

# *Governance*

di Maria Rosaria Ferrarese

## **I. La *governance* e i suoi “misteri”**

«Della *governance* si dice che sia molte cose, compreso che sia una parola di moda, una mania, un concetto-cornice, un significante vuoto, un termine ambiguo, un feticcio, un settore, un approccio, una teoria e una prospettiva». Queste parole, che aprono l'*Oxford Handbook of Governance*<sup>1</sup>, sembrano un monito definitivo e assai efficace sulle difficoltà di fare chiarezza su questo termine, come può sembrare che si proponga questo fascicolo di “Parolechiave”. Se, tuttavia, come suggeriscono vari autori sul tema, si accetta l’idea che una certa ambiguità sia consustanziale al termine stesso, l’indagine può assumere un altro senso. Non si tratta di riempire uno spazio in un ipotetico dizionario, stabilendo un significato preciso ed esclusivo del termine; si tratta piuttosto di lasciarsi guidare proprio dalla sua in-definizione, dall’alone di ambivalenza che lo circonda, dalle polarità a cui allude, dalle dinamiche che innesca, dagli incroci spaziali e disciplinari che lo sottendono, per lasciarsi introdurre e per aggirarsi nella rete di nuovi riferimenti politici, sociali e giuridici che oggi ci circondano.

*Governance* si può considerare pertanto una sorta di *key-word* per penetrare nell’odierno mondo istituzionale plasmato dal processo di globalizzazione, e dagli interessi e dai sogni che lo hanno accompagnato. Nella biografia del termine è necessario ricordare che esso fu utilizzato inizialmente in ambito economico<sup>2</sup> e, dagli anni Ottanta, soprattutto nella locuzione *corporate governance*: questa, come ricorda il contributo di G. Rossi, stava a indicare nuovi moduli di governo societario, impostati sulla base dell’idea che le imprese altro non fossero che cosiddetti “nexus of contracts”: reticolati di accordi privati, che si lasciavano alle spalle ogni idea di responsabilità sociale. In quell’inizio era contenuto uno dei messaggi

1. H. Levi-Faur, *From “Big Government” to “Big Governance?*, Oxford *Handbook of Governance*, Oxford University Press, Oxford-New York 2012, p. 3.

2. O. E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in “Journal of Law and Economics”, 29, 1979.

più importanti che caratterizzeranno il termine: la presenza del privato, in associazione col pubblico o da solo, nella costruzione di un nuovo mondo di regole e/o delle regole del nuovo mondo.

Agli inizi del decennio successivo il termine *governance* trovò trasposizione anche nel settore delle relazioni internazionali, dove stava a indicare la caduta del modello cosiddetto “egemonico”, in cui il potere di uno Stato era chiaramente *primus inter pares*, a favore di una situazione in cui, nei termini di Keohane, prevaleva piuttosto una situazione di “cooperazione e disaccordo” tra i vari Stati<sup>3</sup>. Si annunciava qui quella crisi del modello gerarchico del potere che presto avrebbe caratterizzato, per così dire, la nuova filosofia del governo.

Le filosofie non hanno bisogno del tratto di penna dei riformatori, ma hanno spesso un’influenza non meno significativa delle vere riforme. E la nuova filosofia istituzionale ebbe un’enorme influenza nell’ispirare una ri-strutturazione delle modalità di governo, tracciando un nuovo disegno dei rapporti tra governanti e governati, e uno scenario di decisioni pubbliche aperto alla partecipazione di numerosi soggetti privati: NGOs, organizzazioni professionali, imprese, soggetti dell’economia ecc. Le credenziali con cui il progetto veniva presentato erano quelle di un governo “partecipato” e accogliente, che non aveva preclusioni predefinite, che non si rinchiudeva in “sacri” recinti, e anzi puntava a un allentamento e a una innovazione delle procedure, per favorire nuovi ingressi.

Da dove proveniva quella filosofia? Chi erano i suoi propugnatori? Certamente contarono molto le pulsioni di alcuni settori del mondo economico e finanziario, che, specie in una situazione di stagnazione economica, guardavano con ostilità ai troppi vincoli statali, e desideravano nuovi spazi di libertà di azione. Essi avevano il conforto di nuove teorie che guardavano al mercato come motore dello sviluppo economico, e di alcuni governi decisamente *market friendly*, come quelli di Thatcher e di Reagan. Ma non vanno sottovalutati i sogni di un’epoca, apertasi negli anni Settanta, che non amava né i maestri, né i censori, e che vedeva nella *governance* la realizzazione di un sogno di autogoverno della società, una sorta di sublimazione della politica. Su questo sfondo ambivalente, la *governance* si proponeva come un insieme di «configurazioni differenziate e plurali di esercizio di un potere politico non statuale, relativamente diffuso e reticolare, e prevalentemente centrato sui saperi esperti, sugli interessi organizzati, sulla terzietà regolativa»<sup>4</sup>.

3. R. O. Keohane, *After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton University Press, Princeton 1984.

4. A. Arienzo, *Governo, governamentalità, governance. Riflessioni sul neo-liberalismo contemporaneo*, in A. Vinale (a cura di), *Biopolitica e democrazia*, Mimesis, Milano 2005, p. 254.

La “ristrutturazione” avvenne, non per caso, in un momento in cui, come segnala Cassese, i grandi processi di internazionalizzazione dell’economia erano in atto e richiedevano nuove strutture organizzative e nuovi mezzi giuridici di collegamento tra gli Stati, di cui il tradizionale diritto internazionale non era dotato. Così, dopo i documenti sulla *governance* della Banca Mondiale del 1992 e del 1994, mentre lo scenario internazionale si popolava di numerose organizzazioni internazionali e cosiddette “comunità epistemiche”, l’Europa introdusse il termine nel vocabolario politico ufficiale dell’Unione, con il famoso Libro bianco sulla *governance*, rilasciato dalla Commissione europea nel 2001, che Bronzini ricorda nel suo intervento in questo fascicolo.

Oggi la *governance* non è più un fenomeno nuovo: una ormai ricchissima letteratura ha messo a fuoco questo concetto e il termine ricorre ripetutamente nella letteratura politologica e giuridica mondiale. Eppure, nonostante questa iperpresenza, e il fatto che il termine abbia ormai alle sue spalle alcuni decenni di storia, com’è stato notato, esso «ancora mantiene un’aura di mistero. Conosciamo molte sue esemplificazioni (istituzioni attori, norme, credenze), e tuttavia avvertiamo che vedere gli alberi non necessariamente ci permette di vedere la foresta»<sup>5</sup>. L’analisi del termine ci impone dunque di tenere presente questo duplice piano: quello degli alberi e quello della foresta. È ciò che si tenta di fare in questo fascicolo della rivista, misurandosi sia con alcune concrete esperienze e realizzazioni di *governance*, sia con la più generale “filosofia” che le sottende. La *governance* agisce infatti nel concreto, attuando *policies* in specifici contesti, ad esempio in una città o in una regione, o in specifici settori, come l’ambiente, la finanza, le carceri o la sanità, a loro volta riferite a una certa regione, o a una specifica struttura, o all’intero globo. Ma la *governance* si propone anche e soprattutto come una diversa teoria del governo, come un inedito disegno istituzionale, con nuovi soggetti e strumenti, che modificano significativamente lo scenario politico e giuridico cosiddetto moderno.

Come si è già accennato, nessuna analisi, che si muova sull’uno o sull’altro piano, è in grado di sciogliere del tutto il “mistero” che è consueta al termine *governance*. Appartiene in qualche modo a questa area “misteriosa” anche la sua pertinenza disciplinare. Il termine ha ricevuto le attenzioni non solo di politologi e filosofi della politica, ma anche di economisti, antropologi, geografi e giuristi: *governance*, in altri termini, è un concetto, come suggerisce Zumbansen, «essenzialmente interdisciplinare», che può «fare da ponte tra una serie di indagini e di ricerche, attraversando diversi confini disciplinari». Questa collocazione del termine, oltre

<sup>5</sup>. J. H. H. Weiler, E. Heidbreder, M. Jachtenfuchs, N. Krisch, *Prologue a Global Governance as Public Authority: Structures, Contestation, and Normative Change*, Jean Monnet Working Paper No. II/II.

a denotare chiaramente la fine di un'epoca in cui i confini disciplinari erano più o meno netti e le discipline avevano un proprio esclusivo vocabolario, esprime il disagio epistemologico di discipline ancora aggrappate alla tradizionale idea di autosufficienza. Oggi la nozione di *governance*, nata nell'ambito dell'economia e del diritto societario, sviluppatasi nel campo delle relazioni internazionali e trasmigrata nella sfera politica e giuridica, ci dice anche che i confini tra tutte queste discipline sono spesso sfumati e in via di continua ridefinizione.

## **2. Una nuova geografia del potere**

La “foresta” ci mette innanzitutto di fronte a una sorta di silente regia riformatrice delle relazioni di potere, di cui ha mutato lo stile, la sostanza e i soggetti protagonisti. Il cambiamento potrebbe essere rappresentato nei termini di una “rivoluzione soft”<sup>6</sup> che, pur modificando in profondità il contesto politico e istituzionale preesistente, non ne aggredisce apertamente le strutture portanti: ossia le istituzioni parlamentari e governative, nonché le ceremonie della democrazia elettorale, che stanno alla base della democrazia “rappresentativa”<sup>7</sup>. Tuttavia la *governance*, che corrisponde a una modalità di governo duttile e decentrata, è incompatibile sia stilisticamente, sia per contenuti, con lo Stato moderno.

Negli anni di ascesa, la *governance* era prevalentemente presentata e percepita come un nuovo “stile di governo” che, pur mantenendo degli invisibili accordi con la storia dello Stato<sup>8</sup>, appariva contrapposta al *government*<sup>9</sup>, ossia a un modello di governo verticale e normativo, “command and control”. La sottolineatura degli aspetti “stilistici” faceva risaltare la leggerezza del nuovo profilo istituzionale rispetto alla pesantezza del modello di potere statale: un modello accusato di soffocare le potenzialità dinamiche dell'economia, anche alla luce delle nuove conquiste tecnologiche. Il tratto stilistico si può ancora cogliere nelle rappresentazioni che

6. Ho sviluppato questa idea in *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una “soft revolution”*, in “Politica del diritto”, 2, 2014.

7. Sul rapporto tra *governance* e democrazia rappresentativa, mi sia concesso rinviare al mio volume *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna 2008.

8. Ad esempio Borrelli sostiene che la *governance* può essere messa in continuità con la storia di pratiche ispirate alla “ragion di Stato”, perché anch'essa è basata sull'attivazione di tecnologie atte a guadagnare consensi. Si veda G. Borrelli, *Ragion di stato, governamentalité, governance. Politiche di mondializzazione e trasformazioni del neoliberalismo*, in “Scienza & Politica”, 40, 2010.

9. J. N. Roseneau, E.-O. Czempiel, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge (MA) 1992. Si veda anche, tra l'altro, O. Treib, H. Baehr, G. Falkner, *Modes of Governance: Towards a Conceptual Clarification*, in “Journal of European Public Policy”, 14, 1, 2007.

indulgono a una percezione della *governance* in termini quasi estetici, che esaltano una sorta di bellezza dei *network*<sup>10</sup>, o che celebrano le sue potenzialità etiche, ipotizzando una sorta di intrinseca moralità delle “comunità epistemiche”, che sono uno dei suoi ingranaggi principali.

Inoltre la *governance* esplicitamente si propone di trattare i temi e problemi non in termini generali e astratti, ma con specifica aderenza a contesti, obiettivi e soggetti. Naturalmente questo cambiamento rispecchia significativamente anche un quadro di crescente complessità delle società attuali, che si reggono su una rete di interessi molto diversificati e di posizioni lavorative estremamente articolate. Anche la crescente sensibilità di tipo individualistico diffusa nelle società occidentali tende a rendere fragile il nesso con entità collettive come quella di “popolo”, che nello scenario democratico tradizionale tendeva a scindersi solo lungo la linea maggioranza/minoranze.

Tuttavia, i cambiamenti di stile si accompagnarono inevitabilmente a profonde implicazioni in termini di geografia dei poteri. I processi di *governance* alimentano un trend di de-gerarchizzazione dei poteri: le gerarchie “ufficiali” vengono spesso scavalcate e talora sostituite da gerarchie “fattuali”, che restano in balia dei processi evolutivi. Inoltre, la taglia unitaria e massiccia dello Stato appare inconciliabile con il pluralismo delle società attuali. I soggetti privati conquistano nuovi diritti di partecipazione alle decisioni pubbliche, a livello nazionale e internazionale<sup>11</sup> ed emerge l’incompatibilità con l’idea weberiana dello Stato come impresa politica “monopolistica”. Proprio contro questa idea “monopolistica”, si apre una nuova epoca di “incompiutezza del potere”, simile a quella medievale studiata da Paolo Grossi<sup>12</sup>.

Come opera concretamente la *governance*? Come si è detto, essa non configura esplicite sottrazioni di competenze allo Stato, di cui anzi arricchisce gli strumenti operativi e le modalità di raccordo, sia con altri Stati, sia con la società civile. Opera piuttosto con una logica di accostamento e di frazionamento. Marramao ha osservato che il globale non succede diacronicamente al luogo della modernità, ma semmai lo abita dislocandolo<sup>13</sup>. La stessa dinamica si può vedere all’opera nel rapporto tra *governance* e

10. Rinvio in proposito a M. R. Ferrarese, *Will Networks Save Us? Governance and Democracy in Marc Bevir’s Analysis*, in “Teoria politica”, 2014.

11. Si veda S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in “Rivista Trimestrale di diritto pubblico”, 2007.

12. P. Grossi (*Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 17) ricorda che l’incompiutezza del potere genera «il proliferare di società intermedie».

13. G. Marramao, *La passione del presente. Breve lessico della modernità-mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 2008, p. 28. Su questo tema cfr. anche Id., *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003.

*government*. Tutti e tre gli elementi costitutivi dello Stato moderno, ossia sovranità, popolo e territorio, vengono rielaborati e profondamente ridimensionati dai processi di *governance*. Così, mentre il potere si frantuma e diventa meno appariscente, la sua “scala” di riferimento non è più solo quella statale. Vediamo brevemente come funziona questo processo di frantumazione e di decentramento.

Il primo oggetto da frantumare è la sovranità teorizzata come espressione di un potere unitario, sommo e indipendente da ogni altro potere. Rispetto a questa concezione così estrema del potere sovrano, che poteva essere esercitato fino al test dello “stato di eccezione”, la *governance* tende a costituire uno scenario di poteri policentrici, in cui si moltiplicano i soggetti e i contesti decisionali. Se l'avvento dello Stato nazionale aveva siglato il compimento di una concezione unitaria e “pubblica” del potere, la *governance* agisce in uno spettro largo di opzioni di governo, con un coinvolgimento a geometria variabile di istituzioni pubbliche e private, che possono mescolarsi variamente. Accostando le proprie modalità a quelle tradizionali, la *governance* conduce a un percorso di desovranizzazione, attraverso un progressivo svuotamento di consolidate prerogative e di tradizionali spazi operativi del *government*. La “sovranità” degli Stati viene rimessa in gioco soprattutto nella sua capacità di sanzionare il discriminio tra ciò che è “ufficiale” e ciò che non lo è, e specialmente tra ciò che è diritto e ciò che non lo è<sup>14</sup>. La capacità di istituire un terzo livello fatto di informalità giuridica e di sancire nuove linee di confine pubblico/privato è uno degli snodi cruciali per l'affermazione della *governance*. In tal senso, essa costituisce una sorta di zona “grigia” del potere, discreta e lontana dalla pubblica visibilità, una sorta di «teatro senza pubblicità»<sup>15</sup>.

Altrettanto importante dei percorsi di desovranizzazione è il processo di frazionamento di “popolo” e “territorio”, due entità costitutive della statualità, che vengono riformulate in funzione di diversi obiettivi e di specifici processi decisionali. Per quanto attiene al territorio, siamo di fronte a rinnovate forme di quegli “assemblaggi”, come li chiama S. Sassen, che già il Medioevo aveva conosciuto<sup>16</sup>. Naturalmente anche dopo la formazione degli Stati il territorio statale era oggetto di trattamento differenziato, come dimostra

<sup>14</sup>. Sullo Stato come custode e depositario del regno dell'ufficialità, si veda P. Bourdieu, *Sullo Stato. Corso al Collège de France (volume I) 1969-1990*, Feltrinelli, Milano 2013. La *lex mercatoria* è il frutto più vistoso della ridefinizione delle competenze statali.

<sup>15</sup>. Sulle implicazioni in termini democratici di questa assenza di pubblicità, rimando a Ferrarese, *Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una “soft revolution”*, cit.

<sup>16</sup>. S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti: assemblaggi dal Medio Evo all'età globale*, Bruno Mondadori, Milano 2008.

l'esempio classico delle città<sup>17</sup>, che trova trattazione anche in questo numero; ma l'odierna *governance* rispecchia quella totale re-invenzione degli spazi istituzionali che è stata prodotta dalla globalizzazione, e che ha condotto a varie forme di "dislocazione giuridica"<sup>18</sup>. Gli scenari istituzionali assumono taglie territoriali estremamente diversificate, che vanno dal micro al macro, senza necessariamente limitarsi al territorio nazionale. Una espressione esemplare di taglia variabile della *governance* è il cosiddetto G7, diventato poi G8, ed espanso ai nostri giorni fino al "formato" G20<sup>19</sup>. Dunque la "frantumazione" implica forme variabili di ricomposizione del territorio, e non necessariamente produce formazioni di taglia inferiore a quella statale.

Il popolo è la terza entità che i processi di *governance* contribuiscono a frantumare. Se lo Stato aveva «un *demos* unitario, titolare di un potere autonomo e compatto»<sup>20</sup>, la *governance* non parla più il linguaggio dei grandi numeri, e la taglia, più o meno grande, dei suoi consensi decisionali viene determinata o scelta in funzione dei casi specifici a cui deve dare risposta. Il "popolo" tende pertanto a perdere la sua dimensione unitaria, e si rifrange in frazioni, pezzi e frammenti, poco riconducibili alla tradizionale dicotomia maggioranza-minoranza della democrazia rappresentativa. Quella dicotomia appare troppo impegnativa per gran parte dei processi decisionali; la *governance* dunque inaugura, in un certo senso, un governo di "minoranze" di vario tipo e qualità: minoranze "sociologiche" e "culturali", piuttosto che "politiche", rappresentative di particolari interessi, che non necessariamente sono solo interni allo Stato<sup>21</sup>. Così, anche il lobbismo viene in qualche modo sdoganato in nome della rappresentanza degli interessi, secondo una tendenza tipica della democrazia americana, che è stata sempre piuttosto allergica al mandato rappresentativo generale, sospetto di essere un potenziale produttore di "tirannia della maggioranza".

### 3. Torsioni economiche

Il frazionamento degli elementi tipici dello Stato è coerente con la diversità di "stile" nell'esercizio del potere attribuita alla *governance*: gli scenari

17. M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, Gallimard-Seuil, Paris 2004, pp. 14 e ss.

18. Si veda M. R. Ferrarese, *Diritto globale e "dislocazioni" giuridiche. A partire da un volume di S. Cassese*, in "Politica del diritto", 3, 2011.

19. Per una efficace analisi del "formato" G8, si veda M. Conticelli, *I vertici del G8. Governi e amministrazioni nell'ordine globale*, Giuffrè, Milano 2006.

20. P. Costa, *Democrazia costituzionale e Stato costituzionale*, Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa", Napoli 2006, p. 59.

21. Sul rapporto tra *governance* e logiche di minoranze rimando a Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit., pp. 103 e ss

decisionali riadattati a diversi riferimenti di “territorio” e a diverse frazioni di “popolo” sembrano confacenti a una più accentuata componente partecipativa di cittadini e di altre soggettività, nonché a una decisionalità che si muove nell’ambito della *policy* e non della *politics*.

Tuttavia, come si è già detto, il cambiamento non è solo stilistico, ma è anche di contenuto. Il “contenuto” che viene revisionato è proprio la componente politica dello Stato, in presenza di una torsione prevalentemente economica dei processi di *governance*. Come Bevir ha notato opportunamente, la *governance* mette in questione i fondamenti della tradizionale politica economica degli Stati, basati sulla consolidata *expertise* di «burocrazia, keynesismo e welfare sociale», in nome di un’*expertise* alternativa, che è stata apprestata da «monetarismo e teoria della *rational choice*»<sup>22</sup>. In altri termini, le questioni della legalità, dell’occupazione e dell’uguaglianza, che avevano campeggiato nell’orizzonte della politica moderna, durante il cosiddetto capitalismo sociale, hanno ceduto di fronte ad altre priorità, che sono squisitamente economiche e addirittura monetarie. Quella triade gloriosa di obiettivi politici, che aveva un diretto rapporto con la vita delle persone, ha ceduto il passo ad altri obiettivi, come la lotta all’inflazione, che è la priorità dei monetaristi e delle Banche centrali, e la centralità del mercato, che è stata promossa dall’economia globalizzata.

Più in generale, dietro questi cambiamenti di obiettivi si può cogliere l’assunzione da parte dello Stato di funzioni con un timbro economico, piuttosto che politico. Le tendenze neoliberiste non si sono limitate a sottrarre sempre più gli strumenti di politica economica alla responsabilità politica degli Stati: hanno reso gli stati funzionali ai processi di *governance*, trasformandoli in «sito agibile per l’implementazione giuridica necessaria all’apertura dei mercati, alla territorializzazione del lavoro e all’attrazione di finanziamenti e capitali»<sup>23</sup>. Altrettanto, via via che si sono estesi i processi di internazionalizzazione delle politiche economiche, gli Stati hanno assunto il volto di soggetti “contranenti”, che negoziano scambi e concordano obiettivi comuni con altri Stati<sup>24</sup>. Siamo di fronte al fenomeno che Foucault avvertì con anticipo e che chiamò di «governamentalizzazione dello Stato»<sup>25</sup>. Il contributo di Bazzicalupo è illuminante sui vari accordi tra *governance* e governamentalità, lungo una storia che ha riformato gli scenari istituzionali e giuridici in termini meno imperativi, puntando su

22. M. Bevir, *Democratic Governance*, Princeton University Press, Princeton 2010, p. 27.

23. S. Chignola, *In the Shadow of the State. Governamentalità, governance, governo*, in G. Fiaschi (a cura di), *Governance: oltre lo Stato?*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, p. 125.

24. M. R. Ferrarese, *Le organizzazioni internazionali e gli Stati “contraenti”*, in “Rassegna italiana di sociologia”, 2, 2003.

25. Si veda in proposito Foucault, *Sécurité, territoire, population*, cit., p. 112.

risorse di partecipazione e coinvolgimento degli attori, ma ha alimentato al contempo anche nuove gerarchie e criteri normativi, anche se poco visibili.

La torsione economica che la *governance* ha impresso alle dinamiche istituzionali emerge anche sotto un secondo profilo, ossia attraverso un’idea del potere improntata essa stessa a moduli di economicità. Come ricordava Foucault, il sistema giuridico contemporaneo, soprattutto di provenienza americana, è giunto, dopo una fase arcaica e una fase cosiddetta “moderna”, ad adottare nuove forme di razionalità basate sul calcolo dei costi e dei vantaggi delle norme giuridiche e delle pene che esse prevedono<sup>26</sup>. Da questa prospettiva “razionale”, ciò che importa è la capacità del diritto di raggiungere obiettivi pratici di vario tipo, con strumenti che siano commisurati alle finalità perseguitate<sup>27</sup>.

Su questa scia, i processi di *governance* introducono una nuova “tecnologia del potere”, ispirata a criteri di economicità e di efficienza, e i processi decisionali, che rispondono prevalentemente a una logica *problem solving*: le soluzioni vengono immaginate non secondo astratte geometrie sociali e criteri di legalità prestabiliti, ma piuttosto attraverso percorsi che comportano uno scarso dispendio di risorse rispetto ai fini perseguiti. In altri termini, i processi di *governance* sono rivolti a ottenere una effettività dei risultati, che è inversamente proporzionale al dispendio di risorse politiche. Se l’approvazione di una legislazione, specie su temi sensibili, comporta un notevole dispendio di energie, in termini di consenso e di accordi tra varie forze politiche, il coinvolgimento dei soggetti destinatari delle decisioni negli stessi processi decisionali, comporta vari tipi di “risparmio”. Si risparmia sia perché la co-decisione tra soggetti pubblici e soggetti privati si avvale anche di informazioni e input provenienti dagli stessi soggetti destinatari, sia perché le modalità “consensuali” della decisione lasciano supporre che anche i processi di *enforcement* saranno facilitati dal “consenso” delle parti.

In tal senso, come osserva Maier, in qualche modo la *governance* corrisponde anche al sogno di un governo “senza politica”. Essa sposta infatti molta parte della decisionalità democratica su organismi tecnocratici e professionali, scommettendo sulla loro intrinseca saggezza e moralità<sup>28</sup>. Tutto

26. Ivi, pp. 8 e ss.

27. Ad esempio, i teorici di *law and economics*, che auspicano istituzioni capaci di far raggiungere l’efficienza economica, teorizzano l’uso di incentivi e disincentivi di vario tipo. Su quella eredità è prosperato l’approccio cosiddetto del *nudging* (si veda R. H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano 2015).

28. Le cosiddette “comunità epistemiche”, sono circuiti di “sapere” tecnocratico, che assumono decisioni e compiti di coordinamento in aree specialistiche, all’ombra di un alone di prestigio scientifico, come se fossero astratte dalle questioni politiche. Si veda P.

ciò implica naturalmente uno spostamento di attenzione dai grandi obiettivi politici alla soluzione di specifiche questioni di *policy*, con conseguente sottrazione al registro della decisionalità democratica di svariate questioni. Ma, come lo stesso Maier indica, proprio questa espunzione della politica provoca oggi nuove reazioni di solito definite “populiste”, che sono riconducibili a un desiderio di ritorno del *government* a scapito degli spazi della *governance*.

#### **4. *Governance* e diritto**

Con la *governance*, non solo la politica ma anche il diritto subisce una mutazione genetica rispetto alla tradizione legislativa instaurata dagli Stati, soprattutto in Europa, dove la legge era espressione di una mentalità normativa e strumento di comando e di omologazione dei comportamenti. La legislazione, che è tipicamente “generale e astratta”, ed è destinata a valere in qualunque contesto e a imporsi indiscriminatamente a tutti, è del tutto disfunzionale rispetto a un mondo ansioso di differenziazioni, i cui soggetti sono incoraggiati dalla propaganda neoliberale a essere “imprenditori di se stessi”. La strumentazione giuridica della *governance*, al contrario, è molteplice e variegata, capace sia di rispondere a specifici bisogni, con decisioni adeguate alla varietà dei casi, sia di rispecchiare le capacità “imprenditoriali” dei soggetti.

Ciò non significa che lo Stato legislatore abbia cessato di esistere: la produzione normativa continua specie quando ci sia bisogno di risposte fortemente simboliche, o che dimostrino una capacità decisionista della classe politica, o che siano relative a questioni etiche “non negoziabili”, o a complessi problemi tecnici, laddove non possano essere utilizzati standard internazionali o altri “misuratori”. La *governance* non ha infatti le capacità simboliche, né le valenze “teologiche” che erano proprie della legislazione: essa opera in un orizzonte di tipo funzionale, in cui i risultati delle decisioni sono misurabili e ricevono dei voti, come uno scolaro in classe.

Di quali strumenti giuridici si avvalgono i processi di *governance*? Come avviene il coinvolgimento degli attori privati? Naturalmente viene subito da pensare ad alcune misure amministrative, come la legge sul procedimento, emanata nel nostro paese nel 1990, o la “conferenza dei servizi”, da essa istituita, come veicoli di partecipazione dei privati. Ma le modalità giuridiche della *governance* sono ben più estese e variegate delle pur numerose corsie apprestate dal diritto amministrativo a livello nazionale e globale. Esse sono cresciute nel mondo globalizzato parallelamente al numero e ai tipi di registri giuridici disponibili.

M. Haas, *Epistemic Communities and International Policy Coordination*, in “International Organization”, 46, 1, 1992.

La *governance* si avvale insomma di una complessa costellazione di modalità giuridiche, tra cui sceglie in funzione dell’“effettività” che esse possono assicurare. In una strumentazione giuridica così variegata e plurale, due modalità hanno mostrato una particolare capacità di assolvere a finalità di *governance*: le modalità contrattuali e le modalità giudiziarie<sup>29</sup>. Giudici e contratti, sotto la foggia di svariate vesti (nazionali/internazionali, tipiche/atipiche, pubbliche/private ecc.) svolgono oggi molti dei compiti di governo che nel passato svolgeva la legislazione<sup>30</sup>. La capacità di *governance* del mondo globale attraverso i contratti (*contractual governance*)<sup>31</sup> e attraverso le corti (*judicial governance*)<sup>32</sup> è oggetto di una letteratura sempre più ricca, che testimonia anche una estrema capacità di ramificazione e di “dislocazione” spaziale.

Ma non è tutto: il registro giuridico della *governance* si avvale anche di modalità cosiddette “alternative”, che replicano in forma privata i “formanti giuridici” già presenti nella strumentazione giuridica degli Stati, specie legislatori e giudici. La strategia della replica ha avuto successo specie nel campo della risoluzione dei conflitti, con il cosiddetto ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ossia con la proposta di sostituire, specie in alcuni tipi di controversie, giudici (pubblici) con arbitri o mediatori (privati). Anche attraverso gli arbitrati e altri organismi paragiudiziari<sup>33</sup>, che costellano la vita economica internazionale, è stata costruita una nuova infrastruttura giuridica del mondo globale ed è stato promosso un governo sempre più “privato” del mondo<sup>34</sup>.

La *governance* corrisponde anche ad un arricchimento del panorama giuridico, che deriva sia dall’invenzione di nuove modalità giuridiche,

29. Per una indagine più approfondita di entrambe queste forme di *governance*, rimando al mio volume *La governance tra politica e diritto*, cit., specie i capitoli V e VI.

30. Sul “contratto al posto delle leggi”, si veda F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2004.

31. Per una ricognizione sul tema della *governance* «by contract», si vedano in particolare “Indiana Journal of Global Legal Studies”, 14, 2007, interamente dedicato al tema *Governing Contracts. Public and Private Perspective*, e “Law and Contemporary Problems”, 76, 2, 2013, interamente dedicato a *The Public Dimension of Contract: Contractual Pluralism Beyond Privacy*.

32. Sul tema della “governance giudiziaria”, due letture particolarmente istruttive sono: M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, Oxford 2002, e S. Casse, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009.

33. Si vedano in proposito W. Mattli, T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance. Contending Theories and Evidence*, Oxford University Press, Oxford 2014, e M. R. Ferrarese, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in “Politica del diritto”, 3, 2014.

34. Si veda M. R. Ferrarese, *Transnational private regulation con altri mezzi. Arbitrati, investimenti esteri e lotte sulla regulation*, in F. Cafaggi (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, il Mulino, Bologna 2016.

come la *soft law*, sia dalla richiamata in servizio di modalità giuridiche tradizionali. Lungo il passaggio da un assetto prevalentemente centralizzato a un contesto decentrato e “poliarchico”, tornano in auge modalità giuridiche “fattuali”<sup>35</sup>, che la modernità aveva espunto o ridotto ai margini, quali «hidden hands, habits, patterned behavior and cultural mores»<sup>36</sup>. Il ritorno di queste modalità è stato altamente funzionale alla creazione di assetti giuridici del tutto privati. Lungo queste linee, l’ordine giuridico del mondo impostato dallo Stato moderno ha perso via via molti dei tratti forti che lo caratterizzavano nel passato e si è ristrutturato secondo modalità più libere, più flessibili, mobili, reattive e rivedibili: esattamente il contrario di ciò che l’ordine giuridico moderno voleva essere.

La *lex mercatoria* costituisce l’esempio più noto e più efficace di un complesso di regole che rispondono integralmente a un principio di auto-normazione, e che dunque vengono usate e gestite dagli stessi soggetti privati che le hanno create<sup>37</sup>. Essa regge efficacemente gran parte delle operazioni di scambio commerciale tra imprese a livello transnazionale<sup>38</sup>, testimoniando la forte presenza di una logica giuridica “ordinamentale” nel nostro mondo: una logica che Santi Romano aveva visto all’opera, già nel 1909, ben prima del processo di globalizzazione<sup>39</sup>, e che Carl Schmitt nei *Tre tipi di pensiero giuridico* aveva cristallizzato come «ordinamento concreto», ossia come «istituzione»<sup>40</sup>. Anche in altre aree giuridiche, e specie nel diritto internazionale, è emerso un vistoso fenomeno di diritto creato in via informale, che assume elevate capacità di governo<sup>41</sup>. Nell’uno e nell’altro caso si assiste a un inedito caso di “tradizione giuridica inventata”, per riprendere la celebre espressione di Hobsbawm<sup>42</sup>: un diritto sedicente “consuetudinario”, che in realtà

35. Tra i vari scritti di P. Grossi sul tema si veda *Sulla odierna fattualità del diritto*, in “Giustizia civile”, 1, 2014. Il concetto è presente altresì nel mio *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000.

36. K. J. Holsti, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, in Roseneau, Czempiel (eds.), *Governance without Government*, cit., p. 32.

37. Ma sotto il velo dell’“autoregolazione”, le regole sfuggono spesso alla prova dell’*enforcement*, e di una “etica d’impresa” che è spesso una finzione, e permettono svariate forme di abuso e di lesione di diritti, specie a livello transnazionale.

38. Per un efficace ritratto della *lex mercatoria*, si veda Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit.

39. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969.

40. Il saggio *I tre tipi di pensiero giuridico*, del 1934, è contenuto in C. Schmitt, *Le categorie del “politico”*, il Mulino, Bologna 1972.

41. J. Pauwelyn, *Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions* (February 1, 2011), in <http://ssrn.com/abstract=1738464> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1738464>.

42. E. Hobsbawm, *L’invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino 1994.

non ha dietro di sé il peso e la forza della storia, ma è piuttosto frutto di recente creazione.

### **5. Nota conclusiva**

I vari processi di *governance* hanno comportato un rimaneggiamento significativo delle linee portanti del vecchio ordine giuridico e politico. La creazione e la fruizione di numerosi registri giuridici, editi e inediti, permettono di rispondere alla specificità dei contesti e delle situazioni, nonché ai variabili bisogni della vita sociale ed economica del nostro mondo. Allo stesso tempo, chiusa l'epoca delle istituzioni “a denominazione di origine controllata”, che dominavano nel mondo moderno, la *governance* non appare all'altezza delle sue promesse liberatorie. Se si dovesse tracciare un frettoloso bilancio, questo non potrebbe fuoriuscire dall'ambivalenza tra due opposte realizzazioni. Da una parte, la creazione di nuovi canali di partecipazione e di nuove opportunità di pluralismo e di collegamento internazionale e globale che il vecchio ordine politico e giuridico, incentrato esclusivamente sugli Stati, non prevedeva e non permetteva. Dall'altra, una significativa compressione della politica democratica e delle sue poste in gioco, a vantaggio di una sempre più ampia privatizzazione del governo del mondo. Due facce che non sono in equilibrio.

