorrebbe dire semplificare, esse pare mirino invece ad erigere un sistema giuridico di governo della fiducia, fondato sulla trasparenza e sulla prevedibilità[559]. Esse esprimono un modello di cittadinanza economica che fa dell'affidabilità e della responsabilità finanziaria i criteri di inclusione politica[560]. Un diritto avente mire di tutela dei diritti acquisiti e che stabilisce le condizioni di accesso alla legittimità nel contesto europeo[561]. È in tal caso la legge fiscale europea che agisce come filtro normativo attraverso cui si costruisce la credibilità degli Stati e la coesione del mercato unico[562].

[557] Proposta di riforma: COM(2023) 240 final – nuovo Regolamento sul PSC, adottato nel 2023, in vigore dal 2024

[558] COM(2023) 240 final; COM(2023) 241 final – nuova governance economica dell'UE

[559] cfr. P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 243-266

[560] cfr. C. Joerges & J. Neyer, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in *European Law Journal*, 1997, pp. 273-299

[561] cfr. F.W. Scharpf, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, in *LEQS Paper*, n. 36/2011

[562] cfr. W. Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, Verso, 2013

18. La stabilità fiscale come condizione giuridica della fiducia economica: il Patto di Stabilità e Crescita (PSC)

Possiamo pensare di affermare che nel quadro dell'Unione Europea la disciplina fiscale non rappresenta soltanto un principio di buona amministrazione finanziaria, ma costituisce un dispositivo essenziale di legittimazione economica e politica. Essa è funzionale alla produzione della fiducia sistemica da parte dei mercati, degli investitori e, più in generale, dei consociati[563]. In continuità con la razionalità ordoliberale evidenziata nel primo capitolo, la stabilità delle finanze pubbliche, generalmente considerabile obiettivo meramente tecnico, è concepibile come condizione giuridica fondamentale per garantire la sostenibilità del mercato interno e la credibilità dell'eurozona[564]. Il diritto dell'Unione codifica questa esigenza in una sequenza normativa articolata che ha conosciuto fasi di rafforzamento particolarmente intense in risposta alla crisi economica del 2008 e alla successiva crisi del debito sovrano[565]. A partire dal Patto di Stabilità e Crescita del 1997, passando per i pacchetti di riforma del 2011 e 2013 (Six-Pack e Two-Pack), fino al Fiscal Compact del 2012 e alla recente riforma del Patto approvata nel 2024, si è assistito alla

[563] cfr. N. Luhmann, *Fiducia,* Mulino, Milano, 2002

[564] cfr. M. Dawson – F. de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, *Modern Law Review*, 2013, pp. 817-844

[565] cfr. F.W. Scharpf, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, in *LEQS Paper*, n. 36/2011

progressiva costituzionalizzazione della disciplina fiscale come *dispositivo fiduciario*[566]. Questa evoluzione normativa volta a limitare la spesa pubblica o il deficit, organizza in realtà forse un'architettura legale che trasforma lo Stato sociale in Stato conforme e coerente con gli obiettivi della competitività economica[567].

Adottato nel 1997 e formalizzato con due regolamenti del Consiglio (Reg. CE n. 1466/97 e n. 1467/97), il Patto di Stabilità e Crescita nasce per garantire la stabilità macroeconomica nell'ambito dell'Unione Economica e Monetaria (UEM), imponendo due soglie simboliche quali il 3% del PIL come limite massimo per il disavanzo pubblico e il 60% del PIL come limite per il debito pubblico[568]. Questi parametri, già stabiliti dal Protocollo n. 12 allegato al Trattato di Maastricht, vengono ora formalizzati in un quadro di sorveglianza multilaterale e preventiva, trasformando le raccomandazioni politiche in obblighi giuridici. Il PSC distingue una branca preventiva (Reg. 1466/97) e una branca correttiva (Reg. 1467/97), prevedendo che, in caso di scostamento significativo dai parametri, la Commissione possa attivare una "procedura per disavanzo eccessivo" (PDE). La fiducia degli investitori viene così garantita dal rispetto di regole sovranazionali

[566] cfr. C. Joerges, J.H.H. Weiler, *The Crisis of European Law in the European Economic Crisis*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 243-274

[567] cfr. W. Streeck, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London, Verso, 2013

[568] cfr. Protocollo n. 12 sul procedimento per i disavanzi eccessivi, allegato al Trattato di Maastricht; Reg. CE n. 1466/97; Reg. CE n. 1467/97

codificate[569], con l'ipotetico Stato che si discosta dalla disciplina trattato come entità *inaffidabile*, e pertanto potenzialmente destabilizzante per l'intera eurozona.

Il Six-Pack

Sotto la pressione della crisi dei debiti sovrani, l'UE adotta nel 2011 il cosiddetto Six-Pack, un pacchetto di sei atti legislativi (cinque regolamenti e una direttiva) che riforma il Patto di Stabilità e Crescita. Tra questi si segnalano:

- Reg. UE n. 1173/2011: sulle sanzioni per il mancato rispetto del PSC[570];
- Reg. UE n. 1175/2011: che modifica il Reg. 1466/97 rafforzando la sorveglianza preventiva[571];
- Reg. UE n. 1176/2011: introduce il Meccanismo di Prevenzione e Correzione degli Squilibri Macroeconomici[572];

---

[569] cfr. P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2012, pp. 243-266

[570] Regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva applicazione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, GU L 306 del 23.11.2011

[571] Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il Regolamento (CE) n. 1466/97, GU L 306 del 23.11.2011

[572] Regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo alla prevenzione e alla correzione degli squilibri macroeconomici, GU L 306 del 23.11.2011

- Direttiva 2011/85/UE: sui requisiti dei quadri di bilancio degli Stati membri[573].

Il Six-Pack istituzionalizza il principio della correzione automatica il quale vede le sanzioni, che prima erano lasciate alla discrezionalità del Consiglio, divenire *semiautomatiche*, ciò salvo decisione contraria con maggioranza qualificata inversa[574]. Ciò rafforza l'autorità della Commissione e rende meno politico il controllo dei bilanci nazionali, producendo una tecnicizzazione della fiducia, la quale si va così a fondare ora su un sistema algoritmico di sorveglianza che premia l'allineamento e punisce la devianza.

19. Il Two-Pack

Con l'introduzione del Two-Pack (Reg. UE n. 472/2013 e Reg. UE n. 473/2013), il controllo sui bilanci nazionali si estende ulteriormente. Gli Stati membri dell'area euro sono ora tenuti a trasmettere in anticipo i loro piani di bilancio alla Commissione, a sottoporsi a sorveglianza rafforzata se in difficoltà finanziaria, e così ad adeguarsi a raccomandazioni individuali per garantire la sostenibilità del debito[575]. Il Two-Pack

[573] Direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, GU L 306 del 23.11.2011

[574] cfr. F. Fabbrini, *The Fiscal Compact, the 'Golden Rule' and the Paradox of European Federalism*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 2013, pp. 1-38

[575] Regolamento (UE) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri della zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria, GU L 140 del 27.5.2013; Regolamento (UE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo a disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei progetti di

consolida l'idea che la sovranità fiscale nazionale sia subordinata alla fiducia sistemica. I bilanci devono essere leggibili e compatibili con gli obiettivi europei. In altri termini il diritto europeo diviene una macchina preventiva di affidabilità, trasformando la trasparenza finanziaria in dispositivo giuridico[576].

20. Riforme post-pandemiche: la flessibilità come nuova semantica della fiducia

L'emergenza sanitaria del 2020 ha provocato la sospensione temporanea delle regole del Patto di Stabilità, mediante l'attivazione della clausola di salvaguardia generale[577]. Tuttavia, tale sospensione non ha implicato un abbandono della disciplina fiscale, bensì la sua riconfigurazione all'interno di una narrativa di resilienza e sostenibilità. Nel dicembre 2022 la Commissione ha proposto una riforma del quadro di governance economica che prevede piani di aggiustamento fiscalmente responsabili ma flessibili su base pluriennale. In cambio di maggiore flessibilità, agli Stati si richiedono riforme strutturali credibili e monitorabili[578]. Un altro modo per dire che la fiducia concessa agli

bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, GU L 140 del 27.5.2013

[576] cfr. C. Kilpatrick, *Constitutions, Economic Governance and State Transformation*, in *European Law Journal*, 2014, pp. 374-399

[577] cfr. Comunicazione della Commissione, COM(2020) 123 final, 20 marzo 2020, *Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*

[578] COM(2022) 583 final, 9 novembre 2022, *Communication on orientations for a reform of the EU economic governance framework*

Stati è fondata su vincoli quantitativi, ma anche su patti giuridicamente vincolanti di riforma, con l'obiettivo che resta quello della compatibilità economica, ma il mezzo diventa la performance.

L'insieme delle normative fiscali europee, dal Patto di Stabilità al Fiscal Compact, fino alla riforma post-COVID, può essere interpretato come una vera e propria economia morale del rigore, che traduce l'ideologia neoliberale in categorie giuridiche e metriche operative. Le norme si tripartiscono nelle veci di operatore simbolico di legittimazione, di selezione e di soggettivazione.

Nel lessico di Michel Foucault si potrebbe dire che il diritto fiscale europeo agisce come una "tecnologia di governo delle condotte"[579] che produce soggetti (gli Stati) responsabili, affidabili, prudenti, e quindi meritevoli della fiducia dei mercati. La fiducia arriva così ad essere considerata lo scopo primario della buona condotta economica, questo in quanto una moneta fiduciaria non può circolare senza un sistema giuridico che certifichi la solvibilità strutturale dei suoi emittenti.

La cornice giuridica europea della disciplina fiscale, come ricostruita nelle pagine precedenti, può essere ulteriormente compresa alla luce di alcune interpretazioni teoriche che ne decodificano la logica profonda, ovvero quella di una razionalità governamentale che converte l'equilibrio economico in principio costituzionale e la fiducia sistemica in

[579] Foucault, *Naissance de la biopolitique*, 1979

tecnica giuridica. Tali interpretazioni consentono di leggere il diritto fiscale europeo come un operatore di soggettivazione politica ed economica, inscritto nella logica neoliberale della competizione e della responsabilizzazione. In primo luogo, Pierre Dardot e Christian Laval, nel loro saggio *La nuova ragione del mondo* (2010)[580], mostrano come il neoliberismo ricodifichi lo Stato nella forma di un'impresa soggetta a vincoli di efficienza e affidabilità. La governance fiscale europea si inserisce perfettamente in questo quadro nel momento in cui la regola del pareggio di bilancio, il Patto di Stabilità e Crescita e il Fiscal Compact agiscono clausole tecnico-performanti che producono soggetti statali capaci di autogovernarsi secondo una logica di responsabilità competitiva verso i mercati. L'autorità sovrana è qui subordinata a un vincolo normativo superiore, e in questo senso la sovranità economica si trasforma in una forma di sovranità condizionata. Un'analoga interpretazione è proposta da Alain Supiot, che in *La gouvernance par les nombres* (2015)[581] denuncia l'erosione delle forme giuridiche classiche della sovranità (come ad esempio diritti decisione politica) a favore di una governance algoritmica basata su indicatori e valutazioni comparative. Il diritto europeo, e in particolare il diritto fiscale, diventa lo strumento che trasforma l'obbligo politico in prestazione misurabile, e l'adesione degli Stati ai vincoli di bilancio diventa una prova di merito che consente loro di accedere a benefici (come possono essere i finanziamenti), o semplicemente credibilità

[580] Dardot, Laval, *La nuova ragione del mondo*, 2010

[581] Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris: Fayard, 2015

internazionale. La fiducia sistemica allora diviene attributo formalizzato e oggettivato attraverso il diritto che si manifesta nella forma della *compliance*, e che si misura nella capacità degli Stati di mantenere parametri predefiniti. Dani Rodrik, nel suo *The Globalization Paradox* [582](2011), sottolinea il conflitto strutturale tra democrazia, integrazione economica e sovranità nazionale, mostrando come i regimi fiscali multilaterali, anziché armonizzare il governo economico, sacrificano la capacità redistributiva degli Stati sull'altare della fiducia finanziaria. L'UE secondo Rodrik costituisce uno degli esempi più lapalissiani di "*camicia di forza fiscale*", dove l'autorità democratica è progressivamente vincolata da regole giuridiche sovranazionali pensate per rassicurare gli investitori, e non per rispondere alle esigenze sociali delle popolazioni. Detta lettura vuole il diritto fiscale europeo come un'istituzionalizzazione della sfiducia democratica, che sostituisce il consenso con la sorveglianza. Maurizio Ferrera invece, nell'ambito della letteratura sulla "trappola dell'austerità" (*Politiche sociali*, 2012), rimarca come il regime europeo di disciplina fiscale abbia "reso sempre più difficile un bilanciamento tra stabilità economica e protezione sociale, erodendo lo spazio di manovra delle politiche pubbliche"[583]. Le regole fiscali selezionano preventivamente i margini del possibile, disegnando un paesaggio normativo in cui alcune forme di intervento (es.

[582] Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York: W. W. Norton, 2011

[583] Ferrera, "La trappola dell'austerità", in *Politiche sociali*, 2012, n. 3, pp. 5-24

espansione keynesiana) non sono più nemmeno concepibili. La fiducia nel mercato, costruita dal diritto, si oppone dunque alla fiducia democratica nella capacità redistributiva dello Stato. È *Post-Democracy* (2004) che Colin Crouch ha provato a mostrare come la governance fiscale europea possa essere letta come una dinamica post-democratica, in cui le decisioni fondamentali (ad esempio sui vincoli di spesa o sulle riforme strutturali) vengono prese al di fuori dello spazio pubblico e della deliberazione collettiva secondo una logica tecnocratica[584]. Il contesto normativo assume qui una funzione di depoliticizzazione, legittimando la naturalizzazione delle scelte economiche: il suo essere lo spazio della mediazione tra interessi cede il passo ad un infrastruttura di una razionalità unica e non negoziabile, costruita attorno alla nozione di disciplina e sostenibilità. Una rinvenibile convergenza tra produzione normativa, razionalità neoliberale e performatività della fiducia che configura quella che potremmo definire una economia politica del diritto fiscale europeo. In essa la fiducia è la qualità giuridicamente prodotta che orienta le condotte pubbliche e disegna un (non così) nuovo soggetto politico ovvero quello Stato performante.

Questa ricostruzione della disciplina fiscale europea ci consente di mettere in luce la produzione attiva delle condizioni di legittimazione che subordina la redistribuzione al parametro della sostenibilità macroeconomica, facendo della fiducia dei mercati un

[584] Crouch, *Post-Democracy*, Cambridge: Polity Press, 2004

criterio giuridico incorporato nei trattati, nei regolamenti e nei meccanismi di governance. Questa razionalità, coniugante efficienza e sorveglianza, eccede i contesti tradizionali della fiscalità pubblica, tende ad espandersi verso nuove frontiere della normazione, in particolare quelle legate alla economia digitale e alla regolazione dell'intelligenza artificiale. La medesima logica di costruzione fiduciaria fondata su standard *ex ante*, conformità regolamentata, trasparenza computazionale e accountability algoritmica, informa oggi il cuore delle politiche europee sulla trasformazione digitale, facendo del diritto il motore giuridico di una nuova governance post-industriale[585].

Possiamo dunque collocare all'interno di questa fotografia il passaggio successivo di quest'analisi, dedicato alle norme che regolano l'economia digitale, e che configurano un'infrastruttura normativa della fiducia computazionale, dove la legge opera come promessa di affidabilità e sicurezza tecnologica, pre-condizione per la circolazione di dati, e ovviamente capitali. Il paradigma *dell'homo oeconomicus* europeo si adatta così alla nuova epoca digitale.

21. Strategia digitale europea come dispositivo di fiducia sistemica

[585] si veda ad esempio Busch, "Legal Trust Design in the Digital Economy", *European Law Journal*, 2023

L'agenda digitale dell'Unione Europea si configura, sin dalle sue prime articolazioni strategiche, come un dispositivo politico-normativo volto a regolare il settore tecnologico, ma altresì a istituire condizioni sistemiche di fiducia nei confronti dell'ambiente digitale, in particolare da parte di cittadini (e investitori) e imprese. Si vuole rendere l'ecosistema digitale europeo percepito come sicuro, un luogo accogliente per i suoi attori. Il primo documento chiave in questo senso è la Digital Agenda for Europe (2010)[586], parte integrante della strategia Europa 2020, che definisce l'accesso universale a internet ad alta velocità e la creazione di un mercato digitale unico come priorità strategiche per la crescita. Già qui si ritrova una narrativa che lega esplicitamente l'innovazione tecnologica alla competitività economica e all'inclusione sociale, ma che si basa su un presupposto normativo, ovvero il fatto che la fiducia degli utenti e delle imprese è una condizione imprescindibile per l'effettiva funzionalità del mercato digitale. Questa logica è confermata e approfondita in documenti come la Strategia per il Mercato Unico Digitale (2015), la quale si propone interventi normativi volti a rimuovere le barriere regolamentari e favorire la libera circolazione dei dati e dei servizi digitali. Il documento si apre affermando che "un mercato unico digitale pienamente funzionante può contribuire con 415 miliardi di euro all'economia dell'UE" (COM(2015) 192 final)[587], ma condiziona tale prospettiva alla "fiducia degli utenti digitali" e alla "sicurezza giuridica" per le imprese.

[586] Commissione Europea, *A Digital Agenda for Europe*, COM(2010) 245 final

[587] COM(2015) 192 final

La concorrenza e l'innovazione vengono così subordinate alla costruzione di un contesto fiduciario istituzionalizzato. Altresì è importante in tal contesto citare la Digital Compass 2030 (COM(2021) 118 final)[588], documento chiave della strategia post-pandemica che rafforza ulteriormente questo orientamento. I "quattro cardini" del futuro digitale europeo (competenze, infrastrutture, digitalizzazione delle imprese e dei servizi pubblici) sono esplicitamente subordinati ad un quadro normativo che garantisca "affidabilità, sicurezza e trasparenza". La fiducia viene qui tematizzata come una *precondizione performativa* della trasformazione digitale con l'UE che va a costituire così un *diritto della digitalizzazione* che non si limita a contenere i rischi tecnologici, ma li trasforma in occasioni di governance. Come sottolineano Dardot e Laval, "la razionalità neoliberale non consiste tanto nel deregolamentare, quanto nel produrre un diritto che istituzionalizzi la concorrenza come norma di condotta generale"[589]. La strategia digitale europea rientra perfettamente in questa logica, questo in quanto è la legge, e non il mercato, a produrre la possibilità stessa di fiducia economica in un ambiente digitale incerto e in rapido mutamento. La retorica della "sovranità digitale europea", sempre più centrale nei discorsi ufficiali della Commissione (cfr. Von der Leyen, *State of the Union*, 2020–2023[590]), si fonda proprio su questa ingegneria normativa della fiducia. Il significato classico della

[588] COM(2021) 118 final

[589] Dardot, Laval, *La nuova ragione del mondo*, 2010, p. 200 ss

[590] cfr. Von der Leyen, *State of the Union*, 2020-2023

sovranità come supremazia coercitiva viene qui superato dal suo aspirare a capacità di regolamentare linguaggi giuridici la cui *ratio* è quella di attrarre capitali e innovazione all'interno del perimetro regolativo dell'UE, che risulta essere un *ambiente fiduciario* per il mercato.

La coerenza di questa impostazione emerge anche nei quadri di finanziamento strategico. Basti pensare a programmi come Horizon Europe o Digital Europe Programme, nei quali la condizione per ricevere fondi è spesso la dimostrazione della *compliance* normativa in materia di sicurezza, interoperabilità, responsabilità e governance dei dati[591]. Anche qui, il diritto diventa vettore performativo che regola (e quindi anche selettivo) l'accesso al mercato, e frattanto modella *ex ante* il tipo di soggetti economici ritenuti degni di fiducia.

La strategia digitale dell'Unione Europea si presenta in sintesi come una grande infrastruttura normativa della fiducia. Un progetto politico-giuridico che cerca di garantire l'ordine concorrenziale e l'attrattività del mercato attraverso la produzione di cornici regolative e regimi di responsabilità che anticipano e indirizzano il comportamento dei soggetti digitali. È all'interno di questa logica che vanno letti i principali atti normativi che verranno discussi qui di seguito.

Al cuore della strategia digitale europea risiede una tensione costitutiva tra promessa di libertà e logiche di governo. L'Unione Europea proclama l'obiettivo di promuovere un

[591] Reg. UE 2021/695 che istituisce Horizon Europe; Reg. UE 2021/694 che istituisce il Programma Europa Digitale

ecosistema digitale fondato sui diritti fondamentali, sull'innovazione e sull'inclusione, ed al contempo le modalità normative attraverso cui tale obiettivo viene perseguito rivelano un'inscrizione profonda nella razionalità neoliberale. Il concetto stesso di fiducia viene qui funzionalizzato e codificato giuridicamente come una leva di governo, più che come una relazione etica o intersoggettiva. Sono le parole di Mireille Hildebrandt che ci dicono come "l'infrastruttura normativa del cyberspazio europeo mira a rendere prevedibili le condotte attraverso la regolazione preventiva dei comportamenti tecnicamente possibili"[592]. Ecco allora che la fiducia sistemica si trasforma in una calcolabilità regolativa in cui ciò che è ritenuto degno di fiducia è ciò che è conforme a standard predefiniti con l'azione normativa dell'UE che finisce per assumere la forma di un dispositivo di pre-legittimazione economica, anticipando la fiducia per consentire al mercato di funzionare. Tale dinamica risponde ancora una volta a quella analizzata da Niklas Luhmann nel concetto di *fiducia sistemica*, ovvero quella forma di fiducia che si deposita non nei singoli attori, ma nelle istituzioni e nei loro protocolli di funzionamento. Il diritto digitale europeo, nella sua forma procedurale e preventiva, si configura esattamente come un ambiente codificato che riduce la complessità e la contingenza delle tecnologie emergenti, rendendole gestibili ed investibili, e soprattutto compatibili con la razionalità competitiva europea. Esempio ne è la nuova Strategia per la sicurezza

[592] Hildebrandt, *Law for Computer Scientists and Other Folk*, 2020, p. 148

informatica dell'UE (JOIN(2020) 18 final)[593], la quale insiste sul bisogno di creare "resilienza e fiducia nell'economia e nella società digitale". L'enfasi sulla resilienza come condizione della fiducia rivela un cambio di paradigma per il quale proteggere i diritti assume un ruolo non più così primario come invece anticipare e assorbire le crisi in modo da rendere l'ambiente economico digitale più prevedibile e dunque normativamente legittimo.

Un'ulteriore riflessione critica riguarda il concetto di "sovranità regolativa". Come sottolinea Anu Bradford nella sua teoria del *Brussels Effect*, l'Unione Europea, attraverso il suo potere regolativo, è in grado di esportare i propri standard giuridici a livello globale, influenzando le pratiche normative di aziende e Stati terzi[594], il che ci permette di guardare alla componente fiduciaria come un asset geopolitico, un capitale normativo che consente all'UE di competere nell'arena globale attraverso il diritto piuttosto che con la forza. Ciò rafforza l'idea che il diritto europeo sia oggi uno strumento strategico di legittimazione del mercato e delle sue regole, connesso a una forma di soft power giuridico. Infine, non va trascurata la funzione antropopolitica di questo disegno normativo. Per Antoinette Rouvroy, nel suo lavoro sulla *governamentalità algoritmica*, il diritto digitale tende a

[593] JOIN(2020) 18 final

[594] Bradford, A. (2020). The Brussels Effect: How the European Union Rules the World. Oxford University Press

operare attraverso orientamenti preventivi dei comportamenti[595], e così la strategia digitale dell'UE può essere letta come un processo di soggettivazione soft, che produce *a priori* soggetti economicamente conformi con la fiducia che diviene allora una tecnica di governo facente capo ad una forma di "predisposizione normativa" del comportamento individuale funzionale alla stabilità del mercato.

AI Act e governance algoritmica

Il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (AI Act) è stato approvato in via definitiva nel marzo 2024, con l'obiettivo dichiarato di "garantire che i sistemi di intelligenza artificiale immessi sul mercato dell'Unione siano sicuri, trasparenti e rispettino i diritti fondamentali" (COM/2021/206 final)[596]. Il testo si fonda su un approccio basato sul rischio, classificando i sistemi di IA secondo una scala graduata: *proibiti*, *ad alto rischio*, *a rischio limitato* e *a rischio minimo*. Tra i sistemi ad alto rischio, l'art. 6 include quelli impiegati in ambiti

[595] Rouvroy, A., & Berns, T. (2013). "Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation." Le nouvel âge de la statistique, 1(1), 163–198

[596] Commissione Europea, *Proposta di regolamento che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (Artificial Intelligence Act)*, COM/2021/206 final, 2021, pp. 1–2

strategici quali l'istruzione, la selezione del personale, l'assistenza sanitaria, i servizi sociali e le infrastrutture critiche[597]. La *ratio* cui sottende risponde al fatto che quanto più un sistema incide sulla vita dei cittadini, tanto più esso deve essere regolato *ex ante*, soggetto a requisiti di trasparenza, accuratezza, sicurezza e tracciabilità. Il fulcro normativo del regolamento è l'articolo 16, che stabilisce gli obblighi dei fornitori di sistemi di IA ad alto rischio quali valutazione *ex ante* della conformità, mantenimento della documentazione tecnica, adozione di sistemi di gestione della qualità e tracciabilità delle operazioni[598]. L'obbligo di conformità è formalizzato attraverso il rilascio di certificazioni CE, analogamente a quanto previsto in ambito sanitario e industriale[599].

L'AI Act si configura come un punto di svolta nella giuridificazione del rischio algoritmico, iscrivendosi in un paradigma normativo che potremmo definire di "fiducia computabile" in quanto si tratta di tutelare i cittadini da potenziali abusi andando però a costruire di pari passo un'infrastruttura di affidabilità che consenta l'adozione dell'IA su larga scala, rassicurando investitori, utenti e Stati membri sulla sua governabilità. Questa struttura regolativa anticipatoria ricalca la trasformazione già analizzata nel DMA e nel DSA, ovvero si afferma una funzione prevenzionistica e performativa del diritto, che disegna un ambiente fiduciario in cui l'IA è, per design normativo, compatibile con i valori

[597] AI Act, art. 6, 2024

[598] AI Act, art. 16, 2024

[599] AI Act, art. 43, 2024

europei[600]. Il titolo III del Regolamento (artt. 9-15) prevede l'obbligo per i sistemi ad alto rischio di implementare meccanismi di gestione del rischio, governance dei dati, documentazione tecnica, trasparenza, supervisione umana e robustezza informatica[601]. Ogni elemento di questa architettura serve a produrre fiducia sistemica nella tecnologia, modellando gli stessi standard di innovazione attorno ai principi europei. È ancora Antoinette Rouvroy a puntualizzare nella sua teoria della "*governance algoritmica*" (Rouvroy, 2016), che la regolazione dell'intelligenza artificiale norma l'esistente intervenendo "a monte", nel disegno dei dispositivi, orientando le condizioni stesse della loro emersione[602].

Il regolamento opera anche come dispositivo di selezione tecnologica, nel senso che autorizza (incoraggia) o vieta specifici tipi di IA sulla base della loro compatibilità con la struttura normativa dell'Unione. I sistemi vietati, elencati all'art. 5 (come quelli fondati sulla manipolazione subliminale o sulla valutazione sociale delle persone), benchè efficaci, perché non conformi *all'antropologia normativa europea*, fondata su un equilibrio retorico tra dignità, sicurezza e competitività[603]. Parallelamente i sistemi conformi diventano soggetti giuridicamente integrati nello spazio europeo titolari del

[600] Regolamento (UE) sull'Intelligenza Artificiale, artt. 5-7 e 9-15, 2024

[601] AI Act, artt. 9-15, 2024

[602] Rouvroy, A. (2016). "Algorithmic Governmentality and the Death of Politics." *La Deleuziana*, 3, 45-62

[603] AI Act, art. 5, 2024

diritto di circolare e competere. Si tratta come evidenziato da Dardot e Laval (2010), di un esempio di *governamentalità neoliberale*, in cui la legittimazione passa attraverso la capacità di aderire a un quadro normativo performativo più che al raggiungimento di obiettivi democraticamente deliberati[604]. La conformità normativa diventa così una forma di cittadinanza tecnologica in cui l'IA "affidabile" è quella che funziona obbedendo però alla semantica regolativa europea. Per questa ragione l'AI Act oltre che uno strumento tecnico può essere considerato una tecnologia giuridica della soggettivazione algoritmica. Dal punto di vista economico, il regolamento costruisce un mercato normativamente protetto, in cui la fiducia è un asset certificato. Il rispetto delle procedure di conformità, la tracciabilità delle decisioni automatizzate, l'accesso ai dataset (art. 10) diventano garanzie che permettono alle imprese di accedere ai finanziamenti[605]. Secondo quanto affermato nella relazione della Commissione al Parlamento Europeo (SWD(2021) 84 final), l'obiettivo dell'AI Act è anche quello di favorire l'adozione diffusa dell'intelligenza artificiale nelle PMI, rassicurando le imprese più piccole circa la prevedibilità e la sicurezza dell'ambiente normativo[606]. È la normavitività, in questo senso, a produrre fiducia come condizione economica di investimento. La costruzione di un "mercato fiduciario dell'innovazione" è la cifra politica del regolamento per cui

[604] Dardot, P., & Laval, C. (2010). *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La Découverte

[605] AI Act, art. 10, 2024

[606] SWD(2021) 84 final

l'innovazione viene autorizzata e incentivata solo nella misura in cui si dimostra conforme a un'etica legalizzata dell'affidabilità, in cui la norma diventa strumento di capitalizzazione della fiducia.

La regolazione europea dell'intelligenza artificiale, nella sua forma paradigmatica, ovvero quella dell'AI Act, può essere letta, oltre la sua dimensione tecnico-legale, come espressione di un'evoluzione della biopolitica contemporanea. Mentre nella fase novecentesca il governo della vita si articolava prevalentemente attraverso pratiche sanitarie o securitarie, nell'attuale congiuntura post-digitale esso passa attraverso il modellamento algoritmico del comportamento umano, in una forma di *"biopolitica computazionale"*[607]. La valutazione *ex ante* dei sistemi di IA non funge solo da barriera precauzionale contro gli abusi, ma si configura come un dispositivo di incanalamento normativo della soggettività. La legge in questo caso non reprime, ma come abbiamo già avuto modo di osservare orienta, stabilendo a priori quali siano le condizioni per cui una macchina possa *interagire con l'umano*, determinando così indirettamente le modalità attraverso cui l'umano viene governato e reso leggibile. Si può qui richiamare Michel Foucault, laddove nella *Nascita della biopolitica* identificava il passaggio da una sovranità verticale a una governamentalità immanente, in cui il potere si esercita attraverso

[607] Rouvroy, A., & Berns, T. (2013). "Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation." *Le nouvel âge de la statistique*, 1(1), 163–198

dispositivi che *producono condotta*, senza doverla imporre coercitivamente.[608] L'IA conforme al regolamento non solo agisce entro un quadro legale, essa agisce *per* il diritto, perché il suo funzionamento stesso è normato nei parametri, nei dati e negli output previsti. La tecnologia diventa così una tecnologia del sé, nel senso di Foucault (1982), uno strumento attraverso cui l'individuo è spinto a migliorarsi e auto-controllarsi in base a parametri esterni ma interiorizzati[609]. Un assistente algoritmico conforme (pensiamo a un'app medica predittiva o a un sistema di screening educativo) restituisce all'individuo una "verità" su sé stesso, contribuendo alla sua soggettivazione secondo logiche di efficienza. Questa nuova architettura normativa quindi produce soggetti affidabili, capaci di essere governati e di autogovernarsi in armonia con la razionalità neoliberale. Il diritto europeo sulla IA diventa una biopolitica della fiducia, fondata su un equilibrio tra controllo preventivo e performatività adattiva, in cui *la trasparenza tecnologica si converte in trasparenza esistenziale*.

L'AI Act rappresenta in definitiva un passaggio decisivo nella costruzione dell'infrastruttura normativa europea dell'innovazione. Lontano dall'essere un semplice atto di regolazione tecnica, esso si configura come dispositivo biopolitico performativo, che legittima forme di intelligenza artificiale compatibili con l'ordine neoliberale

---

[608] Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978–1979)*. Gallimard/Seuil

[609] Foucault, M. (1982). "Technologies of the Self." In *Technologies of the Self: A Seminar with Michel Foucault*, ed. L. H. Martin, H. Gutman & P. H. Hutton, University of Massachusetts Press, pp. 16-49

continentale. Attraverso un'architettura giuridica basata sulla conformità l'Unione Europea costruisce così un ambiente fiduciario computabile, in cui la norma diventa condizione di possibilità dell'innovazione, e la fiducia funge da leva economica e antropologica al tempo stesso[610].

Una critica della regolazione digitale

La regolazione europea dell'ambiente digitale, nel suo complesso (DSA, DMA, AI Act, GDPR, EHDS, Data Act), va compresa come reazione normativa ai rischi tecnologici o come tentativo di disciplinare il potere delle grandi piattaforme, ma anche come un atto costituente di un nuovo spazio normativo post-nazionale. Questo spazio garantire di diritti costruisce un regime di fiducia istituzionale performativa, fondato sull'interazione costante tra tecnologie, soggetti e aspettative economiche.

Rouvroy e Berns (2013) descrivono un modello in cui la legge pre-configura le condizioni di possibilità dell'azione, attraverso sistemi di calcolo, reputazione e categorizzazione preventiva[611]. La regolazione diventa quindi una griglia preattiva, una sorta di *norma-*

[610] Rouvroy, A., & Berns, T. (2013). "Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation." *Le nouvel âge de la statistique*, 1(1), 163-198

[611] Rouvroy, A., & Berns, T. (2013). "Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation." *Le nouvel âge de la statistique*, 1(1), 163198

vettore, che plasma il comportamento prima ancora che il soggetto possa scegliere, sulla base di modelli predittivi e standard computazionali. Per questo possiamo affermare che il diritto digitale europeo tende a funzionare come algoritmo sociale, come un codice di credibilità e conformità da cui non si può derogare senza perdere di legittimità.

Questa transizione implica anche un mutamento antropologico. Se il cittadino liberale era titolare di diritti e il consumatore neoliberale era imprenditore di sé, il soggetto digitale europeo è oggi un portatore di conformità. Ciò che conta, per accedere al mercato, al welfare, all'educazione o alla sanità digitalizzata, è l'allineamento performativo a determinati standard di sicurezza. Non è un caso che termini come *accountability*, *compliance*, *transparency by design*, *data minimization* siano entrati nel lessico giuridico europeo. Non sono meri tecnicismi, rappresentano imperativi etico-economici che trasformano la legge in un vettore di razionalità calcolabile, e la persona in una funzione affidabile del sistema. In questa dinamica emerge un'ambivalenza strutturale. Da un lato, l'UE rivendica una propria "sovranità digitale" (von der Leyen, 2020)[612], opponendosi allo strapotere delle big tech USA e cinesi; dall'altro, essa finisce per adottare una logica funzionalista che subordina la governance del digitale alla sua capacità di generare fiducia economica. Questa tensione è stata colta da Evgeny Morozov, che ha denunciato il rischio di una *"regolazione civettuola"* (cosmetic regulation), incapace di intaccare il paradigma

[612] Von der Leyen, U. (2020). *State of the Union Address*. Bruxelles: European Commission

estrattivo del capitalismo digitale[613]. Anche Shoshana Zuboff, nel suo concetto già citato di *"capitalismo della sorveglianza"*, insiste sul fatto che la regolazione non può limitarsi a rendere trasparente l'estrazione dei dati, ma dovrebbe ri-fondare il senso politico della tecnologia[614]. Tutto ciò solleva una questione teorica di fondo: la regolazione digitale europea è un atto di controllo o un atto di fondazione? Regolamentare il mercato digitale significa solo ridurre i suoi eccessi, oppure costruire un ordine normativo nuovo, post-liberale, in cui la legge funge da ambiente computazionale della fiducia? Nel primo caso, il diritto agisce come freno; nel secondo, come motore biopolitico della soggettivazione digitale. Se la seconda ipotesi è corretta, allora l'Unione Europea diviene un laboratorio normativo di umanità calcolabile, in cui la giuridicità si piega alla competitività.

La normativa europea in materia digitale, se osservata nella sua dimensione sistemica, dischiude un orizzonte biopolitico inedito, quello di una fede computazionale nel potere del diritto di garantire efficienza e competitività tramite la regolazione preventiva del rischio. I testi legislativi funzionano come atti performativi che generano fiducia e legittimità, e che plasmano in anticipo l'ambiente in cui i soggetti si esprimono e si costituiscono.

---

[613] Morozov, E. (2013). *To Save Everything, Click Here: The Folly of Technological Solutionism*. PublicAffairs

[614] Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism*. PublicAffairs

Salute e riproduzione dell'ordine economico

L'emergenza pandemica da COVID-19 ha rappresentato un banco di prova paradigmatico per la governance europea della salute, questo in quanto ha messo in luce i limiti sistemici del suo orientamento strategico. In particolare, le misure normative adottate dall'Unione Europea, tra cui il Certificato COVID Digitale dell'UE (Regolamento (UE) 2021/953), le deroghe procedurali per l'autorizzazione dei vaccini da parte dell'EMA (European Medicines Agency), nonché i finanziamenti Horizon Europe destinati alla medicina predittiva, mostrano come la protezione della salute pubblica possa anche essere letta come funzionalizzazione alla riproduzione della continuità economica, più che fondata su una concezione universalistica del diritto alla salute. Questa posizione non è in alcun modo una critica al valore delle vaccinazioni in quanto tali che, al contrario, hanno rappresentato uno strumento efficace di contenimento e prevenzione, ma si configura come una riflessione critica sulla gerarchia normativa e strategica attraverso cui l'Unione Europea ha definito la propria azione sanitaria, in linea con una razionalità biopolitica di matrice neoliberale. Come ha osservato Roberto Esposito, nella crisi pandemica non si è affermato un vero "primato della vita" sulla politica, quanto piuttosto una "politica della vita" subordinata alla stabilità del sistema: "non si è trattato di tutelare la vita in quanto

tale, ma di renderla funzionale alla sua stessa regolazione"[615] . In altre parole, il valore della vita biologica viene riconosciuto e tutelato nella misura in cui rappresenta una condizione produttiva. Un elemento rivelatore di questa logica è la asimmetria normativa tra l'urgenza con cui sono stati mobilitati strumenti giuridici e finanziari per contrastare il COVID-19 nei Paesi ad alto reddito, e la relativa marginalità delle risposte nei confronti di emergenze sanitarie strutturali come la malaria, la tubercolosi che colpiscono milioni di persone nelle regioni più povere del pianeta[616]. Laurence Tubiana, ex negoziatrice dell'Accordo di Parigi, ha sottolineato come "le priorità sanitarie internazionali non sono stabilite in base alla gravità dei problemi, ma in base alla loro minaccia alla stabilità economica globale" (Tubiana, 2021). Questa tendenza trova un corrispettivo teorico nel concetto di "vite governabili" elaborato da Didier Fassin, secondo cui la biopolitica contemporanea produce una tassonomia della vita degna di tutela, graduata secondo criteri geopolitici ed economici per cui "il governo della vita è anche il governo della sua disuguaglianza"[617]. La vita diviene oggetto di valore solo se conforme a parametri di efficienza con la salute che da bene in sé evolve a variabile condizionata dalla sua rilevanza per l'equilibrio del mercato. Un'ulteriore elaborazione di questa lettura emerge nel lavoro di Melinda Cooper, la quale ci dice come le biopolitiche del neoliberismo

[615] Esposito, R. (2011). *Immunitas: Protezione e negazione della vita*. Torino: Einaudi, pp. 45–47

[616] Tubiana, L. (2021). Intervento in conferenza OCSE su salute globale e pandemia

[617] Fassin, D. (2009). *La Vie: mode d'emploi critique*. Paris: La Découverte

abbiano traslato l'idea di protezione biologica dal welfare universalistico a un modello assicurativo selettivo, orientato alla gestione del rischio sistemico più che alla promozione dell'equità in un "neoliberismo che non è contro la vita, ma è per una vita conforme"[618]. A livello europeo, tale logica è istituzionalizzata nei programmi di finanziamento come Horizon Europe o EU4Health, i cui bandi privilegiano ambiti tecnologicamente avanzati e commercialmente appetibili[619]. Poco spazio viene invece dedicato al rafforzamento dei sistemi sanitari primari o al contrasto delle diseguaglianze di accesso alla cura, come rilevato anche dalla Corte dei Conti europea nel Report Speciale 2023/22 sullo stato della preparazione sanitaria dell'UE. Questa selettività è coerente con quanto Foucault descrive in *Naissance de la biopolitique* come "razionalità governamentale del mercato"[620], in cui le decisioni politiche e normative sono valutate non in base a un principio di giustizia o di protezione incondizionata della vita, ma secondo il criterio della loro compatibilità con le esigenze del sistema economico. Qui anche l'apparente neutralità delle misure sanitarie si configura come una forma performativa di soggettivazione economica, in cui il cittadino è chiamato a essere un agente biologicamente conforme e socialmente responsabile, la cui salute è garanzia di produttività e affidabilità. Recentemente Barbara Stiegler ha cercato

---

[618] Cooper, M. (2008). *Life as Surplus: Biotechnology and Capitalism in the Neoliberal Era*. Seattle: University of Washington Press, p. 32

[619] European Court of Auditors. (2023). *Special Report 22/2023: The EU's health preparedness*. Luxembourg

[620] Foucault, M. (2004). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978–1979)*. Paris: Gallimard/Seuil, pp. 121–125

di spiegare come "la sanità pubblica, che dovrebbe essere orientata a tutelare l'individuo in quanto tale, nel neoliberismo è volta a ottimizzare la popolazione in funzione della sua adattabilità ai vincoli del sistema economico"[621].

In conclusione il diritto europeo della salute così come articolato nella fase pandemica, si rivela espressione di una biopolitica funzionale alla stabilità economica che subordina il valore della vita alla sua funzione nella riproduzione del mercato. Il compito della teoria critica è qui quello di interrogare la struttura normativa che rende gli strumenti di tutela sanitaria spesso incapaci di affrontare le diseguaglianze sanitarie globali, proprio perché fondata su una visione economicamente differenziale del valore della vita umana.

22. Politiche ambientali e Green Deal: ecologia come economia della fiducia

Nel contesto dell'integrazione europea la transizione ecologica rappresenta uno dei vettori fondamentali attraverso cui si articola una nuova forma di legittimazione economico-giuridica dell'azione pubblica. Ben oltre l'enunciazione di principi etici o la tutela degli ecosistemi, le politiche ambientali dell'Unione Europea si configurano oggi come dispositivi performativi di fiducia nei confronti dei mercati, degli investitori e, ovviamente, dei consumatori. L'ambiente diviene in questo quadro un elemento strategico

[621] Stiegler, B. (2020). *Il n'est pas trop tard pour vivre*. Paris: Gallimard

della governance neoliberale, in cui la sostenibilità è ricodificata in termini economici e operativi. La comunicazione della Commissione europea del 2019 intitolata *"Il Green Deal europeo"* [622] è il manifesto politico con cui l'Unione si impegna a trasformare l'Europa nel primo continente climaticamente neutro entro il 2050. In apparenza il Green Deal si presenta come un'agenda ecologista che prevede, fra le altre cose, una riduzione delle emissioni, e la promozione dell'economia circolare. Tuttavia a una lettura più attenta si coglie come il documento sia strutturato su una logica di opportunità per la crescita. Come recita testualmente la comunicazione: «Il Green Deal europeo è una nuova strategia di crescita che mira a trasformare l'UE in una società equa e prospera, con un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva[623]». La sostenibilità, dunque, è assunta come leva per accrescere la competitività dell'Unione invece che come valore intrinseco. La dimensione ambientale diviene così un terreno di capitalizzazione fiduciaria per cui i mercati devono essere rassicurati sulla capacità dell'UE di produrre innovazione nel settore green, così da attirare investimenti e promuovere una transizione ordinata che non comporti sconvolgimenti nei mercati.

Un elemento cardine di questa strategia è rappresentato dal Regolamento (UE) 2020/852 sulla tassonomia delle attività economiche sostenibili, entrato in vigore nel luglio 2020[624].

---

[622] COM(2019) 640 final

[623] COM(2019) 640 final, p. 2

[624] Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020, GU L 198 del 22.6.202

Il testo introduce un sistema di classificazione uniforme per determinare quali attività economiche possano essere considerate sostenibili dal punto di vista ambientale. L'obiettivo esplicito è quello di indirizzare i flussi di capitale privato verso progetti verdi, riducendo il rischio di "*greenwashing*" e aumentando la fiducia degli investitori. Come si legge nel considerando 11 del regolamento: «Una definizione unificata di che cosa costituisca un'attività economica sostenibile sotto il profilo ambientale è di fondamentale importanza per orientare gli investimenti verso attività sostenibili[625]». La tassonomia si configura quindi come uno strumento giuridico performativo dove classificare significa legittimare finanziamenti. È un esempio forte di come la legge, in ambito ambientale, operi come dispositivo abilitante, generatore di fiducia normativa nella transizione ecologica. Nel luglio 2021, la Commissione ha lanciato il pacchetto legislativo "Fit for 55", volto a rendere l'UE in linea con l'obiettivo di riduzione del 55% delle emissioni entro il 2030[626]. Il pacchetto include modifiche alla direttiva sulla tassazione dell'energia, nuove norme sulle emissioni industriali, e un'estensione del sistema di scambio delle quote di emissione (ETS) ai settori dei trasporti e dell'edilizia. L'Emissions Trading System (ETS), attivo sin dal 2005, rappresenta uno dei principali strumenti europei per la

[625] Regolamento (UE) 2020/852, considerando 11

[626] Commissione europea, *Fit for 55: Delivering the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality*, COM(2021) 550 final

decarbonizzazione tramite logiche di mercato[627]. Esso attribuisce un prezzo al carbonio e consente lo scambio delle emissioni tra imprese, promuovendo una *competitività verde*. Il valore economico dell'inquinamento diventa così uno strumento di previsione e regolazione in cui l'ambiente è integrato nei calcoli economici, e la fiducia nel sistema ETS deriva dalla sua stabilità normativa e dal suo potenziale di creare segnali di prezzo efficaci.

Un ulteriore elemento da considerare è l'espansione degli investimenti ESG (Environmental, Social, Governance), che vedono nell'Unione Europea un contesto normativo favorevole. Il pacchetto "Sustainable Finance" della Commissione, che comprende il Regolamento Tassonomia, il Regolamento sulla Disclosure (Reg. UE 2019/2088[628]) e quello sui benchmark climatici (Reg. UE 2019/2089[629]), mira a costruire un'infrastruttura normativa coerente per rassicurare i mercati sull'affidabilità degli strumenti finanziari sostenibili. Qui la legge opera come garanzia simbolica e tecnica di veridicità delle metriche ambientali. Il diritto si sostituisce alla fiducia generica, offrendo un linguaggio codificato che consente agli attori economici di operare con maggiore certezza in un settore per definizione incerto come quello della transizione ecologica.

---

[627] Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003, GU L 275 del 25.10.2003

[628] Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, GU L 317 del 9.12.2019

[629] Regolamento (UE) 2019/2089 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, GU L 317 del 9.12.2019

Pur nel suo slancio ecologico, la normativa europea può evidenziare contraddizioni interne. L'economia verde è sicuramente vista come spazio d'innovazione, ma mantiene forti legami con modelli di produzione e consumo altamente energivori. Alcune esclusioni dalla tassonomia come la possibilità di considerare il gas naturale e il nucleare come transitoriamente sostenibili, hanno suscitato critiche sul rischio di una fiducia selettiva, dove l'interesse economico prevale sulla coerenza ecologica[630]. Autori come Nancy Fraser (2022) e Ulrich Beck (1992) hanno messo in guardia da una "ecologia dell'economia" in cui l'ambiente viene trattato come appendice funzionale dell'accumulazione capitalista, piuttosto che come bene comune da preservare[631]. Ecco allora come in questa luce la legge ambientale europea appare ambivalente nel suo essere forza di innovazione fiduciaria e strumento di normalizzazione e compatibilizzazione del rischio ecologico con le esigenze del mercato.

Un altro attore chiave nella costruzione della fiducia sistemica attorno alla transizione verde è la Banca Europea per gli Investimenti (BEI), che si è autodefinita "la banca del clima" a partire dal Climate Bank Roadmap 2021-2025[632]. La BEI ha annunciato che a partire dal 2021 escluderà il finanziamento a progetti energetici basati sui combustibili

---

[630] Regolamento delegato (UE) 2022/1214 della Commissione del 9 marzo 2022, GU L 188 del 15.7.2022

[631] Fraser, N. *Cannibal Capitalism: How our System Is Devouring Democracy, Care, and the Planet—and What We Can Do About It*, Verso, 2022, pp. 145-168; Beck, U. *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage, 1992, pp. 19-36

[632] European Investment Bank, *EIB Climate Bank Roadmap 2021–2025*, 2020

fossili, destinando invece almeno il 50% dei suoi prestiti a progetti legati alla sostenibilità ambientale[633]. Questo orientamento contabile riflette una strategia normativa e comunicativa volta forse a rassicurare i mercati sulla coerenza climatica dell'architettura finanziaria europea. Le linee guida della BEI per l'attuazione della tassonomia verde rappresentano una codificazione giuridica delle aspettative ambientali e dei criteri di rischio finanziario, rendendo l'adesione alla transizione ecologica un prerequisito per l'accesso al credito agevolato[634]. Così l'azione della BEI integra e rafforza la funzione performativa del diritto ambientale europeo per cui *finanziare diventa un atto normativo, e il credito stesso si trasforma in veicolo di soggettivazione ecologica*.

Credo sia utile altresì citare il principio "Do No Significant Harm" (DNSH), introdotto formalmente nel Regolamento (UE) 2020/852, ma già presente nel quadro del Recovery and Resilience Facility (Reg. UE 2021/241[635]), questo principio impone che ogni misura finanziata a livello europeo non arrechi "danni significativi" agli obiettivi ambientali dell'UE. La *ratio* del DNSH è anche qui duplice: da un lato rafforzare la coerenza delle politiche pubbliche con gli obiettivi climatici dell'Unione; e dall'altro offrire un criterio standardizzato per la *valutazione fiduciaria* dei progetti finanziati. La funzione normativa del DNSH appare così *certificativa* in quanto permette a Stati membri, imprese e

[633] EIB, Press Release, 14 November 2019

[634] European Investment Bank, *EIB Environmental and Social Standards*, 2022

[635] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, GU L 57 del 18.2.2021, artt. 4 e 17

istituzioni finanziarie di qualificare il proprio operato come *ambientalmente compatibile*, generando valore reputazionale e attrattività per gli investimenti. Si potrebbe arrivare quindi a pensare che il diritto ambientale europeo si configuri come una tecnica di marcatura simbolica per cui è la norma, e non l'evidenza empirica in sé, a decidere cosa sia o non sia dannoso per l'ambiente. Questo comporta ancora un doppio effetto, ovvero uno spostamento della *verità ecologica* sul terreno della conformità burocratica, ed una maggiore dipendenza da esperti e autorità tecniche per validare la sostenibilità di un'azione.

Come peraltro intuito da Sabine Schlacke e Maria Lee il diritto ambientale contemporaneo deve abbandonare la sua declinazione di *corpus* normativo unitario per essere analizzato come un insieme fluido di regole che si adattano ai mutamenti rapidi del contesto globale[636]. Il valore epistemico della norma si affianca alla sua funzione prescrittiva dove i regolamenti ambientali europei dicono *come pensare* l'ambiente in termini economicamente compatibili. Ne risulta una soggettivazione ecologica regolata, in cui cittadini, imprese e istituzioni vengono chiamati ad assumere comportamenti sostenibili il cui fondamento si rinviene piuttosto che in un'etica dell'ecologia, in un'*economia della conformità*.

[636] Schlacke, S., "European Environmental Law between Dynamism and Fragmentation", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2014, 11(2), pp. 93–110; Lee, M., *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making*, 2ª ed., Hart Publishing, 2014, pp. 37-45

Infine occorre a mio avviso sottolineare una tensione strutturale presente nel disegno normativo europeo, ovvero come l'ambizione ecologica si fondi spesso su modelli economici tradizionali, basati sulla crescita e sulla competizione. È Pierre Charbonnier in *"Abondance et liberté"* (2019), a dirci come "il tentativo di far coesistere capitalismo e sostenibilità ambientale rischia di riprodurre le diseguaglianze globali e perpetuare relazioni estrattive, anche nella fase della transizione[637]". La "*fiducia verde*" prodotta dal diritto europeo si rivolge prevalentemente ai soggetti integrati nel mercato quali imprese, investitori e Stati membri ad alta capacità progettuale. Al contrario, i soggetti vulnerabili come piccoli produttori e Stati periferici faticano a tradurre le norme in opportunità reali, ed anzi vanno ad affossarsi ancor più in una dinamica di servilismo a sfruttamento nei confronti dei primi, che invece sono premiati. In questa asimmetria si manifesta una *biopolitica della sostenibilità* che seleziona ciò che è sostenibile in funzione della sua scalabilità economica, piuttosto che della sua giustizia ambientale.

L'indagine sulle politiche ambientali dell'Unione Europea, lette attraverso la lente della fiducia neoliberale, evidenzia come il diritto ambientale europeo rappresenti oltre che una risposta normativa alle emergenze climatiche, anche un dispositivo di produzione di ordine e legittimità nel capitalismo avanzato. La transizione ecologica promossa dal Green Deal, dai regolamenti sulla tassonomia verde, dal principio DNSH e dalle strategie di

[637] Charbonnier, P., *Abondance et liberté. Une histoire environnementale des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2019, pp. 315-328

investimento della BEI si configura come un progetto giuridico di performatività fiduciaria in cui la sostenibilità è normata secondo criteri economici, sinonimo di una sostenibilità è uno dei nuovi linguaggi legittimanti del mercato stesso. Come ha osservato Christian Laval il neoliberismo reinventa la norma come uno strumento di governo della vita attraverso il mercato[638]. La regolazione ambientale europea non fa eccezione, infatti essa costruisce un insieme di aspettative normative che produce soggetti "*green compliant*", incentivando forme di razionalità economica compatibili con i vincoli ecologici solo nella misura in cui esse non intaccano le premesse competitive del sistema. La "fiducia verde" diventa così una governance climatica della continuità in cui l'ambiente è tutelato nella misura in cui ciò rafforza la resilienza del mercato e la sua capacità di sopravvivere al collasso ecologico che esso stesso contribuisce a produrre.

23. Normative sul lavoro fra soggettivazione produttiva e governo della prestazione

Nel contesto della razionalità neoliberale europea, il diritto del lavoro svolge il suo compito di tutelare il lavoratore come soggetto subordinato all'interno di una dinamica industriale, ma nello stesso momento viene a riconfigurarsi come strumento normativo di

[638] Dardot, P., Laval, C., *La Nouvelle Raison du Monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, La Découverte, 2009, pp. 375-389

performatività individuale[639]. Le politiche dell'Unione Europea in materia di occupazione e competenze si muovono sempre più nella direzione di una governance della forza lavoro centrata sulla flessibilità e sull'autoimprenditorialità, in linea con l'antropologia dell'h*omo economicus* responsabile già delineata nel primo capitolo. Questa trasformazione giuridica non avviene in modo episodico, ma attraverso un complesso sistema di atti normativi e programmatici quali regolamenti, raccomandazioni, direttive, e fondi europei che modellano il soggetto lavoratore come capitale umano adattabile[640]. Il lavoratore da soggetto di diritti statici viene ad essere considerato come una risorsa da ottimizzare e rendere funzionale alla competitività sistemica del mercato europeo.

Fin dal Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997, con l'istituzione della Strategia Europea per l'Occupazione (SEO), si afferma un nuovo paradigma normativo per cui l'occupazione viene affrontata come ambito da governare tramite vincoli giuridici rigidi, quanto mediante il coordinamento delle politiche nazionali in funzione di obiettivi comuni[641]. Il principio cardine della SEO è quello dell'*employability* (occupabilità), ovvero la capacità del soggetto di rendere se stesso desiderabile sul mercato del lavoro[642]. Questo concetto, apparentemente neutro, comporta una trasformazione profonda in cui il

---

[639] Foucault, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004, pp. 223-230

[640] Crouch, C., *Post-Democracy*, Cambridge, Polity Press, 2004, pp. 65-72

[641] Consiglio Europeo di Lussemburgo, Conclusioni della Presidenza, 20-21 novembre 1997

[642] Rodrik, D., *The Globalization Paradox*, New York, W.W. Norton, 2011, pp. 229-233

rischio della disoccupazione viene sempre più attribuito al mancato adattamento dell'individuo, piuttosto che a condizioni strutturali o cicliche. Nel 2010, con la strategia Europa 2020, il principio dell'"economia intelligente, sostenibile e inclusiva" trova espressione concreta nel Piano d'Azione per le Competenze e l'Occupazione, che individua nella formazione permanente e nell'autoimprenditorialità le principali vie per il rafforzamento del capitale umano europeo[643]. La Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 (2018/C 189/01) sulle competenze chiave per l'apprendimento permanente ribadisce questa logica, definendo l'educazione come investimento per la competitività più che come diritto in sé.

Tra i dispositivi giuridici più emblematici vi è il programma Garanzia Giovani, avviato con la Raccomandazione del Consiglio dell'UE del 22 aprile 2013 (2013/C 120/01), che impone agli Stati membri di garantire ai giovani sotto i 25 anni un'offerta di lavoro, formazione o tirocinio entro quattro mesi dalla conclusione degli studi[644]. Finanziato dal Fondo Sociale Europeo Plus (FSE+) per il periodo 2021–2027, il programma traduce una logica di attivazione condizionata dove il diritto al supporto esiste, ma solo se il giovane si dimostra proattivo e conforme ai percorsi di inserimento tracciati

[643] Commissione Europea, *Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM(2010) 2020 final, 3 marzo 2010

[644] Raccomandazione del Consiglio del 22 aprile 2013 sull'istituzione di una Garanzia per i giovani, 2013/C 120/01, GU C 120 del 26.4.2013, pp. 1–6

dall'amministrazione[645]. Allo stesso modo i programmi Reskill e Upskill rientrano nelle azioni prioritarie del Piano d'azione per il pilastro europeo dei diritti sociali, mirato alla formazione delle competenze digitali, verdi e imprenditoriali[646]. Anche qui l'obiettivo si identifica con l'inclusione lavorativa, però trova anche una *ratio* nella trasformazione del soggetto lavoratore in un individuo adattabile, capace di ricollocarsi autonomamente all'interno di mercati mutevoli. Il diritto alla formazione si configura così come dovere alla formazione e come un obbligo morale a rimanere compatibili con le logiche del mercato.

Un caso particolarmente significativo è rappresentato dalla Direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea[647]. Sebbene essa miri formalmente alla tutela della dignità del lavoro, il lessico della direttiva è orientato all'aumento della produttività e della competitività. All'articolo 4, infatti, si sottolinea che la promozione della contrattazione collettiva in materia di salario minimo è funzionale "al raggiungimento di condizioni di lavoro più adeguate, di una migliore coesione sociale e di una concorrenza leale tra le imprese". Questo linguaggio testimonia un passaggio cruciale dove la protezione sociale è

[645] European Commission, *European Social Fund Plus (ESF+)*, 2021–2027 programming period, Bruxelles, 2021

[646] Commissione Europea, *Piano d'azione per il pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2021) 102 final, 4 marzo 2021

[647] Direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio, 19 ottobre 2022, GU L 275 del 25.10.2022, pp. 33–47

valorizzata solo nella misura in cui risulti utile alla stabilità del mercato[648]. Il diritto al salario dignitoso emerge come mezzo per garantire una forza lavoro motivata e sana e che su queste basi possa essere performante. Si tratta ancora una volta di un esempio di "normazione fiduciaria" dove il lavoratore viene rassicurato sull'equità del sistema, ma a condizione che egli aderisca a una forma di vita economicamente efficiente. L'intero impianto normativo europeo in materia di lavoro tende a ridefinire il contratto sociale in chiave contrattualistica-aziendale, in cui il soggetto titolare di diritti è un partner del sistema che deve investire su se stesso per rimanere attrattivo. È sempre Supiot a supportare la tesi per cui siamo ad assistere ad una transizione "dal governo per leggi al governo per risultati" in cui efficienza e responsabilità diventano parametri normativi, e non meri obiettivi[649]. Questa soggettivazione performativa è ciò che Wendy Brown ha descritto come interiorizzazione della razionalità neoliberale[650], fattispecie per cui l'individuo introietta il dovere di performare. Il lavoratore europeo, in questo quadro, è un *capitalizable subject*, per dirla con Cooper, cioè un corpo progettuale che investe su se stesso come un portafoglio continuamente aggiornato[651].

---

[648] Supiot, A., *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, pp. 145-152

[649] Supiot, A., *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, pp. 210-218

[650] Brown, W., *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone Books, 2015, pp. 79-85

[651] Cooper, M., *Life as Surplus: Biotechnology and Capitalism in the Neoliberal Era*, Seattle, University of Washington Press, 2008, pp. 25-32

La trasformazione delle politiche europee sul lavoro può essere letta come espressione di un più ampio passaggio dalla centralità del diritto del lavoro come garanzia, alla sua riconfigurazione in senso performativo. Tale passaggio trova fondamento teorico in molteplici contributi critici, che mettono in luce come la razionalità neoliberale non si limiti a ridefinire i rapporti tra Stato e mercato, ma intervenga direttamente sulla fabbricazione delle soggettività. Nel suo importante studio *Gouverner par les normes*, è ancora Supiot a denunciare la sostituzione del principio di legalità con quello della normatività per obiettivi, per cui le fattispecie normative abbandonano lo stabilire il concetto di *giusto* in senso universale preferendo ciò che è utile alla produzione di performance quantificabili. Secondo Supiot ciò porta a un "governo per numeri" in cui anche il lavoro diventa parametrizzato, riducendosi a uno spazio di misurazione dell'efficienza individuale[652]. La regola giuridica viene soppiantata da un sistema di incentivi e di valutazioni continue come ad esempio accade nei sistemi europei di attivazione e condizionalità. Una simile lettura è approfondita da Pierre Dardot e Christian Laval in *La nuova ragione del mondo*, dove si evidenzia come il neoliberismo agisca attraverso una "imposizione normativa dell'impresa come forma generale della vita"[653]. L'*homo europaeus* viene così fabbricato come soggetto attivo occupabile e rioccupabile,

[652] Supiot, A., *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015, pp. 23–30

[653] Dardot, P., Laval, C., *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013, pp. 305–312

in una parola, capitalizzabile. Questo paradigma si riflette perfettamente nella nozione di *employability*: essa non designa solo una qualità tecnica, ma una condizione morale e normativa. Nel lavoro di Ulrich Bröckling si rinviene come l'imperativo dell'"essere occupabili" produca una forma di auto-sorveglianza performativa in cui il soggetto interiorizza il dovere di aggiornarsi e migliorarsi, e rendersi vendibile, dinamica quest'ultima esponenzialmente implementata con l'avvento dei *social network*[654]. È così che la fiducia nel mercato non appare solo come un fatto sistemico, ma anche come un fatto soggettivo nel momento in cui il lavoratore deve credere nella propria compatibilità con il mercato. La soggettivazione economica è anche una forma di fede performativa, dove il diritto contribuisce a istituire l'illusione di una perfetta corrispondenza tra investimento individuale e successo sociale. Nelle idee della già citata Wendy Brown, la razionalità neoliberale "economizza" l'intero spazio della vita, convertendo ogni relazione in un rapporto di costo-opportunità[655]. In parallelo, Byung-Chul Han parla del lavoratore contemporaneo come "soggetto di prestazione", il quale non subisce il potere, ma lo esercita su di sé attraverso un'autodisciplina permanente[656]. È l'elogio della libertà come forma di auto-sfruttamento. Il diritto europeo sul lavoro se così letto diviene dispositivo

[654] Bröckling, U., *Das unternehmerische Selbst. Soziologie einer Subjektivierungsform*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2007, pp. 75–81

[655] Brown, W., *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone Books, 2015, pp. 65–70

[656] Han, B.-C., *Müdigkeitsgesellschaft*, Berlin, Matthes & Seitz, 2010, pp. 18–23

biopolitico che produce soggetti docili non con la repressione, ma con la promessa di inclusione condizionata. Pare dunque essere evidente come la funzione normativa dell'Unione Europea nel campo del lavoro non si limiti alla regolazione delle condizioni contrattuali, ma assuma un ruolo centrale nella produzione di fiducia performativa. Si tratta di una fiducia che si fonda sulla promessa che l'individuo, se conforme, sarà premiato. E l'inclusione diviene così ricompensa meritocratica, non diritto incondizionato. Questa configurazione normativa sembra essere profondamente politica. Essa implica una selezione tra vite degne e non degne di investimento, tra soggetti compatibili ed occupabili, e fra incompatibili che divengono scarti[657]. Il diritto, in quanto apparato di selezione fiduciaria, finisce per normare la vita nella sua interezza.

La centralità della cosiddetta attivazione del lavoratore attraverso programmi come *Youth Guarantee*, *Reskill and Upskill*, *ALMA* o strumenti di finanziamento quali il *Fondo Sociale Europeo Plus (FSE+)*, appare come un'espressione di quella che Rainer Forst definisce "cittadinanza condizionale", ovvero un'appartenenza vincolata alla conformità a un determinato modello di soggetto, che, *ca va sans dire*, è performativo[658]. Il diritto europeo sul lavoro così concepito si rifiuta di riconoscere la soggettività come dato, la produce e la seleziona direttamente in base alla compatibilità con il paradigma dell'*homo*

[657] Foucault, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004, pp. 225–228

[658] Forst, R., *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2007, pp. 289–294

economicus europeo. In parallelo, studiosi come Colin Crouch e Wolfgang Streeck hanno mostrato come le riforme del mercato del lavoro post-Maastricht abbiano progressivamente ridotto i margini di manovra delle politiche del lavoro nazionali, spingendo verso un'uniformazione competitiva dei sistemi occupazionali[659]. L'accento si è spostato dalla protezione sociale al "workfare", dalla stabilità occupazionale alla mobilità funzionale, in nome di una razionalità fiscale ed economica che privilegia la capacità produttiva e adattiva del capitale umano rispetto alla sua tutela giuridica. È utile leggere anche attraverso il pensiero di Étienne Balibar l'evoluzione del diritto del lavoro europeo come filtraggio della cittadinanza, dove non tutti sono ugualmente meritevoli di accesso al mercato, e il diritto diventa il meccanismo che codifica questa selezione[660]. Chi non è occupabile diventa escluso, ridotto a ciò che Saskia Sassen ha definito "*human surplus*", ossia popolazione eccedente rispetto al fabbisogno economico[661]. La normatività del lavoro in ambito europeo quindi si configura come un dispositivo biopolitico di razionalizzazione della popolazione che produce inclusione per alcuni e esclusione per altri, sulla base di metriche economiche travestite da criteri oggettivi di efficacia. I testi

[659] Crouch, C., *Post-Democracy*, Cambridge, Polity, 2004, pp. 50–55; Streeck, W., *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London, Verso, 2014, pp. 93–101

[660] Balibar, É., *Nous, citoyens d'Europe? Les frontières, l'État, le peuple*, Paris, La Découverte, 2001, pp. 45–52

[661] Sassen, S., *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, pp. 211–217

normativi vogliono costruire l'idealtipo del lavoratore europeo, disegnando una cittadinanza ineguale, in funzione della produttività attesa.

Una delle decisioni che più ci sono utili della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di lavoro negli ultimi anni è la sentenza CCOO c. Deutsche Bank, resa in data 14 maggio 2019 (C-55/18)[662], riguardante l'obbligo del datore di lavoro di istituire un sistema oggettivo per il conteggio dell'orario lavorativo effettivo dei dipendenti. La controversia vedeva coinvolto il sindacato spagnolo *CCOO* che chiedeva al tribunale nazionale di imporre alla Deutsche Bank l'obbligo di registrare le ore di lavoro giornaliere del personale, in base agli articoli 3, 5 e 6 della Direttiva 2003/88/CE sull'orario di lavoro, letti alla luce dell'art. 31(2) della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La Corte ha stabilito che gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di mettere in atto un sistema oggettivo per calcolare la durata della giornata lavorativa. L'assenza di tale sistema renderebbe "impossibile o eccessivamente difficile" garantire il rispetto del diritto a una durata massima dell'orario lavorativo e ai periodi minimi di riposo. Questa sentenza dimostra che, anche nel quadro della governamentalità neoliberale, permangono tensioni tra la logica della protezione giuridica del lavoratore e quella della flessibilità competitiva. Tuttavia è interessante osservare come la Corte legittimi l'intervento regolativo non tanto in nome della giustizia sociale, ma della efficienza sistemica dove il

[662] C-55/18, EU:C:2019:402

conteggio oggettivo dell'orario di lavoro è utile non solo al dipendente, ma all'intero sistema per garantire affidabilità e accountability[663]. Il lavoratore sembra essere ancora una volta tutelato in quanto risorsa e non in quanto cittadino. L'obbligo di registrazione non limita affatto la soggettivazione performativa ma al contrario la misurazione oggettiva dell'efficienza diventa condizione per l'abilitazione del soggetto. Il sistema produce fiducia proprio nella misura in cui tutto è tracciabile e valutabile. Il diritto anche quando apparentemente garantista va così a prestarsi ad un lettura per cui sembra rafforzare il regime valutativo a cui il soggetto è sottoposto.

È bene accennare ai fini di questo lavoro anche quello è il fenomeno della *gig economy*, ovvero la proliferazione di forme di lavoro "a chiamata" o "su piattaforma", il quale rappresenta uno degli snodi critici dell'attuale trasformazione del lavoro europeo. Al di là della narrazione imprenditoriale che enfatizza l'autonomia e la flessibilità, la *gig economy* si configura come ambito privilegiato di sperimentazione biopolitica e neoliberale, in cui il diritto assume il compito di normalizzare la precarietà attraverso categorie ibride e regimi normativi deboli, ma al contempo intensamente performativi[664].

Nel dicembre 2021, la Commissione Europea ha presentato una proposta di Direttiva per migliorare le condizioni di lavoro nelle piattaforme digitali (COM(2021) 762 final[665]).

---

[663] Barnard, C., *EU Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 328–330

[664] De Stefano, V., Aloisi, A., *Your Boss Is an Algorithm. Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Oxford, Hart Publishing, 2022, pp. 22–29

[665] COM(2021) 762 final

Questa proposta, attualmente oggetto di negoziazione (concordata in forma provvisoria nel 2024), introduce una presunzione legale di subordinazione per quei lavoratori che soddisfino almeno due dei cinque criteri elencati nella direttiva. Tuttavia essa non elimina il regime derogatorio per le piattaforme che riescano a dimostrare l'autonomia dei collaboratori. Secondo lo *European Trade Union Institute*, la Direttiva rischia di consolidare un sistema duale, in cui una minoranza di lavoratori sarà riconosciuta come dipendente, mentre la maggioranza resterà in una zona grigia giuridicamente ambigua[666]. L'*algoritmic management*, cioè la gestione digitale e automatizzata del lavoro attraverso app e sistemi predittivi, non viene messa in discussione nei suoi presupposti, ma solo regolata in termini di trasparenza *ex post* (art. 6-8 della proposta). La soggettività del lavoratore si definisce così come funzione adattiva del sistema economico valutata sulla base di metriche di efficienza in una vera e propria grammatica del merito computazionale.

Le condizioni lavorative comunque non sono influenzate solo dalle forme contrattuali, ma anche (e forse soprattutto) dai modelli di sorveglianza e misurazione resi possibili dalla digitalizzazione. L'uso di software di controllo (es. *tattleware*, *bossware*, sistemi biometrici o tracciamento GPS) sta trasformando il lavoratore da soggetto contrattuale a oggetto quantificabile, la cui legittimità deriva dal grado di trasparenza operativa che può

666

essere garantito al sistema. È ancora Rouvroy nella sua teoria della *governance algoritmica* a mostrarci come ci troviamo ad essere di fronte a una "normatività senza soggetto", in cui il diritto modellizza il comportamento sulla base di regolarità statistiche e correlazioni predittive[667]. L'efficienza prende il posto della dignità, la *compliance* sostituisce la libertà. La fiducia nel lavoratore quale valore giuridico classico viene disintermediata, ciò nel senso che se prima era il soggetto a ispirare fiducia, ora è il sistema che lo inquadra. L'affidabilità da un attributo umano diviene funzione del dispositivo digitale che consente la sorveglianza preventiva. Secondo quanto detto allora il diritto europeo del lavoro si rivela complice di questa riconfigurazione antropologica, favorendo la rendicontabilità più che l'equità o la tutela. Garantire il lavoro perde lo status di priorità in favore della garanzia che ogni soggetto si presenti come misurabile e collocabile nel ciclo della produzione.

Alla luce di quest'analisi pare si delinei come il diritto del lavoro dell'Unione Europea non possa essere ridotto a una funzione protettiva o redistributiva in senso classico. Piuttosto, esso si configura sempre più dunque come un dispositivo normativo di performatività soggettiva che seleziona valuta i soggetti sulla base della loro compatibilità con il paradigma dell'*homo* (auto)imprenditoriale europeo. La trasformazione del lavoratore in capitale umano adattivo, richiesto di attualizzare costantemente le proprie

[667] Rouvroy, A., Berns, T., "Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation", *Réseaux*, 177, 2013, pp. 163–196

competenze (*reskilling*), di dimostrare responsabilità attiva (*employability*), di accettare flessibilità strutturale (*gig economy*), è stata favorita da una molteplicità di strumenti normativi, dal FSE+ al dispositivo SURE, fino alla proposta di Direttiva sui lavoratori digitali, che rivelano una tendenza sistemica alla modulazione neoliberale della cittadinanza sociale. La fiducia nel sistema lavoro in questo contesto è costruita attraverso attraverso una promessa di accessibilità condizionata in cui il diritto lavora per rassicurare i mercati circa la disponibilità di una forza lavoro flessibile secondo un'epistemologia della prevedibilità economica. Il lavoratore, divenuto egli stesso indice di rischio e al tempo stesso bene regolamentato, si presenta come unità produttiva di valore, sottoposta a valutazioni continue e metriche algoritmiche. L'orizzonte giuridico europeo che dovrebbe trovare il suo punto focale sulla persona che lavora, sposta il suo baricentro sull'ente performante, valutato in base a parametri quantitativi, con il diritto che abbandona la volontà di protegge dal mercato per cercare la conformazione ad esso. La sua funzione diviene quella di rendere compatibile la vita con le esigenze sistemiche della produzione. In ultima analisi quindi forse il diritto del lavoro europeo contemporaneo si rivela strutturale alla produzione di fiducia neoliberale poiché legittima l'idea di una forza lavoro endemicamente precaria ma potenzialmente attivabile come risorsa fluida all'interno di un'economia ipercompetitiva. Tutto ciò premesso possiamo arrivare a parlare senza retorica di una biopolitica del lavoro, in cui la vita stessa nella sua disponibilità al lavoro viene assunta come oggetto della normazione giuridica e della

regolazione economica. Il lavoro diviene il perno attorno al quale si costruiscono dispositivi normativi e pedagogici volti a modellare il comportamento e l'identità dei cittadini, trasformandoli in "soggetti occupabili" (*employable subjects*). Tale processo corrisponde inoltre a quella che Michel Foucault ha definito come "governamentalità", ovvero l'insieme delle tecniche e dei saperi che rendono governabile la condotta degli individui e delle popolazioni[668]. Nel neoliberismo questa governamentalità si esercita mediante forme di auto-regolazione e responsabilizzazione, in cui il lavoratore è chiamato ad a investire su sé stesso ed a gestirsi come un'impresa. Si tratta di una "politica della vita in cui il lavoro si intreccia con dispositivi psico-sociali e legali che entrano nelle pieghe dell'identità e del desiderio, dell'immaginario"[669]. L'occupabilità diviene un *regime normativo e valoriale* che produce soggetti "liberi", ma solo nella misura in cui interiorizzano l'obbligo all'adattabilità. Questa visione è stata fortemente criticata da autori come Isabelle Lorey, per cui la soggettività neoliberale è fondata su una "precarizzazione normalizzata" dove il lavoratore vive in una condizione di insicurezza permanente che è tuttavia narrata come libertà[670]. Il diritto del lavoro perde la sua volontà di barriera protettiva in favore del suo essere vettore di attivazione produttiva. Ciò si riflette, ad esempio, nella direttiva (UE) 2019/1152 su condizioni di lavoro trasparenti e

[668] Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, Feltrinelli, 2005, pp. 111-115

[669] Rose, *Powers of Freedom: Reframing Political Thought*, Cambridge University Press, 1999, pp. 84-90

[670] Lorey, *Stato di insicurezza. Governare la precarietà*, Ombre Corte, 2018, pp. 33-40

prevedibili, che enfatizza la flessibilità come valore centrale, rivelando la tensione tra protezione e funzionalità economica. Anche Guy Standing ha contribuito alla riflessione sulla trasformazione della condizione lavorativa, descrivendo l'emergere del precariato come nuova classe governata non solo da strumenti economici, ma anche da meccanismi simbolici e normativi che producono soggettività vulnerabili e disciplinate[671]. Il diritto qui si presenta come strumento biopolitico non soltanto per regolare il mercato del lavoro, ma per produrre le condizioni psico-sociali che rendono il lavoro accettabile e desiderabile. La legge agisce come dispositivo performativo che istituzionalizza l'insicurezza come normalità e legittima l'autosfruttamento come virtù in un contesto in cui la flessibilità è una *conditio sine qua non* della cittadinanza economica.

Un altro snodo giurisprudenziale cruciale è costituito dal caso C-268/06, Impact c. Minister for Agriculture and Food, del 15 aprile 2008, nel quale la Corte ha riconosciuto l'efficacia diretta delle clausole chiare e incondizionate della direttiva 1999/70/CE sull'impiego a tempo determinato, specificamente riguardo al principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori permanenti. Anche in questo caso la retorica dell'equità viene impiegata per legittimare la flessibilità occupazionale, presentandola come principio di parità, normalizzando così l'impiego a termine purché "non discriminatorio"[672]. È la logica della flessibilità regolata. La giurisprudenza della

[671] Standing, G., *The Precariat: The New Dangerous Class*, Bloomsbury, 2011, pp. 1-10

[672] C-268/06, punti 57-62

Corte si è mostrata inoltre determinante nella progressiva erosione del principio di tutela del lavoro subordinato a favore di una nozione più fluida e ambigua di attività lavorativa, come si evince dal caso C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden, del 4 dicembre 2014[673]. Qui la Corte ha escluso che i lavoratori autonomi "falsi", ossia economicamente dipendenti, potessero rientrare nelle deroghe alla concorrenza previste per i contratti collettivi. Ne risulta una lettura concorrenziale del diritto del lavoro, in cui la protezione sociale cede il passo al principio di libero mercato, anche nella disciplina del lavoro autonomo.

Il diritto del lavoro, nella prassi giurisprudenziale dell'UE, appare dunque rimodellato come tecnica di governo della forza lavoro in cui i principi di protezione si mantengono solo nella misura in cui sono compatibili con la valorizzazione economica del soggetto-lavoratore. Questa trasformazione funzionale del diritto appare a ben vedere come una forma di biopolitica giuridica normalizzatrice che produce forme di vita compatibili con la razionalità dell'ordine neoliberale europeo.

24. La fiducia istituzionale come precondizione della digitalizzazione nella Normativa sulla privacy e sul trattamento dei dati

[673] C-413/13, punti 33-36

Nel contesto dell'economia digitale europea la protezione dei dati personali da diritto fondamentale diviene un prerequisito tecnico e politico per il funzionamento del mercato interno. Come già rilevato nel capitolo precedente, l'infrastruttura normativa dell'Unione Europea opera secondo una logica di fiducia performativa dove le norme producono aspettative legittime e condizioni di sicurezza epistemica affinché cittadini e imprese possano agire all'interno di un ecosistema competitivo. In detto contesto le normative sulla privacy e sulla governance dei dati assumono una duplice funzione che vuole rassicurare gli individui circa il controllo sulla propria identità digitale ed altresì incentivare la partecipazione agli scambi economici digitali, promuovendo la fiducia nei confronti dell'infrastruttura istituzionale e tecnologica che li rende possibili.

A tal riguardo il Regolamento (UE) 2016/679, noto come General Data Protection Regulation (GDPR), costituisce la pietra angolare della data governance europea. La sua rilevanza per il presente lavoro risiede nel suo contenuto tecnico-giuridico e così anche nel suo valore performativo e simbolico. Il GDPR stabilisce un *corpus* normativo uniforme per la protezione dei dati personali all'interno dell'Unione Europea, ma al contempo erige la trasparenza e la "*privacy by design*" come criteri economico-giuridici di conformità. In particolare il *principio di accountability* (principio di responsabilizzazione) (art. 5, par. 2) impone ai titolari del trattamento di rispettare le regole, e soprattutto di essere in grado di dimostrare in ogni momento la loro

conformità[674]. Il GDPR introduce così un regime che funziona anche qui *ex ante*, trasformando la fiducia in una questione di *compliance* e verificabilità continua, simile al modello di regolazione della concorrenza e dei mercati digitali[675]. La privacy quindi diventa una variabile strategica di governance che struttura le modalità attraverso cui gli attori economici (soprattutto le piattaforme digitali) possono operare. Il GDPR rappresenta se così letto un passaggio paradigmatico verso una forma di "*gouvernementalité algorithmique*", dove la regolazione si affida a criteri probabilistici e certificazioni procedurali piuttosto che a interdetti morali o giuridici tradizionali[676].

Accanto al GDPR, stanno emergendo nuove normative che aggiornano la struttura giuridica della fiducia in relazione a settori specifici e a nuovi modelli tecnologici. Tra questi è bene ricordare il Regolamento sull'European Health Data Space (EHDS), proposto dalla Commissione nel 2022, il quale istituisce uno spazio comune per la condivisione e l'interoperabilità dei dati sanitari. Pur essendo formalmente orientato alla protezione della salute, l'EHDS mira a promuovere la circolazione sicura dei dati come risorsa economica e infrastruttura strategica per l'innovazione nel settore biomedicale. La fiducia diventa qui un bene pubblico, ma anche un asset competitivo per cui solo se i

[674] Regolamento (UE) 2016/679, artt. 5(2), 12–14, 25

[675] J. Kokott, C. Sobotta, "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR", *International Data Privacy Law*, vol. 3, n. 4, 2013, pp. 222–228

[676] A. Rouvroy, T. Berns, "Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation?", *Réseaux*, vol. 177, n. 1, 2013, pp. 163–196

cittadini si fidano del sistema, saranno disposti a condividere dati sensibili, alimentando il ciclo di valore bioeconomico[677]. La privacy qui è trattata come barriera alla digitalizzazione? No, è anzi condizione abilitante per l'integrazione di tecnologie emergenti in un ecosistema normativamente stabile e fiduciario.

La normazione della privacy in ambito europeo solleva tuttavia importanti interrogativi critici. Se da un lato si costruisce una narrazione istituzionale centrata sulla protezione dei dati personali come strumento di *empowerment* del cittadino digitale, dall'altro lato si osserva una crescente istituzionalizzazione della sorveglianza predittiva. Gli studi di Byung-Chul Han sono orientati a mostrare come nella società della trasparenza e della prestazione la privacy viene ridefinita nei termini di un controllo volontario e interiorizzato, funzionale alla produzione di dati tracciabili e monetizzabili[678]. La governance europea rafforza i diritti individuali, è vero, ma allo stesso tempo amplia i margini legittimi di raccolta e analisi dei dati per finalità di sicurezza, salute pubblica o competitività industriale trasformando il consenso informato in una formalità amministrativa che legittima un regime di estrazione e previsione comportamentale, in cui il diritto funziona come un *marchio di qualità*, un ruolo che fa perdere di vista quello originario di barriera di protezione[679]. L'insieme delle normative europee sulla privacy e

[677] M. Voss – S. Schmachtenberg, "The European Health Data Space Proposal", *European Journal of Health Law*, vol. 29, 2022, pp. 285–307

[678] trad. it. *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma-Bari, Laterza, 2015

[679] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012

sui dati si configura oggi come un laboratorio avanzato di biopolitica digitale in cui la legge produce le condizioni di possibilità della vita economica digitale. La fiducia è allora qui un esito regolativo, un effetto giuridicamente costruito, continuamente verificabile, funzionale alla circolazione dei dati e alla crescita di nuovi mercati. Nel paradigma dell'*homo digitalis europaeus*, il confine che era la privacy rappresenta un dispositivo di inclusione condizionata. L'adesione al sistema passa per la trasparenza conforme e per la delega fiduciaria alle istituzioni tecnocratiche. Il diritto alla privacy e la protezione dei dati si presentano come strumento di *empowerment* individuale operante come razionalizzazione dell'infrastruttura digitale su scala sistemica. Uno status questo che può essere efficacemente letto attraverso le lenti della biopolitica digitale, ovvero quel paradigma teorico che analizza la gestione della vita biologica (ma anche informazionale) come oggetto centrale della governance contemporanea. In tale orizzonte la fiducia assume una forma computazionale legata a strutture automatizzate di certificazione e controllo lontane da quelle che sono le relazioni intersoggettive, quel regime, già visto nelle pagine precedenti, noto come capitalismo della sorveglianza[680]e caratterizzato da un "surplus comportamentale generato attraverso l'estrazione dei dati personali e trasformato in modelli predittivi per orientare i comportamenti futuri[681]" L'Unione Europea, nel

[680] Shoshana Zuboff*The Age of Surveillance Capitalism*, New York, PublicAffairs, 2019

[681] Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo alla governance dei dati – *Data Governance Act*; Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, relativo a norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo – *Data Act*

tentativo di costruire un'alternativa ai modelli statunitensi e cinesi di data governance, propone una "via europea" basata su diritti fondamentali e regolazione *ex ante*. Tuttavia come osserva Alessandro Mantelero questa strategia rischia di essere neutra solo in apparenza in quanto l'impianto regolativo fondato sul GDPR e sull'AI Act si muove lungo assi valoriali che privilegiano la fiducia nelle istituzioni, nella tecnologia e nei processi certificatori, escludendo altre forme di conoscenza e dissenso[682]. La biopolitica digitale europea può allora essere compresa come un regime di fiducia performativa in cui la conformità sostituisce la convinzione, e la trasparenza certificata diventa il nuovo fondamento della legittimità. La legge produce attivamente soggettività digitali "affidabili" capaci di agire in uno spazio normativo dove la tracciabilità è sinonimo di esistenza sociale e legale.

A completamento dell'analisi condotta sulla regolamentazione europea dei dati e sulla fiducia computazionale come dispositivo performativo della governance neoliberale, si rende necessario esplorare le implicazioni critiche del potere algoritmico alla luce delle più recenti acquisizioni teoriche in ambito non solo giuridico, ma anche sociologico e filosofico. Il campo di tensione fra protezione dei dati e sfruttamento predittivo della vita si presenta infatti come uno degli snodi più controversi della biopolitica digitale, nella misura in cui la produzione normativa tende a legittimare forme di sorveglianza grigie

[682] The EU Proposal for an Artificial Intelligence Act: A Critical Assessment", *Computer Law & Security Review*, vol. 45, 2022, 105681

talvolta anche in contraddizione con gli stessi principi proclamati. Frank Pasquale[683], nel suo fondamentale *The Black Box Society* (2015), denuncia il modo in cui l'opacità degli algoritmi utilizzati dalle grandi piattaforme, ma anche da enti pubblici e agenzie assicurative o creditizie, comprometta la possibilità di una reale *accountability* democratica, generando "un regime di sorveglianza che funziona dietro le quinte", attraverso il trattamento invisibile dei dati sensibili, delle abitudini comportamentali digitali. In detto contesto la fiducia istituzionale invocata dalla normativa europea come i già citati GDPR o AI Act, rischia di divire una fiducia asimmetrica che si confà in un atto di fede da parte dei cittadini, privo di simmetrie informative o possibilità effettive di controllo. Questa dinamica è resa ancora più problematica se si considerano le implicazioni razziali e sociali dell'intelligenza artificiale e delle tecnologie predittive. Ruha Benjamin in *Race After Technology* (2019) ha coniato il concetto di "discriminazione differenziale codificata" (*coded inequity*) per indicare il modo in cui le infrastrutture digitali amplificano le diseguaglianze preesistenti attraverso *scoring* e parametri di efficienza apparentemente neutri[684]. La razionalità performativa dei dati qui, anche quando normata, si dimostra compatibile con processi di esclusione sistemica che agiscono sotto la soglia della visibilità giuridica, ponendo interrogativi radicali sulla

[683] Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015

[684] Ruha Benjamin, *Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code*, Polity Press, 2019

nozione stessa di "giustizia digitale". Allo stesso modo Danielle Citron ha evidenziato nei suoi studi sulla privacy e sulla sicurezza informatica come la debolezza strutturale dei meccanismi di protezione dei dati personali anche nei contesti più regolati favorisca una condizione che lei definisce di "vulnerabilità normativa strutturale" (*structural data vulnerability*)[685]. In un dipinto più ampio Benjamin Bratton ha suggerito, nel suo *The Stack: On Software and Sovereignty* (2016), che le architetture digitali contemporanee vadano comprese come nuovi dispositivi di sovranità computazionale, nei quali l'azione politica si ridefinisce come ingegneria di piattaforme[686]. Da qui emerge un nodo critico essenziale per l'intera riflessione sulla biopolitica digitale che vede la riconfigurazione della normatività come ingegneria sociale algoritmica. Una tendenza che interroga profondamente il ruolo della legge e della regolazione come formalizzazione ed estensione tecnica del potere. L'Europa con le sue normative avanzate sembra porsi come baluardo di una fiducia computazionale normativamente garantita. Tuttavia l'efficacia di tale impianto resta subordinata alla capacità di svelare e non solo regolare i meccanismi di potere inscritti nei sistemi di elaborazione automatica delle decisioni.

25. Il Recovery Plan e la giuridificazione della resilienza

[685] Danielle Keats Citron, *Hate Crimes in Cyberspace*, Harvard University Press, 2014; Id., "The Scored Society: Due Process for Automated Predictions", *Washington Law Review*, vol. 89, 2014, pp. 1–33

[686] Benjamin H. Bratton, *The Stack: On Software and Sovereignty*, MIT Press, 2016

Il progetto di integrazione europea ha trovato nella crisi pandemica del 2020 un banco di prova tanto drammatico quanto rivelatore. Di fronte al collasso simultaneo dei sistemi sanitari, produttivi e logistici, l'Unione Europea ha dovuto abbandonare almeno in parte la rigida ortodossia dell'austerità, sperimentando nuovi strumenti di intervento economico. Il piano *Next Generation EU* (NGEU), e in particolare il *Recovery and Resilience Facility* (RRF), costituiscono in questo senso una cesura rilevante nella storia dell'UE dove per la prima volta la Commissione Europea è stata autorizzata ad emettere debito comune su larga scala per finanziare progetti di rilancio economico e trasformazione strutturale all'interno degli Stati membri[687]. Questo scarto apparentemente post-neoliberale non può essere interpretato in modo ingenuo. Come ha ben messo in luce Anton Hemerijck, la governance del *Recovery Plan* ha riarticolato i dispositivi disciplinari tipici dell'integrazione economica europea in una nuovo orizzonte fiduciario centrato sul concetto di "resilienza" e sulla condizionalità strutturale[688]. Se il paradigma dell'austerità imponeva disciplina attraverso il vincolo esterno del bilancio, il *Next Generation EU* produce adesione attraverso un sistema di incentivi regolati dove i fondi vengono erogati in cambio dell'assunzione di responsabilità riformatrici precise formalizzate nei *Piani*

[687] Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce l'Unione europea per la ripresa, GU L 433I del 22.12.2020

[688] Anton Hemerijck, *Changing Welfare States*, Oxford University Press, 2013; Id., "EU Economic Governance after the Crisis: From Fiscal Austerity to Structural Reforms", *Journal of European Public Policy*, 2020

Nazionali di Ripresa e Resilienza (PNRR) e sottoposte al vaglio della Commissione e del Consiglio[689]. Questa architettura è disciplinata da una rete normativa che si articola nel Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio, il quale istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, definendo le modalità di accesso, verifica, monitoraggio e controllo dei fondi; nei PNRR nazionali, che non hanno valore di legge in senso stretto, ma che vincolano gli Stati membri attraverso impegni giuridici formalizzati nel dialogo con la Commissione; ed infine nel sistema di sorveglianza macroeconomica del Semestre Europeo, che integra le misure del RRF all'interno della più ampia cornice della governance economica UE[690]. È proprio questa interazione fra *hard law* (regolamenti europei) e *soft law* (raccomandazioni) a costituire il cuore del meccanismo: la fiducia è performata attraverso un processo di *accountability giuridica* multilivello, dove il rispetto delle riforme e il raggiungimento degli obiettivi stabiliti condizionano l'erogazione dei fondi. Il concetto di resilienza pur genericamente connotato in senso positivo assume una funzione profondamente normativa poichè diviene una tecnologia di governo, in grado di trasformare le vulnerabilità sistemiche in opportunità di riforma secondo una logica che resta vincolata alla competitività. I sei pilastri del RRF che includono transizione verde, transizione digitale, crescita intelligente, coesione sociale e territoriale, resilienza sanitaria

[689] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, GU L 57 del 18.2.2021

[690] Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011 che modifica il regolamento (CE) n. 1466/97, GU L 306 del 23.11.2011

ed economica, sono declinati come condizioni per garantire un ritorno ordinato alla normalità economica[691]. La legge che troverebbe rinvenire la sua *ratio* nel proteggere dalla crisi, si trova ad orientare le trasformazioni necessarie per ripartire in modo conforme al paradigma dell'*homo economicus* europeo. Dal punto di vista giuridico, questo dispositivo comporta una costituzionalizzazione della resilienza per cui il principio della resilienza, pur non codificato nei Trattati, è diventato un criterio guida per le politiche europee, dotato di forza normativa indiretta. La Corte dei Conti europea in vari rapporti ha sottolineato la necessità che i PNRR siano "credibili, attuabili e sostenibili", trasformando di fatto il concetto di resilienza in un *benchmark* giuridico per la valutazione delle politiche nazionali[692]. Altresì un altro fenomeno cui si è andati incontro è la giuridificazione degli impegni riformatori che porta i piani nazionali, pur non essendo equiparabili a leggi vincolanti, ad esigere un obbligo di risultato il cui mancato rispetto può comportare la sospensione o la revoca dei fondi[693]. Il *Recovery Plan* rappresenta un esempio di come l'Unione Europea articoli la fiducia come meccanismo giuridico, si tratta infatti di andare a verificare la conformità agli obiettivi europei attraverso un sistema di controllo multilivello che mobilita sia diritto che finanza. Oltre all'indebitamento comune la vera novità del RRF è la trasformazione del diritto dell'UE in una piattaforma di governance

[691] Commissione Europea, *Recovery and Resilience Facility – Six Pillars Explained*, 2021

[692] European Court of Auditors, *The Commission's Assessment of National Recovery and Resilience Plans*, Special Report 21/2022

[693] Art. 24, Regolamento (UE) 2021/241

trasformativa. Questa *fiducia giuridificata* si rivela funzionale a un modello di governo post-crisi che, pur aprendosi a logiche redistributive, non abbandona il primato della competitività con il suo orizzonte che resta saldamente ancorato al paradigma neoliberale, ma viene rideclinato in chiave adattiva piuttosto che punitiva.

Nel linguaggio istituzionale dell'Unione Europea il concetto di *resilienza* ha progressivamente assunto una funzione giuridico-discorsiva centrale, specialmente dopo la crisi pandemica. Si tratta di una *categoria normativa* utilizzata per giustificare politiche di investimento. La resilienza viene definita come la "capacità di uno Stato membro di affrontare, assorbire, adattarsi e riprendersi da shock economici, sociali e ambientali" (Regolamento UE 2021/241, Considerando 6)[694]. Questo ci permette di leggerlo come un criterio di ammissibilità e valutazione delle misure contenute nei piani nazionali di ripresa. E tale evoluzione risulta rilevante perché trasforma la resilienza in un *operatore performativo della fiducia istituzionale*. Se nei decenni precedenti la fiducia era costruita attraverso parametri come la stabilità monetaria o il contenimento del deficit, ora essa viene sempre più legittimata mediante l'impegno a *divenire resilienti*. Come osservano Dardot e Laval, la resilienza non è neutrale: essa "colpevolizza l'individuo o l'istituzione incapace di adattarsi", spostando la responsabilità della crisi sulla mancata reattività del

[694] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, Considerando 6, GU L 57 del 18.2.2021

soggetto[695]. Dal punto di vista giuridico la resilienza agisce dunque come un *paradigma normativo condizionale* dove le misure pubbliche diventano legittime solo se dimostrano di accrescere la capacità del sistema di reagire alle perturbazioni. La legge qui diviene strumento di selezione tra soggetti resilienti e non-resilienti, tra economie affidabili e rischi sistemici.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dell'Italia (PNRR), approvato con Decisione del Consiglio ECOFIN il 13 luglio 2021, rappresenta un caso di questo nuovo paradigma normativo. Con una dotazione di circa 191,5 miliardi di euro, di cui 68,9 in sovvenzioni e 122,6 in prestiti, il piano italiano costituisce la principale articolazione nazionale del Next Generation EU. La struttura del PNRR è organizzata attorno a sei missioni, ma ciò che lo rende interessante per questo lavoro è la *struttura condizionata* dell'intervento in quanto l'erogazione delle risorse avviene solo previo raggiungimento di precisi "*milestone*" e "*target*", monitorati dalla Commissione Europea secondo le modalità previste dal Regolamento UE 2021/241, artt. 19-24. In altre parole il PNRR non è semplicemente un piano di spesa, ma un *meccanismo di conformità giuridica*.[696] L'allocazione delle risorse dipende dalla dimostrabilità *ex ante* della capacità dello Stato di garantire *efficienza* come previsto anche dalla Decisione di Esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione del

[695] Pierre Dardot & Christian Laval, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma, 2013, p. 341

[696][696] Council Implementing Decision of 13 July 2021 cit.

PNRR italiano (Council Implementing Decision, 13/07/2021). Questa architettura fiduciaria si riflette anche nel modo in cui il PNRR viene narrato dal Governo italiano, ovvero come un "impegno vincolante" verso l'Europa e i mercati, in cui la "credibilità riformatrice" dello Stato è garanzia di stabilità. Il piano si configura come un "test di affidabilità sistemica" in cui lo Stato nazionale viene misurato sulla base della sua capacità di *mettere in atto riforme strutturali*.

Il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) e la logica della condizionalità giuridica

Il *Meccanismo Europeo di Stabilità* (MES), istituito con il Trattato intergovernativo del 2 febbraio 2012[697], rappresenta una delle articolazioni più emblematiche della trasformazione del diritto europeo in strumento condizionale di fiducia istituzionale[698]. Formalmente attivo dal luglio 2013, il MES è un'organizzazione finanziaria internazionale che ha lo scopo di fornire assistenza finanziaria ai paesi della zona euro in gravi difficoltà, subordinando l'erogazione dei fondi al rispetto di rigide *condizioni macroeconomiche e strutturali*. Secondo l'articolo 12 del Trattato MES, l'assistenza è

[697] Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità, firmato a Bruxelles il 2 febbraio 2012, in vigore dal 27 settembre 2012, GU C 326 del 26.10.2012

[698] Council Implementing Decision of 13 July 2021 on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Italy, ST 10160/21

concessa solo a condizione che il paese beneficiario firmi un *Memorandum of Understanding* (MoU) che dettaglia le riforme economiche e fiscali da intraprendere, spesso in sinergia con Commissione Europea, BCE e FMI (la cosiddetta *Troika*). L'art. 13 stabilisce il processo decisionale, che assegna un ruolo cruciale al Consiglio dei governatori del MES per valutare la sostenibilità del debito e approvare le condizioni dell'assistenza. Sotto il profilo teorico, il MES costituisce una forma radicale di giuridificazione della fiducia finanziaria in cui l'erogazione di liquidità non dipende da criteri solidaristici ma dalla *compliance performativa* dello Stato richiedente. Come nota Christian Joerges, il MES traduce la logica della fiducia in una *tecnica di sorveglianza normativa permanente*, creando una tensione strutturale tra sovranità democratica e obbligazioni contrattuali sovranazionali[699]. Il ricorso a questo meccanismo durante la crisi greca, irlandese e portoghese ha portato a un forte deficit democratico, come evidenziato da Kilpatrick[700] , per cui la governance economica dell'eurozona è passata da un regime di "*rule-based trust*" a uno di "*conditional trust*". Il diritto diventa il garante della fiducia mediante la produzione di soggetti istituzionali disciplinati e conformi alla razionalità del mercato finanziario.

[699] Christian Joerges, "Brother, Can You Paradigm?" International Journal of Constitutional Law 12(3):769-785, 2014

[700] Claire Kilpatrick, Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?, in EUI Working Papers, Law 2014/05

31. Il Libro Bianco sulla sicurezza alimentare e la fiducia nei consumi

La costruzione della fiducia nel mercato europeo ha trovato una delle sue articolazioni più significative nella regolazione del settore alimentare, ambito in cui la percezione pubblica del rischio ha avuto effetti immediati e profondi sulla circolazione delle merci. La crisi della "mucca pazza" (BSE) tra il 1996 e il 1999, seguita dagli allarmi sanitari legati all'influenza aviaria e alla diossina nei polli belgi, aveva determinato un crollo della fiducia dei consumatori nei confronti della produzione agroalimentare europea. Tale diffidenza non riguardava unicamente i prodotti contaminati, ma si estendeva all'intero sistema di controllo, generando una resistenza psicologica e culturale all'acquisto di prodotti provenienti da altri Stati membri. In altri termini la crisi sanitaria si traduceva in crisi di mercato, minacciando uno dei pilastri del progetto europeo, ovvero la libera circolazione delle merci.

È in questo contesto che la Commissione Europea pubblicò il Libro Bianco sulla sicurezza alimentare del 2000, con l'obiettivo di proporre un quadro normativo organico capace di ricostruire la fiducia dei cittadini nella catena agroalimentare e, al contempo, rilanciare la competitività del settore[701]. Il Libro Bianco rappresentava un momento di svolta, questo in virtù del fatto che la sicurezza alimentare da mera dimensione tecnica di tutela sanitaria

[701] Commissione Europea, Libro Bianco sulla sicurezza alimentare, COM(1999) 719 final, 12 gennaio 2000

veniva ad essere concepita come strumento politico ed economico volto a ristabilire la fiducia collettiva nei meccanismi di concorrenza intraeuropei. La sicurezza diveniva così una categoria performativa di fiducia: non bastava garantire che i prodotti fossero sicuri, bisognava convincere i consumatori che lo fossero, creando un'infrastruttura giuridica e comunicativa che fungesse da dispositivo rassicurante. Tra le misure centrali vi era l'introduzione di una normativa unitaria sull'etichettatura e sulla tracciabilità. Questa, più che un dettaglio tecnico, era una vera e propria strategia di governance per cui il consumatore, privato del rapporto diretto con il produttore, poteva essere rassicurato dall'informazione normativa riportata sul prodotto. L'etichetta diventava così un segno giuridico di fiducia, capace di ridurre l'incertezza sull'origine e la sicurezza del cibo. L'Unione Europea incentivava così i consumatori ad acquistare prodotti "esteri" in un'ottica di mercato unico ridefinendo al contempo il rapporto stesso tra diritto e consumo, e così andando a sostituire la prossimità relazionale con la fiducia istituzionale. Il Regolamento (CE) n. 178/2002, noto anche come "General Food Law Regulation", fu la traduzione normativa più importante del Libro Bianco. Esso stabiliva i principi generali della legislazione alimentare, introduceva l'obbligo di tracciabilità lungo l'intera catena produttiva e istituiva l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), incaricata di fornire valutazioni scientifiche indipendenti a sostegno delle politiche europee[702]. Con

[702] Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, 28 gennaio 2002, GU L 31, 1.2.2002, p. 1-24

questa innovazione, la scienza diventava un dispositivo di fiducia regolato dal diritto, mentre l'EFSA si poneva come garante terzo capace di rassicurare tanto i cittadini quanto i mercati. Il Libro Bianco e il Regolamento 178/2002 possono essere letti come momenti fondativi di una vera e propria biopolitica alimentare europea, dove la tutela della vita biologica (salute pubblica) e la continuità della vita economica (libera circolazione) vengono integrate all'interno di un unico regime normativo. Descritta da José Bové e da altri critici del modello agroindustriale, questa strategia europea ha avuto anche l'effetto di normalizzare la fiducia nei sistemi produttivi globalizzati, presentando la sicurezza come esito della conformità procedurale piuttosto che della prossimità locale[703]. Da un punto di vista teorico tale dinamica riflette la nozione luhmanniana di fiducia sistemica che vede in condizioni di complessità crescente la fiducia non più in grado di fondarsi su relazioni interpersonali ma su strutture istituzionali che riducono l'incertezza attraverso regole e standard[704]. L'etichettatura, la tracciabilità e la certificazione divengono strumenti giuridici che operano come segni performativi di fiducia, rassicurando i cittadini sul fatto che il consumo di prodotti agroalimentari europei sia compatibile con la tutela della salute e con la stabilità del mercato. Il Libro Bianco del 2000 e le normative conseguenti sono andate così a ridefinire l'antropologia del consumatore europeo, sostituendo il soggetto

[703] Bové, J., Dufour, F., *Il mondo non è in vendita*, Feltrinelli, 2001, pp. 67-85

[704] Luhmann, N., *Fiducia. Un meccanismo per ridurre la complessità sociale*, Il Mulino, 2002, pp. 42-56

che si fida per prossimità o tradizione con il cittadino-consumatore che affida la propria fiducia al diritto e alle istituzioni. Il cibo, da potenziale minaccia, diventa così veicolo di fiducia politica ed economica, mentre il diritto alimentare europeo si è andato a configurare come uno strumento essenziale per garantire la salute pubblica di pari passo alla competitività del mercato interno.

La Direttiva 2000/31/CE e il D.Lgs. 70/2003: la fiducia come prerequisito del commercio elettronico

Parallelamente alla costruzione di una fiducia istituzionale nel settore alimentare, l'Unione Europea ha riconosciuto la necessità di creare un quadro giuridico capace di sostenere lo sviluppo del commercio elettronico, un ambito che a cavallo tra gli anni Novanta e i Duemila suscitava entusiasmo economico ma anche forti diffidenze da parte dei consumatori. Il rischio di frodi, l'assenza di contatto fisico con i venditori e l'incertezza sulle garanzie contrattuali rendevano difficile la piena affermazione del mercato digitale come spazio affidabile di scambio. In questo scenario più che mai la fiducia diventava una condizione non spontanea da costruire giuridicamente. Per rispondere a tali esigenze il legislatore europeo adottò la Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel

mercato interno[705]. Essa fu recepita in Italia con il Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70, che tradusse i principi europei in disposizioni applicabili direttamente agli operatori nazionali. La *ratio* della Direttiva era chiara, voleva eliminare gli ostacoli giuridici e psicologici che frenavano lo sviluppo dell'e-commerce, attraverso la costruzione di un contesto normativo armonizzato che desse agli utenti la percezione di muoversi in uno spazio regolato e sicuro. Non a caso nel Considerando 2 si afferma che "lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione nella Comunità è ostacolato dall'assenza di certezza giuridica", e che lo scopo della direttiva sia appunto quello di fornire fiducia giuridica alle transazioni online. Tra i punti salienti della Direttiva (e del successivo recepimento italiano) vi erano gli obblighi di informazione e trasparenza, per cui i prestatori di servizi online erano tenuti a rendere sempre disponibili al consumatore informazioni chiare sulla propria identità e sulle condizioni contrattuali. In questo modo la trasparenza diventava condizione regolativa di fiducia; la validità giuridica dei contratti elettronici, per cui veniva riconosciuto che i contratti stipulati online hanno la stessa efficacia di quelli tradizionali, riducendo così il sospetto di "non autenticità" degli scambi digitali. Altresì poi ritroviamo le Regole sulla responsabilità degli intermediari (cd. *safe harbour*): gli *Internet Service Provider* non erano ritenuti responsabili per i contenuti trasmessi o ospitati, a condizione che intervenissero prontamente in caso di illecito.

[705] GU L 178 del 17.7.2000, p. 1-16

Questa norma in apparenza tecnica serviva a stabilire una cornice stabile entro cui le piattaforme potessero operare senza il timore di incertezze giuridiche. Ed infine è bene citare il Principio del Paese d'origine, in virtù del quale i prestatori di servizi erano sottoposti alle regole del Paese in cui avevano sede, e non a quelle del Paese di destinazione. Questo riduceva il rischio di conflitti normativi e rendeva il mercato più prevedibile e quindi affidabile.

La Direttiva e il D.Lgs. 70/2003 hanno quindi agito come dispositivi di fiducia performativa, in cui la certezza giuridica e la trasparenza informativa diventavano elementi strategici per la costruzione di un'economia digitale affidabile. In altre parole il diritto oltre a regolare i rapporti già esistenti produceva le condizioni stesse per la loro esistenza con il commercio elettronico come settore competitivo pan-europeo che si andava a sviluppare nella misura in cui i consumatori venivano convinti a fidarsi del sistema. Da un punto di vista teorico questa dinamica conferma la funzione produttiva e non solo protettiva del diritto europeo. La fiducia non era un presupposto spontaneo dell'interazione digitale, ma un esito normativo. In quest'ambito è prezioso il contributo di Mireille Hildebrandt secondo la quale il diritto digitale europeo vuole certamente "coprire lacune, ma opera anche come un codice normativo anticipatorio, che produce comportamenti di consumo riducendo il rischio percepito"[706]. Possiamo asserire ordunque

[706] Hildebrandt, M., *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Edward Elgar, 2015, pp. 54-61

che la Direttiva 2000/31 e il D.Lgs. 70/2003 siano a mostrare come l'Unione Europea concepisca la fiducia come tecnologia giuridica abilitante ove il consumatore, rassicurato dall'esistenza di regole chiare, è disposto a partecipare a un mercato che senza tali garanzie sarebbe percepito come poco chairo e pericoloso. L'obiettivo non era quindi solo quello di tutelare i cittadini, ma di attivare i mercati: una dinamica questa che rientra pienamente nel quadro della governamentalità neoliberale descritto da Foucault, in cui il diritto si configura come dispositivo di normalizzazione che crea condizioni di possibilità per l'espansione della concorrenza[707].

Le Alternative Dispute Resolution (ADR)

Un altro tassello fondamentale nella strategia europea di costruzione della fiducia nei mercati è rappresentato dall'istituzione e promozione dei meccanismi di Alternative Dispute Resolution (ADR). Già a partire dagli anni Novanta l'Unione Europea ha riconosciuto che il funzionamento efficace del mercato interno dipendeva oltre che dalla rimozione di barriere giuridiche e tecniche, anche dalla capacità dei cittadini-consumatori di sentirsi tutelati in caso di controversie. Senza strumenti rapidi ed affidabili (ma anche economici) per risolvere i conflitti, la partecipazione ai mercati transnazionali sarebbe

[707] Foucault, M., *Naissance de la biopolitique*, 2004, pp. 131-135

rimasta frenata da un deficit di fiducia. La svolta normativa si colloca con la Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sull'ADR per i consumatori[708] e con il Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sull'Online Dispute Resolution (ODR)[709]. La Direttiva impone agli Stati membri di garantire che i consumatori possano ricorrere a organismi ADR per risolvere controversie con i professionisti in modo indipendente, imparziale, trasparente, efficace e rapido. Il Regolamento istituisce invece la piattaforma ODR europea, accessibile online in tutte le lingue ufficiali dell'UE, attraverso cui i consumatori possono avviare procedimenti extragiudiziali transfrontalieri. Questi strumenti non nascono come dispositivi fiduciari che non possono essere ridotti a mere alternative opzionali. L'idea di fondo è che la disponibilità di canali rapidi e a basso costo per dirimere i conflitti riduce la percezione di rischio nelle transazioni transfrontaliere, inducendo i consumatori a partecipare con maggiore fiducia al mercato unico. La risoluzione extragiudiziale assume lo spessore di infrastruttura di legittimazione del mercato digitale. L'elemento interessante è che qui la fiducia non si costruisce solo *ex ante* come nel caso della Direttiva e-commerce, che rassicura attraverso la trasparenza, ma anche *ex post*, cioè attraverso la garanzia che eventuali controversie possano trovare una soluzione efficace senza ricorrere al processo ordinario, spesso percepito come lento

[708] GU L 165 del 18.6.2013, p. 63-79

[709] GU L 165 del 18.6.2013, p. 1-12

e distante (e costoso). Dal punto di vista teorico si può leggere questo fenomeno come una forma di giuridificazione della fiducia procedurale. La legittimità del mercato arriva a dipendere dalla credibilità dei meccanismi predisposti per affrontare i conflitti. Nelle intuizioni di Fabrizio Cafaggi si intravede come i sistemi ADR europei funzionano come "meccanismi di *enforcement soft*", i quali sostengono la fiducia dei consumatori senza ricorrere a sanzioni tradizionali ma offrendo soluzioni conciliative e snelle[710]. L'istituzione della piattaforma ODR è esemplare in questo senso in quanto essa fornisce uno strumento tecnico svolgendo una funzione simbolica di rassicurazione. L'esistenza di un portale unico europeo visibile e accessibile in tutte le lingue ha il compito di trasmettere un messaggio politico-giuridico volto a far percepire il mercato digitale europeo come affidabile perché sostenuto da un sistema comune di giustizia accessibile. Questa dinamica conferma ancora una volta la logica performativa del diritto europeo, facendo dell'ADR un dispositivo biopolitico che struttura la fiducia dei cittadini nella loro capacità di agire come consumatori transnazionali. Attraverso la promessa di soluzioni rapide ed economiche, l'UE promuove un modello di cittadinanza economica fondata sull'accessibilità e sull'affidabilità procedurale, trasformando il consumatore in soggetto attivo del mercato unico.

[710] Cafaggi, F., *The New Foundations of Transnational Private Regulation*, J. L. & Soc'y, 2011, pp. 20-25

Il Regolamento (UE) 650/2012 e la professio iuris: fiducia e prevedibilità nella governance delle successioni

Un ulteriore tassello nel mosaico dei dispositivi normativi europei che producono fiducia sistemica è costituito dal Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni, nonché alla creazione di un certificato successorio europeo[711]. Questo strumento normativo, applicabile alle successioni apertesi dopo il 17 agosto 2015, rappresenta un passo decisivo verso l'armonizzazione del diritto internazionale privato in materia successoria, introducendo un criterio unitario e prevedibile per la determinazione della legge applicabile. Il Regolamento stabilisce infatti, come regola generale, che la successione sia disciplinata dalla legge dello Stato in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte (art. 21). Tuttavia, esso riconosce la possibilità per il disponente di effettuare una scelta preventiva della legge applicabile alla propria successione, designando la legge dello Stato di cui possiede la cittadinanza: è la cosiddetta *professio iuris* (art. 22). Prima dell'adozione del Regolamento, le successioni transfrontaliere nell'UE, stimate dalla Commissione in circa

[711] GU L 201 del 27.7.2012, p. 107-134

450.000 casi l'anno, per un valore patrimoniale complessivo superiore ai 120 miliardi di euro, erano regolate da una pluralità di norme conflittuali nazionali, con il rischio concreto di decisioni divergenti e conflitti di giurisdizione. L'incertezza giuridica ostacolava la tutela dei diritti dei cittadini rappresentando un fattore di sfiducia nei confronti della possibilità stessa di organizzare liberamente i propri rapporti patrimoniali in un contesto europeo integrato. Il meccanismo della *professio iuris* funziona come un dispositivo fiduciario in quanto consente al cittadino di anticipare e controllare la legge applicabile, riducendo il rischio di frammentazione normativa e garantendo una maggiore sicurezza agli eredi e agli operatori economici coinvolti (banche, imprese creditrici). Esso rafforza la prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle scelte patrimoniali, favorendo la circolazione dei beni e la stabilità delle relazioni economiche transfrontaliere. Un'ulteriore innovazione significativa è rappresentata dall'introduzione del Certificato successorio europeo (artt. 62-73), concepito come uno strumento probatorio uniforme valido in tutti gli Stati membri. Tale certificato, che consente agli eredi, ai legatari o agli amministratori dell'eredità di dimostrare la propria qualità e i propri diritti senza necessità di procedure aggiuntive di riconoscimento, costituisce un chiaro esempio di normazione performativa della fiducia dove l'autorità che lo rilascia produce un effetto di affidabilità immediatamente riconosciuto in tutta l'Unione. Il Regolamento 650/2012 mostra come il diritto dell'Unione si spinga ben oltre i confini del mercato in senso stretto per toccare dimensioni intime della vita sociale, quali la morte, l'eredità e la trasmissione

intergenerazionale dei patrimoni. Ciò rivela una biopolitica patrimoniale interviene a disciplinare la continuità economica e simbolica tra le generazioni, trasformando la successione in un terreno di governance europea. La fiducia assurge al ruolo di vero obiettivo regolativo dove i cittadini devono poter credere che i loro diritti saranno rispettati e riconosciuti al di là delle frontiere, che le loro volontà patrimoniali saranno onorate, e che gli strumenti giuridici europei sapranno garantire continuità e sicurezza. È una fiducia performata sia sul piano individuale che su quello sistemico, questo poiché la prevedibilità delle successioni contribuisce alla stabilità dei mercati immobiliari e finanziari connessi ai patrimoni trasmessi. La *professio iuris* viene a rappresentare uno degli esempi principe della logica con cui l'Unione Europea costruisce fiducia attraverso il diritto, ovvero offrendo agli individui strumenti normativi di autodeterminazione e prevedibilità, mentre al contempo consolida l'affidabilità del sistema nel suo complesso.

Il Regolamento 1347/2000 e il Regolamento 2201/2003: la fiducia come garanzia per le famiglie transfrontaliere

Un ulteriore elemento degno di nota nella costruzione della fiducia attraverso il diritto europeo è rappresentato dalla normativa in materia di diritto di famiglia e di giurisdizione nelle controversie civili transfrontaliere. In un'Unione sempre più caratterizzata da mobilità delle persone e dalla formazione di famiglie transnazionali, il problema di

garantire certezza e prevedibilità giuridica nelle controversie familiari si è posto come condizione essenziale per il funzionamento del mercato interno e per la libera circolazione dei cittadini.Il primo passo decisivo è stato il Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli comuni[712]. Tale regolamento, noto anche come *Bruxelles II*, ha introdotto criteri uniformi di giurisdizione e meccanismi automatici di riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale tra Stati membri. L'obiettivo dichiarato era duplice, ovvero garantire la certezza del diritto e ridurre il rischio di *forum shopping*, ma soprattutto assicurare che i cittadini potessero confidare nella validità delle decisioni assunte in un altro Stato membro. Nel 2003 questo strumento è stato sostituito dal Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, il quale ha abrogato il precedente Bruxelles II[713]. Conosciuto come *Bruxelles II bis*, il nuovo regolamento ha esteso il campo di applicazione e rafforzato i meccanismi di cooperazione giudiziaria, ponendo al centro l'interesse superiore del minore. Le cosiddette *cross-border families* rischiano di vivere in una condizione di incertezza legale, in cui le decisioni adottate in un Paese potrebbero

[712] GU L 160 del 30.6.2000, p. 19-36

[713] GU L 338 del 23.12.2003, p. 1-29

non essere riconosciute in un altro. La certezza di una cornice giuridica armonizzata garantisce che i cittadini possano muoversi, vivere e formare famiglie all'interno dell'UE senza temere di cadere in vuoti normativi. Dal punto di vista politico-giuridico questa normativa esprime ciò che viene definito *mutual trust*, ovvero quella fiducia reciproca fra sistemi giuridici nazionali, istituzionalizzata tramite il diritto europeo. La rilevanza biopolitica di tali strumenti risiede proprio nel fatto che la famiglia, che è il nucleo della riproduzione sociale ed economica, viene giuridificata come risorsa di stabilità sistemica. Se il cittadino percepisce che la propria condizione familiare è protetta e riconosciuta oltre i confini nazionali, sarà più incline a lavorare e consumare in altri Stati membri, rafforzando così il mercato interno. La regolamentazione delle famiglie transfrontaliere che tutela i legami affettivi, produce fiducia nella continuità di diritti e status giuridici in un contesto europeo integrato. In tal senso i Regolamenti *Bruxelles II* e *Bruxelles II bis* mostrano come anche in ambiti apparentemente estranei alla dimensione economica, quali il diritto di famiglia, l'Unione Europea operi attraverso una normazione fiduciaria, volta a rassicurare i cittadini sulla prevedibilità e sulla sicurezza delle proprie relazioni fondamentali, affinché possano partecipare pienamente alla vita economica e sociale transnazionale.

26. Conclusioni

Il percorso analitico compiuto in questo capitolo ha mostrato come l'apparato normativo dell'Unione Europea si configuri come un insieme di regole tecniche e disposizioni settoriali giocanti il ruolo di dispositivo giuridico complesso finalizzato alla produzione di fiducia sistemica. In coerenza con quanto delineato nel capitolo introduttivo è emerso come il diritto europeo operi come una *macchina performativa* che attraverso trattati, regolamenti e direttive, stabilisce le condizioni materiali e simboliche affinché il mercato, e con esso la soggettività economica dell'*homo europaeus*, possa risultare efficiente. Dall'analisi dei trattati fondamentali (Roma, Maastricht, Amsterdam, Nizza, Lisbona) è emersa la progressiva giuridificazione di una razionalità concorrenziale, nella quale la liberalizzazione, la stabilità dei prezzi, il rigore fiscale e la disciplina monetaria presupposti giuridici fondanti della legittimità dell'integrazione europea. Le normative sulla concorrenza e gli aiuti di Stato, attraverso l'intervento attivo della Commissione e della Corte di Giustizia, producono un ordine competitivo che si alimenta della fiducia degli attori economici nella trasparenza del gioco regolato e nella neutralizzazione di ogni intervento correttivo da parte degli Stati. Il diritto fiscale europeo, nella sua evoluzione post-crisi, ha trasformato l'austerità in un principio normativo strutturale, subordinando la sovranità di bilancio alla credibilità dell'impegno statale verso la sostenibilità e la responsabilità macroeconomica. In modo analogo il passaggio al diritto digitale ha segnato l'emergere di un regime giuridico performativo, in cui la fiducia non viene più garantita solo *ex post* attraverso la sanzione, ma *ex ante* attraverso certificazioni e

conformità algoritmiche. E così anche la salute pubblica, l'ambiente, il lavoro, la privacy e la resilienza finanziaria sono stati normativizzati in funzione della loro capacità di garantire la riproduzione del sistema economico. I regolamenti sanitari e i meccanismi di risposta pandemica non si spiegano tanto con la volontà di tutelare la vita in quanto tale, quanto con la necessità di proteggere la continuità dei flussi economici. Analogamente la sostenibilità ambientale è divenuta una leva competitiva, il capitale umano un oggetto di investimento formativo, la privacy un pre-requisito per la fiducia computazionale, la resilienza un indice di affidabilità finanziaria dove il diritto si trova ad orientare. Questa osservazione consente di qualificare quel diritto dell'Unione che era un *diritto del mercato*, come un diritto che *fa il mercato* e che lo legittima in quanto forma di vita desiderabile. Dardot e Laval magistralmente hanno lavorato per mostrare come il neoliberismo sia distante dall'essere semplicemente un paradigma economico, e sia invece una *ragione del governo* che agisce attraverso dispositivi normativi capaci di produrre soggettività[714] con la legge ad essere vettore del potere economico. La fiducia allora, qui come sopra, si fa complessa, da fatto relazionale si articola in obiettivo normativo, risorsa da produrre attraverso forme di anticipazione del rischio e standardizzazione dei comportamenti. E il diritto dell'UE nel suo attuale assetto si propone precisamente questo: *trasformare l'incertezza sociale in affidabilità economica*, istituzionalizzando una forma

[714] Pierre Dardot e Christian Laval, La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista, Roma: DeriveApprodi, 2013

di vita in cui la fiducia è sempre già catturata dalla logica della competizione regolata. Tuttavia se il diritto europeo ha saputo divenire un dispositivo di fiducia nel mercato, ciò non significa che debba esaurirsi in questa funzione. Al contrario il tema teorico e politico che si apre è proprio quello della riarticolazione della fiducia in chiave solidale e plurale. Nel prossimo capitolo proverò a cimentarmi nell'affrontare questo quesito: quali forme alternative di giuridicità possono promuovere una fiducia che oltre a garantire la stabilità dei mercati sappia anche sostenere (in senso ampio) la giustizia sociale? L'impianto teorico si radica nelle riflessioni di Foucault sul biopotere, di Supiot sul diritto come forma simbolica, di Dardot e Laval sul comune, nonché nelle teorie di Sen, Honneth, Crouch e Rodrik sul nesso tra giustizia, democrazia e fiducia istituzionale. Una tesi questa che propone infine l'idea di un "diritto generativo", inteso come dispositivo trasformativo in grado di fondare fiducia nella cooperazione sociale e nella giustizia relazionale piuttosto che nell'efficienza concorrenziale, delineando prospettive normative per un'Europa post-neoliberale.

Bibliografia

Agamben, G. (1995). *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*. Einaudi.

Agamben, G. (2003). *Stato di eccezione*. Bollati Boringhieri.

Arena, G., & Iaione, C. (2012). *L'Italia dei beni comuni*. Carocci.

Arendt, H. (1958). *The human condition*. University of Chicago Press.

Arendt, H. (1963). *On revolution*. Viking Press.

Balibar, É. (2010). *La proposition de l'égaliberté*. Presses Universitaires de France.

Benjamin, R. (2019). *Race after technology: Abolitionist tools for the new Jim Code*. Polity Press.

Benjamin, W. (1921). Zur Kritik der Gewalt. In *Gesammelte Schriften* (Vol. II). Suhrkamp.

Benjamin, W. (1940). *Über den Begriff der Geschichte*. Suhrkamp.

Bradford, A. (2020). *The Brussels effect: How the European Union rules the world*. Oxford University Press.

Bratton, B. H. (2016). *The stack: On software and sovereignty*. MIT Press.

Brown, W. (2015). *Undoing the demos: Neoliberalism's stealth revolution*. Zone Books.

Butler, J. (2020). *The force of nonviolence: An ethico-political bind*. Verso.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 2012/C 326/02. *OJ C 326*. CELEX: 12012P/TXT.

Citron, D. K. (2014). *Hate crimes in cyberspace*. Harvard University Press.

Council Implementing Decision del 13 luglio 2021 che approva il PNRR dell'Italia.

Corte di giustizia dell'Unione europea. (2008). *Impact v Minister for Agriculture and Food*, C-268/06.

Corte di giustizia dell'Unione europea. (2014). *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, C-413/13.

Corte di giustizia dell'Unione europea. (2019). *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v Deutsche Bank SAE*, C-55/18.

Crouch, C. (2004). *Post-democracy*. Polity Press.

Dardot, P., & Laval, C. (2010). *La nuova ragione del mondo*. DeriveApprodi.

Dardot, P., & Laval, C. (2014). *Communs. Essai sur la révolution au XXIe siècle*. La Découverte.

Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. *OJ L 303* (2.12.2000).

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE. *OJ L 94* (28.3.2014).

Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione). *OJ L 328* (21.12.2018).

Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE. *OJ L 158* (14.6.2019).

Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE. *OJ L 186* (11.7.2019).

Direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'UE. *OJ L 275* (25.10.2022).

Donati, P. (2011). *I beni relazionali: Che cosa sono e quali effetti producono*. Bollati Boringhieri

Esposito, R. (2002). *Immunitas: Protezione e negazione della vita*. Einaudi.

Esposito, R. (2004). *Bíos: Biopolitica e filosofia*. Einaudi.

European Commission. (2010). *A Digital Agenda for Europe* (COM(2010) 245 final/2).

European Commission. (2015). *A Digital Single Market Strategy for Europe* (COM(2015) 192 final).

European Commission. (2019). *The European Green Deal* (COM(2019) 640 final).

European Commission. (2020). *The EU's Cybersecurity Strategy for the Digital Decade* (JOIN(2020) 18 final).

European Commission. (2021). *2030 Digital Compass: The European way for the Digital Decade* (COM(2021) 118 final).

European Commission. (2021). *Impact assessment—AI Act* (SWD(2021) 84 final).

European Commission. (2021). *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (AI Act)* (COM/2021/206 final).

European Commission. (2022). *Proposal for a Regulation on the European Health Data Space (EHDS)* (COM(2022) 197 final).

European Court of Auditors. (2023). *Special report 22/2023: EU health preparedness—Lessons from COVID-19*. European Court of Auditors.

European Investment Bank. (2020). *EIB Group Climate Bank Roadmap 2021–2025*. European Investment Bank.

Ferrera, M. (2019). *Le politche sociali*. Il Mulino.

Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.

Foucault, M. (1976). *Histoire de la sexualité I: La volonté de savoir*. Gallimard.

Foucault, M. (2012). *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978–1979)*. Feltrinelli.

Fung, A., & Wright, E. O. (2003). *Deepening democracy: Institutional innovations in empowered participatory governance*.

Gehlen, A. (1950). *Der Mensch: Seine Natur und seine Stellung in der Welt*. Vittorio Klostermann.

Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp.

Hardt, M., & Negri, A. (2009). *Commonwealth*. Harvard University Press.

Hildebrandt, M. (2015). *Smart technologies and the end(s) of law*. Edward Elgar.

Honneth, A. (2016). *The idea of socialism*. Polity Press.

Iaione, C. La città come bene comune. In G. Arena & C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni* Carocci.

Joerges, C.. The European economic constitution and its transformation through the law of the Financial Crisis.

Legge 8 novembre 1991, n. 381. Disciplina delle cooperative sociali. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 283* (3.12.1991).

Lorey, I. (2018). *Stato di insicurezza*. Ombre Corte.

Luhmann, N. (1968). *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*. Enke.

Mattei, U. (2011). *Beni comuni. Un manifesto*. Laterza.

Mbembe, A. (2003). Necropolitics. *Public Culture, 15*(1), 11–40.

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica. *Piano nazionale d'azione per il GPP (Green Public Procurement)*.

Morozov, E. (2013). *To save everything, click here*. PublicAffairs.

Ostrom, E. (1990). *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge University Press.

Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.

Raccomandazione del Consiglio del 22 aprile 2013 sulla Garanzia Giovani (2013/C 120/01). *OJ C 120* (26.4.2013).

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (GDPR). *OJ L 119* (4.5.2016).

Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, sull'informativa di sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (SFDR). *OJ L 317* (9.12.2019).

Regolamento (UE) 2019/2089 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, sui benchmark climatici. *OJ L 317* (9.12.2019).

Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce lo strumento SURE. *OJ L 159* (20.5.2020).

Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (Tassonomia). *OJ L 198* (22.6.2020).

Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (RRF). *OJ L 57* (18.2.2021).

Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta (JTF). *OJ L 231* (30.6.2021).

Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, sul Data Governance Act (DGA). *OJ L 152* (3.6.2022).

Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, sui mercati contestabili ed equi nel settore digitale (DMA). *OJ L 265* (12.10.2022).

Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali (DSA). *OJ L 277* (27.10.2022).

Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, sul Data Act. *OJ L 2023*.

Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate sull'intelligenza artificiale (AI Act).

Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Laterza.

Rodrik, D. (2011). *The globalization paradox: Democracy and the future of the world economy*. W. W. Norton.

Rouvroy, A. (2016). La gouvernance algorithmique: Du pouvoir des algorithmes à l'impuissance des lois.

Rouvroy, A., & Berns, T. (2013). Algorithmic governmentality and prospects of emancipation.

Sen, A. (2009). *The idea of justice*. Harvard University Press.

Sontag, S. (1977). *On photography*. Farrar, Straus and Giroux.

Supiot, A. (2015). *La gouvernance par les nombres*. Fayard.

Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità (MES). (2012).

Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria (TSCG). (2012).

Trattato sull'Unione europea (TUE), versione consolidata. (2012). *OJ C 326*.

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), versione consolidata. (2012). *OJ C 326*.

Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism*. PublicAffairs.

CAPITOLO TERZO

Oltre la concorrenza

Indice

1. Una proposta teorica per un diritto generativo della fiducia nella giustizia condivisa;

2. Bilanci partecipativi e cittadinanza deliberativa;

3. Beni comuni urbani e co-produzione normativa;

4. Comunità energetiche come grammatica giuridica della fiducia cooperativa;

5. Cooperative sociali e clausole di inserzione lavorativa per una grammatica giuridica di inclusione e reciprocità;

6. Le clausole sociali negli appalti pubblici;

7. Il diritto come infrastruttura dell'inclusione;

8. Una proposta di cambiamento;

8.1 Clausole sociali obbligatorie nei Trattati europei

8.2 Meccanismi di condizionalità sociale e ambientale inversa;

8.3 Statuti giuridici dei beni comuni a livello europeo

8.4 Istituzioni partecipative multilivello;

8.5 Tribunale europeo dei diritti sociali;

8.6 Una Direttiva sulla democrazia climatica locale

8.7 I Contrats Territoriaux Sociaux et Écologiques (CTSE) della Regione Occitania come forma di diritto territoriale partecipato;

9. Oltre il diritto della concorrenza.

1. *Una proposta teorica per un diritto generativo della fiducia nella giustizia condivisa*

Il diritto, come si è mostrato nei capitoli precedenti, può operare tanto come vettore di razionalizzazione neoliberale quanto come dispositivo di soggettivazione alternativa. Se nella grammatica istituzionale dell'Unione Europea esso si configura prevalentemente come tecnologia performativa di produzione di fiducia nel mercato garantendo prevedibilità e competitività, non vi è nulla di ontologicamente necessario in tale configurazione. È allora possibile domandarsi: può il diritto operare diversamente? Può farsi generatore di fiducia non nella capacità regolativa dell'economia, bensì nella possibilità concreta di cooperazione e solidarietà tra soggetti e comunità?

In questa direzione si potrebbe pensare di assumere il diritto come tecnica di produzione di legami sociali, piuttosto che come infrastruttura di legittimazione *dell'homo oeconomicus*. Un'opzione strutturale post-neoliberale della fiducia giuridica si fonderebbe su alcune coordinate teoriche alternative in cui la fiducia è declinata come fiducia nella giustizia come *bene comune*, che mette da parte la subordinazione rispetto alla stabilità dei mercati orientandosi invece alla tutela effettiva dei diritti fondamentali, soprattutto per i soggetti vulnerabili o marginalizzati; e la soggettività come relazione, ovvero che perde la connotazione di unità economica per divenire nodo di una rete sociale fondata sulla corresponsabilità di un *corpus* sociale in grando percepire se stesso come un *unicum*. Questa prospettiva trova un antecedente significativo nel pensiero di Hegel, per il quale il fine del diritto non si esaurisce nell'imposizione esterna della norma, ma nel processo attraverso cui essa diventa *seconda natura* dei consociati. Nei *Lineamenti di*

filosofia del diritto Hegel afferma che il diritto raggiunge il suo compimento quando i principi giuridici sono interiorizzati nella vita etica (*Sittlichkeit*), ossia quando la legge da limite esterno viene ad essere percepita come espressione della volontà comune[715]. Secondo detta lettura la vera forza del diritto più che nella coazione viene ad identificarsi nella sua capacità di radicarsi nell'*habitus* dei cittadini, rendendoli co-autori della propria normatività. Applicata a ciò che questa tesi si propone, ciò implica che una grammatica giuridica post-neoliberale della fiducia debba produrre le condizioni affinché i soggetti interiorizzino la cooperazione e la solidarietà come forme normativamente vincolanti di vita comune.

Questa impostazione trova risonanza in diversi filoni teorici contemporanei. Il lavoro di Étienne Balibar, ad esempio, invita a pensare una "egalibertà" fondata sulla co-costituzione tra libertà e uguaglianza come orizzonte normativo[716]. Axel Honneth nella sua *teoria del riconoscimento*, lega la fiducia istituzionale alla possibilità di vedere riconosciuta la propria identità in forme non gerarchiche né concorrenziali[717]. Il diritto assume in queste declinazioni il volto di un mezzo di abilitazione reciproca. Una struttura del genere esige un riorientamento sistemico delle priorità normative che dalla tutela astratta del mercato porti alla costruzione concreta di condizioni di esistenza condivisa

[715] G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, § 147.

[716] É. Balibar, *Cittadinanza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012

[717] A. Honneth, *La società del disprezzo*, Meltemi, Roma, 2004

traducibile ad esempio nel ripensamento del principio di legalità come accesso equo alle risorse, nella valutazione dell'impatto sociale delle norme, o istituendo meccanismi di partecipazione vincolanti nei processi decisionali. In questa stessa direzione si collocano anche quelle pratiche delle soggettività femministe che, a fronte della crisi della riproduzione sociale (ovvero di quelle attività necessarie a sostenere la vita umana e la forza lavoro), hanno contribuito a riaprire il diritto come spazio di istituzione del comune e di riorganizzazione inclusiva della vita collettiva. Nell'orizzonte di una proposta teorica per un diritto generativo della fiducia nella giustizia condivisa queste pratiche assumono particolare rilievo in quanto hanno riaperto il giuridico come campo di produzione collettiva di norme e istituzioni della cura[718] senza limitarsi a formulare domande di tutela rivolte allo Stato. Se la crisi della cura (ovvero quella contraddizione strutturale del capitalismo neoliberista, dove l'incessante ricerca del profitto economico (accumulazione di capitale) distrugge le basi sociali necessarie per sostenerlo) costituisce una manifestazione delle contraddizioni socio-riproduttive del capitalismo contemporaneo, le risposte femministe più radicali, dalle reti di mutuo appoggio ai dispositivi di giustizia trasformativa, hanno mostrato che la riproduzione della vita è insieme luogo di

[718] Nancy Fraser, "Contradictions of Capital and Care", *New Left Review*, 100 (2016), pp. 99-117; Tithi Bhattacharya (a cura di), *Social Reproduction Theory: Remapping Class, Recentering Oppression* (London, Pluto Press, 2017). Fraser definisce la "crisi della cura" come espressione delle contraddizioni socio-riproduttive del capitalismo finanziarizzato.

sfruttamento e spazio di riarticolazione costituente del legame sociale[719]. È così che tali pratiche contribuiscono a una ripoliticizzazione del diritto perché ne contestano la riduzione a tecnica statale di amministrazione dei bisogni o a mero apparato di riconoscimento formale, facendone invece emergere una dimensione relazionale dove il diritto viene reinscritto nei circuiti della responsabilità condivisa e della decisione collettiva intorno alle condizioni della vita comune[720]. Le elaborazioni femministe sulle economie comunitarie insistono del resto sul fatto che la ricostruzione del tessuto socioeconomico passa, anziché per la restaurazione dell'ordine del mercato, per l'istituzione dal basso di pratiche di cooperazione e uso demercificato delle risorse e appartenenza inclusiva, capaci di sottrarre la riproduzione sociale alla duplice cattura dell'abbandono neoliberale e della delega tecnocratica[721]. In questa chiave si può

[719] Verónica Gago, *Feminist International: How to Change Everything* (London-New York, Verso, 2020), spec. sullo sciopero femminista come pratica capace di trasformare i confini del politico; Silvia Federici, *Re-enchanting the World: Feminism and the Politics of the Commons* (Oakland, PM Press, 2018), in particolare sulla centralità del lavoro riproduttivo e dei commons femministi come spazi di sfida all'organizzazione capitalistica della vita e del lavoro.

[720] Dean Spade, "Mutual Aid is Present in Every Crisis: An Interview with Dean Spade", *Jindal Global Law Review*, 13 (2022), pp. 203-226, sulle insufficienze delle sole strategie di riconoscimento giuridico e sulla necessità di pratiche mutualistiche e trasformative.

[721] Manuela Zechner, "No Commons Without Micropolitics. Learning with Feminist and Municipalist Movements in Spain", *International Journal of the Commons*, 17, 1 (2023), pp. 447-461, sul nesso tra ricerca femminista, commons e articolazione tra pubblico e comune; Sergio Ruiz Cayuela, "From the Squat to the Neighbourhood; J.K. Gibson-Graham, Jenny Cameron e Stephen Healy, *Take Back the Economy: An Ethical Guide for Transforming Our Communities* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 2013), sulla costruzione di economie etiche e comunitarie oltre la separazione fra economia ed expertise.

sostenere che la fiducia nella giustizia condivisa si fondi sulla possibilità, aperta da tali pratiche, di generare forme di normatività nelle quali la socialità si traduce in criteri materiali di organizzazione della convivenza[722]. In ciò che segue tali princìpi verranno messi alla prova attraverso esempi pratici e proposte applicative nel tentativo di mostrare come un altro diritto sembri essere possibile, e come una fiducia diversa possa essere costruita giuridicamente.

2. Bilanci partecipativi e cittadinanza deliberativa

Una delle applicazioni più significative della proposta teorica delineata poc'anzi è l'adozione di dispositivi giuridici che istituzionalizzino la cooperazione e la partecipazione, spostando la funzione del diritto dalla tutela dell'efficienza economica alla promozione della fiducia nella deliberazione democratica. Pratiche quali il bilancio partecipativo (*participatory budgeting*) potrebbero costituire un campo in cui sperimentare una dinamica giuridica della fiducia alternativa a quella neoliberale.

[722] Davina Cooper, *Everyday Utopias: The Conceptual Life of Promising Spaces* (Durham, Duke University Press, 2014), e J.K. Gibson-Graham, Jenny Cameron e Stephen Healy, *Take Back the Economy*.

Originato a Porto Alegre nel 1989 come strumento di democrazia municipale[723], il bilancio partecipativo si è progressivamente diffuso in centinaia di città nel mondo, da Parigi a New York, da Seul a Barcellona, assumendo forme giuridicamente vincolanti in numerosi ordinamenti. In Italia, sebbene non ancora regolato a livello statale, il bilancio partecipativo è stato introdotto in diverse amministrazioni locali, tra cui Bologna, Torino, Milano, Cagliari e Palermo, tramite statuti comunali, regolamenti e delibere consiliari[724]. Il principio giuridico che ne sostiene l'adozione si fonda sull'articolo 118, comma 4, della Costituzione italiana, che riconosce il ruolo delle forme di cittadinanza attiva nella gestione dei beni comuni: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale"[725]. A livello europeo la *Carta dell'autonomia locale* (ratificata con L. 439/1989)[726] e il *Pilastro Europeo dei Diritti Sociali* (2017)[727] richiamano l'importanza della partecipazione civica ai processi decisionali come condizione di legittimità democratica e di inclusione sociale. Dal punto di vista concettuale il bilancio partecipativo rovescia l'asimmetria epistemica tra governanti e

[723] G. de Sousa Santos, *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon*, Verso, London, 2005

[724] Comune di Milano, *Regolamento sul Bilancio Partecipativo*, n. 20/2015

[725] Costituzione della Repubblica Italiana, art. 118, c. 4

[726] Consiglio d'Europa, *Carta europea dell'autonomia locale*, 1985, ratificata in Italia con L. 30 dicembre 1989, n. 439

[727] Commissione Europea, *European Pillar of Social Rights*, 2017

governati, aprendo spazi istituzionali in cui la cittadinanza da soggetto passivo delle scelte pubbliche evolve a co-autrice della distribuzione delle risorse. Il diritto in tal contesto si prodiga come entità abilitante di processi collettivi di decisione, fondati sulla deliberazione pubblica e sul principio di equità distributiva. L'esperienza di Porto Alegre, analizzata da autori come Archon Fung ed Erik Olin Wright[728], ha mostrato che tali dispositivi aumentano la fiducia nelle istituzioni e generano un capitale sociale cooperativo che si traduce *in primis* in maggiore eguaglianza, ed *in secundis* nel miglioramento dei servizi pubblici e nel rafforzamento delle reti comunitarie. Si tratta in altre parole di una performatività della fiducia orientata alla giustizia redistributiva e non al mercato. Anche a livello europeo la Commissione ha iniziato a esplorare forme di coinvolgimento attivo dei cittadini nei processi di *policy making*, attraverso iniziative come la *Conferenza sul Futuro dell'Europa* (2021-2022)[729], la *European Citizens' Initiative* (art. 11 TUE)[730] o i panel deliberativi introdotti nel Green Deal[731]. Tuttavia tali esperimenti restano ancora parziali e debolmente vincolanti. Una architrave giuridico realmente trasformativo richiederebbe invece l'inclusione di dispositivi di democrazia partecipativa nei processi legislativi e finanziari, attribuendo efficacia normativa agli esiti

[728] A. Fung – E.O. Wright, *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, Verso, London, 2003

[729] Commissione Europea, *Report on the Conference on the Future of Europe*, 2022

[730] Trattato sull'Unione Europea, art. 11

[731] Commissione Europea, *European Green Deal*, COM(2019) 640 final

deliberativi della cittadinanza attiva, permettendo a quel punto al diritto di essere ripensato come infrastruttura di fiducia civica, in cui le regole arrivano ad essere condizioni di co-decisione e co-responsabilità. Così i bilanci partecipativi rappresentano un modello embrionale di costituzionalismo cooperativo in cui la legittimità dell'azione pubblica è ancorata ad una densità del legame democratico che va a sostituire la stabilità del mercato.

3. Beni comuni urbani e co-produzione normativa

Un ulteriore ambito in cui sperimentare una prospettiva giuridica fondata sulla cooperazione e sulla fiducia orizzontale è rappresentato dal riconoscimento dei beni comuni urbani e dalla cogestione partecipata delle risorse collettive. In questo contesto l'esperienza italiana del *Regolamento per l'Amministrazione Condivisa dei Beni Comuni* (c.d. Regolamento Labsus), avviata a Bologna nel 2014[732], ha rappresentato un modello pionieristico nel panorama europeo. A differenza della concezione classica dei beni pubblici amministrati dallo Stato o dagli enti locali dove i beni comuni vengono definiti in base alla titolarità, qui sono definiti in base alla funzione sociale che svolgono e alla relazione comunitaria che li produce e li mantiene. Si tratta di beni materiali (come ad esempio orti, edifici, spazi pubblici) o immateriali (saperi, dati, software) la cui cura è affidata ad accordi di collaborazione tra cittadini e pubblica amministrazione sulla base di

[732] Comune di Bologna, *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, 2014

patti di collaborazione giuridicamente vincolanti. Come recita l'art. 2 del Regolamento bolognese: "I beni comuni urbani sono quei beni, materiali e immateriali, che i cittadini e l'amministrazione riconoscono come funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona e all'interesse generale della collettività"[733]. Questo dispositivo normativo si fonda su una visione relazionale del diritto, in cui il potere normativo dell'amministrazione è esercitato come processo cooperativo di co-decisione e co-gestione e non in forma unilaterale. Si tratta, come ha osservato Stefano Rodotà, di una "nuova stagione dei diritti"[734], in cui la soggettività giuridica si radica nella capacità di prendersi cura del bene comune e non nella sola titolarità formale di interessi individuali. L'impatto di questo modello ha superato i confini locali, infatti oltre 250 comuni italiani hanno adottato regolamenti analoghi, mentre esperienze affini si sono sviluppate in Francia (es. *Communs urbains* a Nantes e Grenoble), in Spagna (Barcellona, Madrid), in Germania (Freiburg) e in Grecia (Atene). L'approccio è stato riconosciuto anche dalla Commissione Europea, che nel *Rapporto URBACT III – Civic eState* (2019) ha incluso il modello italiano tra le buone pratiche di governance urbana partecipata[735]. A livello teorico possiamo affermare come queste esperienze rappresentino una forma emergente di costituzionalismo cooperativo in cui il diritto si configura come ambiente abilitante

[733] Comune di Bologna, *Regolamento Beni Comuni*, art. 2, 2014

[734] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012

[735] Commissione Europea, *URBACT III – Civic eState Report*, 2019

della fiducia mutuale. Il principio di co-responsabilità tra istituzioni e cittadini assume valore normativo, producendo effetti giuridici stabili che generano forme nuove di soggettivazione collettiva, fondate sulla reciprocità e sulla partecipazione. Sono autori come Christian Iaione[736], Elinor Ostrom[737] e Ugo Mattei[738] a mostrarci come tali dispositivi ricostruiscano la fiducia nelle istituzioni locali e contribuiscano alla riattivazione democratica delle comunità ed alla redistribuzione del potere normativo in una direzione post-neoliberale. Ecco allora che ci troviamo d'innanzi ad una fattispecie in cui il diritto smette di operare come filtro selettivo dell'efficienza economica e si riappropria della sua funzione generativa, ovvero quella di produrre legami e non vantaggi competitivi. È in questa capacità di generare spazi giuridici condivisi, di orientare le pratiche verso fini collettivi e non privatistici che si intravede una possibile strutturazione giuridica della fiducia solidale. La fiducia nel mercato come garanzia di ordine lascia così spazio alla fiducia nella relazione come fondamento della giustizia.

[736] C. Iaione, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 1/2013

[737] E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990

[738] U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011

3. Comunità energetiche come grammatica giuridica della fiducia cooperativa

Un esempio europeo in cui la fiducia collettiva non è mediata (solo) dal mercato è offerto dalla disciplina delle comunità energetiche introdotta dal "pacchetto energia pulita". Due pilastri normativi lo rendono chiaro:

(a) Le "renewable energy communities" (REC) nella direttiva RED II. La Direttiva (UE) 2018/2001 (*RED II*) definisce la comunità di energia rinnovabile come un soggetto giuridico fondato su partecipazione aperta, controllato da membri o azionisti situati in prossimità degli impianti, il cui scopo primario è generare benefici ambientali, economici o sociali a livello comunitario, più che profitti finanziari (art. 2 e art. 22)[739]. L'art. 22 impone agli Stati membri di predisporre un quadro abilitante che consenta alle REC di accedere ai mercati, condividere energia e partecipare a schemi di sostegno, rimuovendo ostacoli sproporzionati e garantendo un trattamento non discriminatorio nell'accesso alla rete. Questa architettura segnala uno spostamento di finalità in cui l'affidabilità del sistema è affidata alla capacità cooperativa di cittadini ed enti locali sancita per legge.

(b) Le "citizen energy communities" (CEC) nella direttiva elettricità. La Direttiva (UE) 2019/944 sul mercato interno dell'energia elettrica introduce la *citizen energy*

[739] Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2018, relativa alla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, in *GUUE* L 328 del 21 dicembre 2018

community come figura complementare. L'art. 16 impone agli Stati membri di assicurare che le CEC possano generare, consumare, accumulare, condividere e vendere energia e fornire servizi (inclusi risposta alla domanda e ricarica dei veicoli elettrici), prevedendo condizioni proporzionate e non discriminatorie[740]. Anche qui la logica è abilitante in quanto permette a un *prosumer* collettivo con diritti positivi di agire nella rete e nel mercato.

Queste due direttive disegnano una logica giuridica in cui la legittimità dipende dalla finalità mutualistica piuttosto che dall'adesione a un normale profilo concorrenziale d'impresa. La fiducia qui è prodotta giuridicamente lungo tre assi quali quello di una *finalità primaria non finanziaria* in cui la legge richiede che il fine primo sia il beneficio ambientale/sociale della comunità locale. Ne deriva uno standard teleologico che vincola la soggettività giuridica alla lontananza dalla canonica declinazione dell'impresa. Questo criterio sposta il baricentro della fiducia dall'affidabilità del profitto all'affidabilità dello scopo comunitario, codificato in atti costitutivi e statuti[741]. Il secondo asse è poi quello che consta di *diritti positivi alla partecipazione e alla condivisione***.** L'impianto normativo di *RED II* e della direttiva 2019/944 costituzionalizza (nel senso materiale) diritti operativi quali accesso alla rete, condivisione locale dell'energia, partecipazione ai mercati e agli

[740] Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, in *GUUE* L 158 del 14 giugno 2019

[741] Direttiva (UE) 2018/2001, art. 2 e 22

schemi di sostegno. La fiducia deriva dal fatto che il campo d'azione è reso prevedibile *ex lege* e non discrezionale[742]. Infine l'ultimo asse fondativo è quello di un *quadro finanziario coerente*. Il *Recovery and Resilience Facility*[743] e il *Just Transition Fund*[744] ammettono investimenti in energie rinnovabili diffuse e modelli partecipativi nei piani nazionali e territoriali, offrendo strumenti per ridurre il costo del capitale e accelerare la bancabilità dei progetti comunitari.

Le comunità energetiche strutturano una soggettività economica plurale dove cittadini, enti locali o cooperative co-determinano produzione e uso dell'energia. Non si tratta di responsabilizzare il consumatore in chiave individualista, è invece questione di istituzionalizzare cooperative di scopo dotate di diritti pubblicistici, da qui una fiducia diversa da quella tipica del paradigma concorrenziale, ovvero una fiducia nel comune resa verificabile da definizioni legali e diritti operativi tutelabili.

Questo disegno però non è privo di rischi, infatti senza attuazioni nazionali coerenti le clausole su "prossimità" e "controllo effettivo" possono essere aggirate da operatori dominanti; oneri di rete e regole di misurazione possono erodere la convenienza della

[742] Direttiva (UE) 2018/2001, art. 22; Direttiva (UE) 2019/944, art. 16

[743] Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in *GUUE* L 57 del 18 febbraio 2021

[744] Regolamento (UE) 2021/1056 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta, in *GUUE* L 231 del 30 giugno 2021

condivisione; e l'accesso al credito resta poi ovviamente critico in territori a bassa capacità amministrativa. Ma il punto teorico è che qui la fiducia è prodotta dalla legge come abilitazione di pratiche cooperative con uno scopo definito *ex ante* e un set di diritti azionabili, rinnegando così dell'efficienza di mercato come presupposto.

Se nel secondo capitolo ho tentato di mostrare come molte norme europee instillino fiducia nel mercato costruendo prevedibilità competitiva, le comunità energetiche mostrano la possibilità di una fiducia istituzionale alternativa fondata su una finalità sociale. È un lessico giuridico subordina (senza eliminarla) la concorrenza a un vincolo di scopo comunitario e ambientale, ridefinendo *chi* può agire, *perché* e *come* nell'economia energetica. Di seguito il mio intento sarà quello di mostrare come strumenti orizzontali[745] consentano di consolidare questa dinamica, assegnando punteggi sociali e clausole che privilegiano finalità cooperative lungo le catene di fornitura, spostando ulteriormente la fiducia dagli esiti di mercato alle forme di organizzazione del valore.

5. Cooperative sociali e clausole di inserzione lavorativa per una grammatica giuridica di inclusione e reciprocità

Nel quadro di una riflessione su logiche giuridiche capaci di orientare la fiducia verso fini non strettamente mercatisti l'esperienza delle cooperative sociali di inserimento

[745] es. appalti pubblici sostenibili (Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014)

lavorativo (tipo B) si offre come caso studio. Tali soggetti giuridici normati in Italia dalla Legge n. 381/1991[746] costituiscono un modello in cui la forma impresa è subordinata alla produzione di inclusione sociale. L'oggetto stesso dell'attività economica, ovvero l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (art. 1, comma 1, lett. b), vincola l'identità giuridica dell'organizzazione a finalità mutualistiche e redistributive. Così le cooperative di tipo B si pongono ontologicamente in tensione rispetto *all'homo economicus* neoliberale nel momento in cui esse incorporano una logica di reciprocità solidale fondata sulla produzione di valore d'uso e di cittadinanza piuttosto che su quello di scambio. Tale modello ha trovato una consacrazione giuridica europea nella Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici[747], che in più punti consente agli Stati membri di riservare quote di gara a soggetti che perseguano finalità sociali. L'art. 20 della direttiva infatti prevede che gli Stati membri possano riservare la partecipazione a procedure d'appalto a laboratori protetti, operatori economici il cui obiettivo principale sia l'integrazione sociale e professionale di persone svantaggiate, o riservare l'esecuzione dei contratti a programmi di lavoro protetti. Tali soggetti devono impiegare almeno il 30% di

[746] Legge 8 novembre 1991, n. 381, *Disciplina delle cooperative sociali*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 283 del 3 dicembre 1991

[747] Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 26 febbraio 2014, *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014

lavoratori svantaggiati, come da definizione contenuta nella direttiva 2000/78/CE[748]. In Italia, questa possibilità è stata recepita dapprima all'art. 112 del Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)[749], e ora all'art. 61 del nuovo Codice (d.lgs. 36/2023)[750], il quale prevede che "le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipare alle procedure di appalto a operatori economici e a cooperative sociali il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale di persone svantaggiate".

6. Le clausole sociali negli appalti pubblici

Un ulteriore strumento complementare è rappresentato dalle clausole sociali di inserimento lavorativo, le quali prevedono come condizione di partecipazione o di esecuzione dell'appalto, l'inserimento occupazionale di lavoratori in condizioni di svantaggio (disoccupati di lunga durata, persone con disabilità, richiedenti asilo, etc.). Queste clausole, regolate dal Piano Nazionale degli Appalti Verdi (GPP) e legittimate sia dalla normativa nazionale (art. 50 d.lgs. 50/2016, ora art. 57 d.lgs. 36/2023)[751] che dalle

[748] Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, 27 novembre 2000, *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, in *GUUE* L 303 del 2 dicembre 2000, art. 2, par. 1

[749] Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2016

[750] Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 77 del 31 marzo 2023

[751] Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2016; Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta Ufficiale* n. 77 del 31 marzo 2023

Linee Guida ANAC n. 13[752] rappresentano uno degli strumenti più efficaci per ri-orientare l'azione pubblica verso finalità sociali che non siano solo economiche. Inoltre l'uso delle clausole sociali è stato raccomandato dalla Commissione europea in numerosi documenti di policy come *Buying Social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*[753], ovvero un manuale che incoraggia l'uso di clausole sociali come strumento per favorire l'occupazione inclusiva, il commercio equo, le condizioni di lavoro dignitose e l'integrazione di soggetti vulnerabili. Altresì è bene in tal contesto ricordare *Social Economy Action Plan* (COM(2021) 778 final)[754], un documento strategico che riconosce l'economia sociale (incluse le cooperative) come leva fondamentale per la transizione giusta e l'inclusione sociale, invitando gli Stati a valorizzare le clausole sociali nei bandi di gara.

7. Il diritto come infrastruttura dell'inclusione

Ciò che rileva ai fini della presente indagine è che in questo caso la norma giuridica europea consente, ed in alcuni casi promuove attivamente, l'emersione di pratiche economiche alternative fondate su altri principi di fiducia diversa da quella nel mercato,

---

[752] (Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee Guida n. 13 recanti la disciplina delle clausole sociali del Codice dei contratti pubblici*, approvate con Delibera n. 114 del 13 febbraio 2019

[753] Commissione Europea, *Buying Social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, 2ª edizione, Ufficio delle Pubblicazioni dell'Unione Europea, Lussemburgo, 2021

[754] Commissione Europea, *Social Economy Action Plan*, COM(2021) 778 final, Bruxelles, 9 dicembre 2021

ovvero la fiducia nella cooperazione e nella solidarietà, traducibile nella presa in carico del vulnerabile. Si potrebbe forse parlare in termini foucaultiani di una biopolitica della co-produzione in cui la norma abilita forme di soggettivazione cooperativa e mutualistica, valorizzando soggetti che riorientano il senso stesso della economicità verso forme di economia del valore d'uso[755]. A tal proposito Jean-Louis Laville parla di economia sociale che si va a configurare come "spazio ibrido, né pubblico né privato, ma relazionale, capace di resistere alla riduzione funzionalista dell'agire a meri comportamenti competitivi"[756].

Questo modello normativo testimonia che una logica giuridica altra è possibile, e che tale grammatica può essere interna al diritto europeo, seppur minoritaria e contro-egemonica, ma quantomeno in definitiva non utopica considerando il suo trovare ancoraggi testuali nelle direttive[757] come nelle politiche di economia sociale[758], nella giurisprudenza e nei codici degli appalti[759].

Per sistematizzare teoricamente questa tensione è necessario interrogarsi sulla possibilità di un'architettura giuridica che non presupponga come assioma la razionalità economica

---

[755] M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2012

[756] J.-L. Laville, *L'economia sociale e solidale. Una prospettiva internazionale*, Bollati, 1998

[757] Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, 26 febbraio 2014, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 94/65, 28 marzo 2014

[758] Commissione Europea, *Social Economy Action Plan*, COM(2021) 778 final, Bruxelles, 9 dicembre 2021

[759] Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. 50/2016; ora d.lgs. 36/2023

ma che fondi la propria coerenza interna su altri principi normativi. L'idea che il diritto sia una forma simbolica in grado di produrre mondi sociali è centrale nel pensiero del già trattato Supiot, secondo cui "la legge non è fatta per adattarsi alla concorrenza, ma per darle dei limiti"[760]. La progressiva subordinazione del diritto al mercato ha prodotto una deformazione della sua vocazione originaria che da garante di giustizia e coesione lo ha traslato nel ruolo di garante della competitività. Contro questa deriva Supiot rivendica la necessità di "riplasmare il diritto a partire dal principio di solidarietà", considerato come fondamento antropologico e non solo politico[761]. In sintonia con questa prospettiva i sempre preziosi Dardot e Laval propongono una teoria politica del comune come principio organizzatore alternativo tanto allo Stato quanto al mercato. Nel loro lavoro (*Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*)[762], i due autori individuano nella pratica dell'autogoverno e nella produzione collettiva di norme condivise il cuore di un'istituzionalità alternativa. Il comune è dunque anche una categoria giuridica che presuppone e istituisce una soggettività cooperante non riducibile né al cittadino-statuale né al consumatore-mercatista. Parallelamente autori come Dani Rodrik hanno denunciato il *trade-off* tra iperglobalizzazione e sovranità democratica, sottolineando come

[760] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, Paris, 2015, p. 65

[761] A. Supiot, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, Paris, 2005, p. 121

[762] P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, Paris, 2014, pp. 37-42

un'eccessiva apertura dei mercati non accompagnata da adeguate istituzioni regolative finisca per corrodere la capacità degli Stati di garantire coesione sociale. L'errore fondamentale secondo Rodrik è stato considerare la fiducia come sottoprodotto automatico dell'efficienza allocativa, trascurando il ruolo delle norme pubbliche nella costruzione delle aspettative condivise[763].

Nel campo delle politiche pubbliche Ferrera ha poi insistito sulla funzione del welfare, come istituzione generatrice di fiducia sistemica e relazionale[764] (oltre che come strumento redistributivo). Il welfare infatti, se interpretato come infrastruttura di cittadinanza che rigetti l'idea che questo rappresenti solo un costo, può costituire il perno di un'architettura giuridica in cui la protezione sociale diviene diritto costituente capace di costruire reti di reciprocità. Una tale trasformazione del diritto richiede però anche un mutamento nel lessico giuridico che si reifichi nell'abbandono della primazia del privato al fine di abbracciare un'etica della corresponsabilità che veda la cooperazione come valore politico e non come accidente morale.

Le dinamiche giuridiche alternative qui citate, dalla sussidiarietà orizzontale dei beni comuni, alle cooperative sociali, fino alle istituzioni del welfare mutualistico,

---

[763] D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, W. W. Norton & Company, New York, 2011, pp. 16-22

[764] M. Ferrera, *Il welfare state in Italia. Sviluppo e crisi in prospettiva comparata*, Il Mulino, Bologna, 1984, pp. 23-30

decostruiscono l'impianto neoliberale dell'Unione Europea dall'interno valorizzando le possibilità già presenti nel suo tessuto normativo. Come scrive ancora una volta Supiot, "è tempo di costruire un'Europa dei beni comuni, e non più solo dei mercati"[765], ed il primo passo è sempre la riformulazione della lingua del diritto.

Tutto ciò rappresenta una logica articolabile in concreto attorno a tre principi operativi quali un'*universalizzazione dell'affidabilità istituzionale* in cui la fiducia nella giustizia non si costruisce attraverso premi meritocratici o incentivi competitivi bensì tramite l'equità dell'accesso alle procedure e la trasparenza delle responsabilità pubbliche. Il riferimento qui è alla teoria della *capability justice* di Amartya Sen, secondo cui la giustizia si misura nella capacità effettiva delle persone di accedere ai beni e alle opportunità rilevanti per la loro vita[766]. Il secondo pilastro è poi ovviamente quello *dell'istituzionalizzazione della reciprocità* che nasce nel momento il diritto genera fiducia riconoscendo e proteggendo forme di cooperazione che eccedono la logica dello scambio utilitaristico. Questo implica che le norme debbano garantire libertà astratte certo, ma rendere anche possibile la solidarietà concreta in ambiti quali ad esempio il lavoro o l'abitazione[767]. L'altra direttrice teorica su cui costruire un ordine giuridico alternativo è quella dell'*interdipendenza istituzionale*. Se il neoliberismo ha promosso una visione

[765] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015, p. 326

[766] A. Sen, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2009

[767] A. Honneth, *The Idea of Socialism*, Polity Press, Cambridge, 2016

atomistica del soggetto in cui *l'homo economicus* è agente razionale e isolato, la teoria dell'interdipendenza riconosce che ogni essere umano è ontologicamente inserito in una rete di relazioni per cui la vita sociale è possibile solo se si riconosce l'altro come condizione della propria esistenza[768]. In ambito giuridico questo si traduce in una ontologia relazionale della norma per cui la legge è vista come mediazione tra bisogni interdipendenti. Una tale prospettiva è già parzialmente presente in alcune esperienze legislative recenti come il Regolamento europeo sul mercato interno dell'energia elettrica che riconosce esplicitamente il valore della cooperazione locale nella gestione di beni comuni[769], ma si tratta ancora di eccezioni marginali rispetto all'architettura dominante dei Trattati. Da questa teoria discende una proposta normativa più ampia, ovvero quella di un diritto che istituzionalizzi l'interdipendenza come principio giuridico fondamentale da rendere operante in tutte le fasi della produzione normativa. In ciò, si potrebbe valorizzare la categoria della co-produzione normativa[770], cioè la possibilità che i destinatari della legge partecipino attivamente alla sua definizione.

---

[768] J. Butler, *The Force of Nonviolence. An Ethico-Political Bind*, Verso, London-New York, 2020

[769] Direttiva (UE) 2019/944, Parlamento Europeo e Consiglio, 5 giugno 2019

[770] E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990

8. *Una proposta di cambiamento*

L'architettura normativa dell'Unione Europea ha prodotto come analizzato nei capitoli precedenti un regime giuridico fortemente orientato alla produzione di fiducia nel mercato attraverso la codificazione della concorrenza. Se come abbiamo sostenuto ogni dispositivo giuridico è anche un dispositivo performativo, allora diviene cruciale immaginare strumenti normativi capaci di istituire una fiducia alternativa che abbia come cuore la solidarietà e l'equità intergenerazionale. In quanto segue proverò a cimentarmi nel proporre concretamente delle soluzioni ispirate a esperienze esistenti ma estese in senso trasformativo.

8.1 Clausole sociali obbligatorie nei Trattati europei

Un primo dispositivo necessario è la riforma dei Trattati dell'Unione (in particolare, del TFUE e del TUE) per includere clausole sociali vincolanti e non meramente programmatiche. Sebbene l'art. 9 TFUE stabilisca che "nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con un livello elevato di occupazione, di protezione sociale, […] e di lotta contro l'esclusione sociale", tale formulazione ha carattere ancillare e non genera obblighi normativi forti. In una logica della fiducia nella giustizia, la clausola sociale dovrebbe assumere valore precettivo e giustiziabile, secondo una dinamica simile al principio di non regressione dei diritti sociali

proposto dalla Corte costituzionale portoghese nella sentenza n. 187/2013[771]. Questa modifica strutturale avrebbe effetti performativi potenti perché andrebbe ad orientare *ex ante* la produzione normativa costringendo le istituzioni europee a valutare l'impatto redistributivo delle loro politiche, trasformando la compatibilità economica da vincolo prioritario a criterio subordinato rispetto alla giustizia sociale.

8.2 Meccanismi di condizionalità sociale e ambientale inversa

Nel contesto del Next Generation EU e dei meccanismi di finanziamento europei si è assistito alla proliferazione di condizionalità economiche e strutturali imposte agli Stati membri, in particolare con riferimento alla sostenibilità dei conti pubblici e alla competitività. Un'alternativa coerente con la dinamica della fiducia nella giustizia consisterebbe nell'inversione del paradigma condizionale in cui le condizionalità divengono solidali ed imposte in nome della giustizia redistributiva ambientale che tiene conto anche delle generazioni future liberandosi così dal giogo di un'imposizione basata sulla mera efficienza. Un esempio in questa direzione è il Regolamento (UE) 2020/852 relativo alla tassonomia verde per attività economiche sostenibili[772], il quale istituisce criteri per l'accesso a finanziamenti europei. Tuttavia tale approccio resta limitato al campo ambientale e subordinato alla logica dell'attrattività degli investimenti. La

[771] Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão n.º 187/2013, 5 aprile 2013

[772] Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio, 18 giugno 2020

soluzione potrebbe essere quella di andare ad estendere tale modello a tutte le politiche pubbliche così che ogni finanziamento europeo verrebbe ad essere subordinato al rispetto di criteri redistributivi e di obiettivi di coesione sociale, secondo parametri controllati da organi indipendenti.

8.3 Statuti giuridici dei beni comuni a livello europeo

Un terzo strumento riguarda la positivizzazione giuridica dei beni comuni come categoria autonoma del diritto europeo distinta sia dalla proprietà pubblica sia da quella privata. In Italia, come abbiamo visto, esperienze come il Regolamento per l'Amministrazione Condivisa dei Beni Comuni di Bologna (2014), hanno introdotto il concetto di cura condivisa dei beni comuni[773], tuttavia, tali esperienze restano marginali nel contesto europeo e prive di riconoscimento giuridico sovranazionale. Si propone qui l'introduzione di uno Statuto europeo dei beni comuni che possa servire da base per regolare l'uso collettivo e sostenibile di risorse come l'acqua, l'energia, i dati, lo spazio urbano, e abile nel garantire la partecipazione attiva dei cittadini alla gestione e forme di tutela giuridica autonoma contro privatizzazioni o esternalizzazioni che ne minaccino la funzione sociale[774].

---

[773] G. Arena – C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni. Teoria e prassi dell'amministrazione condivisa*, Carocci, Roma, 2016

[774] U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; P. Dardot – C. Laval, *Communs. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, Paris, 2014

8.4 Istituzioni partecipative multilivello

Un quarto pensiero riguarda l'istituzionalizzazione della democrazia partecipativa a livello europeo. Attualmente i meccanismi di consultazione (es. la Consultazione pubblica della Commissione, l'Iniziativa dei cittadini europei) risultano debole espressione della sovranità popolare aventi una scarsa capacità vincolante. Un'architettura della fiducia nella giustizia deve includere dispositivi deliberativi multilivello che superino la mera consultazione e istituzionalizzino la co-produzione normativa. Oggetto di possibile valutazione parrebbe poter essere allora la creazione di Assemblee sociali europee tematiche composte da rappresentanti delle comunità locali, dei sindacati, delle ONG e di esperti indipendenti titolari del potere di valutare l'impatto sociale delle norme europee e proporre modifiche vincolanti. Si tratterebbe di una riforma di ingegneria costituzionale democratica ispirata alle esperienze delle Citizens' Assemblies in Irlanda[775] che già hanno dimostrato la loro efficacia nella produzione di fiducia istituzionale nei contesti post-crisi.

8.5 Tribunale europeo dei diritti sociali

Infine sono a proporre l'istituzione di un Tribunale europeo dei diritti sociali dotato di competenza autonoma e vincolante per le controversie riguardanti violazioni sistemiche dei diritti economici, nonché sociali e culturali. La creazione di un organo ad hoc, ispirato

[775] OECD, *Catching the Deliberative Wave. Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions*, OECD Publishing, Paris, 2020

al modello del Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa[776] ma dotato di effettiva autorità vincolante rappresenterebbe una svolta dirompente nella ricostruzione della fiducia nei confronti del progetto europeo.

8.6 ***Una Direttiva sulla democrazia climatica locale***

Si propone di istituzionalizzare a livello europeo una forma di democrazia climatica locale tramite l'adozione di una Direttiva UE sui bilanci partecipativi per il clima che imponga agli enti locali e regionali l'obbligo di destinare una quota dei fondi europei, in particolare del Fondo Sociale per il Clima (*Reg. (UE) 2023/955*) e del Fondo di Coesione (*Reg. (UE) 2021/1058*), a progetti deliberati collettivamente. La Direttiva dovrebbe andare a contenere diktat quali obblighi minimi di allocazione partecipativa (es. 10–15% dei fondi ambientali ricevuti); dispositivi di monitoraggio e valutazione democratica dei risultati, attraverso comitati civici misti; o poteri di veto vincolanti ai cittadini su grandi opere ad alto impatto ambientale nei loro territori, sul modello del principio di *Free, Prior and Informed Consent* già previsto nella Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni[777].

[776] Comitato europeo dei diritti sociali, Carta Sociale Europea riveduta, Strasburgo, 1996

[777] *UNDRIP*, 2007, art. 19

9. Oltre il diritto della concorrenza

Nel corso di questo capitolo si è tentato di rispondere a una domanda radicale, e al tempo stesso necessaria emersa al termine del secondo capitolo: è possibile immaginare una logica giuridica che instilli fiducia non nel mercato ma nella cooperazione? La risposta, pur necessariamente parziale, è stata articolata attraverso un doppio movimento ovvero *in primis* la critica del paradigma neoliberale che struttura l'attuale produzione normativa europea; ed *in secundis* l'elaborazione di una proposta teorica e pratica, fondata sull'idea di un diritto generativo, capace di sostenere relazioni e generare la *forma mentis* delle responsabilità nei consociati. Il diritto in questa prospettiva abbandona lo status di infrastruttura di efficientamento del mercato e si fa dispositivo di costruzione sociale capace di dar forma alle relazioni collettive e ai mondi condivisi[778]. Si è mostrato come sia possibile ricostruire un lessico normativo alternativo fondato su solidarietà e mutualismo, e come tale lessico possa farsi norma senza cadere nella vaghezza programmatica, o peggio, nella retorica. Gli esempi esaminati[779] hanno mostrato nella loro pluralità che una trasformazione, oltre che teoricamente concepibile, pare essere già in atto seppur in forma ancora frammentaria e spesso relegata alla periferia dei sistemi

[778] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015

[779] Regolamento di Bologna sui beni comuni urbani: G. Arena – C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Carocci, Roma, 2012; Patto per la Lettura a Milano: Comune di Milano, *Regolamento del Patto di Milano per la lettura*, 2019; *Contrats Territoriaux Sociaux et Écologiques*: Région Occitanie, *Contrats territoriaux sociaux et écologiques*, 2020; Cooperativa Integral Catalana: J. Conill et al., *Economías solidarias y alternativas*, Icaria, Barcelona, 2012

giuridici dominanti. Queste esperienze tuttavia rivelano l'emergere di una giuridicità laterale capace di agire nel tempo e nello spazio della crisi, e di decostruire le rigidità della governance neoliberale prefigurando forme normative post-competitive. L'ipotesi avanzata è dunque quella di una logica giuridica post-neoliberale fondata sulla fiducia nella capacità collettiva di prendersi cura di questo pianeta inteso come *nostra* casa e dei suoi abitanti, ovvero *tutti* i consociati. Un diritto che instilli fiducia nella cooperazione piuttosto che nell'isolamento performativo dell'*homo oeconomicus*[780]. In questa ottica il diritto oltre a regolare i rapporti economici o a garantire stabilità istituzionale, si pone come campo di possibilità politica capace di generare istituzioni non mercificate. La trasformazione della logica giuridica non è dunque, mi sento di affermare, un orizzonte utopico, ma una necessità per la ricostruzione di un'Europa più giusta e più solidale, in altre parole *migliore*.

Bibliografia

Arena, G., & Iaione, C. (2015). *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazioni*. Carocci.

Balibar, É. (2010). *La proposition de l'égaliberté*. PUF.

[780] C. Laval – P. Dardot, *Communs. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, La Découverte, Paris, 2014

Crouch, C. (2004). *Post-Democracy*. Polity Press.

Donati, P. (2011) *Beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*. Bollati Boringhieri.

Dardot, P., & Laval, C. (2014). *Communs. Essai sur la révolution au XXIe siècle*. La Découverte.

Ferrera, M. (2019). *Le politiche Sociali*. Il Mulino.

Honneth, A. (2016). *The Idea of Socialism*. Polity Press.

Mattei, U. (2011). *Beni comuni. Un manifesto*. Laterza.

OECD. (2020). *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave*. OECD Publishing.

Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili.

Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (Next Generation EU).

Sen, A. (2009). *The Idea of Justice*. Harvard University Press.

Supiot, A. (2015). *La gouvernance par les nombres*. Fayard.

Trattato sull'Unione Europea (TUE), versione consolidata (2016).

Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), versione consolidata (2016).

Unione Europea. (2021). *Comunicazione della Commissione – "Fit for 55" package* (COM(2021) 550 final).