

Le diverse forme della partecipazione: prospettive di una regolazione tra diritto interno e diritto straniero

di Stefano Catalano*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ‘fenomeno *lobby*’: rapporto con la forma di governo e diverse ‘esperienze’ di regolazione. – 3. Ulteriori elementi che possono influenzare i processi decisionali incidendo anche sulla partecipazione. – 4. L’incidenza del *soft law* – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Le brevi considerazioni che seguono prendono le mosse dagli interventi, tutti molto interessanti e di ottimo livello, che si sono occupati, in maniera differente e concentrandosi su profili diversi, delle forme della partecipazione – ‘mondo’ evidentemente assai variegato – e dello sviluppo dei processi decisionali. Ciò non solo in chiave interna, ma anche comparata con cenni, laddove essi risultino, come sempre più spesso accade, imprescindibili, al livello sovranazionale e segnatamente dell’Unione europea.

Prima di enunciare gli argomenti da sviluppare, si impone, in via generale, una precisazione sul piano metodologico. Dato l’oggetto del presente scritto che, lo si sottolinea, non è altro se non una sintesi (si spera un pochino ragionata) di quanto emerso dai singoli contributi, si anticipa che non si daranno specifiche indicazioni bibliografiche sulle diverse tematiche, ma ci si limiterà, in nota, a richiamare i *papers* qui oggetto di analisi che, essi sì, contengono tutti i riferimenti necessari ed a cui si fa, una volta per tutte, rinvio.

Tanto premesso, si articoleranno le riflessioni in tre gruppi.

In primo luogo, si darà conto di quanto emerso sul ‘fenomeno *lobby*’ che, anche nel sistema italiano, sta assumendo un peso sempre maggiore. I nodi problematici in materia paiono essere tutti connessi con la mancanza di una compiuta regolazione, a livello nazionale, del settore. Gli spunti comparati, come noto, non mancano e offrono delle soluzioni, ancorché diverse, alle questioni che paiono, giorno dopo giorno, sempre più ineludibili.

In secondo luogo, verranno presi in esame altri elementi che possono, in

* Professore associato di diritto costituzionale, Università di Verona.

varia maniera, influire sulla partecipazione ai processi decisionali. Innanzitutto, vi sono le ipotesi in cui la normazione è influenzata dalla tecnica o dalle condizioni di mercato. Si tratta di situazioni sempre più frequenti e che, per questo, non possono essere trascurate. Inoltre, il sempre minore grado, per così dire, di generalità ed astrattezza delle leggi – che divengono via via più settoriali – impone di tornare ad occuparsi di un tema classico come quello delle leggi-provvvedimento. Anche qui la partecipazione può contribuire ad attenuare i noti problemi che questo tipo di legislazione porta con sé. Ancora, si vedrà, la partecipazione ai processi decisionali può assumere la veste della presentazione di petizioni o della adesione ai partiti politici che, da sempre, non vanno trascurati per la loro essenziale connotazione di veri e propri corpi intermedi fra i popoli ed i decisori politici. In quest'ultima ottica, risulta particolarmente interessante la riflessione sui partiti politici europei. Essi, per varie ragioni, non riescono ancora ad assolvere, a quel livello, il loro essenziale compito. Ciò determina seri inconvenienti sia in chiave di partecipazione, sia soprattutto in ottica di democraticità complessiva del sistema europeo.

In terzo luogo, si dirà qualcosa su un tema che diviene sempre più ineludibile. Ci si riferisce al *soft law*. La recente esperienza europea in materia di intelligenza artificiale ha mostrato quanto il suo ruolo possa essere centrale e pervasivo. Anche per questo, diventa interessante ragionare sui problemi che esso pone in rapporto allo stato di diritto. Le criticità non mancano e una riflessione accurata sul come arginare un fenomeno sempre più rilevante è essenziale in chiave di democrazia e di correttezza dei processi decisionali.

2. *Il 'fenomeno lobby': rapporto con la forma di governo e diverse 'esperienze' di regolazione*

Punto di partenza, per certi versi scontato (ma potenzialmente oggetto di dibattito se si scende nel dettaglio), è la definizione, sia pur minimale, di *lobby* e di cosa sia la azione di *lobbying*. Quest'ultima si concretizza nell'operato di soggetti (le *lobbies*) – assai diversi – che 'portano' all'attenzione dei decisori pubblici interessi che sono necessariamente particolari. L'intento è, ovviamente, quello di indirizzare la determinazione pubblica nella direzione voluta e considerata vantaggiosa per le categorie o i settori di volta in volta rappresentati¹.

¹ Richiamando quanto riportato nel Dizionario Treccani, si può dire che il voca-

Ciò basta a rendere palese il collegamento fra il fenomeno in esame e quella categoria teorica comunemente chiamata ‘forma di governo’. Nell’analisi di quest’ultima, è sin troppo noto, ha un peso decisivo il concetto di indirizzo politico che è proprio quello che le *lobbies* intendono influenzare. Non risulta necessario, allora, spendere altre parole per comprendere il nesso fra i due elementi. Non solo: il fatto che l’azione di *lobbying* sia volta a condizionare le scelte di politica generale, fa emergere con forza il tema del rapporto fra *lobbies* e partiti politici. Entrambi gli organismi, sia pur presentando delle innegabili diversità (su cui si porrà oltre l’attenzione) e agendo con modalità assai differenti, assolvono alla medesima funzione: determinare o comunque influenzare l’indirizzo politico. Per questo non si può sfuggire alla riflessione sull’incidenza e sulle interazioni che le *lobbies* hanno sul e con il sistema dei partiti.

La questione viene affrontata, esaminando i sistemi di Italia e Stati Uniti d’America, dal contributo di Melchiorre che intende “concentrarsi su quanto (e come) l’essenziale ‘variabile partito’ della forma di governo possa effettivamente incentivare o sfavorire l’emersione e la regolamentazione dei gruppi di pressione, stimolare la capacità di questi portatori di interessi di incidere nella determinazione dell’indirizzo politico”².

Innanzitutto, si sostiene che la debolezza dei partiti d’oltre oceano sarebbe un essenziale ingrediente del successo che il fenomeno *lobby* ha avuto in quell’ordinamento e nella decisione di regolamentarlo. Un sistema bipartitico, in cui la contrapposizione ideologica e la netta dialettica fra maggioranza ed opposizione sono molto minori rispetto ai Paesi europei, ha favorito il successo delle *lobbies*³.

Discorso molto diverso varrebbe per l’Italia, dove la difficoltà incontrata nella regolamentazione e, ancor prima, nello sviluppo della azione di *lobbying* viene collegata al ruolo centrale svolto dai partiti politici nella rappresentanza degli interessi. Si sottolinea chiaramente che “lo sviluppo della forma

bolo *lobby*, nato negli Stati Uniti d’America e poi diffuso altrove, è usato “per definire quei gruppi di persone che, senza appartenere a un corpo legislativo e senza incarichi di governo, si propongono di esercitare la loro influenza su chi ha facoltà di decisioni politiche, per ottenere l’emanazione di provvedimenti normativi, in proprio favore o dei loro clienti, riguardo a determinati problemi o interessi”.

² P. MELCHIORRE, *L’influenza della forma di governo sull’espansione del fenomeno del lobbying. Una comparazione tra Italia e Stati Uniti*, p. 2 del *paper*.

³ P. MELCHIORRE, *L’influenza della forma di governo sull’espansione del fenomeno del lobbying*, cit., p. 4 e s. del *paper*.

di governo parlamentare italiana, sin dalla sua nascita, ha assegnato solo ed esclusivamente ai partiti politici la funzione di articolazione ed aggregazione degli interessi particolari presenti nella società civile, di conseguenza sfavorendo l'emersione del lobbismo ed il riconoscimento normativo dei gruppi di pressione". Solo l'inverarsi, in tempi più recenti, della crisi delle forme 'tradizionali' della rappresentanza (ovvero di quella incentrata sui partiti politici) ha reso possibile una maggiore emersione di ulteriori gruppi di pressione fra cui, ovviamente, le *lobbies*, nonché l'approvazione – per ora solo a livello regionale – di una normativa specifica. Sul tema, comunque, si tornerà a breve⁴.

Nel complesso, l'argomento che si offre alla discussione è che vi sia una sorta di "rapporto biunivoco tra forza del partito e diffusione del *lobbying*", e che al decrescere della prima 'variabile' aumenti necessariamente la seconda, trattandosi, lo si dice espressamente, di un "gioco a somma zero". Ciò, palesando uno stretto legame con la forma di governo, fa ritenere necessaria una regolamentazione della attività delle *lobbies*⁵.

Si tratta di una conclusione interessante e, in larga parte, condivisibile. Chi scrive, tuttavia, non è del tutto convinto che, oltre ad una innegabile relazione di proporzionalità nella crescita-decrescita del ruolo di partiti e *lobbies*, si possa affermare che ci si trovi di fronte ad un gioco a somma zero. È evidente che, laddove i partiti si dimostrino – per complesse e svariate ragioni che qui non è possibile indagare – incapaci di rappresentare adeguatamente gli interessi, questi ultimi 'cerchino' altre forme per trovare attenzione ed incidere sui processi decisionali e che una via sempre più fruttuosa e 'frequentata' sia proprio quella delle *lobbies*. Tuttavia, non va trascurata l'esistenza di una notevole differenza fra i due meccanismi in esame: le *lobbies* si dedicano, verrebbe da dire istituzionalmente, ad interessi particolari (in questo senso l'esperienza statunitense e, per certi versi, dell'Unione europea è illuminante); i partiti, altrettanto istituzionalmente, si occupano degli interessi generali. L'art. 49 Cost. è, sul punto, illuminante laddove parla di determinazione della politica nazionale. Nel complesso, allora, non è detto che gli inconvenienti e le problematiche capaci di incidere sul sistema democratico complessivo, dovute alla crescente difficoltà dei partiti di raccogliere e di mediare i numerosi e spesso confliggenti interessi generali della società, possano essere superate

⁴ P. MELCHIORRE, *L'influenza della forma di governo sull'espansione del fenomeno del lobbying*, cit., p. 9 e ss. del *paper*. La citazione testuale si trova a p. 10.

⁵ P. MELCHIORRE, *L'influenza della forma di governo sull'espansione del fenomeno del lobbying*, cit., p. 12 e s. del *paper*.

dall'azione di soggetti che portano avanti istanze particolari. In altre parole, non è certo che la somma dei bisogni specifici possa colmare, in chiave di efficienza dei processi decisionali, i vuoti lasciati dall'incapacità, sempre più palese, dei partiti politici di assolvere alla loro irrinunciabile funzione. La domanda che, forse, parrebbe restare è: posto che le esigenze dei singoli gruppi hanno trovato un modo per emergere, chi si occuperà degli interessi di tutta la società? Chi si farà carico della mediazione delle istanze particolari? Guardare solo agli organi decisionali, su tutti le Assemblee rappresentative, rischia di essere illusorio, se si tiene presente che il collegamento fra esse e la comunità non può prescindere dai partiti (ovvero da chi, a prescindere dal formale ripudio del nome, ne svolga sostanzialmente il compito).

Un tema centrale ragionando sul fenomeno *lobbies* è, lo si è già detto, quello della sua disciplina. Diversamente da quanto è avvenuto altrove, specificamente negli Stati Uniti, nel nostro Paese si sono avute regolamentazioni esclusivamente a livello regionale, similmente a quanto avvenuto in Spagna. Il tema è ben indagato, in chiave anche comparata, dal contributo di Agolino. Un primo elemento, che viene sottolineato e qui meritevole di segnalazione, è il diverso approccio seguito da Regioni e Comunità autonome. Se in Italia l'azione di *lobbying* è stata di volta in volta regolata da apposite leggi, in Spagna ci si è mossi nel senso di "inserire [le] disposizioni all'interno di normative, più in generale, destinate a favorire la trasparenza ed il buon governo, di fatto" considerando "la regolazione del *lobbying* come elemento prodromico al raggiungimento di tali obiettivi"⁶. Non si tratta di una differenza di ordine formale, ma dalla portata sostanziale perché denota una visione diversa del fenomeno, non foss'altro in merito al suo inserimento più o meno marcato all'interno del processo decisionale di cui, nell'esperienza spagnola, si mettono in luce due essenziali obiettivi (trasparenza ed efficienza delle decisioni di governo). In parole più semplici, pare che la scelta delle Comunità autonome denoti una visione di respiro più ampio, specie se rapportata a quella delle Regioni italiane.

Occupandosi delle *lobbies*, comune è, ad ogni modo, l'intento di dare delle indicazioni essenzialmente sulla attività dei portatori di interessi. I punti più rilevanti, che correttamente vengono presi in considerazione per analizzare le discipline, sono: a) esistenza di una definizione di "attività di rappresentanza di interessi"; b) esistenza di una "definizione dei soggetti e delle

⁶ G. AGOLINO, *La regolazione del lobbying tra Italia e Spagna. Analisi della disciplina regionale italiana e della normativa autonoma spagnola*, p. 3 del paper.

procedure cui la regolazione si rivolge”; *c*) previsione di un “Registro” cui si debbano iscrivere i rappresentanti di interessi; *d*) indicazione degli organi di cui si considera il processo decisionale (esecutivi o legislativi); *e*) esistenza di un tempo minimo che deve decorrere fra l’aver svolto mandato rappresentativo e lo svolgimento di azione di *lobbying*; *f*) esistenza di “doveri” posti in capo ai rappresentanti di interessi (ad es. adozione di codici di condotta); *g*) esistenza di doveri o comunque vincoli in capo ai decisori politici pubblici⁷.

Rinviando al contributo di Agolino per l’esame delle discipline e senza poter indugiare sui molti spunti di riflessione che la lettura di queste ultime suscita nel costituzionalista, ci si limita ad alcune brevissime osservazioni. In primo luogo, in pieno accordo con Agolino⁸, va salutata con favore la crescente attenzione degli organi legislativi delle Regioni al fenomeno *lobbye*. Tuttavia, le leggi regionali risultano assai disomogenee e spesso lacunose (non considerando tutti gli aspetti, assai rilevanti, sopra elencati). La poca uniformità pone, evidentemente, non trascurabili problemi di uguaglianza e di efficacia delle regolazioni che qui possono essere solo denunciati e che potrebbero essere rimossi solo con l’introduzione di quella disciplina di livello nazionale da troppo tempo assente dal panorama giuridico italiano.

Su un solo aspetto si intende dire qualche parola, ovvero sul problema del titolo di competenza che possa giustificare l’intervento normativo delle Regioni. Una simile operazione pare, almeno a chi scrive, assai difficile. Se si considera come la disciplina delle *lobbies* attiene alla forma di governo – lo si è già evidenziato in presenza – ed alla regolazione dei processi decisionali degli organi politici, non sembra si possa evitare di concludere nel senso che la legge ordinaria regionale non abbia la facoltà di incidere in simile materie. Solo gli statuti regionali, invece, potrebbero astrattamente intervenire. Ciò perché è l’art. 123 Cost. ad affidare a tale fonte la disciplina della forma di governo regionale, nonché la definizione dei “principi fondamentali di organizzazione e funzionamento” dell’ente.

In questo senso pare andare anche la sentenza n. 379 del 2004 della Corte costituzionale che escludendo l’illegittimità costituzionale dell’art. 17 dello Statuto della Regione Emilia-Romagna – contenente forme di partecipazione al procedimento legislativo e di adozione di atti amministrativi generali – afferma come gli istituti in esame “non sono certo finalizzati ad espro-

⁷ Gli elementi indicati sono elencati ed analizzati rispetto alle singole discipline da G. AGOLINO, *La regolazione del lobbying tra Italia e Spagna*, p. 3 e ss. del *paper*.

⁸ G. AGOLINO, *La regolazione del lobbying tra Italia e Spagna*, cit., p. 10 e s. del *paper*.

priare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l'attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche". Risulta assai chiaro, allora, che la Corte voglia ritenere possibile per gli statuti regionali la regolazione dei meccanismi di partecipazione da parte dei soggetti interessati alle decisioni ed ai relativi procedimenti di adozione. In definitiva sembra che, se si vuole stare a livello regionale (cosa peraltro non del tutto soddisfacente per quanto detto in precedenza in punto di uniformità), Costituzione imponga un intervento degli statuti e non delle leggi regionali ordinarie che parrebbero prive della necessaria competenza.

Nel complesso, si potrebbe sostenere – anche se in questa sede non è consentito approfondire il ragionamento – che la disciplina dell'attività di *lobbying*, avendo attinenza con il processo di adozione degli atti normativi, dovrebbe essere regolato dalle fonti che, di volta in volta, sono legittimate ad intervenire in tale materia. Per le Regioni, allora, sarebbero legittimati gli statuti, mente per la partecipazione ai procedimenti di adozione delle leggi o degli atti amministrativi statali sarebbe opportuno fare riferimento a norme legislative ordinarie (o per gli aspetti riguardanti i lavori delle Camere di rilevanza esclusivamente interna a quelle dei regolamenti parlamentari).

3. *Ulteriori elementi che possono influenzare i processi decisionali incidendo anche sulla partecipazione*

Se il tema appena affrontato ha un grande rilievo in chiave di partecipazione ed 'efficienza' dei processi decisionali, non si può nascondere che esse possano essere influenzate o comunque si colleghino ad altri elementi.

Innanzitutto, come osserva Gugliandolo, l'evoluzione dei mercati e della tecnica, ma forse si potrebbe dire 'delle tecniche', "hanno cambiato il diritto e lo Stato (...) per la [loro] continua capacità di innovare" e per la "imprevedibilità per le strutture tradizionali della sovranità" che hanno dimostrato di avere. La sempre più rapida evoluzione tecnica ha costretto gli Stati e soprattutto la loro regolazione ad inseguire i cambiamenti, piuttosto che guidarli⁹.

⁹ M. GUGLIANDOLO, *L'influenza della tecnica e del mercato sul sistema delle fonti. Quale futuro per il diritto oggettivo? Una riflessione sul ruolo dell'innovazione*, p. 2 e s. del paper. L'A. segnala alcuni ulteriori fattori che hanno acuito il processo da ultimo richiamato nel testo.

La incidenza su processi decisionali e partecipazione, allora, è evidente, anche con riguardo alla sin troppo nota crisi della rappresentanza.

Nel complesso, sembra assistersi ad un progressivo spostamento del centro decisionale dai tradizionali canali della rappresentanza, i cui meccanismi decisionali risultano sempre più lenti e farraginosi, ad altri lidi. In questo modo, peraltro, si assiste ad una fuga dalle forme 'giuridiche' di decisione ed al proliferare di nuove regole 'informalmente create' e di nuove esperienze di *governance*¹⁰.

La crescita di norme tecniche prodotte al di fuori dei meccanismi di normazione statale e delle loro forme pone due problemi che hanno a che vedere con la produzione e con gli effetti di tali regole. Da un lato, ci si può chiedere quale sia la legittimazione democratica dei 'nuovi' decisori; dall'altro, quale sia l'efficacia e la vincolatività dei prodotti posti in essere da simili soggetti¹¹. Tali e centrali questioni non possono essere liquidate, qui, in poche battute. Ciò che va sottolineato, riprendendo una delle conclusioni di Gugliandolo, è che il diritto, se vuole tornare ad avere un peso decisivo, si deve "avvicinare alla tecnica in uno schema di costante apprendimento e utilizzo di strumenti nuovi" capaci di incidere sulla esperienza normativa¹².

Il tema delle connessioni, non sempre armoniose e spesso neppure pacifiche, fra normazione giuridica e tecnica è assai difficoltoso e, lo si ribadisce, non può essere approcciato in poche parole che, a tacer d'altro, non riuscirebbero a tener conto proprio della complessità da ultimo evidenziata. Quel che ci si sente, sommessamente, di dire è che ogni discorso non deve prescindere da un paio di premesse.

La prima è che la normazione giuridica e quella 'nascente' dal mercato o dalla tecnica sono espressione di due, per così dire, circuiti differenti. Potrà apparire (e forse lo è) una grande banalità, ma dimenticarlo rende fallace ogni ulteriore riflessione. La produzione di discipline giuridiche è formalizzata e spesso troppo lenta per stare al passo con l'innovazione, perché deve salvaguardare principi – quali quello della partecipazione e della democraticità dei processi decisionali – che le regolazioni di derivazione tecnica non devono

¹⁰ M. GUGLIANDOLO, *L'influenza della tecnica e del mercato sul sistema delle fonti. Quale futuro per il diritto oggettivo?*, cit., p. 4 e s. del paper.

¹¹ M. GUGLIANDOLO, *L'influenza della tecnica e del mercato sul sistema delle fonti. Quale futuro per il diritto oggettivo?*, cit., p. 12 del paper.

¹² M. GUGLIANDOLO, *L'influenza della tecnica e del mercato sul sistema delle fonti. Quale futuro per il diritto oggettivo?*, cit., p. 23 del paper. L'A. nota come in tale direzione sembrerebbe muoversi l'esperienza post-pandemica.

considerare, essendo per loro stessa natura soggette ad altre logiche. Queste ultime, persino laddove siano chiamate a contemperare esigenze diverse, possono sfuggire a quella ricerca dell'equilibrio degli interessi generali che è l'essenza delle decisioni politiche ed amministrative.

La seconda si collega alla constatazione che le acquisizioni tecnico-scientifiche possono rappresentare dei limiti per il potere normativo. Solo per fare un esempio, bisogna ricordare come in alcune occasioni la Corte costituzionale abbia dichiarato illegittime, per violazione del principio della ragionevolezza, norme legislative che non avevano tenuto conto delle conoscenze scientifiche. Due casi per tutti. La sentenza n. 282 del 2002 afferma che una legge della Regione Marche è illegittima perché, fra l'altro, "non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti". Anche la sentenza n. 151 del 2009 fonda la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma della legge n. 40 del 2004, che poneva un limite numerico (tre) alla creazione di embrioni per un tentativo di procreazione medicalmente assistita, sulla mancata considerazione delle acquisizioni tecniche. Si reputa non costituzionalmente ammissibile che la previsione normativa "non riconosc[a] al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto"¹³.

Un altro argomento molto interessante è quello, apparentemente specifico ma dalle implicazioni teoriche e sistematiche assai rilevanti anche in questa sede, affrontato da Scopelliti. Si tratta delle leggi-provvedimento che, è sin troppo noto, avendo forma di legge e sostanza di provvedimento amministrativo si pongono "al crocevia tra poteri dello stato"¹⁴.

L'idea di partenza è che, nella attuale evoluzione della forma di governo parlamentare in cui il l'esecutivo ha sempre più un ruolo di guida anche della

¹³ La Corte costituzionale, in questa stessa decisione, ricorda che "la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica".

¹⁴ D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, p. 1 del *paper*.

funzione legislativa, la problematica che vede nelle leggi-provvedimento derive patologiche nei rapporti fra Governo e Parlamento – e quindi con ripercussioni sul principio della separazione dei poteri – “deve essere rivista”¹⁵.

In questa impostazione, allora, si potrebbe sostenere che “la legge-provvedimento presenti significativi profili problematici, non tanto o non solo nella prospettiva segnata dal principio di separazione dei poteri, quanto piuttosto perché finisce per privare le situazioni giuridiche soggettive compromesse dalle sue previsioni di un reale strumento di tutela, attraverso cui far valere davanti a un giudice l’asserita lesione da parte della legge”. Insomma, più che creare difficoltà in materia di forma di governo, le leggi-provvedimento sarebbero in difficile armonia con i principi della forma di stato¹⁶.

Ponendosi l’obiettivo di salvaguardare le posizioni giuridiche dei singoli e muovendo dall’idea che accanto alla tutela giurisdizionale un mezzo utile allo scopo è rappresentato dalla partecipazione degli individui coinvolti al procedimento che li riguarda, ci si chiede se non si possa cercare di mettere a punto dei meccanismi di “partecipazione del privato alla formazione della legge-provvedimento” per “compensare quel *vulnus*” da esse arrecato¹⁷. Il punto di partenza, come si rivendica chiaramente, sono le proposte formulate in passato da Cammeo e Mortati (che vengono adeguatamente richiamate) che sembrerebbero dare anche oggi una buona soluzione, complementare (e non alternativa) a quella del tradizionale rimedio giurisdizionale del controllo di costituzionalità. Si dovrebbe, allora, guardare alla istruttoria compiuta dalle Commissioni parlamentari e, in questa chiave, utili strumenti vengono individuati: *a)* nelle indagini conoscitive; *b)* nelle audizioni informali; *c)* nell’istituto della petizione (che, rivisto nell’ottica della partecipazione degli interessati al procedimento di approvazione delle leggi-provvedimento, potrebbe essere per questa via rivitalizzato)¹⁸.

Il suggerimento, non solo per gli autorevolissimi ascendenti, è interessante e meritevole di ulteriore approfondimento in altra sede. Non ci si può, però, qui esimere dal notare, come lo stesso Scopelliti fa, che il più forte

¹⁵ D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, cit., p. 4 e s. del paper.

¹⁶ D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, cit., p. 8 e s. del paper.

¹⁷ D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, cit., p. 17 del paper.

¹⁸ D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, cit., p. 18 e ss. del paper.

problema sia rendere effettive le garanzie procedurali immaginate e, quindi, assicurarne il rispetto da parte del legislatore. Il tema, classico e assai dibattuto anche nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 9 del 1959, è cruciale. Fruttuosa potrebbe essere, allora, la prospettiva di considerare irragionevole la legge-provvedimento che non fosse stata approvata con la, a quel punto indispensabile, partecipazione degli interessati. A corroborare il ragionamento, si segnala che il controllo della Corte costituzionale, essenziale per far valere il vizio in *procedendo* della legge-provvedimento, si manterrebbe su un piano soltanto esterno (superando dunque i ben noti problemi di un sindacato pieno del procedimento legislativo)¹⁹.

Nel complesso, però, l'intento di affiancare al tradizionale rimedio del controllo giurisdizionale sulle leggi-provvedimento quello partecipativo, indiscutibilmente interessante e lodevole, rischia di perdere, almeno in parte, il suo rilievo. In effetti, se alla fine il mancato rispetto dei 'diritti partecipativi' diventasse un vizio di costituzionalità della legge-provvedimento (se non dovesse funzionale il meccanismo che affida al Comitato per la legislazione il ruolo di sanzionare le lesioni procedurali²⁰), l'effetto concreto sarebbe essenzialmente (e semplicemente) quello di affiancare un altro parametro, quello della irragionevolezza, alla nutrita serie di norme costituzionali che le leggi in esame rischiano (già oggi) di violare.

Ragionando sulla partecipazione ai processi decisionali, di stampo politico, viene in rilievo la riflessione sul diritto di petizione svolta da Verrigno. Tale facoltà, riconosciuta dalla Costituzione repubblicana, è forse una di quelle meno usate fra le forme di partecipazione democratica e può essere analizzata, secondo Verrigno, "all'interno del problema che va sotto il nome di crisi della democrazia"²¹. La scarsa 'attualità' dell'istituto, di cui si mettono in evidenza le origini storiche e la evoluzione, è una delle cause del suo scarso utilizzo. Le petizioni, in effetti, "non rappresentano più il mezzo per coinvolgere le classi sociali prive di diritti politici all'interno del circuito politico-istituzionale, come nello Stato liberale", ma divengono "strumento di partecipazione politica di chiusura del sistema"²². La loro presentazione,

¹⁹ D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, cit., p. 21 e ss. del paper.

²⁰ Ipotesi avanzata da D. SCOPELLITI, *Leggi-provvedimento e istruttoria legislativa: una prospettiva «partecipativa»*, rileggendo Cammeo e Mortati, cit., p. 21 e s. del paper.

²¹ G. VERRIGNO, *La partecipazione politica e l'invio di petizioni alle Camere*, p. 1 del paper.

²² G. VERRIGNO, *La partecipazione politica e l'invio di petizioni alle Camere*, cit., p. 9 del paper.

come evidenzia il testo dell'art. 50 Cost., che parla di “chiedere” o di “esporre”, non presuppongono un dovere di intervento delle Camere e questo, con buona probabilità, contribuisce alla scarsa ‘resa’ dell’istituto che, però, non è caduto in totale desuetudine ed ha, anzi, una non trascurabile vitalità, almeno per i cittadini ²³.

Sempre riflettendo sulla partecipazione, questa volta in chiave non esclusivamente nazionale, non può mancare un cenno ai partiti politici europei. Il tema è approcciato da Nicotina. Il punto di partenza è quello secondo cui, come in tutte le società complesse, anche in quella europea il “rapporto di interazione costante tra popolo e Stato non può prescindere dall’appoggio e dalla intermediazione di partiti, gruppi, associazioni, movimenti di cittadini”²⁴. Per quanto si possa dire che i partiti europei siano nati con il Parlamento europeo, è evidente che una non indifferente spinta al loro ingresso nel sistema europeo è stata la prima elezione a suffragio universale del Parlamento europeo avvenuta nel 1979. Il loro riconoscimento giuridico, tuttavia, si è avuto solo con il Trattato di Maastricht, attraverso l’art. 138A, poi diventato art. 191 del Trattato a seguito delle modifiche avutesi ad opera del Trattato di Nizza. Oggi le norme fondamentali di diritto primario dell’UE sui partiti sono contenute: a) nell’art. 10 del Trattato sull’Unione europea; b) nell’art. 224 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea; c) nell’art. 12 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea.

Particolarmente significativo è l’art. 10, comma quarto, del TUE. Quest’ultimo stabilisce che «[i] partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell’Unione». Chiaro è, allora, il compito assegnato a tali formazioni sociali. Tuttavia, i partiti politici europei non hanno ancor oggi completato il loro processo di formazione che li dovrebbe portare ad essere equiparabili ai partiti nazionali²⁵.

Per ragioni che qui non si possono dettagliatamente ripercorre, i partiti politici europei sono, nella sostanza, legati a doppio filo a quelli nazionali di cui sono una sorta di federazione. In altre parole, i partiti europei raggruppano partiti politici nazionali che condividono numerosi valori ed alcuni (non tutti!) indirizzi politici²⁶.

²³ G. VERRIGNO, *La partecipazione politica e l’invio di petizioni alle Camere*, cit., p. 12 del *paper*.

²⁴ G. COCCO, *L’Europa dei tre disincanti*, in *Politica del Diritto*, 2000, p. 90 e s.

²⁵ Per tutti, G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2008, p. 619 e ss.

²⁶ Sul punto sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a

In questa caratteristica sta la differenza fra l'essere ed il dover essere di cui parla Nicotina²⁷.

Senza poter qui indugiare in considerazioni approfondite, pare essenziale che, dato il ruolo centrale che in ogni società hanno i partiti, anche a livello europeo questi ultimi diventino finalmente in grado di assolvere la funzione cui istituzionalmente essi sono chiamati. Da qui passa, evidentemente, l'implementazione del processo di integrazione europea. Se l'obiettivo è chiaro e forse facilmente comprensibile, più complesso è rispondere alla domanda sul come far completare ai partiti europei il processo di formazione.

Ancora una volta, sarebbe impossibile liquidare il tema nelle poche battute che sono qui concesse. Perciò ci si limita semplicemente a richiamare una, per altro non eccessivamente originale, proposta avanzata in altra sede. Ci si riferisce alla modifica del procedimento elettorale europeo. Questo, con opportuni aggiustamenti alle norme comuni che il diritto UE pone per l'elezione del Parlamento europeo, potrebbe essere il canale attraverso cui 'convincere' i partiti politici europei a compiere quel necessario passo (o meglio sarebbe dire quei necessari passi) nella direzione di una assunzione del compito di intermediazione fra società europea – da concepire non come somma delle società dei singoli Stati (come è stato per lungo tempo e pare essere tuttora) – ed istituzioni dell'Unione europea²⁸.

4. *L'incidenza del soft law*

In precedenza, si è già accennato al fatto che in ambiti di particolare complessità tecnica può essere giocato un ruolo essenziale, in chiave di normazione, dal *soft law*.

Due sono le ipotesi molto interessanti. Una è quella di cui parla Cocchiara che osserva come nell'ambito della regolazione del 'mondo' digitale, oltre

S. CATALANO, *Rafforzare il sistema europeo dei partiti politici mediante la modifica della disciplina elettorale per il Parlamento dell'Unione europea*, in P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso, R. Manfredotti (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti. Liber amicorum per Giovanni Cocco*, Napoli, 2021, p. 202 e ss.

²⁷ A. NICOTINA, *Il ruolo dei partiti politici europei come 'corpi intermedi' della società civile eurounitaria: "Sein" e "Sollen" di un sistema partitico sovranazionale*, p. 1 e ss. del paper.

²⁸ In argomento sia consentito rinviare, ancora, a S. CATALANO, *Rafforzare il sistema europeo dei partiti politici mediante la modifica della disciplina elettorale per il Parlamento dell'Unione europea*, cit., p. 202 e ss.

ed accanto al *soft law*, “è emersa con forza la *self-regulation* delle piattaforme”. I problemi sono per molti versi analoghi e si rinvia, per ulteriori riflessioni, al contributo ora in esame²⁹. Emerge, fra l’altro, come, laddove il diritto proveniente, per così dire, dal basso e quello delle autorità si ‘mescolano’, il concetto di regolazione diviene “mutevole”³⁰.

Un punto che merita di essere sottolineato è quello in cui si ragiona di codici di condotta e del ruolo di questi ultimi alla lotta alla ‘disinformazione’³¹. Sul tema non si può indugiare ulteriormente, ma vale la pena di rammentare sempre la difficoltà della lotta alle forme di disinformazione. Esse, per essere efficaci, presuppongono una qualche forma di intervento – sia esso interno, sia esso esterno – sulla circolazione delle notizie e delle informazioni con tutto ciò che può derivarne in termini di tutela della libertà di informazione.

Un’altra ipotesi molto rilevante è quella della disciplina della intelligenza artificiale nell’ambito della Unione europea. Al tema si dedica il contributo di Inturri che evidenzia proprio come in materia di IA “la *soft law* è emersa come strumento privilegiato per fronteggiare un contesto in perenne evoluzione”³². Il caso è assai rilevante perché il *soft law* ha assunto un ruolo non solo, come solitamente accade, nell’anticipare la regolazione, ma anche in altri momenti, ovvero successivamente alla adozione dell’atto giuridico dell’UE. Più precisamente, dopo l’adozione dell’*AI Act*, il *soft law* ha avuto un ruolo sia di “*para-law*, avendo posto regole di condotta che, in assenza di interventi di *hard law* in materia, rappresentano una alternativa alla legislazione” (regole di condotta che l’atto normativo considera e a cui fa rinvio), sia di *post law*³³. In breve, sottolinea correttamente Inturri, da un lato, la “approvazione dell’*AI Act* non determinerebbe un abbandono del ricorso alla *soft-law* in materia di IA, ma, al contrario, istituzionalizzerebbe il ricorso ad un tipico strumento di *para-law*, il codice di comportamento, fornendogli la relativa base giuridica”; dall’altro, lo stesso *AI Act* prevede “espressamente” un “impegno di atti di *post-law*” (art. 96)³⁴.

²⁹ E. COCCHIERA, *La regolazione del digitale: tra self-regulation, codici di condotta ed authorities*, p. 3 e ss. del *paper*.

³⁰ E. COCCHIERA, *La regolazione del digitale: tra self-regulation, codici di condotta ed authorities*, cit., p. 5 del *paper*.

³¹ E. COCCHIERA, *La regolazione del digitale: tra self-regulation, codici di condotta ed authorities*, cit., p. 11 e ss. del *paper*.

³² P. INTURRI, *Intelligenza artificiale e soft law. Il ruolo dei codici di comportamento nell’Artificial Intelligence Act*, p. 1 del *paper*.

³³ P. INTURRI, *Intelligenza artificiale e soft law*, cit., p. 7 del *paper*.

³⁴ Sul punto ancora P. INTURRI, *Intelligenza artificiale e soft law*, cit., p. 22 del *paper*.

Al di là di ogni specifica osservazione sul settore della intelligenza artificiale e della recente disciplina data dall'UE, quel che più rileva qui è il fatto che il *soft law* sia divenuto sempre più centrale, incidendo in misura ogni giorno crescente sui processi decisionali e, conseguentemente, sul tema della partecipazione. Sul punto, allora, si impone una riflessione più ampia. Ciò anche se si tiene presente la circostanza, già segnalata in precedenza, secondo cui chi 'crea' il *soft law* molto spesso non ha la medesima legittimazione democratica dei decisori politici 'tradizionali'.

Delle problematiche costituzionali che derivano dal sempre maggiore diffondersi del *soft law* – si pensi solo per fare due esempi particolarmente eclatanti: *a)* alle linee guida dell'ANAC; *b)* alle FAQ (sic!) pubblicate sul sito internet della Presidenza del Consiglio in tempi di pandemia (che spesso davano le vere e proprie regole di condotta da seguire) – si occupa, con apprezzabile (e condivisibile) spirito critico, Desantis. L'idea di fondo è che, di fronte a simili problematiche di cui si dirà meglio subito appresso, sia doveroso "bilanciare gli entusiasmi spesso rivolti alle potenzialità del *soft-law* con un serio vaglio delle sue criticità"³⁵.

Una prima questione da affrontare attiene alla assenza di legittimazione democratica dei soggetti che adottano proprio il *soft law*. Questi ultimi, assai spesso non provvisti "istituzionalmente" del potere di dare norme, dettano ugualmente importantissime regole in virtù di "una legittimazione fondata sulla qualificazione tecnica" e non, come dovrebbe avvenire in uno stato costituzionale, in base ad una investitura, ancorché indiretta, di stampo democratico. Da ciò deriva una sorta di "esercizio abusivo della potestà di introdurre norme nella realtà giuridica"³⁶.

Un secondo aspetto critico, strettamente connesso con quello appena evidenziato, attiene alle ricadute sul corretto funzionamento della forma di governo e su un principio cardine di questa, ovvero la separazione dei poteri. Il fatto che soggetti non incardinati all'interno del sistema istituzionale delineato dalla Costituzione adottino atti normativi ha quale effetto, evidente, quello di limitare i poteri normativi del Parlamento e di restringere la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione che di conseguenza viene menomata nel proprio fondamentale ruolo di apparato che contempera i

³⁵ V. DESANTIS, *L'avanzata del soft-law e l'arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione*, p. 2 del paper.

³⁶ V. DESANTIS, *L'avanzata del soft-law e l'arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione*, cit., p. 3 e ss. del paper.

vari interessi pubblici (e non solo) di volta in volta emergenti. In breve, come bene osserva Desantis, si ha un “arretramento delle prerogative dell’amministrazione in favore dell’avanzata di (...) nuovi plessi di potere regolatorio” che giunge al punto di “ridisegnare la distribuzione delle prerogative tra i tre poteri”, determinando fra essi un vero e proprio “squilibrio”³⁷.

Ma le problematiche che il *soft law* fa emergere attengono anche alla sfera della forma di stato e, più precisamente, alla tutela dei diritti.

Da una parte, infatti, il fenomeno in discorso incide sulla tutela giurisdizionale dei diritti. Risulta incontestabile che la regolazione, per così dire, informale produce degli effetti e penetra l’ordinamento in maniera spesso assai rilevante, ma ciò non si accompagna all’esistenza di strumenti giuridici di tutela. In breve, si hanno norme date da soggetti, come si diceva sopra, privi di legittimazione democratica che non solo impattano fortemente sulla sfera giuridica dei singoli, ma che sfuggono al controllo giurisdizionale che, sia detto per inciso, è un cardine essenziale dello stato di diritto. Non si ha, allora, la necessaria “corrispondenza” fra il piano della capacità di incidere sull’ordinamento e sui diritti “e quello, fondamentale, dell’effettività della tutela”. Di questo, è persino banale sottolinearlo, non si può non tenere conto quando si parla di *soft law* e, più in generale, di processi e procedure decisionali³⁸.

Dall’altra, va ricordato come le procedure informali di produzione delle regole rischiano, sotto più profili, di mettere in discussione un altro essenziale canone dello stato di diritto, ovvero la certezza del diritto. Fra questi, alcuni attengono proprio all’assenza di regole predefinite ‘sulla produzione’ del *soft law*. Ci si riferisce, più precisamente, al tema: *a*) della conoscibilità delle regole stesse; *b*) del regime giuridico ad esse applicabile; *c*) della ricostruzione e determinazione delle conseguenze derivanti dal loro mancato rispetto. A ciò si aggiunge una incertezza sugli strumenti di tutela che, ad ogni modo, rientra nel problema poco sopra segnalato. Nel complesso, allora, il singolo non può che provare un senso di ‘smarrimento’ di fronte al *soft law*, faticando a comprenderne il contenuto, le conseguenze, nonché le imprescindibili forme di difesa³⁹.

³⁷ V. DESANTIS, *L’avanzata del soft-law e l’arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione*, cit., p. 10 e ss. del paper.

³⁸ V. DESANTIS, *L’avanzata del soft-law e l’arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione*, cit., p. 6 e s. del paper.

³⁹ V. DESANTIS, *L’avanzata del soft-law e l’arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione*, cit., p. 12 e s. del paper.

In definitiva, non si può non riconoscere che il fenomeno in esame ha “raggiunto dimensioni così ampie da complicare”, ma si potrebbe tranquillamente dire rendere impossibile, “ogni tentativo di razionalizzazione”. Non solo. Per tutte le ragioni richiamate (sia pur in sintesi), il *soft law*, pur avendo una certa utilità, è tuttora “gravemente carente, specie nel suo rapporto con le garanzie costituzionali e le formule della normazione”. L’affermarsi di meccanismi decisionali non formalizzati, dunque estranei ai consueti circuiti di “legittimazione del potere normativo” e non soggetti all’operatività degli strumenti di tutela giurisdizionale, determina un “pericoloso arretramento della democraticità del sistema”⁴⁰.

Una situazione così problematica impone, specie allo studioso del Diritto costituzionale, un supplemento di riflessione. La ‘denuncia’, essenziale per comprendere la realtà, deve poi accompagnarsi alla individuazione dei rimedi. Di fronte all’impossibilità di eliminare il *soft law* e di riportare indietro le lancette dell’orologio, ci si deve concentrare sull’interrogativo più complesso: come porre rimedio a tutte le criticità di cui si è detto?

La domanda, a me pare, è cruciale. Tuttavia, come spesso accade quando ci si trova al cospetto di interrogativi così significativi, le risposte non sono immediate.

In questa sede, allora, non ci si può che limitare ad enunciare il tema che, però, è ineludibile se si vuole difendere i precetti del costituzionalismo e non cedere alla rassegnazione nei riguardi di una realtà che, come troppo spesso accade, rischia fortemente di piegare, con la propria forza, i principi. Per il giurista, di questo sono certo, è un dovere cercare di adeguare la realtà al principio e non lasciare che prevalga la, a volte soverchiante, tentazione di adeguare il principio alla realtà.

5. Conclusioni

La riflessione su alcuni temi classici del Diritto costituzionale ed amministrativo si è rivelato fruttuoso anche con riferimento al contesto che, specie in tempi recenti, si sta palesando come sempre più mutevole. Ciò che più risulta interessante è che, pur di fronte a problematiche nuove, l’analisi di istituti anche meno recenti è particolarmente illuminante. Volgere lo sguardo

⁴⁰ V. DESANTIS, *L’avanzata del soft-law e l’arretramento della partecipazione democratica. Spunti e riflessioni sulle tendenze della normazione*, cit., p. 14 e s. del paper.

alla tradizione, come dimostra l'esperienza da cui prendono le mosse queste brevi osservazioni, non è un mero esercizio teorico o, peggio, una perdita di tempo, ma il principale modo per affrontare le questioni della attualità e del futuro. Cambiano la realtà e i contesti, ma le lenti con cui guardare questa e questi non sono necessariamente differenti. Quel che occorre fare è adattare e, questo sì, avere la capacità di 'crearne' altre.

Ragionare sulla democrazia, sulla partecipazione e sullo sviluppo dei processi decisionali, cosa su cui si riflette da decenni, non è qualcosa che passa di moda, ma è anzi la via maestra per affrontare le sfide che il cambiamento pone.

Questo, a me pare, è un punto di partenza per iniziare un importantissimo ed ambizioso cammino che ha, quale meta finale, il raggiungimento dell'obiettivo che, per un giurista, non può essere eluso: fare in modo che il diritto non asseconi o peggio registri passivamente i cambiamenti, ma li possa guidare e soprattutto governare. Il diritto che perdesse questa prerogativa, prima ancora di divenire inutile, necherebbe sé stesso.

Abstract

Il Contributo svolge delle riflessioni sulle tematiche della partecipazione esaminati nei contributi presentati dai giovani studiosi. In particolare, sono analizzati: a) i problemi riguardanti le lobby; b) altre forme di partecipazione che influenzano i processi di decisione; c) le problematiche del soft law.

Il contributo evidenzia i punti più rilevanti dei contributi e su questi svolge alcune riflessioni dell'autore.

The paper carries out reflections on the participation issues examined in the papers presented by the PhDs. In particular, the following are analysed: a) the problems concerning lobbies; b) other forms of participation that influence decision-making processes; c) the problems of soft law.

The contribution highlights the most relevant points of the contributions and on these it develops some of the author's reflections.