

Riccardo de Caria

**Tra free speech e democrazia.
Indagine sul lobbying nel diritto
costituzionale americano e sui suoi riflessi
per l'Europa e l'Italia**



Riccardo De Caria

Tra free speech e democrazia. Indagine sul lobbying
nel diritto costituzionale americano e sui suoi riflessi
per l'Europa e l'Italia

ISBN 9788894151602



IUSE Istituto Universitario di Studi Europei
Torino
<http://iuse.it>

*Ai fini della pubblicazione sulla collana, il volume è stato oggetto di
doppia peer review*

La presente pubblicazione viene rilasciata con licenza
Creative Commons By Attribution – Non Commercial – Share
Alike <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>



«Ai Signori Membri della Camera dei Deputati

Signori,

[...] Noi subiamo l'intollerabile concorrenza di un rivale straniero che, a quanto pare, si trova in condizioni talmente superiori alle nostre, per la produzione della luce, da *inondare* il nostro *mercato nazionale* a un prezzo favolosamente ridotto; giacché, nel momento stesso in cui si fa vedere, le nostre vendite cessano, tutti i consumatori si rivolgono a lui, e una parte dell'industria francese, che ha innumerevoli ramificazioni, è tutt'a un tratto colpita dalla stagnazione più completa. Questo rivale, che altri non è che il sole, ci fa una guerra così feroce, che sospettiamo che sia aizzato contro di noi dalla perfida Albione (davvero una buona diplomazia al giorno d'oggi!), tanto più che per questa isola orgogliosa esso ha un rispetto che non ha verso di noi.

Noi vi chiediamo di voler approvare una legge che ordini la chiusura di tutte le finestre, abbaini, paralumi, paraventi, imposte, tende, lucernari, occhi di bue, tapparelle, in una parola di tutte le aperture, i buchi, le feritoie e le fessure attraverso i quali la luce del sole è solita penetrare nelle case, a danno delle belle industrie di cui noi ci vantiamo di aver dotato il Paese, che non potrebbe oggi, senza essere ingrato, abbandonarci ad una lotta così impari [...].»

Frédéric Bastiat, *Sofismi economici*, I, *Petizione dei fabbricanti di candele, ceri, lampade, candelieri, lampioni, smoccolatoi, spegnitoi, e dei produttori di sego, olio, resina, alcol, e in generale tutto ciò che concerne l'illuminazione* (1845)

Introduzione. LO STUDIO DEL *LOBBYING* IN USA, EUROPA E ITALIA TRA LIBERTÀ (DI ESPRESSIONE), (CRISI DELLA) DEMOCRAZIA E (MODI DI PRODUZIONE DEL) DIRITTO

Questo lavoro si occupa del *lobbying* da un punto di vista giuridico, e in particolare giuridico-costituzionale (comparato): analizza cioè come questa pratica, il cui impatto sul processo democratico è molto elevato e in costante crescita, sia disciplinata, e soprattutto quale sia il quadro costituzionale in cui tale regolamentazione si muova, e che cosa questo ci dica sul sistema giuridico nel suo complesso in alcuni ordinamenti particolarmente significativi: Usa, Europa (Ue e Consiglio d'Europa) e Italia.

Per studiare il diritto del *lobbying*, è senz'altro indispensabile avere una buona comprensione di ciò in cui consiste concretamente tale attività, delle sue implicazioni, di quali problemi, di ordine anche eminentemente pratico, essa sollevi, della modalità in cui si concreta l'operato dei lobbisti, dei loro incentivi e forme di compenso, e così via.

Soprattutto negli Stati Uniti, ma anche in Europa e in Italia, la materia del *lobbying* e ancor più del finanziamento elettorale è peraltro in costante e sempre più rapida evoluzione, per cui spesso la lettura dei quotidiani e dei reportage giornalistici è una prima fonte fondamentale per restare al passo con le innovazioni, che si susseguono in certe fasi politico-istituzionali a ritmo anche giornaliero.

La mia ricerca ha avuto la grossa fortuna di potersi giovare di un periodo di studio "sul campo", presso la Maine Law School di Portland, Maine, Usa, e successivamente per un breve periodo di interviste anche in quella che, nonostante la sempre più intensa concorrenza di Bruxelles, rimane la capitale mondiale del *lobbying*, Washington, DC. Durante questo soggiorno di studi ho avuto modo di incontrare diversi lobbisti ed esperti della materia, e il valore del loro contributo di prima mano è stato inestimabile.

Esiste poi un'abbondantissima letteratura di carattere principalmente economico, politologico e sociologico, che ha esplorato ogni possibile aspetto del *lobbying* secondo i punti di vista delle rispettive discipline. Questo *corpus* di studi è stato per il presente lavoro un riferimento essenziale, al fine di compiere un primo avvicinamento alla materia. Esso sarebbe troppo vasto per poterne dar conto in modo esaustivo, per quanto sinteticamente, in questa sede.

Vi è però un filone di studi che su tutti si distingue e che merita quindi di essere ricordato, quello della *public choice school*, i cui insegnamenti sono preziosissimi per evitare di fermarsi all'apparenza del dato positivo, e leggere invece la sostanza economico-politica dei rapporti di forza e d'interesse che stanno dietro ogni "scelta pubblica". Guardare al *lobbying* e alle sue conseguenze con questa lente è quindi a mio avviso estremamente utile, quanto meno sul piano analitico.

Si tratta di un insieme piuttosto variegato di riflessioni, accomunate dall'applicazione degli strumenti dell'analisi economica allo studio dei fenomeni tipicamente rientranti nel dominio della scienza politica e delle scienze sociali¹. In generale, gli studiosi di questo

¹Non è possibile qui fornire un resoconto dei testi e degli autori principali di questo orientamento, perché ciò richiederebbe troppo spazio. Ci si limita a ricordare alcuni testi che danno conto delle tesi principali della *public choice theory*, con particolare attenzione ai suoi rapporti col diritto pubblico e costituzionale: D.A. Farber, A.J. O'Connell (Eds.), *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, Elgar, Cheltenham, UK – Northampton, MA, Usa, 2010 (in particolare, sui gruppi d'interesse, v. il cap. II, ad opera di S. Croley, *Interest Groups and Public Choice*, 49-87); J.L. Marshaw, *Greed, chaos, and governance: using public choice to improve public law*, Yale University Press, New Haven, CT, Usa – London, UK, 1997 (in particolare, sui gruppi d'interesse, v. 15-21 e

orientamento descrivono in modo disincantato il processo politico, come una sorta di “mercato delle leggi” in cui riescono vincitori i migliori offerenti o comunque i soggetti meglio organizzati². In questo quadro, è centrale l’indagine di come operino i gruppi di interesse³, di quali strategie usino per raggiungere i propri obiettivi, di quali tecniche e strategie permettano loro di ottenere i maggiori risultati, e così via. Il *lobbying* è, tra questi strumenti, uno dei principali.

Così, viene indagato a quali condizioni esso sia più efficace, e le variabili in gioco sono la distribuzione dei costi e quella dei benefici: tanto gli uni quanto gli altri possono essere diffusi o concentrati. Si danno così quattro ipotesi: 1) con costi diffusi e benefici diffusi, non c’è incentivo alla creazione di gruppi di pressione; 2) all’opposto, con costi concentrati e benefici concentrati, vi saranno molti gruppi di interesse e molto attivi, e il legislatore tenderà a trasferire la ricerca di una composizione tra gli interessi in conflitto davanti ad autorità amministrative indipendenti; 3) con costi diffusi ma benefici concentrati, sarà incentivato il *free riding* di coloro che traggono beneficio dall’azione di *lobbying* di altri senza sopportarne i costi; 4) infine, con costi concentrati e benefici diffusi, gli interessi avversi ad un determinato intervento legislativo cercheranno di opporvisi “catturando” le autorità amministrative chiamate ad attuarlo, o influenzando quelle giurisdizionali⁴.

Si comprende quindi un fatto in apparenza per nulla scontato: l’esigua consistenza numerica di un gruppo di pressione non è necessariamente fonte di debolezza politica per quel gruppo. Infatti, se ben organizzato, esso può agire anzi in modo più efficace di gruppi più numerosi, concentrando i benefici derivanti dalla propria azione e dunque massimizzando i vantaggi derivanti a loro come *principal* e al politico come *agent* da una prassi di scambi

32-40); D.A. Farber, P.P. Frickey, *Law and public choice: a critical introduction*, The University of Chicago Press, Chicago, IL, Usa – London, UK, 1991 (in particolare, sui gruppi d’interesse v. il cap. 1, *Interest Groups and the Political Process*, 12-37); G. Silvia D’Aietti, *Individuo, istituzioni, scelte pubbliche: problemi di razionalizzazione del comportamento dei soggetti pubblici nel processo decisionale: Hayek, Simon, Buchanan e la svolta della public choice. L’economia della burocrazia, dell’informazione e il superamento del malfunzionamento delle istituzioni*, CEDAM, Padova, 1990 (in particolare, sui gruppi d’interesse v. il cap. II, 9-22, *L’«asimmetria informativa» e il ruolo che gli individui possono svolgere nel processo di formazione delle decisioni (elettori, rappresentanti eletti, burocrati, gruppi di pressione)*); J.D. Gwartney, R.E. Wagner (Eds.), *Public choice and constitutional economics*, Jai Press, Greenwich, CT, Usa – London, UK, 1988; I. McLean, *Public Choice: an Introduction*, Blackwell, New York, 1987 (in particolare, sui gruppi d’interesse v. il cap. 4, *Lobbying: The Role of Interest Groups*, 62-80).

²Cfr. G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico: teorie, applicazioni e limiti*, il Mulino, Bologna, 2009: v. in particolare il cap. IV, intitolato appunto *Il mercato delle leggi*, nonché l’abbondante bibliografia ivi contenuta.

³L’autore che inaugurò lo studio dei gruppi d’interesse in questa prospettiva è Mancur Olson, con il suo fondamentale lavoro *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., Usa, 1965.

⁴G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica*, cit., p. 172. Sull’influenza delle autorità giurisdizionali, v. il cap. IX.

reciproci che recano beneficio ad entrambi⁵.

Ma il *lobbying* non ha solo la funzione di convincere: esso ha anche una fondamentale funzione informativa⁶, cioè di fornire al pubblico funzionario tutta una serie di informazioni tecniche che egli non è in grado di reperire autonomamente, o che impiegherebbe comunque molto più tempo a reperire⁷. Come sintetizzò il Presidente John Fitzgerald Kennedy con una celeberrima battuta, «*A lobbyist needs ten minutes and three pages to explain me a problem. My aides need three days and a ton of paper work*».

Ciò da un lato rende quasi indispensabile per qualunque politico avvalersi dell'apporto conoscitivo dei gruppi d'interesse; d'altro lato spiega il loro potere persuasivo, perché essi e i loro rappresentanti tenderanno a mantenersi sempre aggiornati e ben informati nelle materie di loro interesse, molto più di quanto non sia realisticamente possibile specialmente per un parlamentare, che si deve occupare delle questioni più diverse, con un tempo a disposizione molto limitato. In effetti, mentre per gli elettori comuni sarà razionale rimanere fondamentalmente ignoranti, perché il costo di acquisizione delle informazioni è per loro largamente superiore a qualunque beneficio ne potranno mai trarre, i gruppi di pressione saranno invece in grado di trarre un diretto vantaggio dalle informazioni che acquisiscono, e allora varrà la pena per loro sostenere i costi di tale acquisizione⁸.

A sua volta, questo fa sì, secondo gli studiosi di *public choice*, che la legislazione possa essere vista – cinicamente, contestano i critici – come nient'altro che il prodotto dell'azione di *lobbying* dei gruppi d'interesse, i quali competono per assicurarsi leggi a loro favorevoli⁹. I legislatori rappresentano il lato dell'offerta nel mercato politico, e i gruppi d'interesse competono per “comprare” dai legislatori la legislazione a loro più favorevole: e il vincitore sarà molto semplicemente il miglior offerente, il che spiega il senso di un'altra celeberrima battuta in argomento di un uomo politico, ovvero Otto von Bismarck, secondo cui era meglio che il popolo non venisse mai a sapere il modo in cui venivano fatte due cose: le salsicce e le leggi.

In breve, secondo la disincantata, ma in larga misura condivisibile analisi degli studiosi

⁵G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica*, cit., pp. 168-170.

⁶G. Silvia D'Aietti, *Individuo*, cit., 16-18.

⁷L'apporto dei lobbisti avviene, inoltre, non solo sul piano dei contenuti, ma anche su quello della tecnica legislativa di redazione degli atti, o *drafting*: cfr. F. Lanchester, «*Drafting*» e *procedimento legislativo in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Bulzoni, Roma, 1990, 74.

⁸Il richiamo è alla nota riflessione svolta sull'ignoranza razionale dell'elettore svolta per primo da A. Downs, *Teoria economica della democrazia*, il Mulino, Bologna, 1988, 290 ss..

⁹Uno degli Autori principali che hanno espresso queste posizioni è il Nobel per l'economia G.J. Stigler: v. in particolare il volume *The Citizen and the State: Essays on Regulation*, The University of Chicago, Chicago, IL, Usa, 1975, e il saggio *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.* 3 (1971).

di *public choice*, chi è in grado di “catturare il regolatore”¹⁰ e ottenere una legislazione favorevole conquista una rendita (si parla infatti costantemente di *rent-seeking*¹¹) a spese della collettività, essendo però l’unico a godere dei relativi benefici. Prendendo a prestito un’espressione molto comune al di fuori degli studi di *public choice*, potremmo dire quindi che questa opera dei gruppi d’interesse produrrà come conseguenza “*the best Congress money can buy*”¹², il che a sua volta segnala quanto sia strettamente connesso con lo studio del *lobbying* quello del finanziamento elettorale, cui dedicherò pertanto apposito spazio nell’ambito di questo lavoro, come dirò più ampiamente tra breve.

Se dunque le intuizioni della *public choice* sono impareggiabili per avere una comprensione profonda del fenomeno del *lobbying*, in questo lavoro, come detto, l’attenzione preminente sarà però rivolta a mettere in luce le risposte costituzionali e normative date al *lobbying* negli ordinamenti considerati, giungendo a mostrare, tra le altre cose, come tali risposte inducano appunto a classificarli ai due estremi di un ideale asse che legge il *lobbying* o come *species* della libertà di parola ovvero all’opposto come strumento di promozione della democrazia.

Quanto alla letteratura scientifica italiana, il *lobbying* è naturalmente un fenomeno ben noto anche ad essa, essendo stato indagato da studiosi di varie discipline, con riferimento sia all’ordinamento italiano stesso, sia ad altri ordinamenti. Tradizionalmente, in Italia se ne sono occupati però soprattutto gli economisti, gli scienziati politici e gli scienziati sociali: a differenza che negli Usa, e più similmente invece all’Europa, sono relativamente meno numerosi, invece, gli studi di carattere più prettamente giuridico e vi sono quindi ancora proficui filoni di indagine da percorrere¹³.

In un suo lavoro del 2011¹⁴, Pier Luigi Petrillo ha avuto il merito tra gli altri di sistematizzare la dottrina soprattutto italiana in argomento, compiendo un’analisi degli aspetti caratterizzanti della disciplina del *lobbying* in Gran Bretagna, Canada, Usa, Unione europea e Italia, e proponendo un’interessante classificazione di tali ordinamenti in tre modelli, rispettivamente regolamentazione-trasparenza per Gran Bretagna e Canada, regolamentazione-partecipazione per Usa e Ue, regolamentazione-strisciante per l’Italia.

L’attenzione del lavoro di Petrillo è rivolta soprattutto a indagare come il fenomeno del

¹⁰Sulla “cattura del regolatore”, v. ad es. J.J. Laffont, J. Tirole, *The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 *Quart. J. Econ.* 1089 (1991); M.E. Levine, J.L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, 6 *J. L. Econ. Org.* 167 (1990).

¹¹La nozione fu coniata da A.O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 *Am. Econ. Rev.* 291 (1974). Ma uno degli autori che maggiormente hanno studiato il fenomeno è Gordon Tullock: un suo lavoro precedente all’articolo della Krueger, del 1967, non impiegava la dicitura *rent-seeking* ma descriveva lo stesso fenomeno: *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, 5 *West. Econ. J.* 224 (1967); v. poi, tra le molte opere dedicate al tema da questo autore, il volume che nel 2005 ha raccolto i suoi principali scritti in argomento: *The Rent-Seeking Society*, Liberty Fund, Indianapolis, IN, Usa, 2005.

¹²Questa frase si deve all’umorista americano Will Rogers, ed è ripetuta costantemente nel parlare della materia; è anche il titolo di un lavoro del 1988 (Pantheon Books, New York, NY, Usa) del giornalista, scrittore e politico P.M. Stern, critico nei confronti dell’influenza del denaro sull’esito delle elezioni e quindi indirettamente su quali leggi il Congresso approverà.

lobbying e la sua disciplina siano destinati ad influenzare il ruolo del Parlamento, e i rapporti tra questo organo e gli altri poteri dello Stato, ovvero la forma di governo.

Anche in questa sede si guarderà al *lobbying* dal punto di vista giuridico, e in particolare del diritto costituzionale comparato. Tuttavia, la mia attenzione sarà rivolta piuttosto, volendo usare un'espressione di sintesi, ai rapporti tra il *lobbying* e la forma di Stato. In particolare, è possibile individuare due poli idealmente antitetici, ovvero la riconduzione del *lobbying* ad una forma di manifestazione del pensiero e all'opposto la sua interpretazione come strumento di tutela e affermazione dell'ideale democratico.

Nel guardare al *lobbying*, e quindi nello scegliere se regolamentarlo o meno (e, in caso affermativo, come farlo), si contrappongono dunque l'esigenza di garantire da un lato

¹³Tra i principali studi di carattere monografico in lingua italiana sul fenomeno in generale, esclusi i lavori di cui dirò tra un momento nel testo, ricordo in ordine cronologico dal più recente: G. Sgueo, *Lobbying & lobbismi: le regole del gioco in una democrazia reale*, EGEA, Milano, 2012; M. Mazzoni, *Le relazioni pubbliche e il lobbying in Italia*, Latenza, Roma-Bari, 2010; G. Mazzei, *Lobby della trasparenza. Manuale di relazioni istituzionali*, Centro di Documentazione Giornalistica, Roma, 2009; G. Pirzio Ammassari, *Élites e processi decisionali tra politica ed economia: analisi di casi*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; M. Menni, *L'intermediazione di interessi: lobbying*, Aracne, Roma, 2007; L. Graziano, *Le lobbies*, Laterza, Roma-Bari, 2007²; *Id.*, *Lobbying, pluralismo, democrazia*, NIS, Roma, 1995; G. Colavitti, *Rappresentanza e interessi organizzati: contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Giuffrè, Milano, 2005; M. Fotia, *Le lobby in Italia. Gruppi di pressione e potere*, Dedalo, Bari, 2002; M. Caligiuri (a cura di), *Le lobbies: queste "conosciute"*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001; L. Cedroni, *Partiti politici e gruppi di pressione*, Aracne, Roma, 2000; G. Bognetti, *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, Giuffrè, Milano, 1998; D. Fisichella, *L'altro potere: tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari, 1997; *Id.* (a cura di), *Partiti e gruppi di pressione*, il Mulino, Bologna, 1972; R. Brancoli, *In nome della lobby. Politica e denaro in una democrazia*, Garzanti, Milano, 1994; L. Morlino (a cura di), *Costruire la democrazia: gruppi e partiti in Italia*, il Mulino, Bologna, 1994; P. Trupia, *La democrazia degli interessi: lobby e decisione collettiva*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1989; M. Franco, *Lobby. Il parlamento invisibile: candidati, gruppi di pressione e finanziamenti elettorali nell'America degli anni '80*, Edizioni del Sole-24 Ore, Milano, 1988; G. Pasquino, *Istituzioni, partiti, lobbies*, Laterza, Roma-Bari, 1988; AA.VV., *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, CEDAM, Padova, 1986; E. De Marco, *La «negoziatura legislativa»*, CEDAM, Padova, 1984; J. La Palombara, *Clientela e parentela: studio sui gruppi d'interesse in Italia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1967.

Tra i contributi su riviste o in volume ricordo infine, tra i molti, L. Lanzalaco, *Gruppi di pressione*, in G. Capano, M. Giuliani (a cura di), *Dizionario di politiche pubbliche*, Carocci, Roma, 2014; T. Checcoli, *Il fenomeno del lobbying negli Stati Uniti e nell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2006, f. 4, 719-742; A. Natalini, *Il management della regolazione*, in G. de Caprariis, G. Vesperini (a cura di), *L'Italia da semplificare. Vol. 2: Le regole e le procedure*, il Mulino, Bologna, 1998, 233 ss.; E. De Marco, *Gruppi di pressione, procedimento legislativo e realizzabilità delle leggi*, in *Rass. parl.*, 1996, f. 4, 940 ss.; *Id.*, *Negoziatura legislativa e centri di influenza*, in M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, CEDAM, Padova, 1990, 181 ss.; F. Garella, *I gruppi di pressione nel parlamento italiano*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 4*, 85 ss. (1994); L. Graziano, *Partiti e lobbies: riflessioni sul caso americano*, in M. Vaudagna (a cura di), *Il partito politico americano e l'Europa*, Feltrinelli, Milano, 1991, 194-210; B. Facchetti, *Lobby, una riforma istituzionale*, in *Biblioteca della libertà*, lug.-sett. 1990, n. 110, 79; P. Trupia, *Negoziatura legislativa e centri di influenza*, in M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, 725 ss.; G. Pasquino, *Gruppi di pressione* (voce), in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983², 496-505; G.A. Almond, *Sistemi politici e gruppi di pressione*, in G. Sartori (a cura di), *Antologia di scienza politica*, il Mulino, Bologna, 1975, 337-342; H. Eckstein, *La politica dei gruppi di pressione*, in G. Sartori (a cura di), *Antologia*, cit., 325-336; D. Fisichella, *Partiti politici e gruppi di pressione*, in G. Sartori (a cura di), *Antologia di scienza politica*, cit., 271-284. Mi permetto infine di richiamare altresì il mio *Lobbying e finanziamento elettorale negli Usa al tempo di Obama*, in E. Palici di Suni (a cura di), *La presidenza Obama nel sistema costituzionale statunitense: novità e riconferme*, ESI, Napoli,

quell'insieme di prerogative e valori che nel diritto costituzionale americano rientrano nell'ampia sfera della *freedom of speech* (o più semplicemente *free speech*) e, dall'altro, una competizione democratica ad armi pari, in cui i diversi attori siano posti in una condizione di parità effettiva, secondo una concezione sociale, che caratterizza maggiormente il Vecchio Continente.

Come si vedrà, il primo polo corrisponde in effetti tipicamente al modo di intendere il *lobbying* proprio del sistema statunitense, mentre il secondo all'approccio seguito nell'Unione europea e nel Consiglio d'Europa, considerati qui come ordinamenti a sé stanti e complessivamente designati come "Europa", nonché a livello italiano, dove pure, come si vedrà, non esiste una legge nazionale in materia. Gli ordinamenti ora menzionati saranno dunque i principali oggetti di osservazione del presente lavoro.

A differenza dell'impostazione seguita da Petrillo, che guarda al *lobbying* soprattutto nei suoi riflessi sulla forma di governo, e da questo angolo visuale ricomprende Stati Uniti ed Europa nella stessa categoria della regolamentazione-partecipazione (che caratterizza quella che viene definita forma di governo "a interessi garantiti"), qui invece, nel fare riferimento più che altro a come il *lobbying* caratterizza e influenza il rapporto tra potere pubblico e cittadini, ovvero la forma di Stato, USA da un lato, ed Europa e Italia dall'altro, saranno visti agli antipodi. L'auspicio è che la prospettiva qui adottata possa contribuire utilmente ad aggiungere un punto di osservazione diverso, per approfondire ulteriormente la ricostruzione del fenomeno studiato.

L'anno successivo al lavoro di Petrillo, è stato poi pubblicato uno studio di Maria Cristina Antonucci¹⁵, dedicato all'Unione europea e all'Italia, dove si compie un'esaustiva e aggiornata analisi di diritto positivo, unita ad alcune interessanti riflessioni sul contesto politico-istituzionale italiano e su come il *lobbying* si iscriva in esso.

Ancor più recentemente, poi, Roberto Di Maria, in un suo lavoro del 2013¹⁶, guardando anch'egli alla materia soprattutto dal punto di vista della rappresentanza politica, ha approfondito la disciplina degli Stati Uniti, mettendola poi in relazione con alcuni temi di rilevanza generale, dunque anche per l'ordinamento italiano, come il pluralismo democratico e anche in questo caso la forma di governo.

Infine, è del 2014 uno studio comparato a cura di Lorenzo Cuocolo e Gianluca Sgueo¹⁷

2010, 97-139, di cui ho ripreso consistenti parti nel corso del testo.

¹⁴P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁵M.C. Antonucci, *Rappresentanza degli interessi oggi. Il lobbying nelle istituzioni politiche europee e italiane*, Carocci, Roma, 2012. Della stessa Autrice, v. anche *Lobbying e terzo settore: un binomio possibile?*, Nuova Cultura, Roma, 2014.

¹⁶R. Di Maria, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed interferenze del modello statunitense*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

¹⁷L. Cuocolo, G. Sgueo (a cura di), *Lobby. La rappresentanza di interessi*, RULES Research Unit Law and Economics Studies, Paper No. 2014-13.

in cui, dopo un primo capitolo di carattere comparatistico che tratta di Stati Uniti, Unione europea, Slovenia, Austria e Regno Unito, individuando tre modelli tendenziali (assenza di regolamentazione, stadio intermedio e infine piena garanzia di partecipazione, polo in cui vengono fatti rientrare – solo – Usa e Ue), si considerano tre possibili ipotesi per la regolamentazione del *lobbying* (“incentivi”, “gabbia” e “inclusione”), si analizzano poi utilmente i rapporti tra lobby e autorità indipendenti e l’operato delle lobby a livello di articolazioni territoriali minori (aspetti decisamente meno esplorati dalla letteratura), per chiudere con una riflessione sulla professione di lobbista.

Nel compiere la mia analisi, dopo un capitolo iniziale in cui affronterò la questione definitoria, dedicherò anch’io considerevole attenzione agli Stati Uniti, descrivendo in dettaglio la regolamentazione, dalle sue origini a quella attuale, ma soprattutto la giurisprudenza costituzionale elaborata negli Usa sull’argomento. Gli Stati Uniti infatti sono certamente un punto di riferimento imprescindibile per lo studio della materia, per via del notevole grado di approfondimento cui è giunta la riflessione sulla protezione o restrizione del *lobbying* in terra americana, ed in effetti proprio per questo mi concentrerò con particolare cura sulla giurisprudenza costituzionale, perché a mio avviso (e probabilmente, in questo, un po’ diversamente dagli altri lavori ricordati) si trova lì il cuore e l’aspetto più originale dell’approccio americano al *lobbying*.

Una precisazione s’impone sin d’ora: per quanto riguarda la regolamentazione, sarà considerata soltanto la disciplina federale. Da quando, nel 2007, sono entrate in vigore le regole adottate dalla Pennsylvania, tutti gli Stati dell’Unione hanno in effetti una propria apposita legislazione sul *lobbying*¹⁸, ma esula certamente dagli scopi del presente lavoro considerarle tutte, per cui la trattazione sarà riferita alla disciplina nazionale, che in ogni caso funge da punto di riferimento per tutte le altre¹⁹.

Nell’ambito dell’analisi dell’ordinamento americano, mi soffermerò anche sulla disciplina (sempre federale) del finanziamento elettorale, tema a sé stante rispetto al *lobbying*, ma ad esso legato molto strettamente. Negli Stati Uniti, si tratta di uno dei temi attualmente oggetto delle maggiori discussioni tra i costituzionalisti e non solo, a seguito di una serie di importanti pronunce della Corte Suprema: soprattutto la celebre sentenza *Citizens United v. FEC* del gennaio 2010, affermando come vedremo che il divieto di effettuare spese con finalità politiche da parte delle *corporation* è incostituzionale, perché alle *corporation* (e alle *union*) deve essere garantito il diritto alla libertà di parola del Primo Emendamento come alle persone fisiche, ha posto questo tema al centro del dibattito pubblico, ben oltre i confini degli specialisti.

Sul piano fattuale, il finanziamento della politica è uno dei canali principali attraverso cui passa l’influenza dei lobbisti sul mondo politico in generale²⁰: i lobbisti svolgono infatti

¹⁸W.N. Eskridge, P.P. Frickey, E. Garrett, *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, West Publishing, St Paul, MN, 2007⁴, 353.

¹⁹Il testo più noto sulla disciplina sul lobbying dei singoli Stati americani è D.E. Poisson (Ed.), *Lobbying, PACs, and Campaign Finance: 50 State Handbook*, Thomson Reuters, Eagan, MN, 2015.

²⁰Diffusamente sul tema, v. L.W. Powell, *The Influence of Campaign Contributions on the Legislative Process*, 9 *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 75 (2014).

anche e prima di tutto in questo campo quel ruolo di “stabile intermediazione”, come lo definirò nel prosieguo, tra interessi costituiti e pubblici decisori. Esistono al riguardo regole che cercano di garantire la trasparenza di questo ruolo di intermediazione, imponendo che venga reso noto al pubblico quando dei finanziamenti giungono ad un politico per il tramite di un lobbista.

Ma soprattutto, il finanziamento elettorale va affrontato in questa sede per via della forte consonanza tra i motivi ispiratori della disciplina di quest’ultimo settore e quella (cui si è approdati) in materia di *lobbying*. È dunque fondamentale tener conto di tale disciplina e ancor più, anche in questo caso, delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza costituzionale riguardo ad essa, perché così facendo si ha modo di inquadrare più correttamente la materia del *lobbying* nel suo contesto costituzionale: tanto il *lobbying* quanto il finanziamento elettorale sono parte integrante di quella giurisprudenza in materia di Primo Emendamento che è una cifra caratteristica dell’intero costituzionalismo americano, per cui pare doveroso trattarli congiuntamente.

Certamente, trattare a fondo del finanziamento elettorale conduce ad allontanarsi per un tratto dal centro specifico della nostra attenzione. Ma più in generale, anche nella trattazione del *lobbying* ho selezionato materiale relativo ad aspetti all’apparenza minori, o comunque anch’essi in parte eccentrici rispetto all’attività di *lobbying* in senso stretto, come ad esempio le questioni relative all’opera di persuasione effettuata non in modo centralizzato ad opera di un singolo lobbista, ma in modo diffuso da parte dell’elettorato (il cosiddetto *grassroots lobbying*).

Lo spazio dedicato questi aspetti è frutto di una precisa scelta, che consiste nella volontà di indagare in primo luogo la grande questione della liceità o meno dell’attività che ci occupa; data un’acquisita risposta affermativa al riguardo, e chiariti quindi i principi generali ricavabili dalla giurisprudenza che informano la legislazione in materia, il campo di osservazione si allarga, concentrandosi su alcune particolari modalità di esercizio del *lobbying*, che possono porre problemi particolari; esaurito anche questo aspetto, si va a questo punto in profondità, considerando alcune questioni di maggior dettaglio utili a tracciare un’immagine ad alta definizione dello stato dell’arte del *lobbying*. Infine, con movimento a parte e a sé stante, si torna ad allargare il campo al finanziamento elettorale, fondamentale per le ragioni riferite poco sopra.

Per comodità espositive, tratterò prima delle regole più risalenti, poi della giurisprudenza e infine della normativa attualmente vigente, ma inevitabilmente si tratta di questioni tra di essere strettamente intrecciate, come cercherò di dar conto passo passo.

Terminata l’ampia disamina dell’ordinamento americano, analizzerò poi la situazione europea, considerando sia l’Unione europea sia le istituzioni del Consiglio d’Europa, e tracciando le sostanziali differenze di approccio giuridico tra una sponda e l’altra dell’Atlantico.

In Europa, la riflessione sul *lobbying* – e sul finanziamento elettorale, di cui tratterò pure qui in analogia a quanto fatto con riguardo agli Usa, anche se più brevemente perché non si applicano qui le stesse considerazioni svolte con riguardo agli Usa – non ha sinora assunto dimensioni paragonabili a quelle degli Usa, e anche in conseguenza di ciò l’Europa non ha avuto in materia una giurisprudenza di carattere costituzionale in alcun modo paragonabile a quella propria della Corte Suprema americana, ma ancora una volta ciò è cruciale per comprendere il modo in cui la regolamentazione è congegnata nel momento attuale e le ragioni di questa impostazione.

Al di là della (scarna) giurisprudenza delle corti di Lussemburgo e Strasburgo in argomento, e della esilissima regolamentazione esistente nell'Ue, per quanto riguarda l'Europa, la principale fonte oggetto di analisi saranno dunque i documenti, per la maggior parte di *soft law*, delle istituzioni che si sono occupate di questo argomento, da cui si ricavano comunque indicazioni molto precise.

Cercherò così di mostrare come la riconduzione del *lobbying* all'uno o all'altro polo sia carica di conseguenze: in particolare, data la centralità della protezione della libertà di espressione negli Usa, dove il Primo Emendamento – che la tutela – è una disposizione chiave dell'intero sistema costituzionale, il fatto che il *lobbying* rientri anch'esso in tale sfera fa sì che goda di conseguenza di una tutela estremamente forte²¹. Per converso, là dove, come in Europa, il *lobbying* è più tipicamente uno strumento per la promozione della democrazia e del suo carattere partecipativo, cambiano il modo di intenderlo e i principi con cui la sua tutela viene bilanciata, anche se poi ciò non si traduce (ancora?) in una restrizione regolamentare ampia come quella che uno potrebbe attendersi alla luce di questa premessa, e questa discrasia sarà analizzata in dettaglio.

Peraltro, a dispetto delle notevoli differenze con gli Usa, quando anche nell'Unione si è deciso di regolare il *lobbying*, si sono comunque posti problemi simili: la comparazione delle relative risposte, consentirà così di mettere in evidenza alcune differenze profonde nel modo stesso di intendere il diritto e di concepire il posto dell'individuo nell'ambito di un sistema democratico, e le funzioni e i caratteri di questo stesso sistema.

Si tratta, come dirò, di una comparazione asimmetrica, e ciò non solo per via della diversissima impostazione concettuale alla base del modo di guardare al *lobbying* nei due ordinamenti sin qui esaminati, ma anche per la non completa coincidenza di oggetti comparati. In taluni casi la medesima questione è stata affrontata (e risolta) nei due sistemi giuridici, ma inevitabilmente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale segue logiche sue proprie, in parte dettate da *path dependency* e in parte perfino casuali, ma in ogni caso non curandosi troppo di quanto accade altrove.

In parte per questo, in parte proprio per effetto delle diverse premesse concettuali, sarebbe illusorio pretendere di comparare la soluzione data ad un problema con la soluzione data a quello stesso problema nell'altro ordinamento, semplicemente perché quel problema non è stato affrontato, o quanto meno non in quegli esatti termini, in quest'altro ordinamento; tuttavia, se ne è affrontato un altro, che nel primo invece era stato magari tralasciato.

Il risultato è per l'appunto asimmetrico, più del tasso normale di asimmetria proprio di qualunque opera di comparazione, necessariamente mai opera geometrica, ma cionondimeno, a mio avviso, si tratta di un'opera di comparazione possibile e anzi feconda. Anche per differenza, infatti, è possibile illuminare alcuni tratti interessanti degli ordinamenti considerati, e da lì poi trarre alcune considerazioni ulteriori su un piano più generale, come dirò tra un istante.

Infine, dopo l'articolata analisi dell'Europa, darò conto più brevemente dello stato dell'arte della materia anche nel diritto italiano, riflettendo sulle ragioni della già richiamata assenza di una disciplina a livello nazionale. L'Italia è in effetti un caso emblematico di *lobbying* fortemente percepito (in modo negativo), ma sostanzialmente deregolato, e questa tensione ha cause e conseguenze che vale la pena di esplorare. Qui l'asimmetria si fa ancor più consistente, essendo in larga misura proprio mancante l'oggetto della comparazione sotto

²¹In generale, v. lo studio, risalente ma ancora piuttosto citato, di H. Eastman, *Lobbying: A Constitutionally Protected Right*, AEI Press, Washington, D.C., 1977.

molti versanti, ma potendosi comunque riflettere utilmente sulle ragioni di tale quadro regolatorio e giurisprudenziale; con riferimento all'Italia, ho ritenuto di tralasciare la questione del finanziamento elettorale, perché non direttamente connessa con la materia del *lobbying* nella prassi, né strettamente legata da un'identità di *ratio* dal punto di vista regolamentare, giurisprudenziale o di *soft law*, a differenza che negli altri due ordinamenti (in effetti, mentre manca in Italia una disciplina sul *lobbying*, esiste da tempo un dettagliato impianto normativo del finanziamento elettorale, che ha sempre vissuto di vita autonoma).

Da ultimo, concluderò con una riflessione complessiva sugli esiti dell'indagine svolta, sui cui obiettivi di più ampio respiro vorrei dire sin d'ora alcune parole. Studiare il *lobbying* è in effetti sempre più importante per conoscere il reale funzionamento di un sistema politico e dunque per chiunque si accosti allo studio della democrazia, dei suoi limiti e dei suoi esiti.

Ma v'è di più, ed è il motivo per cui è particolarmente rilevante che ci si accosti al fenomeno anche da prospettiva strettamente giuridica, oltre che politologica, sociologica ed economica: studiare il *lobbying* e quindi approfondire il modo in cui le leggi sono prodotte è un modo formidabile per andare a fondo di un sistema giuridico, e quindi per conoscere il suo diritto.

Dedicherò dunque il corposo paragrafo finale, oltre che alla sintesi delle conclusioni raggiunte dall'indagine effettuata, alla discussione di che cosa lo studio del *lobbying* ci dica sul modo di intendere il diritto e la sua produzione, nonché più in generale la democrazia e il suo funzionamento, nei rispettivi ordinamenti.

Rimane senz'altro centrale a questo proposito la distinzione tra Legge e Diritto, ovvero tra *legislation* e *law*, messa a fuoco in modo mirabile dall'Hayek di *Legge, legislazione e libertà*²²: il *lobbying* produce inevitabilmente un'ipertrofia legislativa e dunque un grande numero di leggi. Di per sé, esse si distinguono dal Diritto nella sua accezione più seria e storicamente fondata, inteso come stratificazione di regole e principi, di carattere in parte consuetudinario e in parte di produzione giurisprudenziale (in senso lato, come comprensiva anche del diritto dei giuristi), ma a forza di sovrapporsi ad esso finiscono col pervertirlo e corromperlo al punto da confondersi con e sostituirsi ad esso. Il Diritto rischia così di essere sempre più assimilato all'insieme di testi di legge e regolamento che compaiono sulla Gazzetta Ufficiale, in parallelo ad un sempre più marcato fenomeno di (ri)positivizzazione.

Ma più che ad Hayek, la cui riflessione sul diritto, nella sua altra grande opera precedente, *La società libera*²³, si era in realtà mossa all'interno del valore della *rule of law* e dello stato di diritto, considerati peraltro come concetti per larghi versi equivalenti e intercambiabili, nell'ultima parte di questo lavoro guarderò soprattutto ad altri due autori, il cui recupero all'attenzione degli studiosi ritengo potrebbe portare un contributo molto prezioso ad una visione più completa del fenomeno studiato. Da un passaggio di uno dei due deriva il titolo complessivo di questo scritto; l'altro influenzò in modo decisivo l'evoluzione del pensiero dello stesso Hayek da quello della *Società libera* a quello condensato in *Legge, legislazione e libertà* (anche se in quest'opera l'autore austriaco non riconobbe mai adeguatamente questo suo debito intellettuale, limitandosi ad alcune scarse, e neppure troppo gentili, note a piè di pagina, ma a mio avviso è il suo il pensiero più originale sul diritto e più meritevole di riscoperta).

²²F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, il Saggiatore, Milano, 2010 [1973].

²³F.A. von Hayek, *La società libera*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011 [1960].

A mio avviso, una rinnovata diffusione delle riflessioni giuridiche in questione consentirebbe altresì di dare una lettura più ricca di sfumature anche della sempre più marcata, e sempre più stigmatizzata, almeno negli ordinamenti considerati, cessione ai gruppi d'interesse (o *lobby*), e alla negoziazione tra di essi, del potere di fatto di produrre regole vincolanti per tutti.

Questa apparente “privatizzazione” della produzione del diritto si espone in effetti senza dubbio ad una serie di considerazioni critiche sul piano assiologico. Da un lato, è vero che essa potrebbe essere salutata da taluno, in ottica di *public choice* e di *constitutional law and economics*, come un positivo avvicinamento di *principal* e *agent*, rappresentato e rappresentante. D'altro lato, è però possibile osservare che, a ben vedere, questa presa di possesso del processo di produzione normativa da parte delle *lobby* è in realtà lungi dall'essere una competizione ad armi pari. Vuoi perché – per qualcuno – la disponibilità o meno di denaro è in grado di influenzare in modo potenzialmente molto forte il processo; vuoi perché – per altri –, a prescindere dalle regole sul finanziamento elettorale, nel procedimento normativo chi vince non è necessariamente chi sostiene la posizione preferibile, ma il più attrezzato nel gioco dello scambio di favori con il *policy-maker*, all'atto pratico il *lobbying* sembra produrre un allontanamento del diritto dalla sua innata tensione ad un progressivo avvicinamento ad un ideale di giustizia, e un appiattimento invece su una sequela interminabile di micro-comandi e redistribuzioni di ricchezza.

Sta di fatto che lo studio del *lobbying* nel Paese dove è nata prima e dove ha sinora raggiunto il grado di approfondimento più avanzato la riflessione su di esso, e poi nell'ordinamento dove è in più rapida crescita, e infine – se pur più brevemente – in uno dove non ha mai smesso di essere praticato, ma senza incontrare sulla sua strada regole giuridiche di tipo conformativo, può quindi costituire uno spunto anche per un recupero dell'ideale di giustizia nel diritto in ciascuno di questi sistemi giuridici.

In questo ordine di considerazioni, mi auguro possa essere ravvisato un contributo di qualche utilità alla pur già copiosa letteratura esistente, che anche a livello internazionale ha solitamente dedicato la gran parte delle attenzioni alle discipline di diritto positivo, proponendo categorizzazioni molto interessanti e scientificamente preziose – anche in eventuale ottica *de iure condendo* – delle norme esistenti, e talvolta compiendo sforzi davvero notevoli di misurazione della loro efficacia²⁴, ma forse lasciando ancora spazio per qualche riflessione di natura diversa, e in particolare di ordine costituzionale e di teoria del diritto: da qui la particolare attenzione che ho voluto riservare alla giurisprudenza in senso lato costituzionale e ai documenti di *soft law*, nonché la scelta di considerare due soli ordinamenti (tre, includendo l'Italia) e andare il più a fondo possibile di essi. Ordinamenti che, a differenza di molte classificazioni esistenti, l'analisi svolta mi ha condotto a considerare opposti e invero archetipici di quelli che a me appaiono i due (soli) possibili modelli concettuali con cui guardare al *lobbying*, al di là di tutte le possibili sfumature a livello di disciplina positiva.

²⁴Valga per tutti il riferimento al lavoro di uno dei più noti esperti mondiali di regolamentazione del *lobbying*, Raj Chari, scritto insieme a J. Hogan e G. Murphy, *Regulating lobbying: a global comparison*, Manchester University Press, Manchester, UK, 2012. Questo lavoro è frutto di una poderosa ricerca tuttora in corso che fa riferimento al prezioso sito <http://www.regulatelobbying.com/>.

Capitolo I. IL *LOBBYING* NELLE DEFINIZIONI NORMATIVE (E NON)

SOMMARIO: 1. Il *lobbying* nella sua accezione più generale. – 2. La definizione normativa di *lobbying* negli Stati Uniti. – 3. La definizione normativa di *lobbying* in Europa. – 4. La definizione di *lobbying* nelle leggi regionali italiane.

1. Il *lobbying* nella sua accezione più generale

Nel sistema politico americano, il *lobbying* è lo strumento principe attraverso cui passa la rappresentanza della miriade di gruppi e associazioni che, com'è noto, già ai tempi di Tocqueville innervavano la società civile americana²⁵.

Spesso, quando si pensa al *lobbying*, si pensa a individui o imprese potenti e danarosi, che riescono ad ottenere dal legislatore o dall'amministrazione decisioni che favoriscono i loro interessi. Tuttavia, non bisogna mai dimenticare che il *lobbying* è praticato anche, in proprio (dai c.d. *in-house lobbyists*), o tramite gli studi specializzati (*lobbying firms*), da moltissime associazioni *non-profit*, o che difendono gli interessi di minoranze, disabili, persone a basso reddito, e così via, o semplicemente cause ideali per ragioni di principio e per l'appunto non di profitto.

Per fare due esempi per molti versi agli antipodi ma entrambi significativi in quest'ottica, si possono richiamare, da un lato, la principale associazione per la difesa e la promozione degli interessi delle persone di colore, la NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), e dall'altro l'associazione che difende il diritto, tutelato dal Secondo Emendamento, di portare armi con sé, la NRA (*National Rifle Association*), che conta milioni di iscritti. Molto significativa è anche la *American Civil Liberties Union* (ACLU), associazione per i diritti civili di grande successo.

Ebbene, gruppi come questi dimostrano che il *lobbying* è, negli Stati Uniti (ma lo stesso vale in Europa e, se pur in misura in parte minore, anche in Italia), un'attività praticata da chiunque voglia incidere sul processo politico, quali che siano le proprie motivazioni, di profitto o meno, di vantaggio personale o interesse generale, e così via: chiunque voglia essere rappresentato ha interesse ad associarsi con altri e unire le forze per esercitare una pressione più forte sul pubblico decisore. Che definizione possiamo quindi darne?

In senso lato, possiamo definire l'attività di *lobbying* come il tentativo da parte di chiunque, per qualunque ragione, di persuadere un pubblico funzionario a prendere una qualunque decisione su un qualunque argomento rientrante nella sua competenza. Tali decisioni possono spaziare tipicamente dall'approvazione o rigetto di un progetto di legge o di altri atti normativi, al finanziamento di un determinato progetto o impresa, alla nomina di qualcuno a una carica pubblica, e così via²⁶.

Come tale, il *lobbying* è conosciuto in tutto il mondo, ed è presumibilmente esistito sin da quando è esistita la politica, almeno nella sua versione moderna, tipica delle democrazie

²⁵Si vedano soprattutto, della *Democrazia in America* (UTET, Torino, 2007 (1835-1840)), il capitolo 12 del primo volume, e i capitoli 5, 6 e 7 della seconda sezione del secondo volume (nel capitolo 5 compare la nota frase «*Americans of all ages, all stations of life, and all types of disposition are forever forming associations*»). Sul tema della rappresentanza nel diritto costituzionale, v. poi, tra i tanti, F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, Jovene, Napoli, 1997, nonché lo studio di J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Giuffrè, Milano, 1993.

rappresentative: non appena abbiamo delle persone che hanno il potere di prendere decisioni a nome di un'intera comunità, ci sarà subito qualcuno in quella comunità interessato a persuadere quelle persone a decidere in un senso o in un altro.

Tuttavia, ciò di cui mi occuperò in questo lavoro, e ciò che è il tratto distintivo dei sistemi giuridici che prevedono una regolamentazione del *lobbying*, come gli Stati Uniti e da tempi più recenti anche l'Unione europea, è solo il *lobbying* di tipo professionale, ovvero l'attività di pressione esercitata sui pubblici decisori da parte dei gruppi d'interesse come parte della loro attività quotidiana. I gruppi d'interesse possono praticare il *lobbying* in proprio (*in-house*), o appaltarlo a degli studi o società di *lobbying*, ma in entrambi i casi coloro che effettivamente esercitano questa attività sono dei professionisti altamente specializzati nel rapporto con i pubblici funzionari, e nelle materie in cui sono attivi coloro che rappresentano.

Nei capitoli che seguiranno, mi occuperò delle regole e dei principi costituzionali che governano l'attività di questi professionisti, il cui lavoro consiste appunto nello svolgere attività di *lobbying*, e che in altra sede²⁷ ho proposto di qualificare come “stabili intermediari” tra gruppi d'interesse, da un lato, e politica, dall'altro. In effetti, questi professionisti sviluppano una profonda conoscenza del procedimento legislativo, così come delle regole che governano l'attività delle agenzie governative che mettono in atto le leggi, e hanno un rapporto personale con molte delle persone coinvolte in questi circoli.

Gli interessi privati si rivolgono ai lobbisti perché questi ultimi sanno chi è la persona giusta a cui parlare di una questione di loro interesse, e spesso hanno con questa persona una qualche forma di rapporto personale, che hanno coltivato nel tempo. In questo senso, i lobbisti intermediano tra le parti private e la politica, lo fanno stabilmente, come loro lavoro, fungendo su base abituale da cinghia di trasmissione tra i cittadini, da un lato, e i *policy-maker*, dall'altro (tornerò in conclusione su questa nozione di “stabili intermediari”).

Fermo questo inquadramento generale del fenomeno oggetto del presente studio, parte dell'analisi contenuta nei capitoli che seguiranno sarà dedicata ai testi normativi che disciplinano il *lobbying*, e un contenuto essenziale di tali testi normativi è proprio la definizione di cosa il singolo atto intende per *lobbying*: si tratta infatti di un elemento necessario per circoscrivere l'ambito di operatività delle disposizioni che vengono stabilite in materia.

Appare opportuno anticipare l'analisi delle definizioni, affrontandola subito, così da circoscrivere parimenti il campo di osservazione di questo lavoro, che recepisce le definizioni normative di *lobbying* e ad esse si attiene, pur non ignorando le più ampie definizioni di carattere economico, politologico o sociologico²⁸.

2. La definizione normativa di lobbying negli Stati Uniti

Limitandosi dunque al dato giuridico, è molto approfondita la ricostruzione del significato di *lobbying* effettuata dalla *United States Court of Appeals* per il *District of*

²⁶Questo e diversi successivi passaggi di questo capitolo, così come alcuni passi della *Conclusion*, riprendono in modo quasi inalterato (salva soltanto la traduzione), quanto scritto nel mio lavoro *The constitutional arguments for the protection of lobbying on the two sides of the Atlantic: protecting freedom or democracy?*, 2(3) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 452 (2013).

²⁷Il riferimento è all'articolo appena citato alla nota precedente, *The constitutional arguments*, cit..

Columbia Circuit nella sentenza *Rumely v. U.S.*²⁹, un caso che verteva proprio sulla definizione da dare all'espressione "lobbying activities": si trattava infatti di stabilire se il Comitato della House of Representatives istituito per vigilare sulle *lobbying activities* avesse o meno il potere di imporre al signor Rumely, amministratore di un ente che faceva attività di pressione sull'opinione pubblica e cercava così di influenzare indirettamente i membri del Congresso, con cui solo occasionalmente aveva rapporti diretti, concretantisi principalmente nell'invio di libri e pamphlet.

Rumely, convocato dal *Select Committee on lobbying activities*, si era rifiutato di rivelare l'identità di una donna che aveva finanziato la distribuzione, da parte dell'organizzazione del signor Rumely, di 4.000 copie di un libro a insegnanti e religiosi della città dove abitava la donatrice; per via di questo suo rifiuto, Rumely era stato condannato per "contempt of Congress". Merita riportare qui per intero l'analisi della Corte d'Appello, svolta ripercorrendo una serie di precedenti pronunce giurisprudenziali:

*'Lobbying' is a word of common meaning. The verb 'lobby' means, according to the Oxford English Dictionary, 1933, 'To influence (members of a house of legislature) in the exercise of their legislative functions by frequenting the lobby. Also, to procure the passing of (a measure) through Congress by means of such influence.' Other dictionaries give similar meanings. The Supreme Court discussed a contract for 'lobby service' in *Trist v. Child* and used the term 'personal solicitation' as descriptive of it. 'A lobbyist', said the Circuit Court in *Burke v. Wood*, 'is defined to be one who frequents the lobby or the precincts of a Legislature or other deliberative assembly with the view of influencing the views of its members.' In the past a difference between lobbying and 'purely professional services' in acquainting a legislature with the merits or demerits of measures was recognized at the law. The Supreme Court discussed it in *Trist v. Child* [...], and in *Marshall v. Baltimore & Ohio R.R.*, both of which cases it discussed in *Oscanyan v. W. R. Arms Co.* Similar discussion appears in *Lucas v. Wofford*, *Ewing v. National Airport Corporation*, and *Noonan v. Gilbert*. [...] At the most, the words ['lobbying activities'] depict no more than representations made directly to the Congress, its members, or its committees³⁶.*

²⁸Ad esempio, riportiamo la definizione che l'enciclopedia Treccani dà non di *lobbying* ma di *lobby*, identificata come «gruppo di interesse che opera prevalentemente nelle sedi istituzionali di decisione politica attraverso propri incaricati d'affari o apposite agenzie allo scopo di influenzare e persuadere il personale politico a tenere conto degli interessi dei propri clienti nell'emanazione di provvedimenti normativi». Quanto alla letteratura anglosassone, il *Webster's Dictionary*, definisce il verbo "to lobby" come «to address or solicit members of a legislative body in the lobby or elsewhere, with the purpose to influence their votes; in an extended sense, to try to influence decision-makers in any circumstance» (*Webster's Revised Unabridged Dictionary* (1913), *to lobby*). Similmente, il *Black's Law Dictionary* propone le seguenti accezioni: «1. To talk with or curry favor with a legislator, usually repeatedly or frequently, in an attempt to influence the legislator's vote. 2. To support or oppose (a measure) by working to influence a legislator's vote. 3. To try to influence (a decision-maker)» (*Black's Law Dictionary* (2009⁹), *lobby*).

²⁹90 U.S. App. D.C. 382, 197 F.2d 166 (1952). È il fondamentale caso deciso in via definitiva dalla Corte Suprema con la sentenza analizzata *infra*, al § 3.6..

³⁰197 F.2d 174-175 (1952). Questi i riferimenti dei casi richiamati: *Trist v. Child*, 88 U.S. 441 (1875); *Burke v. Wood* (*Circuit Court, S.D. Alabama*), 162 F. 533 (1908); *Marshall v. Baltimore & Ohio R.R.*, 57 U.S. 314 (1853); *Oscanyan v. W. R. Arms Co.*, 103 U.S. 261 (1881); *Lucas v. Wofford* (*Circuit Court of Appeals, Fifth Circuit*), 49 F.2d 1027; *Ewing v. National Airport Corporation* (*Circuit Court of Appeals, Fifth Circuit*), 115 F.2d 859 (1940), (*U.S. Supreme Court*), 312 U.S. 705 (1941); *Noonan v. Gilbert* (*Court of Appeals of the District of Columbia*), 68 F.2d 775 (1934).

In quella pronuncia, poi oggetto di un appello alla Corte Suprema, i giudici annullarono la condanna del signor Rumely, ritenendo che l'attività svolta dal suo gruppo non rientrasse nella nozione di *lobbying*, che di conseguenza il *Select Committee* non avesse giurisdizione su di essa, e quindi non avesse titolo a chiedergli quelle informazioni, che egli aveva dunque legittimamente tenuto riservate.

Questa distinzione tra generica attività di pressione sull'opinione pubblica e attività di persuasione dei pubblici decisori rimarrà fondamentale, ed in effetti è unicamente del *lobbying* professionale che si occupa anche la principale disciplina federale americana in argomento, il *Lobbying Disclosure Act* (LDA)³¹.

Questa legge, di cui come detto si esamineranno più avanti i contenuti essenziali, non dà una definizione di *lobbying*, tuttavia stabilisce alla Section 3 (2 USC 1602) che le “*lobbying activities*” sono i

lobbying contacts and efforts in support of such contacts, including preparation and planning activities, research and other background work that is intended, at the time it is performed, for use in contacts, and coordination with the lobbying activities of others.

A sua volta, come *lobbying contact* va intesa

any oral or written communication (including an electronic communication) to a covered executive branch official or a covered legislative branch official that is made on behalf of a client with regard to—(i) the formulation, modification, or adoption of Federal legislation (including legislative proposals); (ii) the formulation, modification, or adoption of a Federal rule, regulation, Executive order, or any other program, policy, or position of the United States Government; (iii) the administration or execution of a Federal program or policy (including the negotiation, award, or administration of a Federal contract, grant, loan, permit, or license); or (iv) the nomination or confirmation of a person for a position subject to confirmation by the Senate³².

L'LDA (sempre Section 3, 2 USC 1602) chiarisce poi anche, *per relationem*, chi debba essere considerato lobbista, e lo fa utilizzando un criterio quantitativo: esso infatti stabilisce che

The term “lobbyist” means any individual who is employed or retained by a client for financial or other compensation for services that include more than one lobbying contact, other than an individual whose lobbying activities constitute less than 20 percent of the time engaged in the services provided by such individual to that client over a 3-month period.

In altri termini, è lobbista negli Stati Uniti chi, in un periodo di tre mesi³³, dedichi almeno il 20% del tempo impiegato per un cliente ad attività di *lobbying* (e queste attività

³¹Pub. L. 104-65, Dec. 19, 1995, 109 Stat. 691.

³²I «*covered executive branch officials*» sono principalmente il Presidente, il Vice-Presidente, i membri dell'Amministrazione e i loro collaboratori, mentre i «*covered legislative branch officials*» sono essenzialmente i membri del Congresso, i loro collaboratori e lo staff delle commissioni parlamentari.

includano più di un contatto). La soglia del 20% è stata criticata come arbitraria e difficile da misurare e pertanto abbastanza agevolmente aggirabile³⁴, ma essa rimane ad oggi il criterio cui fare riferimento.

3. La definizione normativa di lobbying in Europa

Quanto all'Unione europea, dal momento che, come si vedrà, la regolamentazione della materia rimane di natura essenzialmente non vincolante, non vi sono atti normativi che contengano una definizione ufficiale paragonabile a quella dell'LDA, e in effetti l'elaborazione concettuale su questo come su altri punti appare ad oggi meno ricca rispetto alla controparte americana.

Tuttavia, una definizione di *lobbying* fu inclusa nel *Libro Verde sull'Iniziativa Europea Per la Trasparenza* presentato dalla Commissione il 3 maggio 2006³⁵: in base ad esso, «per “lobbismo” si intendono tutte le attività svolte al fine di influenzare l'elaborazione delle politiche e il processo decisionale delle istituzioni europee»³⁶.

Il successivo Accordo tra il Parlamento europeo e la Commissione europea sull'istituzione di un registro per la trasparenza per le organizzazioni, le persone giuridiche e i

³³La dicitura “tre mesi” è stata sostituita alla precedente di “sei mesi” dallo HLOGA, su cui v. *infra*, al Capitolo IV.

³⁴Cfr. le osservazioni di W. Luneburg, *The Evolution of Federal Lobbying Regulation: Where We Are Now and Where We Should Be Going*, 41 *McGeorge L. Rev.* 85 (2009), e in particolare pp. 91-92 e 119.

³⁵Su cui vedi più ampiamente *infra*, Cap. VII, § 3.4.. Per completezza, ricordo anche l'interessante tentativo di identificare i gruppi d'interesse fatto dalla Commissione nella sua comunicazione *Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Proposta di principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione* (COM(2002) 704 def., su cui v. parimenti *infra*, Cap. VII, § 3.3.). In questo documento, basandosi su un'analisi precedentemente elaborata dal Comitato Economico e Sociale nel parere *Il ruolo e il contributo della società civile organizzata nella costruzione europea* (Parere CESE 851/1999 del 22 settembre 1999, v. in particolare la sezione 8, *I protagonisti della società civile organizzata*), la Commissione scrisse: «non esiste una definizione comune, e tantomeno giuridica, del termine “organizzazione della società civile”. Esso può tuttavia essere agevolmente usato con riferimento a una serie di organizzazioni comprendenti: le cosiddette parti sociali sul mercato del lavoro (vale a dire sindacati e federazioni padronali, ovvero le “parti sociali”); organizzazioni che rappresentano operatori sociali ed economici, che non siano parti sociali nel senso stretto del termine (per esempio organizzazioni di consumatori); ONG (organizzazioni non governative) che associano gruppi di persone per una causa comune, come per esempio organizzazioni ambientali, organizzazioni per la difesa dei diritti dell'uomo, associazioni senza scopo di lucro, organizzazioni per l'istruzione e la formazione, ecc.; le organizzazioni di base (ovvero quelle che nascono dalla base della società e che perseguono obiettivi rilevanti per i loro membri), quali le organizzazioni giovanili, le associazioni delle famiglie e tutte le organizzazioni che permettono di partecipare alla vita locale e comunale; le comunità religiose».

³⁶COM(2006) 194 def.

lavoratori autonomi impegnati nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione³⁷, del 23 giugno 2011, incluse una descrizione analitica delle attività coperte: il paragrafo 8 stabiliva che

Rientrano nell'ambito di applicazione del registro tutte le attività [...] svolte allo scopo di influenzare, direttamente o indirettamente, l'elaborazione o l'attuazione delle politiche e i processi decisionali delle istituzioni dell'Unione, a prescindere dai canali o mezzi di comunicazione impiegati, quali l'esternalizzazione, i media, i contratti con intermediari specializzati, i centri di studi, le «piattaforme», i forum, le campagne e le iniziative adottate a livello locale. Dette attività comprendono, inter alia, i contatti con membri, funzionari o altro personale delle istituzioni dell'Unione, la preparazione, la divulgazione e la trasmissione di lettere, materiale informativo o documenti di dibattito e di sintesi, e l'organizzazione di eventi, riunioni, attività promozionali e iniziative sociali o conferenze, cui siano stati invitati membri, funzionari o altro personale delle istituzioni dell'Unione. Sono altresì inclusi i contributi volontari e la partecipazione a consultazioni formali su futuri atti legislativi o altri atti giuridici dell'Unione ovvero ad altre consultazioni aperte³⁸.

L'Accordo del 2011 è stato poi sostituito, a partire dal 1 gennaio 2015, da un nuovo Accordo tra il Parlamento europeo e la Commissione europea sul registro per la trasparenza delle organizzazioni e dei liberi professionisti che svolgono attività di concorso all'elaborazione e attuazione delle politiche dell'Unione europea³⁹, concluso il 16 aprile 2014, che ha parzialmente modificato la definizione di rappresentanza di interessi, il termine con cui viene designato il lobbismo⁴⁰, riformulandola come segue al paragrafo 7:

Rientrano nell'ambito di applicazione del registro tutte le attività [...] svolte allo scopo di influenzare direttamente o indirettamente l'elaborazione o l'attuazione delle politiche e i processi decisionali delle istituzioni dell'Unione, a prescindere dal luogo in cui sono condotte e dai canali o mezzi di comunicazione impiegati — ad esempio l'esternalizzazione, i media, i contratti con intermediari specializzati, i centri studi (think-tanks), le piattaforme, i forum, le campagne e le iniziative adottate a livello locale.

Ai fini del presente accordo, per «influenza diretta» si intende l'influenza esercitata mediante contatto diretto o comunicazione diretta con le istituzioni dell'Unione o altra azione che faccia seguito a tali attività, mentre per «influenza indiretta» si intende l'influenza mediante il ricorso a vettori intermedi come i media, l'opinione pubblica, oppure conferenze o avvenimenti sociali mirati alle istituzioni dell'Unione.

In particolare, dette attività comprendono: i contatti con i membri e i loro assistenti, i funzionari e gli altri agenti delle istituzioni dell'Unione,

³⁷OJ L 191, 22.7.2011, p. 29–38.

³⁸L'art. 10 elencava poi una serie di *Attività escluse*.

³⁹OJ L 277, 19.9.2014, p. 11–24.

⁴⁰Il termine lobbismo o *lobbying* non viene infatti impiegato dal testo dell'Accordo, né nella versione del 2011 né in quella del 2014 (tanto nel testo inglese quanto in quello italiano), tuttavia si parla di lobbisti (*lobbyists*) come sinonimo, messo tra parentesi, di “rappresentanti di interessi” (*interest representatives*).

la preparazione, la divulgazione e la trasmissione di lettere, materiale informativo o documenti di dibattito e di sintesi, l'organizzazione di manifestazioni, riunioni, attività promozionali, conferenze o avvenimenti sociali, cui siano stati invitati membri e loro assistenti, funzionari o altri agenti delle istituzioni dell'Unione; nonché i contributi volontari e la partecipazione a consultazioni o audizioni formali su futuri atti legislativi o altri atti giuridici dell'Unione ovvero ad altre consultazioni pubbliche⁴¹.

La definizione europea è quindi piuttosto ampia, ed è possibile che ciò si possa in parte spiegare con il fatto che, come si vedrà, essa non è tanto collegata ad obblighi come nel caso degli Stati Uniti, dove il fatto di ricadere nell'ambito di operatività della definizione comporta la soggezione ad una serie di regole a fini di trasparenza; presumibilmente, il legislatore ha dunque usato cautela per circoscrivere il numero di soggetti tenuti al rispetto di tali regole. In Europa, d'altro canto, la definizione comporta che i soggetti da essa ricompresi debbano anch'essi rispettare un codice di condotta, tuttavia l'iscrizione e il rispetto di tale codice servono soprattutto ad identificare coloro che hanno titolo per accedere ai locali del Parlamento europeo (e godere degli incentivi di cui al § 30⁴²). Pertanto, è comprensibile che la definizione sia il più onnicomprensiva possibile, in modo da non impedire a nessun portatore di interessi che voglia entrare in contatto con parlamentari europei, loro assistenti o altro personale del Parlamento Europeo, di poterlo fare.

Infine, occorre dar atto qui del fatto che, in diversi documenti del Consiglio d'Europa, esistono definizioni di *lobbying*. Per comodità espositiva, e non trattandosi in alcun modo di definizioni operative, essendo i documenti che le contengono dei meri atti di *soft-law*, rinvio la trattazione delle stesse al paragrafo dedicato al Consiglio d'Europa nel capitolo sull'Europa (Capitolo VII, paragrafo 6).

4. La definizione di lobbying nelle leggi regionali italiane

Venendo infine all'ordinamento italiano, come si vedrà gli unici esempi di legislazione sul *lobbying* si hanno a livello regionale. Tra le leggi approvate, l'unica a contenere attualmente una definizione di *lobbying* è quella della Regione Abruzzo, la n. 61 del 22 dicembre 2010 (*Disciplina sulla trasparenza dell'attività politica e amministrativa e sull'attività di rappresentanza di interessi particolari*). All'art. 2, questa legge, seguendo un modello di normazione tipico dell'ordinamento europeo ma anche di quelli anglosassoni, contiene proprio le definizioni di ciò che va poi a disciplinare.

La legge non parla di *lobbying*, bensì di rappresentanti di interessi particolari, e fornisce appunto le seguenti definizioni:

a) attività di rappresentanza di interessi particolari: ogni attività svolta da gruppi di interesse particolare attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale e scritta, anche per via telematica, intesa a perseguire interessi leciti propri o di terzi, anche di natura non economica, nei confronti dei decisori pubblici al fine di incidere sui processi decisionali pubblici in atto, ovvero di avviare nuovi processi decisionali pubblici;

⁴¹I paragrafi da 10 a 12 a loro volta elencano una serie di Attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del registro.

⁴²Su cui v. *infra*, Capitolo VII, § 5.1..

- b) gruppi di interesse particolare: le associazioni, le fondazioni, ancorché non riconosciute, i comitati con finalità temporanee e le società portatori di interessi leciti di rilevanza non generale, anche di natura non economica;
- c) rappresentante di interessi particolari: il soggetto che rappresenta presso i decisori pubblici il gruppo di interesse particolare;
- d) processi decisionali pubblici: i procedimenti di formazione degli atti normativi e degli atti amministrativi generali;
- e) decisori pubblici: il Presidente della Giunta regionale, gli Assessori ed i Consiglieri regionali.

La legge abruzzese si colloca dunque nel solco del modello europeo, dando una definizione molto ampia del fenomeno, e preferendo evitare l'uso del termine lobbista, sostituito qui con la dicitura "rappresentante di interessi particolari".

Capitolo II. IL QUADRO COSTITUZIONALE E REGOLATORIO AMERICANO DALLE ORIGINI ALLE PRIME LEGGI SUL *LOBBYING*

SOMMARIO: 1. Il *lobbying*: «*as American as apple pie*». – 2. Le prime forme di regolamentazione.

1. Il *lobbying*: «*as American as apple pie*»

Nel corso di questo e del seguente Capitolo, si tratterà il percorso che ha condotto all'affermazione di un autentico diritto costituzionale al *lobbying* in terra americana. Come si vedrà, il *lobbying* non godette da subito di protezione costituzionale negli Usa, ma anzi a tale risultato si giunse solo all'esito di un lungo processo interpretativo della Corte Suprema, che era partita da posizioni opposte.

Di per sé, nel diritto anglo-sassone il *lobbying* è un fenomeno con radici molto risalenti. Più precisamente, questa pratica si evolvette storicamente da antiche istituzioni, quale su tutte il diritto di petizione al sovrano, che trovò espressa tutela già nella *Magna Carta* del 1215⁴³.

La pratica di rivolgere petizioni al governo era in effetti ampiamente consolidata nella vita politica americana già ai tempi della guerra d'indipendenza, tuttavia ancora si era molto lontani dall'esistenza di un fenomeno quale è il *lobbying* odierno. Ciò si collega anche alle specificità istituzionali della nuova federazione americana, che si configurava ancora come un fenomeno pre-statale con potestà legislativa e capacità di intervenire nella società e nell'economia molto limitate⁴⁴.

Ancor più lontani, nella fase delle origini della democrazia americana, si era dalla riconduzione del *lobbying* alla protezione costituzionale del diritto di rivolgere petizioni al governo. Per lunghi decenni dall'indipendenza americana, infatti, il fenomeno che oggi è universalmente noto come *lobbying* si confuse con la corruzione, più o meno diretta, dei pubblici funzionari. Per questo motivo, a lungo non vi sono state leggi specificamente rivolte al *lobbying*, che appunto ancora non esisteva in quanto tale, e gli eccessi dell'esercizio del diritto di petizione venivano sanzionati riconducendoli alle regole appunto contro la corruzione, previste dal *common law* e poi anche da apposite leggi⁴⁵.

In America, il diritto di petizione fu codificato la prima volta nel *Body of Liberties* adottato dalla *Massachusetts Bay Colony Assembly* nel 1641, e divenne, progressivamente, un elemento tipico del costituzionalismo in epoca coloniale⁴⁶, venendo incluso in molti dei

⁴³Con una disposizione che consentiva di chiedere al re la riparazione di torti procurati da lui o da un suo funzionario. L'esempio più antico di petizione risale comunque a due secoli prima, al 1013, quando i nobili inglesi ottennero dal Re Etelredo lo Sconsigliato (Aethelred the Unready) la promessa che avrebbe prestato ascolto e rimedio alle loro doglianze.

⁴⁴Cfr. L.M. Bassani, *Dalla rivoluzione alla guerra civile. Federalismo e stato moderno in America 1776-1865*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

⁴⁵E. Lane, *Lobbying and the Law*, University of California Press, Berkeley, Los Angeles, CA, Usa, 1964, 18ss.

documenti di rilievo costituzionale pre-rivoluzionari⁴⁷.

Fu quindi abbastanza naturale la scelta di includere il diritto di petizione nel *Bill of Rights*⁴⁸ aggiunto alla nuova Costituzione nel 1791. In particolare, esso trovò posto in quello che divenne poi il celeberrimo Primo Emendamento, una disposizione così formulata: «*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*».

Questa disposizione tutela quindi in generale la libertà di espressione, e vieta poi specificamente al Congresso (e lo fa con un divieto *tout-court*, apparentemente senza eccezioni: “*no law*”) di approvare leggi che limitino «il diritto che hanno i cittadini [...] di inoltrare petizioni al Governo per la riparazione di torti subiti»⁴⁹ (naturalmente, là dove la Costituzione dice “*government*”, e noi non possiamo che tradurre “governo”, si intende non solo quello che per noi è il governo in senso stretto, ovvero l’esecutivo, ma anche il Congresso e più in generale qualunque decisore pubblico).

Come vedremo, la giurisprudenza costituzionale ha finito con l’interpretare la nozione di «riparazione dei torti subiti», contenuta in questa disposizione, in modo piuttosto ampio, cosicché ogni cittadino ha diritto di rivolgersi al governo non solo per chiedere un ristoro di ingiustizie che abbia subito, come vuole la lettera, ma per convincerlo ad adottare una decisione di qualunque tipo: qui sta la chiave di tutto il discorso costituzionale americano in materia di *lobbying*.

Il *lobbying* è dunque tutelato dalla Costituzione americana stessa come una *species* del più ampio genere della libertà di parola, ossia come la libertà di parlare *per convincere un decisore pubblico*. E poiché a sua volta il Primo Emendamento, in tutte le sue clausole, è una delle disposizioni più “sacre” del sistema giuridico americano, ne discende che l’attività di *lobbying* gode a sua volta di una tutela costituzionale estremamente marcata⁵⁰.

Il Primo Emendamento protegge poi anche espressamente la libertà di stampa e la

⁴⁶Cfr. R.C. Bailey, *Popular Influence Upon Public Policy: Petitioning in Eighteenth Century Virginia*, Greenwood Press, Westport, CT, 1979, 29-31.

⁴⁷V. ad es. la *Constitution of the Commonwealth of Massachusetts*, che all’art. XIX stabiliva che «*The people have a right, in an orderly and peaceable manner, to assemble to consult upon the common good; give instructions to their representatives, and to request of the legislative body, by the way of addresses, petitions, or remonstrances, redress of the wrongs done them, and of the grievances they suffer*».

⁴⁸V. l’approfondita ricostruzione di S.L. Fatka, J.M. Levien, *Protecting the Right to Petition: Why a Lobbying Contingency Fee Prohibition Violates the Constitution*, 35 *Harv. J. on Legis.* 559, 562ss. (1998).

⁴⁹La traduzione è di E. Palici di Suni, F. Cassella, M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2001², 903.

⁵⁰In generale, v. H. Eastman, *Lobbying*, cit..

libertà religiosa, che esulano dai confini della presente trattazione, e la libertà di associazione, che invece ai nostri fini viene in rilievo perché alcune restrizioni e alcuni obblighi di *disclosure* appositamente previsti per le attività di *lobbying* e finanziamento elettorale svolte da gruppi sono state oggetto di censure, come vedremo, proprio per asserita violazione indiretta del diritto ad associarsi in gruppi con la più ampia libertà⁵¹.

Secondo un'opinione tradizionale, probabilmente errata⁵², il termine *lobby* sarebbe passato a designare questa attività per opera del Presidente americano Ulysses Grant (in carica dal 1869 al 1877), che per primo avrebbe definito *lobbyists* i soggetti che stazionavano appunto nella *lobby* dell'hotel Willard, a Washington, a pochi passi dalla Casa Bianca.

In ogni caso, quand'anche non sia questa la reale origine del vocabolo, si tratta comunque di un fenomeno che – almeno nella forma attuale, di cui mi occuperò – è nato effettivamente nell'America di quegli anni, e si è sviluppato in parallelo in altri ordinamenti con il progressivo avvento delle moderne democrazie di massa. In particolare in America, questa attività conobbe poi, anche grazie alla copertura costituzionale che si giunse a riconoscerle, uno sviluppo senza pari, al punto che oggi è oggi talmente connaturata al sistema politico-costituzionale statunitense che spesso si dice, con un'espressione ricorrente nel linguaggio americano, che è «*as American as apple pie*», al pari del Primo Emendamento nel cui alveo viene ricondotta.

2. Le prime forme di regolamentazione

I primissimi esempi di regolazione del *lobbying* in senso stretto negli Stati Uniti risalgono agli anni '50 del XIX secolo: nel 1852, la *House* approvò uno *statute* che vietava di accedere al *floor* della *House* stessa agli emissari di un quotidiano che avevano il compito di perseguirne gli interessi davanti al Congresso (divieto poi esteso nel 1867 a tutti gli ex parlamentari interessati a una qualche questione in discussione davanti al Congresso). Due anni dopo, nel 1854, sempre la *House* istituì un comitato con il compito di verificare se fosse stato offerto del denaro a membri del Congresso allo scopo di ottenere il loro appoggio nel sostenere o bocciare un progetto di legge⁵³. Successivamente, nel 1876, la *House* approvò una risoluzione (rimasta in vigore, però, solo durante il 44° Congresso), che imponeva alle

⁵¹Cfr. S.A. Browne, *The Constitutionality of Lobby Reform: Implicating Associational Privacy and the Right to Petition the Government*, 4 Wm. & Mary Bill Rts. J. 717 (1995).

⁵²In effetti, sono stati riscontrati usi precedenti del sostantivo *lobbyist*, e ancor più del verbo *to lobby*: cfr. l'indagine compiuta da D. Gelak, *Lobbying and Advocacy*, TheCapitolNet, Washington, D.C., 2008, 7-9.

⁵³W. Eskridge, Jr., *Federal Lobbying Regulation: History Through 1954*, capitolo 1 di W. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (Eds.), *The Lobbying Manual*, American Bar Association, Chicago, IL, Usa, 2009⁴, 5-21; nelle note a seguire designerò (anche) in forma sintetica come *The Lobbying Manual* questo lavoro, che è stata una fonte assolutamente imprescindibile per la ricostruzione del quadro giuridico del *lobbying* negli Usa, e da cui ho tratto quindi moltissimi spunti. V. anche, sullo specifico punto richiamato nel testo, il *Report* del servizio studi del Congresso, il *Congress Research Service* (CRS), realizzato nel 1986, durante il 99° Congresso, *Congress and Pressure Groups: Lobbying in a Modern Democracy*, spec. 1-10.

persone fisiche o giuridiche che avevano alle loro dipendenze dei lobbisti di registrare i loro nomi presso il *Clerk* della *House* stessa⁵⁴.

Contemporaneamente, vista la maggiore importanza sia a livello legislativo che a livello regolatorio dei singoli Stati rispetto al governo federale, ci furono notevoli passi avanti nell'adozione di alcune significative misure in materia⁵⁵ che superarono la tradizionale riconduzione del *lobbying* alle sanzioni contro la corruzione.

In primo luogo, possiamo ricordare le disposizioni che tre Stati, l'Alabama, la Georgia e la California giunsero addirittura ad inserire nelle rispettive Costituzioni (ad essi ne seguirono poi degli altri, ma gli Stati che optarono per l'inclusione di disposizioni sul *lobbying* nelle loro Costituzioni rimasero una minoranza).

Mentre alcune Costituzioni più risalenti (New Hampshire, 1792; Vermont, 1793; Rhode Island, 1842) si erano limitate a vietare ai membri delle rispettive assemblee legislative di ricevere compensi per promuovere, o per agire come rappresentanti in, qualunque questione pendente davanti alle stesse assemblee, nel 1873 in Alabama avvenne una prima tappa significativa, pur ancora senza un espresso riferimento al *lobbying* in quanto tale. Questo Stato infatti modificò la propria Costituzione includendovi una disposizione del seguente tenore: «*The offense of corrupt solicitation of members of the General Assembly, or of public officers of this State, or of any municipal subdivision thereof, and any occupation or practice of solicitation of such members or officers to influence their official action shall be denied by law, and shall be punished by fine and imprisonment*».

La prima Costituzione che incluse un riferimento testuale al *lobbying* fu invece quella della Georgia, cui nel 1877 fu aggiunta una disposizione (Art. I, *Section 2, Paragraph 5*) secondo cui «*Lobbying is declared to be a crime, and the General Assembly shall enforce this provision by suitable penalties*»⁵⁶. Due anni dopo, nel 1879, la California seguì l'esempio della Georgia, includendo nella propria Costituzione questa disposizione: «*Any person who seeks to influence the vote of a member of the Legislature by bribery, promise of reward, or any other dishonest means, shall be guilty of lobbying, which is hereby declared to be a felony*».

Va inoltre ricordata la legge che il Massachusetts approvò nel 1890⁵⁷, introducendo per i lobbisti l'obbligo di registrarsi in un apposito elenco e di rendere pubbliche le spese da loro

⁵⁴La risoluzione, 4 *Cong. Rec.* 3230 (May 20, 1876), non impiegava il termine *lobbyist*, bensì faceva riferimento ai «*counsel or agents*» che rappresentassero gli interessi dei loro datori di lavoro «*in regard to any measure pending at any time before this House, or any committee thereof*».

⁵⁵Cfr. E. Lane, *Lobbying*, cit., spec. 25-29; v. anche il *Report* per il CRS di D.P. Mulhollan, *History of House Consideration, 1852-1927* (22 gennaio 1985), 15ss.

⁵⁶L'anno seguente, fu approvata una legge (codificata in *Ga. Code Ann.* § 28-7-1) che definiva il *lobbying* come qualunque sollecitazione di un membro della *General Assembly* a sostenere o ad opporsi, a votare a favore o contro qualunque atto normativo da parte di una persona che lavori per una persona o una società che abbiano un interesse nell'atto normativo in questione; tale attività era passibile di reclusione da uno a cinque anni.

⁵⁷1890 *Mass. Acts* 456.

effettuate. Questa legge funse da modello per altri Stati, tra cui il Maryland (1900) e il Wyoming, che nel 1905 approvò una legge che sanzionava penalmente il lobbista retribuito che teneva la condotta di «*approach a legislator privately or personally upon any matter which is the subject of legislation*»⁵⁸.

Fin da questi primi tentativi, quindi, sono già delineate le tre strategie lungo le quali ancora oggi si muove la disciplina del *lobbying*: i divieti di pratiche ritenute inaccettabili; gli obblighi di registrazione; gli obblighi di *disclosure*.

Nei decenni successivi, crebbe la consapevolezza dell'incidenza sempre maggiore delle attività di *lobbying* sul procedimento legislativo, e con essa la convinzione di molti che fosse pertanto urgente introdurre una regolamentazione di questa pratica. A partire dal 1913, si succedettero numerose indagini del fenomeno da parte di apposite commissioni investigative del Congresso, e furono presentate numerose proposte di legge per disciplinare il *lobbying*.

A lungo, però, nessuna di queste proposte riuscì a tradursi in legge. Gli unici interventi che si ebbero furono settoriali, principalmente in materia di *lobbying* esercitato da parte dei funzionari dell'esecutivo. Così, nel 1913 in una legge di spesa⁵⁹ fu inserito il divieto per le agenzie dell'esecutivo di usare i fondi assegnati da quella legge per pagare qualunque «*publicity expert*», cioè sostanzialmente lobbisti, ma la legge rimase lettera morta perché le agenzie continuarono ad assumerne, sotto un diverso nome⁶⁰.

Nel 1919, il Congresso approvò un'apposita legge in materia di *lobbying* da parte dell'esecutivo, il *Lobbying With Appropriated Moneys Act*, c.d. *Anti-Lobbying Act of 1919*⁶¹. Sostanzialmente, questa legge prevedeva un divieto generale, penalmente sanzionato, per i funzionari dell'amministrazione, di impiegare fondi pubblici per pagare attività di *lobbying*, diretto o indiretto, nei confronti di membri del Congresso; la richiamerò più avanti.

Disposizioni settoriali, consistenti sostanzialmente in obblighi di registrazione, furono introdotte anche nel *Public Utility Holding Company Act of 1935*⁶², a seguito di uno scandalo scoppiato quando si scoprì che i lobbisti ingaggiati dall'associazione di categoria delle *holding* delle *utilities* avevano inviato centinaia di falsi telegrammi a nome di ignari elettori, chiedendo ai Senatori di opporsi a una legge che avrebbe imposto alle *holding* di scindersi in

⁵⁸Cfr. D.P. Mulhollan, *History*, cit., 17-19.

⁵⁹63° Congresso, C. 32, Oct. 22, 1913, 38 Stat. 208, 212, *An Act Making appropriations to supply urgent deficiencies in appropriations for the fiscal year nineteen hundred and thirteen, and for other purposes*.

⁶⁰Cfr. T.M. Susman, *Lobbying by Executive Branch Officials*, Cap. 14 di *The Lobbying Manual*, 337-348, 337.

⁶¹66° Congresso, C. 6, § 6, *Jul.* 11, 1919, 41 Stat. 68, 18 USC 1913.

⁶²74° Congresso, C. 687, titolo I, *Aug.* 26, 1935, 49 Stat. 803, 15 USC 79 *et seq.*; in particolare, la disposizione che viene in rilievo è la *Section* 12(i), 15 USC 791(i).

società con quota di mercato minore, nonché nel *Merchant Marine Act of 1936*⁶³ (in parallelo, molti Stati adottarono leggi che imponevano obblighi di *disclosure*)⁶⁴.

I vari tentativi di introdurre una riforma organica ebbero infine successo solo dopo la Seconda Guerra Mondiale, quando nel 1946 fu approvato il *Federal Regulation of Lobbying Act* (FRLA), che costituiva il titolo III del più ampio *Legislative Reorganization Act of 1946*⁶⁵. L’FRLA (che si applicava solo al *lobbying* del Congresso, e non a quello dell’esecutivo) prevedeva obblighi di registrazione e *disclosure*; rinvio l’analisi delle disposizioni più rilevanti al Capitolo III, dove tratterò del fondamentale caso *Harriss* (§ 2.1.4.) che ne fornì un’interpretazione, potremmo dire con terminologia italiana, “costituzionalmente orientata”.

Basti dire qui che l’FRLA fu un risultato molto significativo per i sostenitori della necessità di nuove regole, anche se si trattò per loro di una vittoria prevalentemente limitata al piano simbolico. Infatti, fin dall’inizio questa legge fu largamente disapplicata, prima di tutto per via del fatto che non prevedeva meccanismi adeguati per l’indagine delle violazioni né per l’irrogazione delle sanzioni previste. Inoltre, essa conteneva una definizione non molto precisa e eccessivamente restrittiva di ciò che costituiva *lobbying*, non si applicava al *grassroots lobbying*, non imponeva ai lobbisti di rendere pubblica l’identità di tutti coloro che davano loro del denaro, e non si applicava al *lobbying* nei confronti dei collaboratori dei membri del Congresso (oltretutto, come detto, nei confronti dell’esecutivo)⁶⁶.

Come accennato e come si vedrà, l’FRLA dovette fronteggiare presto delle censure di illegittimità; la Corte infine le respinse, ma per farlo interpretò l’FRLA in modo molto restrittivo, fin quasi sostanzialmente a riscriverlo⁶⁷. L’FRLA godette quindi di scarsa fortuna, e con il passare del tempo si intensificarono nel dibattito pubblico le prese di posizione a favore della riforma della disciplina del *lobbying*, in direzione di un rafforzamento delle troppo deboli previsioni dell’LDA. Nuovamente, però, dovettero trascorrere molti anni prima che le proposte riuscissero a tradursi in legge, per via degli ostacoli di ordine pratico e costituzionale⁶⁸ che rendevano molto difficile il raggiungimento di un accordo sul concreto contenuto della riforma da adottare.

⁶³74° Congresso, C. 858, *Jun. 29, 1936*, 49 Stat. 1985, 46 App. USC 1101 *et seq.*.

⁶⁴Per queste informazioni, v. R.C. Byrd, *The Senate, 1789-1989*, GPO, Washington, D.C., vol. II, 1991, cap. 22, 491-508, e in particolare 504-505.

⁶⁵79° Congresso, C. 753, *Aug. 2, 1946*, 60 Stat. 812. Il *Federal Regulation of Lobbying Act*, 60 Stat. 839, come modificato, fu codificato come 2 USC 261-270 (1994) fino all’abrogazione da parte del *Lobbying Disclosure Act of 1995*.

⁶⁶Cfr. T.M. Susman, W.V. Luneburg, *History of Lobbying Reform Proposals Since 1955*, cap. 2 di *The Lobbying Manual*, 23-42, 23.

⁶⁷Come obiettò il giudice Douglas nel suo *dissent* in *Harriss*, 347 U.S. 628, 629, su cui v. ampiamente al § 3.1. del prossimo Capitolo.

Si succedettero molti progetti di legge⁶⁹, tra cui si possono ricordare il *Legislative Activities Disclosure Act of 1957*⁷⁰ e, sull'onda dello scandalo *Watergate*, che incrementò gli sforzi per giungere ad una nuova legge, il *Public Disclosure Lobbying Act* del 1976⁷¹. Nessuno di questi progetti, però, riuscì ad essere approvato, e l'FRLA rimase pertanto in vigore fino al 1995, quando senza un solo voto contrario il Congresso approvò infine la principale legge che tuttora regola la materia, se pur dopo esser stata sottoposta a varie modifiche: il *Lobbying Disclosure Act of 1995* (LDA)⁷².

⁶⁸Su cui cfr. M.K. Vanderbeck, *Note, First Amendment Constraints on Reform of the Federal Regulation of Lobbying Act*, 57 *Tex. L. Rev.* 1219 (1979); v. anche G.P. Land, *Note, Federal Lobbying Disclosure Reform Legislation*, 17 *Harv. J. on Legis.*, 295 (1980) (entrambi sono richiamati da T.M. Susman, W.V. Luneburg, *History*, cit., rispettivamente note 2 e 4).

⁶⁹Per un'approfondita ricostruzione, cfr. T.M. Susman, W.V. Luneburg, *History*, cit., 25-30.

⁷⁰85° Congresso, S. 2191.

⁷¹94° Congresso, H.R. 15.

⁷²L'LDA ha sostituito la precedente disciplina contenuta nel *Federal Regulation of Lobbying Act* (FRLA) del 1946 (Pub. L. 79-601, *Aug. 2, 1946*, 60 Stat. 812). Per un commento fra i moltissimi, si ricorda A. Mikva, E. Lane, *Legislative Process*, Wolters Kluwer, New York, NY, Usa, 2009³, 490-518. V. anche *The Lobbying Manual*, in particolare i capitoli da 3 a 6 della *Part. IA, The Lobbying Disclosure Act of 1995: Reform Efforts and Current Law*. L'FRLA fu espressamente abrogato dalla *Section 11(a)* dell'LDA.

Capitolo III. LA GIURISPRUDENZA AMERICANA IN MATERIA DI *LOBBYING* (E FINANZIAMENTO ELETTORALE)

SOMMARIO: 1. Brevi note di diritto costituzionale americano, con particolare riguardo alla *First Amendment Jurisprudence*. – 2. Regole importanti del procedimento legislativo. – 3. La giurisprudenza rilevante in materia di Primo Emendamento e dintorni. 3.1. Il *leading-case: United States v. Harriss* (1954). Il *lobbying* è protetto dal Primo Emendamento, ciò che conta è la *disclosure*. 3.2. Il diritto di rivolgere petizioni al governo è tutelato anche se esercitato con scopo anticoncorrenziale: la c.d. *Noerr-Pennington doctrine*. 3.3. La liceità dei contratti volti al conseguimento di una determinata decisione pubblica: *Steele v. Drummond* (1927). 3.4. Il *contingent fee lobbying* come modalità vietata di *lobbying* in quanto minaccia all'interesse generale. 3.5. I principi giurisprudenziali sugli obblighi di *disclosure*: da *NAACP v. Alabama* (1958) a *Doe #1 v. Reed* (2010). 3.6. Il *lobbying* dell'opinione pubblica: da *United States v. Rumely* (1953) al cosiddetto *grassroots lobbying*. 3.7. Finanziamento pubblico delle attività di *lobbying* e divieto di uso di fondi pubblici per finanziare attività di *lobbying*. 3.8. Una questione di dettaglio: l'illegittimità del divieto di ricevere *honoraria* per i dipendenti dell'esecutivo di rango inferiore. – 4. I principi fondamentali sul finanziamento elettorale. 4.1. Il *landmark case Buckley v. Valeo* (1976), tra libertà di finanziamento e obblighi di *disclosure*. 4.2. La libertà di finanziamento nei principali casi precedenti a *Citizens United: Beaumont* (2003), *McConnell* (2003), *WRTL II* (2007). 4.3. La *progeny* di *Buckley* in materia di *disclosure*. 4.4. *Citizens United* (2010): massima libertà di finanziamento, ma conferma degli obblighi di *disclosure*. 4.5. La *progeny* di *Citizens United* fino alla caduta dell'ultimo (sinora) limite al finanziamento elettorale, *McCutcheon v. FEC* (2014).

1. Brevi note di diritto costituzionale americano, con particolare riguardo alla First Amendment Jurisprudence

Questo Capitolo ha lo scopo di mostrare come il ruolo più importante nell'evoluzione del *lobbying* negli Stati Uniti da un fenomeno quasi sotterraneo ad un tratto distintivo dell'assetto istituzionale e costituzionale americano è stato quello giocato dalla Corte Suprema, la quale, passando da un iniziale atteggiamento di netta condanna del *lobbying* al riconoscimento della sua protezione costituzionale, intorno alla metà del secolo scorso ha contribuito a far assumere al *lobbying* in terra americana una natura e un peso del tutto peculiari.

Partirò quindi dall'analisi delle pronunce più importanti della Corte, per poi evidenziare, nei Capitoli seguenti, come esse si siano affiancate, e spesso abbiano preceduto, l'attività legislativa federale, nel dar forma al fenomeno che ci occupa.

Come ho anticipato nell'*Introduzione*, questo Capitolo dedica altresì ampio spazio alla giurisprudenza costituzionale americana in materia di finanziamento elettorale, per via dello strettissimo legame che vi è con le pronunce in materia di *lobbying* (v. più ampiamente *supra* sul punto).

Al fine di agevolare la lettura di questo e dei prossimi Capitoli, ritengo utile in via preliminare riassumere qui sinteticamente il tipo di scrutinio compiuto dalla Corte Suprema quando le è sottoposta una questione di costituzionalità. Nel corso dell'analisi cercherò di mettere in luce alcune peculiarità del ragionamento giuridico nordamericano, alcuni passaggi argomentativi davvero tipici di quella tradizione giuridica, che nella giurisprudenza sul Primo Emendamento si manifestano in modo particolarmente significativo. Qui riepilogherò soltanto alcune nozioni chiave cui farò più volte riferimento nel testo.

In particolare, occorre richiamare la celeberrima nota a piè di pagina numero 4 del caso

U.S. v. Carolene Products Co., del 1938⁷³. Da questa nota dell'*opinion* del giudice Stone, infatti, si è ricavata la fondamentale idea dell'esistenza di tre livelli di controllo di costituzionalità, a cui corrispondono diversi requisiti che un atto normativo o un comportamento deve avere per poter essere ritenuto legittimo. Si va, in ordine decrescente, da uno *strict scrutiny*, a un *intermediate scrutiny*, a una *rational basis review*⁷⁴.

Tendenzialmente, si deve applicare lo standard più rigoroso (si dice che una determinata legge o azione "*triggers strict scrutiny*", cioè lo "fa scattare") in due ordini di situazioni: quando sia stato leso o limitato (*infringed*) un diritto costituzionale fondamentale ("*a fundamental constitutional right*"), cioè tipicamente i primi dieci Emendamenti (il c.d. *Bill of Rights*) e poi gli altri che la Corte abbia ritenuto tali; oppure quando sia stata compiuta una classificazione sospetta ("*suspect classification*"), che dà motivo di ipotizzare una discriminazione contraria al principio di uguaglianza (le *suspect classifications* includono le distinzioni sulla base della razza, dell'origine nazionale, della religione, della nazionalità, dello stato di povertà).

Quando l'atto normativo o il comportamento impugnato ricade in una di queste due ipotesi, allora per superare il vaglio di costituzionalità deve soddisfare contemporaneamente tre requisiti (c.d. *prongs*): dev'essere giustificato da un prevalente interesse pubblico ("*compelling governmental interest*"); dev'essere disegnato in modo restrittivo ("*narrowly tailored*"); deve impiegare il mezzo che determina la minor restrizione possibile ("*least restrictive means*") dell'interesse costituzionalmente protetto.

Lo standard dello *strict scrutiny* è particolarmente rilevante per la nostra indagine, perché, come già anticipato e come vedremo diffusamente, la Corte Suprema americana è giunta a ricondurre l'attività di *lobbying* alla sfera di libertà costituzionalmente protette dal Primo Emendamento, e quindi le limitazioni poste a tale pratica debbono soddisfare lo standard di legittimità più rigoroso in assoluto.

Per completezza, dirò ancora che l'*intermediate scrutiny* ha invece due applicazioni principali: le classificazioni, che si asserisca essere contrarie al principio di uguaglianza, effettuate sulla base del sesso⁷⁵, e determinati casi relativi al Primo Emendamento. In particolare, riguardo a questi ultimi, esso si applica quando la legge o l'azione dei pubblici poteri non limiti in modo diretto la libertà di parola, ma abbia comunque un effetto significativo su un dato discorso, o in altri termini quando sia indifferente al contenuto

⁷³304 U.S. 144 (1938).

⁷⁴Su questi concetti cardine del diritto costituzionale americano, con particolare riferimento alla *free speech doctrine*, v. ampiamente in K.M. Sullivan, G. Gunther, *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, NY, Usa, 2007¹⁶, *passim*, in particolare 741-753, e L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, NY, Usa, 19882, *passim*, in particolare 789-794. Entrambi questi testi (di cui v. anche le indicazioni bibliografiche) ricostruiscono l'importante disputa che si ebbe negli anni '60 dello scorso secolo negli Stati Uniti, tra chi sosteneva che i diritti garantiti dal Primo Emendamento andavano interpretati come "*absolute*" e chi invece affermava la necessità di sottoporli al "*balancing*" con altri interessi concorrenti (nella Corte Suprema, la prima posizione fu espressa dal giudice Black, mentre la seconda dai giudici Frankfurter e Harlan).

⁷⁵Le discriminazioni di genere non rientrano quindi tra le *suspect classifications* che *trigger strict scrutiny*, e vengono quindi definite *quasi-suspect classifications*.

(“*content-neutral*”) e non imponga un divieto assoluto, ma regoli solo tempo, luogo e modalità (“*time, place and manner*”) in cui un discorso può essere tenuto.

Quando si deve applicare l’*intermediate scrutiny*, il test da effettuare consiste nel verificare se la restrizione persegua un “importante interesse pubblico” (“*important governmental interest*”); i mezzi impiegati devono essere significativamente collegati (“*substantially related*”) al suo conseguimento di tale interesse.

Infine, la terza categoria, la *rational basis review*, si applica tendenzialmente alle questioni di legittimità per violazione del *due process* o del principio di uguaglianza, quando non venga però coinvolto un diritto fondamentale, e non si ravvisi una *suspect* o una *quasi-suspect classification*⁷⁶, e quindi sia ammissibile una maggiore discrezionalità del legislatore.

Per superare il *rational basis test*, una legge o un comportamento devono essere ragionevolmente collegati (“*rationally related*”) alla realizzazione di un “legittimo interesse pubblico” (“*legitimate governmental interest*”)⁷⁷.

Nella storica sentenza *Buckley*, che considererò nel dettaglio, la Corte Suprema americana ha poi fatto riferimento a un’ulteriore categoria di particolare importanza ai nostri fini, in quanto tipicamente riferita proprio alle limitazioni ai diritti garantiti dal Primo Emendamento, l’*exacting scrutiny*. In base a questo standard, i criteri rilevanti sono che l’interesse pubblico alla regolazione sia *compelling*, che il peso degli interessi garantiti dalla regolazione sia maggiore del peso delle libertà del Primo Emendamento che vengono così limitate, e che la regolazione sia *narrowly tailored* per perseguire l’interesse governativo: si tratta quindi di uno standard molto vicino allo *strict scrutiny*.

Ancora a proposito di giustizia costituzionale, le censure di illegittimità possono essere, secondo un’altra classificazione, di due tipi: esse possono consistere in una *facial challenge* o in una *as-applied challenge*. Nella prima, i ricorrenti contestano la legittimità della disposizione impugnata in quanto tale (*per se*), in assoluto (*on its face*), ovvero in qualunque possibile applicazione, sostenendo che non è possibile trovarne un’interpretazione costituzionalmente legittima: se essa viene accolta, determina l’annullamento della disposizione. Per converso, una censura *as-applied* è rivolta solo al modo in cui la disposizione colpisce i singoli ricorrenti, e se accolta lascia in piedi la disposizione per i casi diversi da quelli riconducibili a quello in cui si trovavano i ricorrenti.

Specificamente in materia di Primo Emendamento, una *species* delle *facial challenges* sono le censure che lamentano la *overbreadth* di una legge, ovvero la sua eccessiva estensione: la giurisprudenza ha infatti stabilito che alcune categorie di discorso pubblico sono escluse dalla protezione del Primo Emendamento (come i discorsi osceni, *obscenity*, o equiparabili a una violenza verbale, *fighting words*), ma se nel regolare queste categorie una legge si estende anche a categorie invece protette essa sarà illegittima perché “*overly broad*”, cioè troppo ampia. Strettamente collegata alla *overbreadth doctrine* è la *vagueness doctrine*, per la quale una legge è illegittima se è troppo indeterminata perché un cittadino medio sia in grado di comprenderne il contenuto.

In conclusione, preciso ancora che, a seconda dei casi, talvolta ho scelto di mantenere

⁷⁶Un esempio di classificazione non sospetta è quella tra criminali e non criminali.

⁷⁷Peraltro, in questo caso l’interesse pubblico non deve necessariamente essere quello realmente perseguito dai pubblici poteri, ma è sufficiente che la loro azione o la legge possano astrattamente perseguire un legittimo interesse pubblico.

l'originale inglese e talaltra invece di tradurre un passo citato in italiano (in alcuni casi mettendo tra parentesi alcune espressioni inglesi significative): le traduzioni italiane, ove non diversamente specificato, sono mie. Molti termini tecnici sono inoltre stati mantenuti, là dove la traduzione con un termine italiano non perfettamente equivalente rischiava di ingenerare confusione o equivoci (per fare un esempio, ho mantenuto *committee*, che talvolta designa le commissioni parlamentari e talaltra i gruppi d'azione politica, più simili ma non coincidenti coi nostri comitati)⁷⁸. Altre volte ho fatto ricorso a una traduzione necessariamente imperfetta per assenza di alternative, come nel già ricordato caso di *government*, termine con cui gli americani designano com'è noto tutti e tre i poteri, e che era inevitabile rendere con "governo".

2. Regole importanti del procedimento legislativo

Con particolare riferimento al *lobbying* nei confronti delle assemblee legislative, e quindi a livello federale del Congresso, occorre ricordare che un aspetto importante della professione del lobbista è la rappresentazione degli interessi dei propri clienti nel procedimento di approvazione di una legge, con memorie scritte (*briefs*) e/o oralmente nelle apposite udienze (*hearings*) davanti alle commissioni competenti (*legislative committees*)⁷⁹. Queste memorie e audizioni (*witnesses* o *testimonies*) sono un momento fondamentale del tentativo, da parte dei lobbisti, di convincere (in questo caso pubblicamente) i legislatori delle buone ragioni dei gruppi d'interesse che li hanno ingaggiati⁸⁰: anche se le possibilità che il tentativo riesca sono ridotte, comunque difficilmente i lobbisti rinunceranno a questa opportunità di far sentire la propria voce.

Non vi è un obbligo di tenere *hearings*, ma si tratta di una pratica molto comune per qualunque progetto di legge, anche se la possibilità per i parlamentari di informarsi in altre sedi fa sì che essi li disertino frequentemente. Vi è peraltro il problema della rappresentatività dei *committees*, che inevitabilmente non può riflettere in modo fedele la varietà di interessi e posizioni riflesse nell'assemblea generale, ma il tema esula dalla nostra analisi.

In ogni caso, regole dettagliate sugli *hearings*, su come procedere agli inviti, sulle prerogative delle minoranze parlamentari, sono contenute nei regolamenti parlamentari, rispettivamente alla *Rule XXVI* del Senato (*Committee Procedure*) e alla *XI* della *House* (*Procedure of Committees and Unfinished Business*)⁸¹.

⁷⁸Si ricordi anche che *person* racchiude tanto le nostre persone fisiche quanto quelle giuridiche, mentre le sole persone fisiche sono designate abitualmente come *individuals*.

⁷⁹Con riguardo a questo argomento, cfr. ampiamente in A.J. Mikva, E. Lane, *Legislative Process*, cit., capitoli 4, *The Functions and Procedures of Legislative Committees*, 123-208, e 8, *Accessibility*, 459-539. V. anche L. Elia, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, specialmente 93-98 e 214-217.

⁸⁰In generale sul tema, v. G. De Vergottini (a cura di), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Maggioli, Rimini, 1985; v. in particolare L. Pegoraro, *La parabola delle hearings regionali: dalla partecipazione al lobbying*, *ivi*, 267 ss.

Infine, ricordo ancora, sotto un diverso aspetto, l'introduzione, ad opera dello HLOGA⁸², di una nuova *Rule XLIV*, che impone l'obbligo di indicare espressamente, per ogni progetto di legge federale posto in votazione, tutte le spese o benefici fiscali o esenzioni tariffarie che esso comporta (si tratta dei c.d. *earmarks*, termine intraducibile con cui si indicano appunto i singoli pezzi di legislazione che forniscono un finanziamento o comunque un vantaggio fiscale a un ente o un progetto specificamente individuato), e quali Senatori li hanno richiesti.

Lo scopo è aumentare la *disclosure* nei confronti di uno degli aspetti del *lobbying* su cui si concentrano le maggiori critiche⁸³, per via del fatto che molto spesso gli *earmarks* sono stati e sono destinati a progetti non particolarmente utili, o addirittura voluttuari, vantaggiosi per il cliente del lobbista, che ottiene una commessa pubblica, e per il parlamentare nel cui distretto d'origine verrà eseguita l'opera, il quale potrà vantare di aver ottenuto fondi e conseguenti posti di lavoro per il proprio collegio, ma in tutta evidenza dannosi per le casse dello Stato e quindi per gli interessi del contribuente: l'espressione tipica per designare questi stanziamenti di denaro collegati agli *earmarks* è quella di *pork barrel*, a significare come si tratti di un assai ghiotto bottino per gli *special interests*.

3. La giurisprudenza rilevante in materia di Primo Emendamento e dintorni

In questo capitolo, delinearò come anticipato la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul *lobbying* in senso stretto e su altre questioni rilevanti al riguardo (della cui rilevanza darò conto ove necessario volta per volta). Le sentenze esaminate, in larga misura di natura costituzionale, hanno in prevalenza a che fare con il Primo Emendamento, e stabiliscono il caratteristico nesso americano tra questa disposizione e l'attività di pressione sui pubblici decisori; le altre riguardano temi strettamente connessi.

La scansione seguita non sarà in effetti di tipo cronologico, ma per l'appunto per temi: s'inizierà in certa misura dal fondo, ovvero dalla sentenza più importante in argomento, per poi procedere in parte in avanti e indietro seguendo una serie di questioni importanti, ricostruendo così anche indirettamente l'evoluzione della giurisprudenza in questione, da una posizione di netto sfavore per il *lobbying*, ad una di piena accettazione.

⁸¹V. al riguardo i *CRS Reports*, rispettivamente di R.C. Sachs, *Hearings in the U.S. Senate: A Guide for Preparation and Procedure* (quello aggiornato al 19 luglio 2004 è disponibile su <http://lieberman.senate.gov/assets/pdf/crs/senatehearings.pdf>), e di T.P. Carr, *Hearings in the House of Representatives: A Guide for Preparation and Procedure* (quello aggiornato al 13 giugno 2006 è disponibile su http://www.rules.house.gov/CRS_Rpt/RL30539.pdf).

⁸²*Section 521*.

⁸³In effetti, recentemente il tema delle riforme in materia di *earmarks* ha visto una inusuale convergenza di posizioni tra *corporate lobbyists* e *government watchdog groups*, come ha riferito E. Lichtblau, *Rivals Reach Consensus on New Earmark Rules*, in *New York Times*, 29 settembre 2010, A19.

In particolare, dopo aver appunto considerato il caso fondamentale sul *lobbying* in senso stretto, del 1954, esaminerò le pronunce che riaffermarono i principi in esso stabiliti con riferimento ad un campo specifico, quello del diritto *antitrust*. Muoverò poi ad analizzare una sentenza precedente che si era concentrata invece sulla autonoma questione della liceità o meno in generale dei contratti di *lobbying*, in qualche misura anticipando le affermazioni del 1954, e subito dopo considererò una particolare modalità di conclusione di tali contratti, ovvero con pagamento in funzione del risultato ottenuto, che invece in sentenze più risalenti era stata ritenuta non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

Segue una disamina della giurisprudenza costituzionale in tema di *disclosure*, che è il principio fondamentale all'insegna del quale va valutata, alla luce della sentenza del 1954, la regolamentazione del *lobbying*, e su cui merita pertanto allargare lo sguardo, anche se le pronunce considerate non riguardano direttamente l'attività di *lobbying* (considerazione analoga vale, come dirò, per l'approfondimento a sé stante sul finanziamento elettorale nel prossimo paragrafo).

Altra questione considerata è poi quella del *lobbying* rivolto a singoli pubblici decisori non direttamente, ma in via indiretta, tramite il coinvolgimento dell'opinione pubblica; si passa poi al tema della liceità o meno dell'impiego di denaro pubblico per il finanziamento di attività di *lobbying*, e infine ad una questione minore ma comunque meritevole di un cenno quale è quella del pagamento di dipendenti pubblici per incarichi esterni, che apre la porta alla più ampia questione dell'afflusso di denaro da parte dei gruppi di pressione alla politica.

3.1. IL *LEADING-CASE: UNITED STATES V. HARRISS* (1954). IL *LOBBYING* È PROTETTO DAL PRIMO EMENDAMENTO, CIÒ CHE CONTA È LA *DISCLOSURE*

La pronuncia più importante della Corte Suprema federale in materia di *lobbying* risale al 1954 e fu emessa nel caso *United States v. Harriis*⁸⁴: in essa, i giudici americani stabilirono che il *right to petition the Government for a redress of grievances*, di cui al Primo Emendamento, imponeva di considerare il *lobbying* un'attività lecita, nei confronti della quale non potevano essere ammesse restrizioni che ne intaccassero la sostanza, ma soltanto obblighi di *disclosure*.

Si trattava di un procedimento penale in cui alcuni soggetti erano imputati di violazione dell'allora vigente FRLA (*Federal Regulation of Lobbying Act* del 1946⁸⁵). Il caso fu assegnato in primo grado allo stesso giudice, Alexander Holtzoff, che, in una sentenza di pochi mesi anteriore, *National Association of Manufacturers v. McGrath*⁸⁶ (scrivendo per un collegio unanime della *District Court* per il *District of Columbia*) aveva dichiarato l'FRLA incostituzionale.

In particolare, venivano in questione soprattutto le *Sections* 305, 307, 308 e 310(b), i cui contenuti fondamentali erano rispettivamente:

⁸⁴347 U.S. 612 (1954).

⁸⁵60 Stat. 839, 2 USC 261-270.

⁸⁶103 F. Supp. 510 (D.D.C.), poi annullata *as moot* dalla Corte Suprema federale, 344 U.S. 804 (1952).

- § 305: obbligo per qualunque persona che ricevesse qualunque contributo o spendesse qualunque somma di denaro per gli scopi di cui al § 307 di comunicare ogni trimestre al Clerk i dati delle persone che hanno dato e ricevuto denaro dal lobbista e entità di tali contributi;
- § 307: delimitazione del campo di applicazione del Titolo III alle persone (con esclusione dei *political committees* di cui al *Federal Corrupt Practices Act* e dei comitati statali o locali dei partiti) che, da sole o tramite qualunque rappresentante o dipendente o altri collaboratori, in qualunque modo, direttamente o indirettamente, richiede, raccoglie o riceve denaro o altra cosa di valore se lo scopo "principale" di tale contributo o di tale persona è agevolare il perseguimento di uno dei seguenti scopi: (a) l'approvazione o il rigetto di qualunque atto normativo da parte del Congresso; (b) influenzare, direttamente o indirettamente, tale approvazione o rigetto;
- § 308: obbligo di registrazione preventiva presso il Clerk della Camera e il Secretary del Senato per chiunque sia retribuito per tentare di influenzare l'approvazione o il rigetto di qualunque atto normativo del Congresso, comunicando i propri dati, i dati di colui per cui lavorano, e nel cui interesse si presentano o lavorano, la durata dell'incarico, l'importo della retribuzione, chi sia tenuto alla retribuzione, quanto sia pagato per spese e quali spese vengano comprese; obbligo di ciascun soggetto che effettui tale registrazione di comunicare a Clerk e Secretary, se la sua attività continua, una relazione su tutto il denaro ricevuto e speso durante il precedente trimestre nell'esecuzione dei suoi compiti; a chi è stato versato; per quale scopo; i nomi di qualunque giornale o periodico in cui ha ottenuto la pubblicazione di articoli; l'indicazione delle proposte di atti normativi che ha l'incarico di sostenere o contrastare;
- § 310(b): previsione di una sanzione penale accessoria a carico di chi sia condannato per la contravvenzione di cui alla *subsection* (a), consistente nel divieto, per tre anni dalla condanna, di tentare di influenzare, direttamente o indirettamente, l'approvazione o il rigetto di qualunque proposta di atto normativo, nonché di comparire dinanzi a una commissione del Congresso a sostegno o in opposizione di tali proposte.

In *McGrath*, Holtzoff aveva ravvisato in particolare due vizi:

1) le prime tre *Sections*, contenenti obblighi di registrazione e *disclosure*, impiegavano espressioni come «*to influence, directly or indirectly, the passage of defeat of any legislation*», o adottavano come criterio per stabilire se un'attività rientrava o meno nel campo di applicazione della legge il fatto che il suo «*principal purpose*» fosse agevolare o influenzare, direttamente o indirettamente, l'approvazione o il rigetto di una legge da parte del Congresso: ebbene, queste disposizioni dovevano ritenersi «*manifestly too indefinite and vague*» perché le sanzioni penali fondate sul loro mancato rispetto potessero ritenersi rispettose della *Due Process Clause* (Quinto Emendamento), che nel caso di specie possiamo equiparare ai principi di tassatività e determinatezza della norma penale nel diritto costituzionale italiano;

2) inoltre, la pena accessoria del divieto di svolgere attività di *lobbying* per tre anni, contenuta nella *Section* 310(b), era contraria al diritto costituzionale di rivolgere petizioni al governo.

Quando, l'anno successivo, fu chiamato a giudicare nel caso *Harriss*, il giudice Holtzoff non fece altro che ordinare l'archiviazione del procedimento a carico degli imputati⁸⁷, fondandosi sul proprio precedente in *McGrath*. Tuttavia l'accusa impugnò la decisione

⁸⁷109 F. Supp. 641.

direttamente davanti alla Corte Suprema, la quale fu quindi⁸⁸ chiamata a giudicare della validità della legge *on its face*, e con una *opinion* del *Chief Justice* Warren, in un voto 5 a 3, ribaltò la pronuncia di primo grado, ritenendo legittime le restrizioni poste dall'FRLA.

Gli imputati sostenevano l'illegittimità di tali restrizioni sotto tre profili: i due ravvisati dal giudice Holtzoff in *McGrath*, più la violazione, da parte delle stesse *Sections* 305, 307 e 308, dei diritti costituzionali di libera manifestazione del pensiero, di stampa e di rivolgere petizioni al governo.

Come detto, la Corte rigettò ciascuno di questi argomenti. Quanto alla censura relativa alla *Section* 310(b), essa non la prese in considerazione perché, almeno sino a quel punto del procedimento, non era rilevante nel caso di specie.

Con riferimento invece alle censure di violazione del Primo Emendamento da parte delle tre *Sections* fondamentali dell'LDA, l'*opinion* di Warren confrontò il possibile effetto restrittivo che esse avrebbero potuto avere sulla più ampia circolazione delle idee con il rischio che gli *special interests*, se lasciati completamente liberi di influenzare il procedimento legislativo, relegassero nell'ombra qualunque altra voce, e ritenne che il bilanciamento effettuato dalla legge fosse un tentativo costituzionalmente accettabile di contemperare le opposte esigenze in campo⁸⁹.

Infine, per quel che concerne il vizio di *vagueness* imputato a queste disposizioni, la Corte affermò che gli obblighi previsti dalle *Sections* 305 e 308 non violavano la *Due Process Clause* per via del fatto che, per trovare applicazione, si doveva comunque rientrare nel campo di applicazione della *Section* 307.

E sua volta, la *Section* 307 venne restrittivamente interpretata dalla Corte, che affermò che questa disposizione subordinava la propria applicazione alla presenza di tre requisiti: 1) che una determinata persona avesse «richiesto, raccolto o ricevuto denaro o altra cosa di valore»; 2) che uno degli scopi principali di quella persona o di quel compenso fosse stato influenzare l'approvazione o la mancata approvazione di una legge da parte del Congresso; 3) che tale scopo fosse stato perseguito tramite comunicazioni dirette coi membri del Congresso⁹⁰.

L'aspetto più importante di *Harriss* è che la Corte ritenne sì legittimi gli obblighi in questione, ma ritenne appunto di doverne limitare la portata, perché ciò era imposto dalla

⁸⁸Alla luce di *U.S. v. Petrillo*, 332 U.S. 1, 5 (1947), secondo cui «*in reviewing a direct appeal from a District Court under the Criminal Appeals Act, [...] our review is limited to the validity or construction of the contested statute. For 'The Government's appeal does not open the whole case'*» (il richiamo è a *U.S. v. Borden Co.*, 308 U.S. 188, 193 (1939)).

⁸⁹Di opinione diversa i due *dissent* dei giudici Douglas (cui si unì Black) e Jackson. In particolare, quest'ultimo riaffermò convintamente la tradizionale sacralità dei *First Amendment rights* nel sistema politico americano, dove il diritto di rivolgere petizioni al governo, anche per ragioni egoiste e di interesse puramente privato, era un elemento fondamentale della visione pluralista dell'ordinamento fatta propria dai Padri Fondatori: «*If this right is to have an interpretation consistent with that given to other First Amendment rights, it confers a large immunity upon activities of persons, organizations, groups and classes to obtain what they think is due them from government. Of course, their conflicting claims and propaganda are confusing, annoying, and, at times, no doubt, deceiving and corrupting. But we may not forget that our constitutional system is to allow the greatest freedom of access to Congress, so that the people may press for their selfish interests, with Congress acting as arbiter of their demands and conflicts*» (Justice Jackson, *dissenting*, 347 U.S. 635).

necessità di rispettare il Primo Emendamento. Infatti, solo così come restrittivamente interpretate, le disposizioni oggetto di scrutinio «*do not violate the freedoms guaranteed by the First Amendment--freedom to speak, publish, and petition the Government*».

La Corte mosse dal riconoscere che la complessità delle questioni oggetto di legislazione era divenuta tale che non ci si poteva aspettare dai singoli parlamentari che indagassero la miriade di pressioni cui erano regolarmente soggetti. Tuttavia, essa riconobbe parimenti che la piena realizzazione dell'ideale americano di governo da parte dei rappresentanti eletti dipendeva in misura rilevante dalla loro capacità di valutare adeguatamente tali pressioni: altrimenti, la voce del popolo avrebbe potuto essere troppo facilmente sommersa dalla voce degli *special interest groups* che andavano in cerca di un trattamento di favore nascondendosi dietro la facciata di promotori dell'interesse pubblico.

L'FRLA aveva cercato di porre rimedio a questo problema, e secondo la Corte lo aveva fatto in modo costituzionalmente legittimo. Ma ciò non toglie che, da *Harriss* in poi, il *lobbying* fu un'attività non più da condannare, e quindi circoscrivibile a piacere dal Congresso, bensì limitabile solo entro paletti ben precisi, appunto perché il Primo Emendamento ne garantisce in via generale la legittimità.

La forte protezione costituzionale garantita negli Stati Uniti al *lobbying* consiste dunque prima di tutto in questo: al di là della liceità dei contratti di *lobbying*, di cui dirò tra breve, e che di per sé non è contestata neppure in Europa, come si vedrà, e al di là di un ipotetico diritto ad essere ascoltati in sede di procedimento legislativo (un diritto sostanzialmente non riconosciuto né negli Usa né in Europa), ciò che più colpisce dell'impianto americano è il forte divieto per il legislatore di porre restrizioni rilevanti a questa pratica, un divieto che non ha invece paragoni in terra europea, dove restrizioni considerevoli, se non *sono* attualmente previste, *potrebbero esserlo* (approfondirò il punto relativo all'Europa in sede di esame della relativa giurisprudenza e disciplina).

Peraltro, una conseguenza della conclusione raggiunta dalla Corte fu che restarono esclusi dal campo di applicazione dell'FRLA una serie di rilevanti aspetti: le attività di *lobbying* svolte senza corrispettivo, o comunque senza che fosse raccolto o ricevuto denaro per metterle in atto; le attività di *lobbying* svolte per esempio da grandissime *corporations* o *unions*, se soltanto si poteva dimostrare che il *lobbying* non era uno degli scopi principali per cui quell'ente aveva ricevuto il denaro impiegato (e paradossalmente, più l'ente era grande più la cosa era facile da dimostrare); i contatti avuti con i collaboratori dei membri del Congresso, anziché con questi ultimi direttamente; i tentativi di influenzare le attività del Congresso diverse dall'approvazione o meno di una legge; l'*indirect lobbying*, cioè tutti i tentativi di influenzare i parlamentari diversi da una diretta comunicazione con loro.

Tutte queste lacune concorsero a rendere sostanzialmente fallimentare il bilancio dell'applicazione dell'FRLA, e a convincere molte persone, dentro e fuori dal Congresso, della necessità di aggiornarlo, aumentando le restrizioni e chiudendo le molte scappatoie: come si è visto, queste furono le premesse che portarono, nel 1995, all'approvazione dell'LDA.

S'impone infine un'importante precisazione: il beneficiario degli obblighi di *disclosure* per *Harriss* non è tanto il pubblico dei cittadini americani, bensì il legislatore. È nel permettere

⁹⁰Questo terzo requisito derivava dalla necessità di intendere gli scopi indicati dal § 307 come riferiti al solo «*lobbying in its commonly accepted sense*», secondo quanto stabilito dalla Corte, con riguardo a espressioni simili, nel caso *Rumely*, ricordato subito sopra.

al legislatore di sapere «chi viene assunto, chi sta mettendo avanti il denaro, e quanto»⁹¹ che la Corte ravvisa un interesse costituzionalmente rilevante di importanza tale da giustificare la possibile restrizione alla libera espressione delle proprie idee che pur potrebbe indirettamente derivare dagli obblighi di *disclosure*.

Ciò fa sì che *Harriss*, benché sia ancora un precedente vincolante e sia certamente imprescindibile nel valutare eventuali profili di incostituzionalità dell'LDA (pur essendo riferito all'abrogato FRLA), non sia più forse il principale caso cui guardare nel valutare la legittimità degli obblighi di *disclosure* posti in capo ai lobbisti e alle *lobbying firms* dall'LDA. Rimane infatti centrale la sua definitiva affermazione della legittimità costituzionale degli obblighi di *disclosure* in materia, pur con gli importanti limiti esaminati, ma, come accennavo più in alto, sembra essere ancor più rilevante la giurisprudenza costituzionale in tema di finanziamento elettorale (che verrà considerata al § 4 di questo Capitolo).

Infatti, la *ratio* delle disposizioni che impongono obblighi di *disclosure* in quest'ultimo ambito è quella di garantire al pubblico – e non al legislatore – la maggior trasparenza e quantità di informazioni possibili, e proprio questa è la *ratio* anche degli attuali obblighi di *disclosure* recati dall'LDA, come emerge in modo chiaro dai *findings* del Congresso, contenuti nella *Section 2* della legge (2 USC 1601)⁹².

3.2. IL DIRITTO DI RIVOLGERE PETIZIONI AL GOVERNO È TUTELATO ANCHE SE ESERCITATO CON SCOPO ANTICONCORRENZIALE: LA C.D. *NOERR-PENNINGTON DOCTRINE*

Se in *Harriss* fu affrontata la questione fondamentale della protezione costituzionale dell'attività di *lobbying*, e della sua riconduzione all'ambito della libertà di espressione, questo principio fu poi nei fatti riaffermato in una coppia di casi in materia di diritto della concorrenza, *Noerr* e *Pennington*, che vengono in genere ricordati insieme con l'indicazione di *Noerr-Pennington doctrine*: si tratta di un'applicazione specifica della generale protezione del *lobbying* stabilita nel precedente del 1954, che conferma la tutela molto ampia di questa attività (anche se *Harriss* viene citato solo una volta in nota nel primo dei due casi).

Il primo caso è dunque *Eastern Railroads President Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*⁹³, relativo ad una controversia tra una serie di società di trasporto su camion e altre società di trasporto invece ferroviario. Le prime imputavano alle seconde una violazione della

⁹¹347 U.S. 625.

⁹²Queste considerazioni sono espresse da E. Garrett, R.M. Levin, *The LDA and First Amendment Political Freedoms*, sez. 7-2 del cap. 7 di *The Lobbying Manual (Constitutional Issues Raised by the Lobbying Disclosure Act*, scritto da E. Garrett, R.M. Levin, T. Ruger, 197-222), 198. Gli Autori notano che significativamente i *findings* in questione non citano neppure la necessità per il legislatore di essere informato, ma si concentrano unicamente sull'esigenza che il pubblico abbia maggiore consapevolezza dell'azione dei lobbisti e acquisti così maggiore fiducia nell'integrità del governo. In argomento, cfr. anche, tra i molti, A.P. Thomas, *Easing the Pressure on Pressure Groups: Toward a Constitutional Right to Lobby*, 16 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 149 (1993).

⁹³365 U.S. 127 (1961).

disciplina sulla concorrenza, contenuta nel c.d. *Sherman Act*⁹⁴ (in particolare, le *Sections* 15 USC 1-2), per aver organizzato una campagna pubblicitaria avversa agli autotrasportatori, volta ad ottenere l'approvazione, il mantenimento o l'applicazione di leggi favorevoli alle ferrovie.

La sentenza non designa mai queste pratiche come *lobbying*, ma la questione in gioco è proprio se lo *Sherman Act* vieti a delle imprese concorrenti di unirsi per fare *lobbying* allo scopo di ottenere una legislazione favorevole alla loro categoria nel suo complesso, e sfavorevoli ad imprese concorrenti di un altro settore.

La Corte decise il caso a favore delle ferrovie, affermando che la disciplina sulla concorrenza non può ritenersi violata da meri tentativi di influenzare il contenuto della legislazione o la condotta dell'esecutivo, quand'anche l'azione che si cerca di ottenere dal legislatore o dall'esecutivo produca una restrizione della concorrenza o un monopolio (l'unica eccezione è relativa ai casi di campagne che costituiscono una mera finzione – *sham* – per coprire tentativi di interferire direttamente con le relazioni commerciali di un concorrente: la c.d. "*sham*" exception).

Ancora una volta, la conclusione è basata sulla forte tutela che il diritto di petizione trova nel Primo Emendamento, e sulla considerazione che il concetto stesso di rappresentanza, nel sistema di democrazia rappresentativa disegnato dai Padri Fondatori, si fonda sulla possibilità per i cittadini di far conoscere le proprie esigenze ai propri rappresentanti⁹⁵.

L'*holding* di *Noerr* fu poi ribadito in un caso di poco successivo, *United Mine Workers of America v. Pennington*⁹⁶, in cui la Corte confermò che un tentativo concertato tra più imprese di influenzare decisioni di funzionari pubblici era esente dai divieti di comportamenti anticoncorrenziali di cui allo *Sherman Act*, anche se condotto col preciso scopo di danneggiare i concorrenti. Nella fattispecie, fu così ritenuto legittimo un accordo tra alcune imprese e i sindacati per escludere dal mercato alcuni concorrenti minori delle prime, non sindacalizzati: tale accordo prevedeva di fare oggetto di *lobbying* – anche in questo caso, però, senza che questo termine venga impiegato nella pronuncia in questione – il *Secretary of Labor*, affinché stabilisse un salario minimo nel settore molto elevato, così che le imprese minori che si volevano escludere dal mercato non fossero in grado di far fronte ai maggiori costi che ne sarebbero loro derivati.

La c.d. *Noerr-Pennington doctrine* fu successivamente ripresa da un caso del 1991, *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*⁹⁷, in cui la Corte chiarì che la "*sham*" exception non comprendeva i casi in cui si organizzava una *conspiracy* ai danni di concorrenti con lo

⁹⁴49° Congresso, C. 647, *Jul.* 2, 1890, 26 Stat. 209, 15 USC 1 *et seq.*.

⁹⁵Le parole, spesso citate, usate dal giudice Black sono: «*The whole concept of representation depends upon the ability of the people to make their wishes known to their representatives*», 365 U.S. 127, 137 (1961).

⁹⁶381 U.S. 657 (1965).

⁹⁷499 U.S. 365 (1991).

scopo di perseguire un proprio interesse, ma solo i casi in cui si faceva uso diretto del procedimento legislativo o amministrativo come arma anticompetitiva (e quindi, non quelli in cui l'esito anticompetitivo è solo una *conseguenza* del comportamento anticoncorrenziale). Su questa base, la Corte stabilì che non violava lo *Sherman Act* l'azione di una società leader nella gestione della pubblicità su tabelloni nella città di Columbia, South Carolina, la quale con successo aveva fatto oggetto di *lobbying* le autorità amministrative locali, ottenendo da queste l'approvazione di provvedimenti di zonizzazione che restringevano la possibilità di installare nuovi tabelloni pubblicitari, in danno di un'impresa concorrente appena entrata nel mercato.

3.3. LA LICEITÀ DEI CONTRATTI VOLTI AL CONSEGUIMENTO DI UNA DETERMINATA DECISIONE PUBBLICA: *STEELE V. DRUMMOND* (1927)

L'affermazione generale di *Harriss* era già stata in qualche misura anticipata da un caso precedente, anch'esso non relativo esplicitamente al *lobbying*, ma di fatto avente ad oggetto questa pratica. In particolare, in esso si era considerata la questione della liceità dei contratti aventi ad oggetto il conseguimento di una determinata decisione pubblica, in cambio del pagamento di un corrispettivo in denaro per l'esecuzione di tale incarico.

Il caso in questione è *Steele v. Drummond*, del 1927⁹⁸, e riguardava un contratto in cui Drummond si impegnava tra le altre cose a ottenere una serie di concessioni per la costruzione su suoi terreni di un prolungamento di una linea ferroviaria, che Steele era interessato a realizzare, e che avrebbe incrementato il valore dei terreni stessi.

L'affare poi andò in fumo per volontà di Steele, così Drummond lo citò in giudizio per farsi rimborsare le spese sostenute in esecuzione del contratto, ma la difesa di Steele si richiamò alla giurisprudenza in tema di *contingent fee*, sostenendo che l'impegno di Drummond di ottenere le concessioni era contrario a *public policy* e quindi rendeva nullo l'intero contratto.

Questa giurisprudenza, infatti, come dirò tra un istante, aveva espresso una forte stigmatizzazione del *lobbying* in quanto tale, tuttavia in questo caso la Corte Suprema operò un *distinguishing* del contratto in questione da quelli oggetto di *Providence Tool, Trist e Hazelton* (su cui v. per l'appunto tra un momento nel testo). Infatti questi ultimi prevedevano il conseguimento di atti da parte del legislativo o dell'esecutivo a mo' di favore per mezzo di «*personal influence, solicitation, and the like, or by other improper or corrupt means*». Nel caso in esame, invece, non vi era riscontro di nulla di tutto ciò: si trattava di un'operazione imprenditoriale pienamente legittima, nell'ambito della quale l'ottenimento delle concessioni era semplicemente un passo necessario da compiere; il fatto che Drummond avesse interesse a conseguirle non rendeva illegittimo il suo impegno, ma anzi gli dava titolo a metterlo in atto con ogni modo legittimo.

Pertanto il contratto non era contrario a *public policy*, ed era quindi valido: la Corte spiegò che il senso dell'espressione «*public policy*» era vago e variabile, non essendo stabilite regole per determinarlo, e non essendo esso mai stato definito dalle corti, che lo avevano lasciato nell'indeterminatezza e privo di definizione. Tuttavia, un contratto poteva essere ritenuto nullo in quanto contrario a *public policy* solo «*in clear cases*», e il pregiudizio recato all'interesse generale non poteva essere presunto, «*where nothing sinister or improper is done or contemplated*».

⁹⁸275 U.S. 199 (1927).

In questo modo, la Corte iniziò ad ammorbidire la propria condanna del *lobbying*, limitando i casi in cui un contratto che prevedeva servizi di questo tipo poteva essere ritenuto contrario a *public policy* e quindi nullo e non eseguibile.

3.4. IL *CONTINGENT FEE LOBBYING* COME MODALITÀ VIETATA DI *LOBBYING* IN QUANTO

MINACCIA ALL'INTERESSE GENERALE

In effetti, nelle prime pronunce in cui storicamente si è occupata di *lobbying*, la Corte Suprema americana era stata molto severa nei confronti di questa pratica. In particolare, però, essa si era occupata in quelle occasioni di una specifica modalità di conclusione dei contratti di *lobbying*, la cui liceità in via generale verrà affrontata come si è visto solo in seguito: si tratta dei contratti che prevedono l'inclusione di una clausola di *contingent fee*.

Tale clausola, inclusa in un contratto di *lobbying*, consiste nella parametrizzazione del compenso di un lobbista al beneficio che è stato in grado di procurare al proprio cliente. In altri termini, in virtù di tale previsione, lobbista e cliente si accordano perché la remunerazione avvenga in funzione del risultato utile conseguito dal primo nell'interesse del secondo: potremmo definirlo "patto di quota lobbying", in analogia al "patto di quota lite" che il cliente può concludere con il proprio avvocato.

Non vi era nella legislazione federale un divieto generale di ricorrere a questa pratica, ma nonostante l'assenza di un divieto espresso, ci si interrogò sull'azionabilità di contratti che prevedano compensi di questo tipo per attività di *lobbying*, e sulla questione si pronunciò per l'appunto in tempo risalente anche la Corte Suprema federale (ancora lontana, all'epoca, dal riconoscere al *lobbying* protezione costituzionale nel Primo Emendamento, disposizione che quindi non viene considerata in queste pronunce).

Il primo caso da ricordare è *Marshall v. Baltimore and Ohio Railroad Co.*⁹⁹, in cui la Corte affermò espressamente che «*all contracts for a contingent compensation for obtaining legislation, or to use personal or any secret or sinister influence on legislators, is [sic] void by the policy of the law*».

In realtà, s'impongono alcune precisazioni. Nel caso di specie, l'attore, Marshall, sosteneva di aver procurato l'approvazione, da parte dello Stato della Virginia, di una legge favorevole a Railroad Company, e di aver quindi diritto, sulla base di un apposito contratto stipulato con la società, a che questa gli riconoscesse un compenso di 50 mila dollari.

La Corte respinse la domanda di Marshall, ma anche e prima di tutto per via del fatto che aveva accertato che il contenuto dell'atto approvato non era lo stesso dedotto nel contratto con la Railroad Company, ma era diverso (anche se era infine risultato comunque favorevole alla società).

Inoltre, un'altra caratteristica del contratto che pesò molto nel giudizio della Corte fu il fatto che esso era segreto, dunque il legislatore della Virginia non ne era a conoscenza. Questo fatto preoccupò molto la Corte, e la indusse a pronunciarsi molto duramente contro la pratica del *lobbying* in quanto tale. L'*opinion* di maggioranza riconosce che «*all persons whose interests may in any way be affected by any public or private act of the legislature, have an undoubted right to urge their claims and arguments, either in person or by counsel professing to act for them, before legislative committees, as well as in courts of justice*», purché ciò avvenga in modo non segreto.

Tuttavia, essa non risparmia i propri strali nei confronti di quelli che ritiene dei

⁹⁹57 U.S. 314 (1853).

potenziali attentati all'interesse generale, al punto che sembra quasi voglia bandire qualunque contratto avente per oggetto l'ottenimento di decisioni favorevoli da parte del governo. Riporto qui alcuni passaggi piuttosto significativi della decisione:

Legislators should act from high considerations of public duty. Public policy and sound morality do therefore imperatively require that courts should put the stamp of their disapprobation on every act, and pronounce void every contract the ultimate or probable tendency of which would be to sully the purity or mislead the judgments of those to whom the high trust of legislation is confided. [...] Legislators should act with a single eye to the true interest of the whole people, and courts of justice can give no countenance to the use of means which may subject them to be misled by the pertinacious importunity and indirect influences of interested and unscrupulous agents or solicitors. Influences secretly urged under false and covert pretences must necessarily operate deleteriously on legislative action, whether it be employed to obtain the passage of private or public acts. Bribes, in the shape of high contingent compensation, must necessarily lead to the use of improper means and the exercise of undue influence. Their necessary consequence is the demoralization of the agent who covenants for them; he is soon brought to believe that any means which will produce so beneficial a result to himself are 'proper means;' and that a share of these profits may have the same effect of quickening the perceptions and warming the zeal of influential or 'careless' members in favor of his bill. The use of such means and such agents will have the effect to subject the State governments to the combined capital of wealthy corporations, and produce universal corruption, commencing with the representative and ending with the elector. Speculators in legislation, public and private, a compact corps of venal solicitors, vending their secret influences, will infest the capital of the Union and of every State, till corruption shall become the normal condition of the body politic, and it will be said of us as of Rome-'omne Romae venale'.

Il *contingent fee* è dunque assimilato qui addirittura alla *bribery*, la corruzione, e non si può fare a meno di notare che la *vis polemica* è incredibilmente simile a quella che ancora oggi anima tanti dei discorsi dei c.d. *reformers*, cioè dei sostenitori della necessità di riformare in senso restrittivo la regolamentazione del *lobbying* e del finanziamento elettorale: le parole della Corte in *Marshall* sembrano in effetti anch'esse tratte da una delle tante voci che, più di un secolo e mezzo dopo, tuttora sembrano ritenere quasi inevitabile il rischio che la rappresentanza organizzata di interessi degeneri in fenomeni affini alla corruzione e al malaffare, e ritengono necessario un intervento normativo per prevenire tale scenario.

La seconda sentenza è simile; si tratta del caso *Providence Tool Co. v. Norris*¹⁰⁰. Anche in questa occasione la controversia era tra un lobbista, Norris, e la società cui aveva procurato un ricco contratto con il governo, per il pagamento del *contingent fee* pattuito, che Norris quantificava in 75 mila dollari, e che la società rifiutava invece di pagare.

In *Providence Tool*, la Corte negò espressamente la legittimità del *contingent fee lobbying*, affermando che «*agreements for compensation contingent upon success, suggest the use of sinister and corrupt means for the accomplishment of the end desired. The law meets the suggestion of evil, and strikes down the contract from its inception*».

Anche in questo caso, però, la Corte colse l'occasione per pronunciarsi in generale sul *lobbying*, nuovamente con toni molto critici. Dopo aver curiosamente descritto Norris come una sorta di trafficante che, dopo una «*somewhat miscellaneous sort of a life, in Europe and America*», si era trovato a Washington senza uno scopo preciso, ma con l'idea di farvi affari, la Corte si chiede se sia in generale azionabile un accordo di compenso per la stipulazione di un contratto di fornitura con il governo, e risponde "senza esitazione" di no. Tali contratti sono nulli perché è illecita la loro *consideration* (quella nozione del *common law* che ha il

¹⁰⁰69 U.S. 45 (1864).

proprio corrispettivo più affine in diritto italiano nella nozione di *causa* del contratto). E tale *consideration* è illecita perché è contraria alla *public policy*, altro concetto tipico del *common law* con cui si fa riferimento in generale a quei «*principles and standards regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society*»¹⁰¹.

In ogni caso, la motivazione è estremamente simile a quella di *Marshall*, e fa leva sul timore che accordi di questo genere sacrificino in modo irrimediabile l'interesse generale a favore di quelli particolari, manifestando un'inaccettabile "*corrupting tendency*":

All contracts for supplies should be made with those, and with those only, who will execute them most faithfully, and at the least expense to the Government. Considerations as to the most efficient and economical mode of meeting the public wants should alone control, in this respect, the action of every department of the Government. No other consideration can lawfully enter into the transaction, so far as the Government is concerned. Such is the rule of public policy; and whatever tends to introduce any other elements into the transaction, is against public policy. That agreements, like the one under consideration, have this tendency, is manifest. They tend to introduce personal solicitation, and personal influence, as elements in the procurement of contracts; and thus directly lead to inefficiency in the public service, and to unnecessary expenditures of the public funds. [...] Legislation should be prompted solely from considerations of the public good, and the best means of advancing it. Whatever tends to divert the attention of legislators from their high duties, to mislead their judgments, or to substitute other motives for their conduct than the advancement of the public interests, must necessarily and directly tend to impair the integrity of our political institutions. [...] There is no real difference in principle between agreements to procure favors from legislative bodies, and agreements to procure favors in the shape of contracts from the heads of departments. The introduction of improper elements to control the action of both, is the direct and inevitable result of all such arrangements. [T]herefore, [...] all agreements for pecuniary considerations to control the business operations of the Government, or the regular administration of justice, or the appointments to public offices, or the ordinary course of legislation, are void as against public policy, without reference to the question, whether improper means are contemplated or used in their execution. The law looks to the general tendency of such agreements; and it closes the door to temptation, by refusing them recognition in any of the courts of the country.

Ma la sentenza più importante e più citata della Corte Suprema nella materia che stiamo esaminando è indubbiamente *Trist v. Child*¹⁰². In realtà, anche in questo caso la Corte si pronunciò sul *lobbying* in generale, con gli stessi toni negativi di *Marshall* e *Providence Tool*, limitandosi ad aggiungere che, ove l'accordo tra cliente e lobbista prevedesse una *contingent fee*, i rischi di corruzione del procedimento democratico erano ancora maggiori: «*Where the avarice of the agent is inflamed by the hope of a reward contingent upon success, and to be graduated by a percentage upon the amount appropriated, the danger of tampering in its worst form is greatly increased*».

Anche *Trist* era relativo a una controversia tra un lobbista, L.M. Child (che era subentrato nell'incarico al padre, Linus Child) e un suo cliente, Trist, che in questo caso aveva affidato a Child padre e poi, dopo la sua morte, a Child figlio, l'incarico di cercare di ottenere dal Congresso il pagamento di una somma di denaro di cui quest'ultimo gli era debitore, con

¹⁰¹ *Black's Law Dictionary*, 2004⁸, voce *public policy*. In particolare, questa nozione viene impiegata proprio nel diritto dei contratti, per dichiarare un accordo invalido e quindi non azionabile, in maniera in parte analoga alla nostra nozione (civilistica) di "ordine pubblico".

¹⁰² 88 U.S. 441 (1874).

l'accordo che il lobbista avrebbe ricevuto come compenso il 25% di quanto sarebbe riuscito a far conseguire a Trist, e non avrebbe ricevuto compenso se la sua opera di *lobbying* non fosse andata a buon fine.

I Child riuscirono ad ottenere lo stanziamento, da parte del Congresso, della somma dovuta a Trist, e chiesero quindi a quest'ultimo il 25% concordato, ma Trist rifiutò di pagare. Chiamata ad occuparsi del caso, nuovamente la Corte Suprema dichiarò nullo il contratto sottostante, perché contrario a *public policy*. Queste le sue conclusioni: a) di per sé, è valido l'incarico a un avvocato (i Child avevano entrambi ricevuto l'incarico da Trist in tale veste) di recuperare un credito dal Congresso con accordo di *contingent fee*; b) è nullo, però (per l'intero, dunque anche per le prestazioni di per sé lecite), se l'incarico non si limita alle prestazioni normalmente consentite ad un avvocato¹⁰³, ma include il compito di «*procure by 'lobby services'-that is to say, by personal solicitation by the agent, and others supposed to have personal influence in any way with members of Congress-the passage of a bill providing for the payment of the claim*»: infatti in questo caso è contrario alla *public policy*; c) simili «*lobby services*» sono leciti se svolti gratuitamente: ciò che li rende illegittimi è il fatto di essere svolti dietro compenso; ove sia previsto un compenso, lobbisti e avvocati devono limitarsi alle attività strettamente professionali, astenendosi da qualunque «*personal solicitation*» del funzionario interessato (il compenso può anche essere senza clausola di *contingent fee*, che per la Corte rende semplicemente ancor più censurabile la condotta in questione).

Infine, anche in *Trist* la Corte dedica un certo spazio alla giustificazione teorica della propria conclusione, richiamandosi al pericolo di inquinamento della vita pubblica che essa ritiene che il *lobbying* comporti. Ancora una volta, merita riportare ampi stralci del suo ragionamento:

The foundation of a republic is the virtue of its citizens. [...] The theory of our government is, that all public stations are trusts, and that those clothed with them are to be animated in the discharge of their duties solely by considerations of right, justice, and the public good. They are never to descend to a lower plane. But there is a correlative duty resting upon the citizen. In his intercourse with those in authority, whether executive or legislative, touching the performance of their functions, he is bound to exhibit truth, frankness, and integrity. Any departure from the line of rectitude in such cases, is not only bad in morals, but involves a public wrong. No people can have any higher public interest, except the preservation of their liberties, than integrity in the administration of their government in all its departments.

The agreement in the present case was for the sale of the influence and exertions of the lobby agent to bring about the passage of a law for the payment of a private claim, without reference to its merits, by means which, if not corrupt, were illegitimate, and considered in connection with the pecuniary interest of the agent at stake, contrary to the plainest principles of public policy. No one has a right, in such circumstances, to put himself in a position of temptation to do what is regarded as so pernicious in its character. The law forbids the inchoate step, and puts the seal of its reprobation upon the undertaking.

If any of the great corporations of the country were to hire adventurers who make market of themselves in this way, to procure the passage of a general law with a view to the promotion of their private interests, the moral sense of every right-minded man would instinctively denounce the employer and employed as steeped in corruption, and the employment as infamous.

¹⁰³Tipicamente, i «*purely professional services*» che sono sicuramente ammessi consistono in «*drafting a petition which sets forth the claim, attending to the taking of testimony, collecting facts, preparing arguments, and submitting them either orally or in writing to a committee or other proper authority*».

If the instances were numerous, open, and tolerated, they would be regarded as measuring the decay of the public morals and the degeneracy of the times. No prophetic spirit would be needed to foretell the consequences near at hand. [...] Not unfrequently the facts are whispered to those whose duty it is to investigate, vouched for by them, and the passage of the measure is thus secured. If the agent is truthful, and conceals nothing, all is well. If he uses nefarious means with success, the spring-head and the stream of legislation are polluted. To legalize the traffic of such service, would open a door at which fraud and falsehood would not fail to enter and make themselves felt at every accessible point. It would invite their presence and offer them a premium.

Infine, la Corte Suprema tornò a pronunciarsi sul *contingent fee* un'ultima volta nel 1906, nel caso *Hazelton v. Sheckels*¹⁰⁴, confermando i propri precedenti. In questo caso, il signor Hazelton aveva stipulato con il dante causa della signora Sheckels – un tale di nome Miller, nel frattempo defunto – un contratto in base al quale Miller s'impegnava a versargli un compenso qualora egli fosse riuscito a vendere un terreno entro la legislatura in corso a un determinato prezzo.

Una parte della *consideration* di questo contratto, però, consisteva nel fatto che, prima e dopo la sua stipulazione, Hazelton aveva e avrebbe portato il terreno all'attenzione delle apposite commissioni del Congresso come sito adatto per costruirvi i propri archivi.

Hazelton riuscì a far acquistare dal Congresso il terreno in questione entro il termine convenuto e per una somma anche superiore a quella pattuita, ma Miller non gli versò il compenso che avevano concordato. Hazelton agì quindi in giudizio per vedersi riconosciuto il diritto di tale compenso, ma la sua domanda fu respinta in primo grado e in appello, e infine la Corte Suprema confermò il rigetto, ritenendo anche in questo caso il contratto non azionabile perché contrario a *public policy*.

Infatti i servizi che costituivano una parziale *consideration* del contratto riguardavano l'approvazione di atti normativi in materie di pubblico interesse, rispetto alle quali nessuna delle due parti poteva avanzare alcuna pretesa: ma un accordo basato su tale *consideration* fu ritenuto nullo in *Providence*; per di più, la previsione di un compenso di fatto in forma di *contingent fee*, essendo esso previsto solo in caso di stipulazione della vendita al Congresso, aggravava l'inaccettabile tendenza del contratto in questione ad indurre “*improper solicitations*”, come stabilito dalla Corte in *Marshall*.

Dopo questa serie di casi, la Corte Suprema non si è più occupata specificamente di *contingent fee lobbying*. La ferma condanna del *lobbying* in quanto tale che emerge da questa giurisprudenza verrà, come emerge da quanto detto, completamente rivista, complice anche un cambiamento di fatto dell'attività di *lobbying*, che da pratica dal confine incerto con la corruzione diviene sempre più un mestiere altamente qualificato e una professione di tutto rispetto.

Parallelamente, anche le corti federali inferiori e le corti statali hanno modificato il proprio giudizio nei confronti del *lobbying*, seguendo la Corte Suprema nell'evoluzione ora accennata. Tuttavia, per quanto riguarda specificamente il *contingent fee lobbying*, in assenza di nuovi pronunciamenti della Corte Suprema federale, tali corti hanno continuato a vietare questa pratica, ritenendola contraria a *public policy*, citando i precedenti ora considerati limitatamente alla parte in cui dichiaravano illegittimo il *contingent fee*, e invece adeguandosi al nuovo corso della Corte Suprema federale relativamente al *lobbying* in quanto tale.

Tale mutamento di prospettiva è stato così macroscopico che ci si interroga addirittura sulla perdurante sostenibilità costituzionale del divieto di clausole di *contingent fee* nei

¹⁰⁴202 U.S. 71 (1906).

contratti di *lobbying*, sia esso stabilito su base giurisprudenziale o ai sensi delle molte leggi statali che vietano espressamente il *contingent fee lobbying*¹⁰⁵.

Continua invece a non essere prevista nella legislazione federale una norma che vieti in modo generale di ricorrere a questa pratica. Nel corso degli ultimi decenni, sono stati presentati al Congresso diversi progetti di legge per introdurre un simile divieto generalizzato, ma nessuno è giunto sino alla conversione in legge, per cui attualmente gli unici divieti generali sono contenuti in leggi dei singoli Stati. Ciononostante, anche nella legislazione federale esistono alcune previsioni settoriali che indirettamente incidono sulla possibilità o meno di concludere contratti di *contingent fee lobbying*.

Una prima disposizione rilevante al riguardo è la Section 41 USC 254(a)¹⁰⁶, che, nel prevedere i contenuti necessari dei contratti d'appalto pubblici, impone (salve alcune eccezioni) di includere in quelli stipulati con forma diversa dall'offerta segreta una adeguata garanzia («*suitable warranty*»), da parte dell'appaltatore, che nessuna persona o agenzia di vendita è stata impiegata per o comunque incaricata di sollecitare o procurare la conclusione di quel contratto, dietro accordo o intesa di una commissione, percentuale, provvigione o parametrizzazione del compenso al risultato (*contingent fee*).

Dal *Code of Federal Regulations*, 48 CFR 3.404, si ricava che tale "adeguata garanzia" è soddisfatta inserendo nelle offerte e nei contratti d'appalto l'apposita clausola detta *Covenant Against Contingent Fees*, il cui testo è contenuto alla Section 48 CFR 52.203-5, e che definisce le *contingent fees* come «*any commission, percentage, brokerage, or other fee that is contingent upon the success that a person or concern has in securing a Government contract*». In caso di mancata ottemperanza, le sanzioni comminate dalla Section 48 CFR 3.405 includono il rigetto dell'offerta (per le violazioni precedenti alla conclusione del contratto) e l'annullamento del contratto.

Altre disposizioni che si occupano del *contingent fee lobbying* sono poi contenute nel *Foreign Agents Registration Act* (FARA) e nel c.d. *Byrd Amendment*. Il FARA vieta a coloro che siano tenuti a registrarsi in base ad altre disposizioni della legge di concludere contratti, accordi o intese, espressi o impliciti, in base ai quali il compenso, l'onorario o altro tipo di remunerazione loro dovuti dal principal straniero dipendano in tutto o in parte dal successo di una delle «*political activities*» da loro svolte (22 USC 618(h)). Le «*political activities*» sono a loro volta definite dalla Section 22 USC 611(o) in modo da includere qualunque attività che possa influenzare un'agenzia o un funzionario del governo degli Stati Uniti con riguardo alla formulazione, l'adozione o il cambiamento di politiche interne o estere degli Stati Uniti.

Anche il *Byrd Amendment* (su cui v. poco oltre nel testo) limita indirettamente la possibilità di ricorrere al *contingent fee lobbying*: si deve infatti ritenere, ragionando *a maiori ad minus*, che nel suo divieto generale di usare *appropriated funds* per finanziare attività di

¹⁰⁵Sulla legittimità o meno dei divieti generali di *contingent fee lobbying*, si ricordano due lavori che esprimono posizioni opposte: M.A. Capps, *Note, "Gouging the Government": Why a Federal Contingency Fee Lobbying Prohibition Is Consistent with First Amendment Freedoms*, 58 *Vand. L. Rev.* 1885 (2005); S.L. Fatka, J.M. Levien, *Protecting the Right to Petition*, cit.. Anche nella redazione di questo paragrafo, inoltre, ho fatto costante riferimento a *The Lobbying Manual*, e in particolare al capitolo di T.M. Susman, M.H. Martin, *Contingent Fee Lobbying*; un elenco completo delle leggi statali che prevedono tale divieto è contenuto alla nota 7.

¹⁰⁶La Section 10 USC 2306(b) contiene una disposizione analoga per gli appalti militari.

lobbying sia certamente compresa anche l'ipotesi in cui le attività di *lobbying* vengano effettuate sulla base di un accordo di *contingent fee*.

3.5. I PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI SUGLI OBBLIGHI DI *DISCLOSURE*: DA *NAACP V. ALABAMA* (1958) A *DOE #1 V. REED* (2010)

Veniamo a questo punto ad affrontare una particolare questione della giurisprudenza costituzionale della Corte Suprema americana in materia di *disclosure*, un tema che ritorna in essa in maniera costante e che ha dei riflessi importanti anche sul *lobbying*: si tratta dell'indagine sulla possibilità che le misure che impongono determinati obblighi di trasparenza, pur non vietando alcunché, determinino comunque una restrizione indiretta della libertà di parola, di associazione e di rivolgere petizioni al governo. Il ragionamento sempre ripetuto dalla Corte è che l'obbligo di rivelare la propria identità potrebbe in determinati casi porre le persone di fronte ad una grave alternativa: "parlare", ma esporsi così al rischio di ritorsioni, ostilità, licenziamenti, boicottaggi, minacce, violenze etc.; oppure, per evitare questi gravi effetti collaterali, scegliere di "tacere", autocensurandosi, e rinunciando così ad esercitare i propri *First Amendment rights*.

Naturalmente, l'esigenza di tener conto di questo possibile *chilling effect* indiretto causato dagli obblighi di *disclosure* è massima quando i soggetti interessati siano individui o gruppi caratterizzati da una particolare debolezza, com'è tipico del caso di minoranze (etniche, linguistiche, religiose, etc.) o di partiti minori o di gruppi di qualunque tipo che esprimano idee controcorrente.

La soluzione data a tale questione influisce sul *lobbying* perché, come si è visto, la *disclosure* è il principio fondamentale all'insegna del quale va costruita, secondo la Corte, la regolamentazione del *lobbying*: non sono ammesse restrizioni all'attività in sé, ma gli obblighi di trasparenza sono in sé accettabili e costituzionalmente legittimi. La questione diventa delicata là dove, in determinate circostanze, si possa sostenere che anche la trasparenza comporta una restrizione, e quindi rischi di incorrere nel generale divieto di restrizioni derivante dal Primo Emendamento.

Salvo un caso recente di cui dirò alla fine, il problema in sé ha solo lambito la materia del *lobbying* in senso stretto: questa questione era stata presa in considerazione in *Rumely* nel 1953 (su cui v. tra un momento), poi nuovamente lambita in *Harriss*, nel 1954 (su cui v. poco sopra), e fu poi espressamente affrontata dalla Corte Suprema in un'importantissima pronuncia di quattro anni dopo, *NAACP v. Alabama*¹⁰⁷, che non riguardava il *lobbying*: tuttavia l'importanza dei principi ivi affermati sulla *disclosure* fa sì che essa abbia dei potenziali riflessi anche sulla materia che ci riguarda, contribuendo a definire i limiti entro i quali gli obblighi di trasparenza debbano essere contenuti dal legislatore (considerazioni analoghe valgono per i principi sulla *disclosure* enunciati dalla Corte in materia di finanziamento elettorale, su cui v. al paragrafo seguente).

Ebbene, in *Rumely* il giudice Douglas, nel suo *concurrency*, aveva fatto ricorso ai migliori argomenti della consolidata *First Amendment jurisprudence* per spiegare, con notevole *vis retorica*, che la storia stessa del Primo Emendamento¹⁰⁸ imponeva di limitare i

¹⁰⁷357 U.S. 449 (1958).

¹⁰⁸In una sterminata bibliografia, ricordo i celebri lavori di A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven, CT, Usa, 1998 (v. in particolare il cap. 2, "Our First Amendment", 20-45), e *America's Constitution: A Biography*, Random House, New York,

poteri del Congresso di rendere obbligatoria la divulgazione di dati e informazioni:

La prescrizione per cui “il Congresso non potrà approvare alcuna legge [...] per limitare la libertà di parola o di stampa” ha dietro di sé una lunga storia. Esprime la fiducia nel fatto che la sicurezza della società dipende dalla tolleranza da parte del potere (government) per le critiche, quelle ostili come quelle amiche, nel fatto che, in una comunità dove le menti degli uomini sono libere, deve esserci spazio per le opinioni non ortodosse, così come per quelle ortodosse. Se la presente indagine fosse ritenuta legittima, la stampa sarebbe soggetta a molestie che, in pratica, potrebbero essere altrettanto gravi che la censura. [...] [Se si consentirà al potere di imporre la divulgazione delle informazioni che esso ha cercato di imporre nel caso di specie,] [i] libri e i pamphlet che sono critici nei confronti del governo, che predicano una politica impopolare negli affari interni o esteri, che sono bistrattati dalla scuola di pensiero ortodossa saranno sospetti e soggetti ad investigazione. La stampa e i suoi lettori pagheranno un pesante prezzo in molestie. Ma ciò sarà comunque di entità minore a confronto della minaccia dell’ombra in cui il potere (government) getterà sulle pubblicazioni che non seguono la dominante linea di partito. Se alla signora di Toledo [una delle persone di cui Rumely non aveva voluto svelare l’identità] può essere chiesto di rendere pubblico ciò che ha letto ieri e cosa leggerà domani, la paura prenderà il posto della libertà nelle biblioteche, nelle librerie, e nelle case della nazione. Tramite la molestia di audizioni, indagini e relazioni, e mandati di comparizione, il potere terrà una clava sopra la testa della libera espressione e della stampa. Il Congresso non poteva far questo per mezzo di una legge. Anche il potere d’indagine è limitato. L’indagine di affari personali e privati è vietata [...]. E altrettanto lo è qualunque questione che una legge non potrebbe legittimamente regolare. [...] Poiché il Congresso non poteva per legge richiedere all’imputato ciò che la Camera gli ha chiesto, non può prendere il primo passo di un’inchiesta che termina con una multa o la reclusione¹⁰⁹.

Quanto a *Harriss*, la Corte aveva riconosciuto che il rischio di autocensura fosse astrattamente ipotizzabile, ma che in concreto se ne potesse escludere la concretizzazione per via dell’interpretazione restrittiva dell’FRLA che essa aveva adottato, e che in ogni caso, quand’anche residuasse un qualche spazio per un’effettiva autocensura da parte di alcuni gruppi, tale rischio fosse troppo remoto perché la Corte dichiarasse illegittima una legge che per il resto era pienamente legittima *on its face*, rientrando appieno nelle competenze del Congresso e mirando a salvaguardare un vitale interesse nazionale¹¹⁰.

Venendo dunque a *NAACP*, l’associazione ricorrente era ed è tuttora, come dicevo più in alto, il principale gruppo di rappresentanza, difesa e promozione delle persone di colore, mentre l’Alabama è uno Stato del Sud degli Usa, dove all’epoca della vicenda erano ancora fortissime le disuguaglianze tra bianchi e neri e dove gli episodi di razzismo e violenza da parte dei primi nei confronti dei secondi erano molto frequenti.

La controversia era stata intrapresa dalle autorità dell’Alabama, che volevano bandire la *NAACP* dal continuare a svolgere attività in quello Stato per non aver ottemperato a una precedente ordinanza giurisdizionale, che le prescriveva di produrre in giudizio, e così rendere pubblici, i nomi e gli indirizzi di tutti i propri associati. La questione di fronte alla Corte

NY, Usa, 2005. V. anche, sempre di Amar, l’articolo *How America’s Constitution Affirmed Freedom of Speech Even Before the First Amendment*, 38 *Cap. U. L. Rev.* 503 (2010).

¹⁰⁹345 U.S. 56-58 (1953). I passi qui tradotti seguono e precedono quasi immediatamente quello riportato poco oltre, alla nota 119.

¹¹⁰*Harriss*, 347 U.S. 626.

Suprema verteva sulla legittimità o meno di tale obbligo di *disclosure*.

Infatti la NAACP affermava che l'ordinanza in questione violava la libertà di parola e di associazione dei suoi membri, protetta dal Primo Emendamento e resa applicabile ai singoli Stati dalla clausola del *due process* contenuta nel Quattordicesimo. Infatti, alla luce dei fatti e delle circostanze allegati, la *disclosure* forzata, pur non reprimendo direttamente la libertà associativa, avrebbe avuto l'effetto indiretto di impedire il diritto dei suoi militanti di base di associarsi legittimamente a sostegno delle loro comuni convinzioni, e pertanto poteva essere giustificato solo sulla base di qualche superiore interesse pubblico.

La Corte, dopo aver riconosciuto la legittimazione (*standing*) dell'associazione a resistere in giudizio a nome dei suoi associati, inizia col riconoscere in modo molto chiaro che «l'efficace promozione di punti di vista sia pubblici sia privati, e specialmente di quelli controversi, è innegabilmente rafforzata dall'associarsi in gruppo», che «è fuori discussione che la libertà di associarsi per promuovere le proprie convinzioni e idee è un elemento inseparabile della 'libertà' garantita dalla *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento, che comprende la libertà di parola», e che quindi «l'azione statale che può avere l'effetto di restringere la libertà di associarsi è soggetta al grado di scrutinio più severo».

Dopo di che, citando alcuni suoi precedenti (*De Jonge v. Oregon*, *Near v. Minnesota*, *American Communication Ass'n v. Douds*¹¹¹, nonché *Rumely* e *Harris*), la Corte ribadisce che il fatto che l'azione statale non restringa direttamente una determinata libertà costituzionale non è sufficiente a garantirne la legittimità. Infatti, nell'area di queste fondamentali libertà, di parola, stampa e associazione, la compromissione di questi diritti, anche se non voluta, potrebbe derivare inevitabilmente da varie forme di azione governativa, che potrebbero avere l'effetto pratico di scoraggiare l'esercizio di diritti politici costituzionalmente protetti.

Per quanto riguarda in particolare la libertà di associazione, non è certamente una novità per la Corte (v. i casi *Douds*, *Rumely*) il sostenere che l'obbligo di *disclosure* può determinare una restrizione pari a quella di un'azione governativa diretta, e che quindi vi è una relazione vitale tra la libertà di associarsi e la riservatezza (*privacy*) nell'ambito delle proprie associazioni.

Nel caso di specie, considerati i casi passati, documentati dalla NAACP, in cui la rivelazione dell'identità dei propri militanti di base aveva determinato «*economic reprisal, loss of employment, threat of physical coercion, and other manifestations of public hostility*», l'ordine di esibizione aveva una rilevante probabilità di limitare l'esercizio della libertà di associazione da parte dei membri dell'associazione: essi avrebbero potuto essere indotti a ritirare la propria iscrizione e a dissuadere altri dall'isciversi per la paura delle conseguenze dell'esposizione delle proprie convinzioni tramite la loro associazione.

Il solo fatto che tale effetto non sarebbe derivato direttamente dall'azione statale ma da quella di privati non valse ad escludere l'illegittimità della prima, perché ciò che conta è l'interazione tra la prima e la seconda, e del resto è solo dopo l'iniziale esercizio del potere statale consistente nell'ordine di esibizione che l'azione privata ha luogo.

L'unico modo per giustificare l'effetto deterrente provocato dall'ordine di esibizione sarebbe stato che l'Alabama dimostrasse un interesse pubblico sufficiente, ma la Corte ritenne che in questo caso l'Alabama non avesse soddisfatto questo requisito.

Come dicevo, questo ragionamento, già in parte accennato in precedenti pronunce, ritornerà costantemente nella giurisprudenza della Corte in materia di *disclosure*, anche se solo raramente questo condurrà la Corte a ricavarne nel caso concreto l'illegittimità degli

¹¹¹Rispettivamente 299 U.S. 353 (1937), 283 U.S. 697 (1931) e 339 U.S. 382 (1950).

obblighi di *disclosure* di volta in volta sottoposti al suo scrutinio.

In effetti, i principi enunciati in *NAACP* si sono tramandati fino a tempi recenti. Tra i casi degli ultimi anni, il più importante da questo punto di vista è *Doe #1 v. Reed* (2010)¹¹². In esso i ricorrenti chiedevano alla Corte di dichiarare illegittima la previsione di una legge dello Stato di Washington per effetto della quale si sarebbero dovuti rendere pubblici l'identità e i contatti dei firmatari di una proposta di referendum.

In particolare, si trattava di una proposta di abrogazione della legge che aveva considerevolmente esteso i diritti delle coppie gay, dunque una questione politicamente sensibile: i ricorrenti lamentavano i possibili rischi di ritorsioni a loro danno derivanti dalla *disclosure* obbligatoria, e quindi sostenevano l'illegittimità della disposizione in questione, *as applied* ai referendum.

La Corte, però, con una decisione di 8-1 (unico dissenziente il giudice Thomas), applicando l'*exact scrutiny*, ritenne che in questo caso l'interesse pubblico alla trasparenza fosse sufficientemente importante e significativamente collegato con la restrizione imposta, che quindi fu ritenuta legittima.

In tempi recenti, si è avuto un importante esame dell'applicazione di tali principi alla materia del *lobbying*. Come si vedrà, la legge cosiddetta HLOGA (*Honest Leadership and Open Government Act* del 2007) modificò in più punti la legge in materia di *lobbying*, il *Lobbying Disclosure Act*, con lo scopo di renderlo più efficace. Una novità significativa era contenuta nella *Section 207* della legge di riforma, che modificò la *Section 4(b)(3)* dell'LDA (codificata come 2 USC 1603(b)(3)). La *Section 4* è quella che, come dirò, prevede l'obbligo di registrazione per i lobbisti, e in particolare la lettera (b) prevede i contenuti necessari della registrazione. Ebbene, per quel che viene qui in rilievo, nella dizione risultante dallo HLOGA, il punto (3)(B) stabilisce che nella registrazione vadano inclusi i dati di qualunque ente diverso dal cliente che «*actively participates in the planning, supervision, or control*» delle *lobbying activities* svolte dal soggetto tenuto alla registrazione (in luogo della precedente, più restrittiva previsione dell'obbligo di indicare un ente soltanto se questo «*in whole or in major part plans, supervises, or controls*» le *lobbying activities* in questione).

Ebbene, l'associazione di categoria delle industrie manifatturiere (NAM) impugnò la nuova disposizione, lamentando che essa violava il Primo Emendamento sia *facially* sia *as applied* alla ricorrente, nonché il Quinto Emendamento in quanto indeterminata. In primo grado, però, tutte le censure furono respinte, e la Corte d'Appello del *District of Columbia* confermò interamente la sentenza di prime cure¹¹³ (la pronuncia d'appello non fu impugnata); il caso, *National Association of Manufacturers v. Taylor*, fu il primo ad affrontare la legittimità dell'LDA, nel testo risultante dalle modifiche dello HLOGA.

La NAM non contestava direttamente l'obbligo di registrazione; tuttavia lamentava che l'obbligo, che la nuova *Section 207* le imponeva¹¹⁴, di rivelare l'identità dei propri associati (la c.d. *coalition membership disclosure*) violava la libertà di associazione degli associati e

¹¹²561 U.S. 186 (2010).

¹¹³582 F.3d 1 (2009) (United States Court of Appeals, District of Columbia).

¹¹⁴La NAM era sottoposta all'LDA e in particolare alla sua *Section 207* in quanto svolgeva attività di *lobbying*.

dell'associazione. Infatti, una volta che fosse stata resa pubblica l'identità dei membri, questi avrebbero potuto essere esposti a ritorsioni, boicottaggi, azioni giudiziarie, pressioni in genere. Essi avrebbero così potuto finire col rinunciare ad esercitare un diritto protetto dal Primo Emendamento, quale quello di associarsi alla NAM, per evitare questi rischi, causati dal fatto che la *Section 207*, nel nuovo testo, non consentiva loro di mantenere riservata la propria iscrizione alla NAM.

Quanto alla *facial challenge*, pur ritenendo di dover applicare lo standard più severo per valutare la legittimità della disposizione, ovvero lo *strict scrutiny*, i giudici ritennero, sulla base di *Harriss*, che essa rispondesse al *compelling interest* governativo di perseguire una maggior trasparenza delle attività di *lobbying* e della loro influenza sul processo decisionale pubblico; che essa perseguisse in modo efficace tale interesse pubblico; e che la sua dizione fosse sufficientemente restrittiva. In sintesi, «*Amended § 1603(b)(3) does not prohibit lobbyists from saying anything. It requires only disclosure*».

Quanto alla censura della disposizione *as applied*, i giudici ritennero che non vi fossero prove che la nuova *Section 207* avesse effettivamente determinato una restrizione dei diritti costituzionali asseritamente lesi, e infine stabilirono anche che la disposizione non era eccessivamente vaga e quindi non violava la clausola del *Due Process* di cui al Quinto Emendamento.

Come anticipato, sul tema della *disclosure* tornerò ampiamente al prossimo paragrafo, in materia di obblighi di trasparenza nella disciplina sul finanziamento elettorale.

3.6. IL LOBBYING DELL'OPINIONE PUBBLICA: DA *UNITED STATES V. RUMELY* (1953) AL COSIDDETTO *GRASSROOTS LOBBYING*

Veniamo ora all'analisi di un altro tema di grande rilievo ai fini della comprensione e dell'inquadramento giuridico del *lobbying*, ovvero il *lobbying* che mira a sollecitare decisioni pubbliche tramite il coinvolgimento dell'opinione pubblica, di cui si aspira a provocare una mobilitazione rivolta ad uno o più soggetti specifici, in luogo o in aggiunta al *lobbying* diretto nei loro confronti.

Una vicenda di questo tipo è alla base di un caso estremamente importante nella giurisprudenza americana sul *lobbying*, precedente di un anno rispetto a *Harriss*, e in cui già si pongono le basi per le fondamentali affermazioni in essa contenute. Si tratta di *United States v. Rumely*¹¹⁵, relativo ad un procedimento penale intentato nei confronti del segretario di un'organizzazione, il *Committee for Constitutional Government*, che, tra le sue attività, pubblicava, vendeva e distribuiva libri molto critici nei confronti del *welfare state* (oltre a molte copie della Costituzione, sostenendo la necessità di un ritorno al suo testo e significato originario)¹¹⁶.

Tali libri attirarono l'attenzione della Camera, che aprì un'indagine su questa

¹¹⁵345 U.S. 41 (1953).

¹¹⁶È curioso notare come il giudice Frankfurter, che pure scrisse l'*opinion* di maggioranza che confermò l'assoluzione dell'imputato, prese apertamente le distanze da quei testi, definendoli libri «*of a particular political tendentiousness*». Frankfurter del resto era stato uno dei più ascoltati consiglieri del presidente Franklin Delano Roosevelt all'epoca del *New Deal*, ed era poi stato nominato proprio da lui giudice della Corte Suprema.

organizzazione: l'indagine fu affidata allo *House Committee on Lobbying Activities*, che aveva il potere di «*conduct a study and investigation of (1) all lobbying activities intended to influence, encourage, promote, or retard legislation; and (2) all activities of agencies of the Federal Government intended to influence, encourage, promote, or retard legislation*».

Il signor Rumely, però, con un atteggiamento di gelosa custodia della riservatezza dei propri associati tipico, come abbiamo visto a parti ideologiche invertite con riguardo agli obblighi di *disclosure* contestati in *NAACP*, della mentalità americana in argomento, rifiutò di rivelare al Comitato i nomi di coloro che acquistavano dalla sua associazione libri in blocco, per poi a loro volta rivenderli, e fu per questo condannato in primo grado dalla *District Court* del *District of Columbia*. Egli impugnò la sentenza, e la *Court of Appeals* la ribaltò¹¹⁷, assolvendo Rumely perché, salvo casi estremi, il Comitato era privo del potere di indagare in via generale i tentativi di influenzare l'opinione pubblica con libri e altri scritti, potere che si sarebbe scontrato con la massima protezione garantita alla libertà di parola e di stampa dal Primo Emendamento¹¹⁸.

Infine, la Corte Suprema confermò l'assoluzione, stabilendo che il Comitato della Camera non aveva il potere di esigere quelle informazioni dall'imputato: infatti, se, come avrebbe voluto il governo sostenendo l'accusa, si fossero dovuti interpretare i poteri del Comitato come comprensivi della facoltà di indagare qualunque tentativo di influenzare tramite libri o periodici l'opinione pubblica, non importa quanto remota fosse la possibilità di influenza effettiva sul procedimento legislativo, ciò avrebbe sollevato inaccettabili «*doubts of constitutionality in view of the prohibition of the First Amendment*»; pertanto, l'espressione *lobbying activities* contenuta nella risoluzione istitutiva del Comitato andava interpretata intendendo *lobbying* nel suo significato comunemente accettato di «*representations made directly to the Congress, its members, or its committees*», e non come esteso ai tentativi di «*saturate the thinking of the community*», ovvero di influenzare l'opinione pubblica.

Con questa pronuncia, quindi, la Corte chiarì in modo inequivocabile che qualunque tentativo di disciplinare il *lobbying* avrebbe sempre dovuto tener presente il vincolo del Primo Emendamento: qualora le restrizioni pensate per il *lobbying* comportino una compressione della libertà di parola o di stampa, tali restrizioni non sono ammissibili, e talvolta – come in questo caso – perfino le esigenze di trasparenza proprie degli obblighi di *disclosure* debbono essere sacrificate a favore della tutela della libertà di espressione¹¹⁹.

In *Rumely* i giudici tracciarono in qualche modo una distinzione tra il *lobbying* in senso stretto, che – pur nel divieto generale di restrizioni – giustificava comunque poteri di scrutinio maggiori, e forme di *lobbying* che invece rientravano più genericamente nella manifestazione del pensiero. Ad esse si fa riferimento comunemente come “*grassroots lobbying*”, o *lobbying*

¹¹⁷197 F.2d 166.

¹¹⁸Disciplinare il *lobbying*, infatti, rientra naturalmente tra le competenze del Congresso, ma il *lobbying* va a questo scopo correttamente definito: non è ammissibile estenderne la nozione al punto da includere attività che non possono essere regolate dal Congresso, pena l'abbattimento della «*barrier which protects the freedom of people to attempt to influence other people by books and other public writings*». Del resto, è vero che il *lobbying* “*by personal contact*” può essere un male e un potenziale pericolo per il corretto svolgimento del procedimento legislativo, ma ciò non vale per l'*indirect lobbying*, cioè quello effettuato “*by the pressure of public opinion*”: esso non è affatto un male o un pericolo, ma anzi un bene, e addirittura «*the healthy essence of the democratic process*» (197 F.2d 174).

indiretto, intendendosi il fenomeno di *lobbying* dal basso, peraltro sempre più comune oggi nell'epoca delle comunicazioni sempre più rapide e diffuse e dei *social media*, che prevede di coinvolgere e mobilitare l'opinione pubblica, inducendo le persone a contattare direttamente i legislatori per spingerli verso una determinata politica.

Tecnicamente, vi è chi ritiene, un po' sulla falsariga di *Rumely*, che attività come il *grassroots lobbying* non vadano in verità considerate (insieme al) *lobbying* in senso stretto¹²⁰, trattandosi nella fattispecie di attività essenzialmente diversa, rivolta al grande pubblico anziché – come da caratteristica essenziale del *lobbying* – verso uno o più decisori pubblici specificamente determinati. Tuttavia, a me pare che si tratti comunque di una strategia impiegata dai nostri “stabili intermediari” per esercitare pressione e tentare di convincere un pubblico decisore. È vero che ciò avviene in via indiretta tramite per l'appunto il coinvolgimento di quella che in Italia si definirebbe la “base” di un elettorato, ma tendenzialmente è difficile che il *grassroots lobbying* sia fine a se stesso: piuttosto, questa attività di coinvolgimento dell'opinione pubblica, là dove esercitata da un lobbista di professione, mirerà tipicamente a un *follow-up* nelle forme tipiche del *lobbying* in senso stretto, per cui ritengo che possa comunque rientrare in modo appropriato in tale nozione.

Se dal punto di vista normativo, come emergerà dal prosieguo della trattazione, i tentativi di inquadrare il fenomeno sono ancora in evoluzione, le questioni costituzionali relative alla disciplina dell'attività di *grassroots* si pongono con riferimento al *grassroots* “indotto”, cioè non completamente spontaneo, ma stimolato da una chiamata alla mobilitazione da parte di qualche soggetto. Quando questo soggetto sono delle *corporations* o delle *unions*, viene in questione il tema di quali fondi essi possano impiegare a questo scopo, e a quali regole di trasparenza debbano sottostare; quando si tratti invece di lobbisti professionali, che ricevano dunque un compenso per questa opera di stimolo, si pone la questione degli obblighi di *disclosure* da rispettare. Il primo tema si collega strettamente al grande capitolo della disciplina sul finanziamento elettorale, per cui ne rinvio la trattazione al paragrafo seguente. Del secondo invece mi occuperò qui.

La legislazione federale non impone attualmente obblighi di *disclosure* con riferimento a questa attività. È stato sostenuto che escludere il *grassroots* dall'ambito di applicazione dell'LDA è preferibile anche alla luce della sentenza *McIntyre*¹²¹: in questa pronuncia, la

¹¹⁹Vale la pena riportare questo passo del concurrence di Justice Douglas: «*A requirement that a publisher disclose the identity of those who buy his books, pamphlets, or papers is indeed the beginning of surveillance of the press. True, no legal sanction is involved here. Congress has imposed no tax, established no board of censors, instituted no licensing system. But the potential restraint is equally severe. The finger of government leveled against the press is ominous. Once the government can demand of a publisher the names of the purchasers of his publications, the free press as we know it disappears. Then the spectre of a government agent will look over the shoulder of everyone who reads. The purchase of a book or pamphlet today may result in a subpoena tomorrow. Fear of criticism goes with every person into the bookstall. The subtle, imponderable pressures of the orthodox lay hold. Some will fear to read what is unpopular what the “powers that be” dislike*» (345 U.S. 57).

¹²⁰Così ad es. P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 44 ss.

¹²¹514 U.S. 334 (1995).

Corte Suprema ha affermato che il Primo Emendamento protegge in certe circostanze anche il diritto di esprimere anonimamente il proprio pensiero in materia politica, per cui ritenere che gli attuali obblighi di *disclosure* dell'LDA si estendano al *grassroots* potrebbe determinare una certa tensione con l'*holding* di quel caso; inoltre, anche la recente *WRTL II* (su cui v. *infra*) indurrebbe a conclusioni simili, per via del favore che esprime nei confronti del *grassroots*. Ma allora, posto che l'LDA stabilisce in via generale che nulla del proprio contenuto va interpretato in modo contrario al Primo Emendamento, da queste pronunce si ricaverebbe che l'LDA va interpretato in modo da non estendersi al *grassroots*¹²².

Peraltro, nel ricordato caso *Harriss*, vi è un passaggio, spesso citato, che sembrerebbe affermare in modo espresso la legittimità degli obblighi di *disclosure* con riferimento ad attività di *grassroots*, là dove la Corte include una «*artificially stimulated letter campaign*» tra le attività che potevano essere legittimamente limitate da obblighi di *disclosure*¹²³ (considerandola peraltro una forma di *direct communication* coi membri del Congresso).

Pur ribadendo costantemente l'estrema importanza dei diritti garantiti dal Primo Emendamento, e che anche gli obblighi di *disclosure* sono di per sé in grado di limitarli, per cui essi vanno sottoposti a *strict scrutiny*, la Corte ha ravvisato, come si è visto, nella necessità di trasparenza del processo democratico un c.d. *compelling government interest*, cioè un interesse di politica del diritto sufficientemente importante da giustificare alcune restrizioni di quei diritti.

Da ciò si ricava che, nel nostro caso, gli eventuali obblighi di *disclosure* dovrebbero comunque essere limitati¹²⁴ a chi svolge attività di *lobbying* in modo professionale e a scopo di lucro, lasciando fuori associazioni di volontari e singoli individui che si dedicano a questa attività in modo spontaneo o si limitano a discutere con altre persone o cercare di convincerle su temi del dibattito pubblico.

Da questi elementi si dovrebbe quindi concludere che una legge che imponesse obblighi di *disclosure* sul *grassroots* (senza proibire alcunché) limitandosi alle singole categorie associative, senza entrare nel merito del rapporto tra singolo cittadino e legislatore, avrebbe significative probabilità di essere ritenuta legittima dalla Corte Suprema, almeno alla luce del suo consolidato orientamento in tema di obblighi di *disclosure*¹²⁵.

¹²²E. Garrett, R.M. Levin, *The LDA*, cit., 205. Cfr. anche, per la tesi secondo cui limitare il *grassroots* sarebbe illegittimo, specie alla luce di *WRTL*, J.A. Sekulow, E.M. Zimmerman, *Weeding Them Out by the Roots: the Unconstitutionality of Regulating Grassroots Issue Advocacy*, 19 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 164 (2008).

¹²³347 U.S. 620.

¹²⁴J. Maskell, nel suo report per il CRS, *Grassroots Lobbying: Constitutionality of Disclosure Requirements*, aggiornato al 26 febbraio 2008.

¹²⁵*Ibidem*

3.7. FINANZIAMENTO PUBBLICO DELLE ATTIVITÀ DI *LOBBYING* E DIVIETO DI USO DI FONDI PUBBLICI PER FINANZIARE ATTIVITÀ DI *LOBBYING*

Una questione di rilevante importanza sia teorica sia pratica con riferimento alla materia che stiamo considerando è poi quella della possibilità o meno di impiegare risorse pubbliche, in via diretta o indiretta, per far fronte a spese di *lobbying*. Il legislatore americano intende infatti evitare che denaro di provenienza pubblica venga impiegato per pagare attività di *lobbying*.

La questione che si pone qui è che si rischia di determinare un circolo vizioso, con lo Stato che finanzia determinati soggetti i quali usano i soldi così ricevuti per ottenere dallo Stato ulteriori misure di favore. La disciplina vigente negli Usa tiene conto di questa possibile degenerazione, e ha tentato di porvi rimedio con diversi strumenti: alcune disposizioni settoriali; il già citato *Anti-Lobbying Act*, il *Federal Acquisition Regulation* (FAR); e il c.d. *Byrd Amendment*.

Come già ricordato, almeno dal 1913¹²⁶ il Congresso ha iniziato ad introdurre in molte leggi di spesa il divieto per le agenzie dell'esecutivo di usare i fondi ricevuti per effetto di quelle leggi (c.d. *appropriated funds*) per pagare attività di *lobbying*. Tuttavia, si tratta di disposizioni largamente disapplicate, anche perché la giurisprudenza¹²⁷ ha riconosciuto in via generale il diritto delle agenzie di spendere denaro a sostegno delle proprie posizioni, anche su temi controversi¹²⁸.

Parimenti disapplicate sono le disposizioni dell'*Anti-Lobbying Act*¹²⁹, che vieta in via generale alle agenzie e ai funzionari dell'esecutivo di impiegare, direttamente o indirettamente, fondi di provenienza pubblica (*appropriated funds*) per pagare attività di *lobbying* nei confronti di membri del Congresso e – a seguito di un emendamento del 2002¹³⁰ a 18 USC 1913 – di qualunque funzionario di qualunque governo o amministrazione. Tuttavia una serie di elementi, tra cui la necessità di tener conto del ruolo costituzionale del Presidente nel procedimento legislativo¹³¹ e del suo obbligo costituzionale di curare la fedele esecuzione

¹²⁶63° Congresso, C. 32, *Oct. 22*, 1913, 38 Stat. 208, 212.

¹²⁷*Joyner v. Whiting*, 477 F.2d 456, 461 (4th Cir. 1973); *Arrington v. Taylor*, 380 F. Supp. 1348, 1364 (M.D.N.C. 1974).

¹²⁸T.M. Susman, *Lobbying by Executive Branch Officials*, cit., p. 340.

¹²⁹66° Congresso, C. 6, § 6, *Jul. 11*, 1919, 41 Stat. 68, 18 USC 1913.

¹³⁰Pub. L. 107-273, § 205(b), Nov. 2, 2002, 116 Stat. 1758, 1778, *An Act to authorize appropriations for the Department of Justice for fiscal year 2002, and for other purposes*.

¹³¹In particolare, mi riferisco qui al suo potere di raccomandare al Congresso l'adozione delle misure che ritiene necessarie e opportune, e più in generale a quello di informare il Congresso sullo *State of the Union* (entrambi previsti dalla prima clausola della *Section 3* dell'articolo II).

delle leggi¹³², hanno condotto ad interpretare restrittivamente questa disposizione, in modo da comprendere sostanzialmente solo le attività di *grassroots lobbying* da parte dell'esecutivo¹³³.

IL FAR è invece un regolamento emanato congiuntamente dalla *General Services Administration*, dal Dipartimento della Difesa e dalla *National Aeronautics and Space Administration* (NASA), e si applica a tutti i dipartimenti e le agenzie soggetti all'autorità di uno di questi organi; esso è periodicamente aggiornato e modificato, sotto la supervisione dell'*Office of Federal Procurement Policy*, dal *Defense Acquisition Regulatory Council* e dal *Civilian Agency Acquisition Council*. È codificato al titolo 48 del *Code of Federal Regulations*, e disciplina sostanzialmente la materia degli appalti pubblici, occupandosi dei vari momenti in cui si articola la stipulazione dei contratti tra agenzie governative e imprese private.

In particolare, la disposizione che ci interessa maggiormente è la *Section* 31.205-22 (2003), *Lobbying and political activity costs*, che prevede limiti al rimborso delle spese per *lobbying* sostenute dagli appaltatori. Il FAR non vieta di esercitare attività di *lobbying* relative ad un appalto pubblico, il che – si osserva – solleverebbe immediati problemi di compatibilità con il Primo Emendamento, per cui esse sono ammesse se pagate con risorse proprie; né disciplina attività di *lobbying* finanziate con fondi diversi da quelli federali. Semplicemente, la *Section* 48 CFR 31.205-22 si limita a vietare il rimborso agli appaltatori che lavorino per o vendano a un'agenzia governativa di una serie di spese di *lobbying* da loro effettuate in connessione ad un appalto pubblico.

Infine, il c.d. *Byrd Amendment* è una disposizione aggiunta al *Department of the Interior and Related Agencies Appropriations Act* del 1990¹³⁴ per volontà del Senatore Byrd; esso fu codificato come 31 USC 1352, *Limitation on use of appropriated funds to influence certain Federal contracting and financial transactions*, e fu poi modificato dall'LDA.

Il *Byrd Amendment* si occupa delle attività di *lobbying* riferite a qualunque tipo di assegnazione di fondi federali. I suoi contenuti principali sono un divieto e un obbligo di *disclosure*. Da un lato, esso vieta a tutti coloro che abbiano ricevuto dei fondi federali (designati anche qui come «*appropriated funds*») di usarli per pagare attività di *lobbying* con cui cercare di ottenere dal Congresso o da un'agenzia governativa una qualunque assegnazione di fondi federali (sia essa in forma di appalto pubblico, o di finanziamento, di prestito, o di accordo di cooperazione), salve le eccezioni previste dalla stessa *Section*, che qui non consideriamo. Va precisato che il *Byrd Amendment* non definisce cosa si debba intendere per *appropriated funds*, e ciò determina rilevanti problemi applicativi; in ogni caso, per ciò che viene in rilievo ai nostri fini, si tratta dei fondi pubblici che una legge ha autorizzato a spendere per un determinato scopo.

Quanto alla previsione sulla *disclosure*, essa consiste nell'obbligo, per chi riceva fondi

¹³²Ultima clausola della *Section* 3 dell'articolo II.

¹³³T.M. Susman, *Lobbying by Executive Branch Officials*, cit., pp. 339 e 343.

¹³⁴Pub. L. 101-121, Oct. 23, 1989, 103 Stat. 701 (1989). Il *Byrd Amendment* era la *Section* 319 (103 Stat. 750).

federali (o anche solo «*initiates agency consideration*»), di comunicare all'agenzia che glieli ha concessi (o da cui cerca di ottenerli) le spese di *lobbying* fatte per influenzarne la concessione, anche in questo caso con le eccezioni previste nel prosieguo della disposizione (naturalmente, visto il divieto appena ricordato, tali spese potranno essere effettuate solo con *nonappropriated funds*).

Si aggiunga soltanto che il *Byrd Amendment* copre alcune condotte considerate anche dal FAR, così sovrapponendosi ad esso, ma a differenza di questo si estende anche al *lobbying* nei confronti dell'esecutivo; la disposizione non parla mai di *lobbyists* o *lobbying*, pur riferendosi chiaramente a questo fenomeno, designato come «*influencing or attempting to influence*» la concessione di fondi federali; in ogni caso, almeno sino ad ora si è trattato di una disposizione scarsamente efficace e in larga misura disapplicata¹³⁵.

Il *Byrd Amendment* fu oggetto alcuni anni fa di una censura di incostituzionalità *on its face*, per violazione del Primo Emendamento, nel caso *United States v. National Training and Information Center*¹³⁶. In questa vicenda, il governo federale aveva citato l'associazione National Training and Information Center sostenendo che avesse utilizzato dei fondi pubblici ricevuti in precedenza per svolgere attività di *lobbying*, in violazione del *Byrd Amendment* (l'associazione avrebbe poi dichiarato il falso nel rendicontare le proprie spese, sostenendo che non avevano coperto attività di *lobbying*), e chiedendone quindi il rimborso.

L'associazione convenuta si difese sostenendo, tra le altre cose, che «*the Byrd Amendment is unconstitutionally vague and overbroad, and is therefore facially unconstitutional under the First Amendment*»¹³⁷, ma il giudice Moran, della *District Court* federale dell'Illinois, respinse sia la censura di *overbreadth* sia quella di *vagueness*.

Il giudice ritenne infatti in primo luogo infondata l'affermazione di NTIC per cui «*the Byrd Amendment implicates the First Amendment*». Naturalmente il *lobbying* in generale è protetto dal Primo Emendamento; se la legge in questione regolasse direttamente l'attività di *lobbying* di NTIC, dovrebbe venire analizzata secondo lo standard dello *strict scrutiny*. Tuttavia, il *Byrd Amendment* regola soltanto l'attività di coloro cui siano stati attribuiti dei fondi federali, non è una disciplina applicabile al *general public*; ma la Corte Suprema ha riconosciuto che leggi di quest'ultimo tipo «*infringe no protected activity, for there is no right to have speech subsidized by the government*»¹³⁸.

La pronuncia prosegue citando la giurisprudenza, di cui dirò tra un attimo, sulla non deducibilità delle spese di *lobbying* (in particolare *Regan* e *Cammarano*), affermando che, nel vietare il pagamento di spese di *lobbying* con fondi federali, «*Congress has not infringed any*

¹³⁵Anche in questo caso, informazioni ulteriori rispetto a quelle richiamate nel testo sono contenute in *The Lobbying Manual*, in particolare ai capitoli 15, *The Byrd Amendment*, e 16, *Federal Acquisition Regulation Governing Lobbying*, entrambi opera di T.M. Susman.

¹³⁶532 F.Supp.2d 946 (2007) (United States District Court, N. D. Illinois Eastern Division).

¹³⁷532 F. Supp. 2d 946, 950-951 (2007).

¹³⁸*MCFL*, 479 U.S. 238, 256 n. 9.

First Amendment rights or regulated any First Amendment activity)¹³⁹. Ma mancando l'*infringement* di un diritto costituzionale, cioè la sua limitazione, viene meno la legittimazione del ricorrente a sollevare una censura di illegittimità *on its face* della legge.

In ogni caso, la Corte prende comunque in considerazione le *facial challenges* di NTIC, e conclude che, quand'anche NTIC dovesse essere ritenuta legittimata a sollevarle, comunque esse sono infondate. Da un lato, NTIC lamentava la eccessiva ampiezza (*overbreadth*) della legge, dovuta al fatto che non definiva il termine *lobbying*, ma cercava di vietare tutte le comunicazioni tra chi riceve *federal funds* e il Congresso: il giudice osservò però che il testo della legge limita specificamente il tipo di comunicazioni che rientrano nel suo ambito di applicazione, e cioè solo quelle fatte "*in connection with*" una "*covered Federal action*", e a sua volta le azioni federali coperte dalla legge sono solo quelle di attribuzione sotto qualunque forma di fondi federali.

NTIC avanzò anche una censura di *vagueness* della legge, per il fatto che non permetteva di capire quale condotta fosse vietata, limitandosi a fare riferimento alle azioni di "*influencing or attempting to influence*" la concessione di fondi federali. La Corte respinse però anche questa prospettazione, ritenendo la clausola in questione non illegittimamente vaga, e aggiungendo che peraltro «*any opaqueness that may arise [...] can be clarified on a case-by-case basis*»¹⁴⁰.

Infine, la questione dell'impiego di fondi di provenienza pubblica per attività di *lobbying* si è posta anche con riferimento alla possibilità o meno per un soggetto contribuente di dedurre dal proprio reddito le *lobbying expenses*. Sulla base dell'equiparazione, contestabile sul piano teorico ma comunissima sul piano del diritto positivo, tra erogazione diretta di fondi pubblici per una determinata attività e rinuncia all'esercizio di una pretesa fiscale per pari importo in relazione allo svolgimento di quella stessa attività, è stata prevista in varie disposizioni l'esclusione dalle deduzioni per attività di *lobbying*; tale esclusione fu oggetto di censure di illegittimità costituzionale, e ricorderò qui tre decisioni della Corte Suprema federale al riguardo.

Nella prima, *Textile Mills Sec. Corp. v. Comm'r of IRS*, relativa al divieto contenuto nell'art. 262 delle *Treasury Regulations 74*, riferite al *Revenue Act of 1928*¹⁴¹, la Corte chiarì che non vi era nulla di incostituzionale nell'escludere la deducibilità di contratti volti ad esercitare «*insidious influences through legislative halls*», e che per questo erano stati da tempo censurati¹⁴².

Nella seconda, *Cammarano v. United States*, riferita a successive *Treasury Regulations*

¹³⁹*Regan*, 461 U.S. 540, 546.

¹⁴⁰Cfr. anche T.M. Susman, *The Byrd Amendment*, capitolo 15 di *The Lobbying Manual*, 349-364, 360.

¹⁴¹70° Congresso, C. 852, May 29, 1928, 45 Stat. 791. In particolare, l'art. 262 delle *Regulations* in questione chiariva che la *Section 23(a)* del *Revenue Act of 1928*, la quale stabiliva in via generale la deducibilità di «*all the ordinary and necessary expenses paid or incurred during the taxable year in carrying on any trade or business*», non poteva essere interpretata in modo da includere le spese di *lobbying*. Le *regulations* definivano le spese di *lobbying* come «somme di denaro spese per scopi di *lobbying*, l'approvazione o il rigetto di proposte di legge, l'uso della propaganda politica, e i contributi per le spese elettorali».

ma attinente a questione analoga, la Corte ebbe modo di specificare ulteriormente che ai ricorrenti non veniva negata una deduzione perché esercitavano attività costituzionalmente protette, ma era semplicemente richiesto di sostenere personalmente tutti i costi di quelle attività, come l'*Internal Revenue Code* richiede a chiunque altro eserciti simili attività. Pertanto, negare la deduzione non era discriminatorio e non limitava la loro libertà di manifestare il proprio pensiero tentando di influenzare il procedimento legislativo, ma anzi era frutto della condivisibile convinzione del Congresso che, «*since purchased publicity can influence the fate of legislation which will affect, directly or indirectly, all in the community, everyone in the community should stand on the same footing as regards its purchase so far as the Treasury of the United States is concerned*»¹⁴³.

Merita anche richiamare il *concurrency* del giudice Douglas, che aggiunge che una soluzione diversa da quella adottata dalla Corte implicherebbe l'accoglimento della tesi secondo cui le libertà protette dal Primo Emendamento richiedevano esenzioni fiscali per essere protette. Tale tesi, però, sottintende che i diritti garantiti dal Primo Emendamento non sono completamente realizzati a meno che essi non vengano sovvenzionati dallo Stato, ed in effetti era già stata respinta dalla Corte in diverse occasioni¹⁴⁴.

Infine, il terzo caso, *Regan v. Taxation With Representation (TWR)*¹⁴⁵, riguardava una questione in parte diversa. In questo caso, l'*Internal Revenue Service (IRS)*, l'agenzia federale competente per tutte le questioni fiscali, aveva negato all'associazione TWR la qualifica di c.d. *501(c)(3) organization*, con conseguente sua esclusione dai benefici che ne conseguono. L'*Internal Revenue Code (IRC)* stabilisce infatti che gli enti compresi nella definizione di cui appunto alla *Section 501(c)(3)* (26 USC 501(c)(3)) sono esenti da imposte federali sul reddito, e possono inoltre offrire il beneficio della deduzione fiscale a quanti effettuano donazioni a loro favore (ai sensi della *Section 170(c)(2)*, che rinvia alla *501(c)(3)*).

La decisione dell'IRS si basava sul fatto che la *Section 501(c)(3)* escludeva espressamente dal proprio ambito di applicazione le associazioni «*substantial part of the activities of which is carrying on propaganda, or otherwise attempting, to influence legislation*» (c.d. *substantial lobbying*), e risultava invece che una parte significativa delle attività di TWR consistesse proprio nel tentare di influenzare la legislazione.

TWR impugnò quindi la decisione dell'IRS, sostenendo l'illegittimità della *Section 501(c)(3)* sotto due diversi profili: da un lato, esso avrebbe violato i suoi *First Amendment rights*, imponendole, per ottenere dei benefici fiscali, di astenersi dallo svolgere un'attività costituzionalmente protetta; dall'altro lato, esso avrebbe violato anche il Quinto

¹⁴²314 U.S. 326, 338 (1941). La sentenza richiama a questo proposito *Trist v. Child*, 88 U.S. 441 (1874), e *Hazelton v. Sheckels*, 202 U.S. 71 (1906), su cui v. *supra*, § 3.4..

¹⁴³358 U.S. 498, 513 (1959).

¹⁴⁴358 U.S. 515 (1959). Douglas richiama i seguenti casi: *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233, 250 (1936); *Murdock v. Commonwealth of Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 112 (1943); *Follett v. Town of McCormick*, 321 U.S. 573, 578 (1944).

¹⁴⁵462 U.S. 540 (1983).

Emendamento, con riferimento alla “*equal protection component*” della *due process clause*, perché avrebbe irragionevolmente distinto gruppi come TWR da quelli dei veterani, che invece, alla luce della *Section 501(c)(19)*, potevano concedere ai propri finanziatori la deducibilità dei contributi anche se li impiegavano per attività di *lobbying*.

Ma la Corte Suprema respinse entrambe le censure di TWR. Quanto alla prima, essa ribadì il precedente di *Cammarano*, chiarendo che anche in questo caso il Congresso si era semplicemente limitato a non concedere fondi pubblici per finanziare attività di *lobbying*, e lo aveva fatto del tutto legittimamente: il fatto che un’attività sia costituzionalmente protetta non implica che il Congresso debba finanziarne l’esercizio. In sintesi, «*Congress is not required by the First Amendment to subsidize lobbying*»¹⁴⁶.

Quanto alla censura relativa al Quinto Emendamento, la Corte confermò anche in questo caso un proprio precedente¹⁴⁷, affermando che in materia di concessione di benefici fiscali il legislatore gode di una discrezionalità molto ampia, che determina una presunzione di costituzionalità delle distinzioni da esso effettuate; sotto altro punto di vista, «*although government may not place obstacles in the path of a [person’s] exercise of [...] freedom of [speech], it need not remove those not of its own creation*»¹⁴⁸. Pertanto, anche se è molto probabile che TWR potrebbe effettivamente perseguire in modo più efficace i propri scopi altruistici se potesse effettuare *substantial lobbying*, rientra nella discrezionalità del Congresso decidere se essa debba ricevere o meno un finanziamento pubblico a questo scopo¹⁴⁹. Ebbene, se il Congresso decide di non concederlo, la sua scelta non è irragionevole: anche se TWR non ha sufficiente denaro per esercitare la propria libertà di espressione nella misura in cui vorrebbe, la Costituzione non dà diritto a ottenere i fondi necessari a conseguire tutti i vantaggi di quella libertà¹⁵⁰. E se quei fondi sono stati invece concessi ai veterani, ciò rientra in una consolidata politica a loro favore, sempre ritenuta legittima.

La conclusione è quindi che la forte protezione del *lobbying* in terra americana non si spinge però fino all’affermazione della sussistenza di una sorta di diritto sociale al *lobbying*, ma anzi eventuali attribuzioni patrimoniali da parte del soggetto pubblico per sostenere attività di *lobbying* non solo non sono richieste, ma neppure ammissibili (la richiamata equiparazione teorica tra attribuzione patrimoniale diretta e possibilità di deduzione conduce inevitabilmente ad estendere tale conclusione con riferimento alle deduzioni per attività di

¹⁴⁶461 U.S. 540, 546 (1983).

¹⁴⁷*Madden v. Kentucky*, 309 U.S. 83, 87-88 (1940).

¹⁴⁸*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 316 (1980).

¹⁴⁹Il ragionamento della Corte è in effetti tutto basato sull’equiparazione tra risparmio consistente nell’esonero da un tributo, o nella riduzione dell’imponibile per effetto della deduzione, da un lato, e concessione diretta di un finanziamento pubblico, dall’altro, su cui v. quanto osservato *supra*, § 2.1.1.7.1., e in particolare note 125, 126 e 127.

¹⁵⁰461 U.S. 540, 550 (1983), citando *Harris v. McRae*, 318.

lobbying, un diritto alle quali si ritiene insussistente, com'è inevitabile date le premesse); paradossalmente, alla luce di quel che si dirà, l'Europa potrebbe seguire un'impostazione diversa al riguardo.

3.8. UNA QUESTIONE DI DETTAGLIO: L'ILLEGITTIMITÀ DEL DIVIETO DI RICEVERE *HONORARIA* PER I DIPENDENTI DELL'ESECUTIVO DI RANGO INFERIORE

In conclusione, veniamo brevemente ad un caso, *United States v. National Treasury Employees' Union*¹⁵¹, relativo ad una questione di dettaglio, comunque meritevole di menzione. La vicenda era molto semplice e consisteva in un'azione, da parte di un sindacato che rappresentava tutti gli impiegati dell'esecutivo sotto la soglia di inquadramento stipendiale numero 16 nel *General Schedule*, oltre che di alcuni singoli individui rientranti in questa categoria, per contestare la legittimità del divieto di ricevere *honoraria*, imposto in via generale dalla *Section 501(b)* dell'*Ethics in Government Act*.

La Corte, con una sentenza del giudice Stevens a maggioranza progressista, non condivisa invece tra tre giudici conservatori, Rehnquist, Scalia e Thomas, questi ultimi due in particolare tradizionalmente campioni dei diritti del Primo Emendamento, dichiarò l'illegittimità della *Section 501(b) as applied* ai dipendenti in questione, per violazione appunto della loro libertà di espressione. In particolare, la Corte ritenne che la restrizione della loro libertà di parola fosse piuttosto elevata, e che ciò non trovasse giustificazione nell'esigenza di evitare che i pubblici funzionari abusassero del proprio potere; inoltre, essa rifiutò anche di considerare necessario per la legittimità del divieto l'individuare un nesso tra l'*honorarium* ricevuto e l'impiego pubblico svolto.

4. I principi fondamentali sul finanziamento elettorale

La giurisprudenza costituzionale in materia di finanziamento elettorale è molto vasta e continua a farsi più corposa: in questa materia, infatti, sempre più casi sono stati portati all'attenzione delle corti negli ultimi anni, in una tendenza a cercare di rintuzzare sul terreno della giustizia costituzionale le restrizioni vecchie e nuove aggiunte dal legislatore, dopo che l'opera di *lobbying* per contrastarne l'approvazione era risultata vana. Questa tendenza ha ricevuto nuovo impulso dalla fondamentale pronuncia nel caso *Citizens United v. FEC*. Considererò qui i casi più importanti ai fini del nostro oggetto, in larga prevalenza della Corte Suprema federale.

4.1. IL LANDMARK CASE *BUCKLEY V. VALEO* (1976), TRA LIBERTÀ DI FINANZIAMENTO E OBBLIGHI DI *DISCLOSURE*

Qualunque sentenza costituzionale sul finanziamento elettorale ha ancora oggi come punto di riferimento imprescindibile la pronuncia *Buckley v. Valeo*, del 1976¹⁵² (nonostante si tratti di una *per curiam opinion*, cioè di un'opinione non firmata, tipicamente riservata a casi minori). Il caso era molto semplice ed era stato sollevato da una serie di ricorrenti, tra cui

¹⁵¹513 U.S. 454 (1995).

¹⁵²424 U.S. 1 (1976).

candidati federali, *political committees*, un potenziale donatore, gruppi d'interesse di vario tipo, etc. Essi contestavano la legittimità della gran parte delle nuove disposizioni introdotte dal FECA nel 1971, come già modificate nel 1974 coi *Federal Election Campaign Act Amendments*. In questa sentenza, la Corte ebbe quindi modo di chiarire qual è il dettato costituzionale riguardo ai principali aspetti della materia, e come detto ciò che affermò rimane ancor oggi *on the books*, non essendo mai stato intaccato nella sostanza da pronunce successive che pure hanno determinato grossi stravolgimenti nella disciplina vigente.

In primo luogo, *Buckley* affronta le *facial challenges* rivolte alle disposizioni su contributi e spese. La Corte esordisce con un passo molto spesso citato:

I limiti ai contributi e alle spese previsti dal [FECA] operano in un'area di attività protette dal Primo Emendamento tra le più fondamentali. La discussione di questioni pubbliche e il dibattito sulla qualificazione dei candidati sono essenziali al funzionamento del sistema di governo stabilito dalla nostra Costituzione. Il Primo Emendamento garantisce la più ampia protezione a tale manifestazione del pensiero in ambito politico al fine di "assicurare [il] libero scambio di idee per la realizzazione dei cambiamenti politici e sociali desiderati dal popolo"¹⁵³. [...] Ciò non fa che riflettere il nostro "profondo impegno nazionale al principio per cui il dibattito sulle questioni pubbliche dev'essere senza freni, vigoroso e aperto [*uninhibited, robust, and wide-open, NdR*]"¹⁵⁴. In una repubblica dove il popolo è sovrano, la capacità dei cittadini di fare scelte informate tra i candidati a una carica è essenziale, perché l'identità di chi viene eletto influenzerà inevitabilmente il cammino che seguiamo come nazione.

La Corte prosegue con alcune osservazioni molto rappresentative del suo tipico modo di argomentare, specie in materia di Primo Emendamento, a cui facevo riferimento nell'*Introduzione*:

Una restrizione della quantità di denaro che una persona o un gruppo può spendere per comunicazioni di carattere politico durante una campagna riduce inevitabilmente la quantità di pensiero che viene espressa [*the quantity of expression, NdR*], riducendo il numero di questioni discusse, la profondità della loro indagine, e la misura del pubblico raggiunto. Ciò è dovuto al fatto che virtualmente qualunque mezzo di comunicazione di idee nell'odierna società di massa necessita di un esborso di denaro. La distribuzione del più umile dei volantini o dépliant implica costi di stampa, carta e diffusione. Discorsi e comizi generalmente richiedono l'affitto di una sala e la pubblicizzazione dell'evento. La dipendenza crescente dell'elettorato da televisione, radio e altri mass media per notizie e informazioni ha reso questi costosi modi di comunicazione strumenti indispensabili di un'efficace manifestazione di pensiero in ambito politico [*political speech, NdR*]. I limiti di spesa contenuti nella legge costituiscono rilevanti e non meramente teoriche restrizioni alla quantità e varietà della manifestazione di pensiero in ambito politico.

Questo passo e quelli che approfondiscono tale concetto sono stati spesso sintetizzati nell'affermazione che "*money is speech*", cioè che la possibilità di spendere denaro a sostegno delle proprie idee è in quanto tale una forma di *speech*, cioè di manifestazione del pensiero, in quanto tale costituzionalmente protetta e quindi non regolabile. In realtà, la Corte non ha mai detto esattamente questo, per cui tale sintetizzazione è sostanzialmente impropria:

¹⁵³La frase citata tra virgolette è tratta da *Roth. v. U.S.*, 354 U.S. 476, 484.

¹⁵⁴Questa la celeberrima triade del caso *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270.

ciò che la Corte ha riconosciuto è che i limiti alla possibilità di spendere denaro limitano indirettamente la possibilità di esprimere il proprio pensiero, per via del fatto che spendere denaro è speso necessario a creare le condizioni per poter far ascoltare da altri il proprio pensiero. Ma la Corte, in *Buckley* come in altre pronunce, non ha mai equiparato di per sé la possibilità di spendere denaro alla possibilità di esprimere a parole il proprio pensiero; ciò non toglie, naturalmente, che tale equiparazione sia perfettamente sostenibile e sia in effetti sostenuta da diverse parti, ma non corrisponde in modo fedele a quanto stabilito dalla Corte in *Buckley*¹⁵⁵.

La Corte considera i limiti che le norme su spese e contributi determinano sulla libertà di associazione, e anche questo ragionamento merita di essere considerato con attenzione: «fare un contributo, come iscriversi a un partito politico, serve ad associare una persona a un candidato. In più, permette a persone che la pensano in modo simile di unire le proprie risorse per perseguire scopi politici comuni. I tetti ai contributi limitano perciò un importante mezzo di associarsi con un candidato o un *committee*, ma lasciano colui che vuole contribuire libero di diventare membro di qualunque associazione politica e di collaborare personalmente negli sforzi dell'associazione nell'interesse dei candidati. E i limiti della legge ai contributi permettono alle associazioni e ai candidati di raccogliere grandi somme di denaro per promuovere un'effettiva opera di convincimento (*advocacy*). Al contrario, il limite [...] della legge alle *independent expenditures* “relative a un candidato chiaramente identificato” impedisce a molte associazioni di amplificare in modo efficace la voce dei loro iscritti¹⁵⁶».

Da queste premesse, che poi la Corte approfondisce ampiamente, anche se non vi è modo in questa sede di soffermarsi oltre, si ricava secondo i giudici che, «anche se i limiti della legge ai contributi e alle spese coinvolgono entrambi fondamentali interessi relativi al Primo Emendamento, i suoi tetti di spesa impongono restrizioni significativamente più gravi sulle libertà costituzionalmente protette di espressione del pensiero e associazione in ambito politico di quanto non facciano le sue limitazioni ai contributi in denaro»: pertanto, i limiti ai contributi diretti a un candidato sono fatti salvi, mentre quelli alle spese sono dichiarati illegittimi. In particolare, vengono dichiarati contrari al Primo Emendamento il tetto alle *independent expenditures*, il limite alle spese dei candidati dai propri fondi personali (o della sua famiglia) e i tetti alle spese complessive per una campagna.

S'impone una precisazione con riferimento alle spese relative a un candidato chiaramente identificato (*relative to a clearly identified candidate*): la Corte osserva che la legge non definisce cosa debba intendersi per “*relative to*”, e che ciò rischia di rendere la disposizione illegittima per *vagueness*. *Buckley* compie quindi un'interpretazione costituzionalmente orientata, affermando che l'unico modo per evitare che la disposizione incorra in tale censura è interpretarla come limitata alle comunicazioni «che includono parole esplicite di sostegno (*advocacy*) dell'elezione o della sconfitta di un candidato», o in altri termini che «in termini espressi invitano (*advocate*) ad eleggere o a sconfiggere un candidato chiaramente identificato ad una carica federale».

Queste ultime sono le c.d. comunicazioni di *express advocacy*, di cui, in una nota della

¹⁵⁵V. approfonditamente su questi temi B. Smith, *Unfree Speech: the Folly of Campaign Finance Reform*, Princeton University Press, Princeton, NJ, Usa, 2001, capitolo 6, *Money and Speech*, 109-121.

¹⁵⁶La Corte richiama al riguardo *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 460.

sentenza¹⁵⁷, vengono forniti i seguenti esempi: «“vota per”, “eleggi”, “sostieni”, “esprimi il tuo voto per”, “Smith al Congresso”, “vota contro”, “sconfiggi”, “respingi”). In questo modo, la Corte inaugurerà così la distinzione tra *express advocacy* (le comunicazioni ora descritte) e *issue advocacy* (le altre), che, almeno a livello teorico, è tuttora fondamentale (nella pratica, come ammetteva la stessa *Buckley*, il discrimine può essere molto difficile da tracciare).

In ogni caso, anche se, con questa interpretazione restrittiva, il limite alle *independent expenditures* si salva dalla censura di *vagueness*, la disposizione in questione fu ritenuta comunque contraria al Primo Emendamento, e come detto i principi e le distinzioni affermate dalla Corte al riguardo rimasero valide e influenzarono tutti gli sviluppi successivi, anche sul piano normativo.

Venendo al tema della *disclosure*, che, come ho avuto modo di anticipare, è di grande rilevanza ai fini della nostra indagine, la Corte in *Buckley* riassunse e fissò definitivamente alcuni principi divenuti punto di riferimento per qualunque riflessione sulla legittimità degli obblighi di pubblicità e trasparenza di qualunque tipo, non solo in ambito elettorale.

La Corte, infatti, osservò che,

a differenza dei limiti generali a contributi e spese, gli obblighi di disclosure non impongono alcun tetto alle attività legate alla campagna elettorale. Tuttavia, abbiamo ripetutamente affermato¹⁵⁸ che una disclosure forzata, in quanto tale, può gravemente limitare il diritto alla riservatezza nell'esercizio della libertà di associazione e di manifestazione del pensiero, diritto costituzionalmente protetto. [...] Abbiamo a lungo riconosciuto che invasioni significative dei diritti garantiti dal Primo Emendamento come quelle imposte da una disclosure obbligata non possono essere giustificati da una mera dimostrazione di qualche legittimo interesse governativo. Da *NAACP v. Alabama* abbiamo richiesto che i prevalenti interessi pubblici superassero il test di un exacting scrutiny. Abbiamo anche insistito sulla necessità che ci fosse una “correlazione rilevante” o una “significativa relazione” tra gli interessi pubblici e l'informazione che si chiede di rendere pubblica. [...] Questo tipo di scrutiny è necessario anche se un qualunque effetto deterrente per l'esercizio dei diritti del Primo Emendamento nasce non tramite una diretta azione pubblica, ma indirettamente, come un risultato non voluto ma inevitabile della condotta dei pubblici poteri nel richiedere la disclosure¹⁵⁹. [...] Lo strict test stabilito da *NAACP v. Alabama* è necessario perché la disclosure obbligata interferisce in modo potenzialmente significativo con l'esercizio dei diritti del Primo Emendamento. Tuttavia, abbiamo riconosciuto che ci sono interessi pubblici sufficientemente importanti da prevalere sulla possibilità di interferenza, in particolare quando viene in questione il “libero funzionamento delle nostre istituzioni nazionali”¹⁶⁰.

Su questa base, la Corte conclude così affermando che gli interessi pubblici che il legislatore aveva cercato di tutelare con le disposizioni sulla *disclosure* impugnate erano di tale entità, e pertanto queste disposizioni andavano considerate legittime: «gli obblighi di

¹⁵⁷La numero 52.

¹⁵⁸La Corte qui fa un'approfondita rassegna dei propri precedenti sul punto, tra i quali compare anche in questo caso *NAACP*.

¹⁵⁹Ancora una volta è richiamata *NAACP*.

¹⁶⁰Il richiamo è a *Communist Party v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1, 97 (1961).

disclosure, in generale, perseguono rilevanti interessi pubblici. Nel determinare se questi interessi sono sufficienti a giustificare le prestazioni richieste, dobbiamo guardare all'entità del peso che impongono sui diritti individuali. È indubbiamente vero che la pubblicazione dei contributi ai candidati e ai partiti politici scoraggerà alcuni individui che altrimenti potrebbero contribuire. In alcuni casi, la *disclosure* potrebbe persino esporre chi contribuisce a molestie e ritorsioni. Questi non sono oneri trascurabili sui diritti individuali, e devono essere confrontati con cautela con gli interessi che il Congresso ha cercato di promuovere con questa legislazione». Ebbene, a seguito di una dettagliata analisi, la Corte ritiene che l'interesse alla trasparenza del processo politico e soprattutto l'esigenza di evitarne la corruzione e le sue manifestazioni (anche qui la Corte fa leva sulla *anti-corruption rationale*) siano tali da rendere costituzionalmente legittima la disciplina adottata dal legislatore.

4.2. LA LIBERTÀ DI FINANZIAMENTO NEI PRINCIPALI CASI PRECEDENTI A *CITIZENS UNITED*:

BEAUMONT (2003), *MCCONNELL* (2003), *WRTL II* (2007)

Buckley rimane il *leading-case* per quanto riguarda il finanziamento elettorale. Molte delle sue conclusioni sono però state precisate, approfondite, corrette o confermate in una lunga serie di casi successivi¹⁶¹: vediamo i principali, incominciando dalle pronunce che hanno chiarito i contorni della libertà di finanziamento elettorale.

Dopo alcune pronunce che negli anni successivi a *Buckley* ne consolidarono l'impianto¹⁶², in anni più recenti la Corte Suprema è tornata in effetti ad occuparsi con sempre maggior frequenza di regole in materia di finanziamento elettorale.

La prima pronuncia da ricordare è *FEC v. Beaumont*¹⁶³. Qui una *advocacy corporation* senza scopo di lucro contestava la legittimità delle disposizioni del FECA e delle relative disposizioni di attuazione che vietavano alle *corporations* di dare contributi elettorali diretti o fare spese collegate a una precisa elezione a una carica federale (usando fondi del proprio patrimonio generale), nella misura in cui tale divieto si applicava (*as applied*) anche alle *nonprofit advocacy corporations* come quella in questione.

La Corte respinse però queste censure, fondandosi sulla propria giurisprudenza consolidata da *Buckley* in avanti¹⁶⁴, e quindi facendo leva sulla necessità di combattere la corruzione e sui particolari rischi asseritamente posti all'integrità del processo politico da un

¹⁶¹Un'analisi molto completa, cui questo paragrafo è ampiamente debitrice, è quella di L. Paige Whitaker, *The Constitutionality of Campaign Finance Regulation: Buckley v. Valeo and Its Supreme Court Progeny*, CRS Report for Congress, aggiornato al 18 novembre 2008, disponibile su <http://www.fas.org/sfp/crs/misc/RL30669.pdf>.

¹⁶²Esula dagli scopi del presente lavoro esaminarle in dettaglio. Mi limito quindi a citarle: *First National Bank of Boston v. Bellotti* (1978), 435 U.S. 765 (1978); *FEC v. National Right to Work Committee (NRWC)*, 459 U.S. 197 (1982); *FEC v. Massachusetts Citizens for Life (MCFL)*, 479 U.S. 238 (1986); *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990), 494 U.S. 652 (1990).

¹⁶³539 U.S. 146 (2003).

¹⁶⁴V. *supra*, nota 162.

ente organizzato in forma di *corporation*: la Corte concluse dunque che il divieto oggetto di censura non era contrario al Primo Emendamento neppure *as applied* alle *advocacy corporations* senza scopo di lucro.

Tale orientamento fu ribadito pochi mesi dopo in *McConnell v. FEC*¹⁶⁵, che sul punto, che qui ci interessa, del finanziamento da parte di *corporations* e sindacati, pronunciò due *holding*. In primo luogo, stabilì appunto la legittimità della disposizione del *Bipartisan Campaign Reform Act* del 2002 (BCRA) che aveva esteso alle *nonprofit corporations* il divieto di usare fondi del proprio patrimonio generale per pagare *electioneering communications* (*Section 204*), ma solo per le *corporations* che non rientrassero in una categoria per cui una sentenza precedente aveva creato un'eccezione¹⁶⁶.

In secondo luogo, *McConnell* affermò la piena legittimità della *Section 203* del BCRA, che aveva esteso il divieto, per *corporations* e *unions*, di usare fondi del proprio patrimonio per spese elettorali a tutte le *electioneering communications*. La Corte ritenne infatti che gli *issue ads* trasmessi nei 30 o 60 giorni rispettivamente prima delle primarie e delle elezioni generali che nominavano un candidato fossero equiparabili ad una *express advocacy* («*are the functional equivalent of express advocacy*») di quel candidato, e che quindi fosse legittimo estendere ad essi i limiti appunto previsti per la *express advocacy*: la censura *on its face* di questa disposizione andava quindi respinta.

Successivamente, però, nel 2007, intervenne una prima avvisaglia di un cambiamento di giurisprudenza. In *FEC v. Wisconsin Right to Life (WRTL II)*¹⁶⁷, la Corte affrontò un nuovo caso in cui una *non profit ideological advocacy corporation* voleva impiegare “*corporate money*”, cioè denaro del proprio patrimonio, per pagare delle pubblicità elettorali durante il periodo protetto.

L'associazione Wisconsin Right to Life sosteneva l'illegittimità delle restrizioni in materia di *electioneering communications* introdotte dalla *Section 203* del BCRA con una censura non più *facial* ma soltanto *as applied* alle pubblicità (*ads*) che essa intendeva realizzare, e che affermava essere degli autentici (*genuine*) *issue ads*; la FEC, invece, riteneva che, pur non facendo questi *ads* riferimento esplicito a un candidato, si trattasse di *sham issue ads*, cioè di fatto di un caso di *express advocacy* mascherata, vietata dalla legislazione che si è vista.

Ebbene la Corte, dopo aver chiarito, in un primo caso, *Wisconsin Right to Life v. FEC (WRTL I)*¹⁶⁸, che *McConnell* non impediva di sollevare censure *as applied* della disposizione che aveva giudicato legittima *on its face*, accolse la censura *as applied* di WRTL, affermando che il divieto di *electioneering communications* contenuto nella *Section 203* del BCRA era costituzionalmente illegittimo *as applied* a pubblicità che non avessero come unico scopo, espresso o implicito, il sostegno o l'opposizione a un candidato, e fossero quindi da

¹⁶⁵540 U.S. 93 (2003).

¹⁶⁶*FEC v. Massachusetts Citizens for Life (MCFL)*, 479 U.S. 238 (1986), appena citata.

¹⁶⁷551 U.S. 449 (2007).

¹⁶⁸546 U.S. 410 (2006)

considerarsi *genuine issue ads*, e non *express advocacy* o il suo *functional equivalent* alla luce di *McConnell*. Nessun *compelling interest*, infatti, giustificava le restrizioni imposte dal BCRA ad *ads* come questi.

Con *WRTL*, la Corte aprì un'importante breccia nel quadro delle restrizioni disegnato dal Congresso; ma tale pronuncia fu soltanto la premessa di un'altra ben più importante, che ha avuto una grandissima risonanza, al punto da raggiungere e occupare per qualche giorno gli stessi media italiani ed europei¹⁶⁹: si tratta della fondamentale pronuncia nel caso *Citizens United v. FEC*¹⁷⁰, di cui mi occuperò tra un momento, al § 4.4..

4.3. LA PROGENY DI *BUCKLEY* IN MATERIA DI *DISCLOSURE*

Venendo invece a considerare le pronunce successive a *Buckley* che si sono occupate della legittimità o meno degli obblighi di trasparenza, una prima pronuncia da ricordare è *Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Committee*¹⁷¹, relativa ad una legge dell'Ohio che imponeva ai candidati di rendere pubblici i nomi e gli indirizzi di coloro che effettuavano e ricevevano contributi elettorali. Un piccolo partito di orientamento socialista, che tradizionalmente era stato oggetto nel tempo di pesanti molestie e discriminazioni nel settore pubblico e privato¹⁷², contestava la legittimità di tali obblighi *as applied* alle attività di raccolta fondi e di spesa svolte dal PAC di una piccola forza politica di minoranza con le caratteristiche, ora ricordate, che la contraddistinguevano¹⁷³.

La Corte riconobbe fondate le ragioni di questo partito, confermando il divieto, già stabilito in *Buckley*, di imporre obblighi di *disclosure* quando coloro che intendono effettuare un contributo potrebbero con ragionevole probabilità (continuare ad) essere soggetti a minacce, molestie o ritorsioni, per via del fatto che la *disclosure* ha reso pubblico il loro sostegno per una forza politica da sempre vista con sospetto. La Corte estese poi l'*holding* di *Buckley* in materia, riconoscendo la tutela della *privacy* a quanti ricevono i contributi elettorali.

Un'ulteriore pronuncia da ricordare è il caso *Buckley v. American Constitutional Law*

¹⁶⁹V. ad es., su *Le Monde*, C. Lesnes, *Etats-Unis : les entreprises peuvent à nouveau financer les campagnes électorales* (21 gennaio 2010); sul sito della BBC, M. Mardell, *Campaign funding free-for-all?* (21 gennaio 2010); sul *Corriere della Sera*, v. la notizia, non firmata, dal titolo *Finanziamenti elettorali, Obama bocchia la Corte suprema* (22 gennaio 2010, 19).

¹⁷⁰558 U.S. 50 (2010).

¹⁷¹459 U.S. 87 (1982).

¹⁷²Di cui la Corte acquisisce abbondante documentazione, ponendo poi i riscontri fattuali così ottenuti alla base della propria decisione.

¹⁷³La censura verteva sulle libertà di parola e di associazione, protette dal Primo Emendamento, ma trattandosi di legge statale tali libertà venivano in questione per il tramite del Quattordicesimo.

*Foundation (ACLF)*¹⁷⁴, che era invece relativo ad una legge del Colorado, sottoposta ad una censura *on its face* da parte di un ente *non-profit*, la quale imponeva ai promotori di un referendum di fornire dettagliate informazioni mensili su nome, indirizzo e importo pagato e dovuto a coloro che si occupavano di diffondere la proposta.

Lo Stato del Colorado riconosceva il limite posto dalla legge ai diritti di parola e di associazione dei propri cittadini, ma ne sosteneva la necessità al fine di perseguire l'interesse pubblico alla trasparenza su come viene speso denaro per delle campagne elettorali, e così promuovere un «*informed public decision-making*» e scoraggiare la corruzione.

Tuttavia la Corte, applicando l'*exacting scrutiny* di *Buckley*, ritenne incostituzionale l'obbligo di *disclosure* per quanto riguarda coloro che effettuavano i contributi, riconoscendolo la legittimità di tale obbligo solo con riferimento ai promotori dell'iniziativa (la conclusione era rafforzata dal fatto che si trattava di un referendum, e per di più delle sue fasi iniziali, e quindi il rischio di corruzione appariva particolarmente tenue¹⁷⁵).

Infine, il caso *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (1995)¹⁷⁶ verteva su una legge dell'Ohio che vietava la distribuzione di materiale di propaganda elettorale anonimo, imponendo di indicarne sempre l'autore. La sua legittimità era contestata da una mamma di un bambino la cui scuola aveva imposto un determinato tributo, contro l'approvazione del quale questa signora¹⁷⁷ aveva distribuito volantini anonimi.

La Corte individua nella storia politica americana una lunga e gloriosa tradizione di «*advocacy and dissent*» realizzatasi con la diffusione di *pamphlet* anonimi: il precedente più illustre sono i *Federalist Papers*, che furono infatti pubblicati da Hamilton, Madison e Jay con il comune pseudonimo di Publius. Il Primo Emendamento, per il tramite del Quattordicesimo, garantiva anche a questa signora il diritto di svolgere, nel solco di questa tradizione, dell'«*anonymous pamphleteering*»: l'anonimità viene infatti vista dalla Corte addirittura come «uno scudo contro la tirannide della maggioranza», un esempio tipico degli scopi perseguiti dal *Bill of Rights* e in particolare dal Primo Emendamento, che protegge «persone impopolari da ritorsioni e le loro idee dalla soppressione a portata di mano di una società intollerante».

La legge limitava i diritti della signora, per cui *Buckley* imponeva di sottoporla a *exacting scrutiny*. La Corte riconosce la rilevanza dell'interesse pubblico ad impedire la diffusione di affermazioni fraudolente e diffamatorie e a fornire agli elettori informazioni sulla base delle quali valutare il valore del messaggio, tuttavia ritiene eccessivo (non *narrowly tailored*) e quindi costituzionalmente illegittimo il divieto generale di pubblicazioni anonime,

¹⁷⁴525 U.S. 182 (1999).

¹⁷⁵La Corte richiama al riguardo il proprio precedente *Meyer v Grant*, 486 U.S. 414 (1988).

¹⁷⁶514 U.S. 334 (1995).

¹⁷⁷La famosa *lady from Ohio* poi spesso citata come esempio del cittadino comune che non avrebbe realisticamente modo di conoscere tutte le restrizioni previste in materia elettorale, e vedrebbe quindi violati i propri diritti del Primo Emendamento se venisse punito per il loro mancato rispetto (o fosse comunque costretto ad astenersi da una forma di libera manifestazione del pensiero per la paura di incorrere in qualche sanzione).

essendo già state previste molte misure per impedire frodi e diffamazioni e per la scarsa utilità del nome di una persona nel valutare il peso di un messaggio.

La Corte peraltro compie un approfondito *distinguishing* di questo caso rispetto a *Buckley*: quest'ultima pronuncia riguardava l'obbligo di *disclosure* di spese per campagne elettorali, non di materiale di propaganda anonimo. Per di più, le attività della signora erano state svolte in modo del tutto indipendente, e l'interesse a conoscere chi ne fosse l'autore non era in alcun modo paragonabile all'interesse degli elettori a conoscere la provenienza e il modo d'impiego dei fondi ricevuti dai candidati: nel primo caso, a differenza che nel secondo, non si poneva alcuna esigenza di evitare la corruzione o le sue manifestazioni.

Inoltre, la Corte mise anche in evidenza la distinzione tra l'obbligo di rendere pubbliche, oltre una certa soglia, anche le *independent expenditures* (ritenuto legittimo da *Buckley*) e l'obbligo di autoidentificarsi in qualunque scritto collegato ad un'elezione. Infatti i materiali relativi ad un'elezione, e in particolare i volantini, sono spesso realizzati personalmente da chi intende manifestare il proprio punto di vista, e in questo caso l'obbligo di identificazione è particolarmente invasivo, a differenza del denaro, che, quand'anche possa "parlare", è «meno specifico, meno personale e meno provocatorio di un volantino», e quindi meno suscettibile, rispetto a questo, di ritorsioni quando impiegato a sostegno di un punto di vista impopolare.

Infine, anche in questo caso si sottolinea la differenza tra i limiti previsti dal FECA e ritenuti legittimi da *Buckley*, relativi ad elezioni con candidati, rispetto ai referendum che venivano in questione in quel caso; per di più, *Buckley* aveva stabilito che le restrizioni relative alle *independent expenditures* dovevano applicarsi solo alle spese che esplicitamente sostenessero l'elezione o la sconfitta di un candidato precisamente identificato, ma queste spese non potevano per definizione aversi nelle campagne per un referendum.

Per completezza, va ancora citato il già ricordato caso *McConnell v. FEC* (2003)¹⁷⁸. Insieme a molte altre questioni, alcune delle quali richiamate poco più in alto, *McConnell* affronta anche il tema della legittimità di alcuni obblighi di *disclosure* introdotti dal BCRA, ovvero quelli relativi alle *electioneering communications* (*Section 201* del BCRA) e alla fonte da cui derivano i fondi per tutte le comunicazioni elettorali in generale (*Section 311* del BCRA).

Fondandosi su *Buckley*, la Corte ritenne queste previsioni giustificate dall'esigenza di gettare un fascio di luce («*shed the light of publicity*») sulla disciplina del finanziamento elettorale, respingendo così le *facial challenges* cui i ricorrenti le avevano sottoposte.

4.4. *CITIZENS UNITED* (2010): MASSIMA LIBERTÀ DI FINANZIAMENTO, MA CONFERMA DEGLI OBBLIGHI DI *DISCLOSURE*

Veniamo così all'importantissima pronuncia *Citizens United v. FEC* (2010)¹⁷⁹. In questa vicenda, l'associazione ricorrente, un ente *non-profit* che però riceveva parte dei propri finanziamenti da società *for-profit*, intendeva trasmettere un documentario (*Hillary*) critico nei confronti dell'allora candidata alle primarie del Partito Democratico Hillary Clinton.

Poiché il film era stato pagato coi *general treasury funds* dell'associazione (ovvero non

¹⁷⁸540 U.S. 93 (2003).

¹⁷⁹558 U.S. 310 (2010).

era stato costituito un apposito PAC, che avrebbe permesso di aggirare i divieti), *Citizens United* temeva che il trasmetterlo violasse le disposizioni del FECA che vietavano le *independent expenditures* delle *corporations* e delle *unions* fatte con *general treasury funds*, e quelle introdotte dal BCRA che proibivano le *electioneering communications*.

In effetti, la FEC non intendeva concedere l'autorizzazione a trasmettere il film, per cui l'associazione chiese in via cautelare l'autorizzazione a trasmettere il documentario (e i relativi spot per promuoverlo), sostenendo che il divieto fosse incostituzionale *as applied* al film in questione. Anche questo caso raggiunse la Corte Suprema, che nel gennaio 2010 emanò la propria decisione sul caso, da lungo tempo attesa¹⁸⁰, andando oltre le stesse richieste dei ricorrenti, sostenendo di non poter risolvere la questione sul piano *as applied* senza restringere in modo inaccettabile la libertà di parola in ambito politico («*this case cannot be resolved on a narrower ground without chilling political speech, speech that is central to the First Amendment's meaning and purpose*»).

La Corte stabilì dunque, con una decisione 5-4 a maggioranza conservatrice, che l'estensione del divieto relativo alle *corporate independent expenditures* ad ogni *electioneering communication* effettuata dalla *Section 203* del BCRA era incostituzionale non solo *as applied* al caso di specie, ma addirittura *facially*, cioè sempre e comunque, indipendentemente da qualunque circostanza del caso concreto, perché alle *corporations* (e alle *unions*)¹⁸¹ devono essere garantiti diritti costituzionali, incluso quello alla libertà di parola del Primo Emendamento, esattamente pari a quelli delle persone fisiche (come già affermato in *Bellotti*). Nel giungere a questa affermazione, la Corte ha quindi dovuto compiere un espresso *overruling* di *Austin*, e della parte di *McConnell* che aveva invece ritenuto legittime le restrizioni in questione¹⁸².

¹⁸⁰Con una decisione piuttosto rara, la Corte aveva ordinato una rinnovazione della discussione orale del caso davanti ad essa, il che aveva segnalato inequivocabilmente l'importanza del caso in esame e aveva fatto presagire a molti l'esito che poi si è verificato.

¹⁸¹Il finanziamento da parte delle *unions* è stato oggetto di un caso minore, ma comunque significativo, di poco successivo, *Communications Workers for America v. Christie*, deciso il 7 maggio 2010 dalla *Appellate Division* della *Superior Court* del *New Jersey*. In questa pronuncia, la Corte ha ritenuto illegittima l'estensione ai sindacati dei lavoratori pubblici, da parte di un *Executive Order* dell'allora neo-eletto governatore del *New Jersey* Christopher Christie, dei limiti ai finanziamenti elettorali effettuati da individui o imprese che abbiano in essere un contratto con il governo di quello Stato. I giudici hanno infatti ritenuto che tale estensione fosse un'opera sostanzialmente legislativa, riservata se mai al Congresso del *New Jersey*, ma preclusa al governatore; è comunque interessante che il governatore Christie, repubblicano, abbia cercato di giustificare la propria misura con la necessità di garantire uguali opportunità a tutti i candidati e impedire ad alcuni di loro di trarre vantaggio dal fatto di avere a disposizione più denaro: è infatti proprio lo stesso argomento impiegato da coloro che sostengono la necessità di introdurre nuovi limiti e restrizioni al finanziamento elettorale, solitamente però con l'opposizione dei conservatori.

¹⁸²La *majority opinion* è stata redatta dal giudice Kennedy. Può essere interessante notare come Kennedy sia anche autore della *majority opinion* di un altro importante caso recente in materia di finanziamento elettorale, ovvero *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*. In questa decisione, la Corte ha ritenuto che la sentenza impugnata avesse violato i diritti di difesa del signor Caperton e degli altri ricorrenti, dal momento che era stata emessa col voto decisivo di un giudice che, nella precedente campagna per farsi eleggere a questo ruolo, aveva ricevuto 3 milioni di dollari dall'amministratore delegato della controparte *Massey Coal*, e ciononostante aveva rifiutato di astenersi. Ha osservato uno dei principali commentatori giuridici del *New York Times*, Adam Liptak, che con queste due

Quanto agli obblighi di *disclosure*, la Corte ne ha invece confermato la legittimità, in linea con la propria giurisprudenza. L'associazione Citizens United contestò la legittimità delle stesse disposizioni contestate in *McConnell*, anche se questa volta la censura di legittimità non fu *on its face*, ma *as applied*. Ancora una volta, però, la Corte ha respinto la censura sugli obblighi di trasparenza, osservando, con *Buckley*, che essi non impongono tetti o limiti ad attività elettorali, e, con *McConnell*, che non impediscono a nessuno di esercitare la propria libertà di parola: la *disclosure* è infatti la principale alternativa a discipline del finanziamento elettorale che sarebbero maggiormente restrittive della libertà di parola. Anche i possibili rischi di ritorsione non sono stati ritenuti sufficientemente provati dalla Corte. Su di essi fa invece leva il giudice Thomas per sostenere, nel suo *dissent* sul punto, che anche gli obblighi di *disclosure* avrebbero dovuto essere dichiarati illegittimi dalla Corte.

Citizens United ha dato origine ad un'enorme quantità di discussioni nel dibattito politico e accademico¹⁸³. Essa è stata inoltre criticata duramente dal Presidente Obama, finendo col provocare uno scontro aperto tra il Presidente e (l'attuale maggioranza conservatrice del)la Corte Suprema di un'asprezza che non si registrava da molti decenni¹⁸⁴. Parallelamente, nel Congresso vi sono state diverse iniziative mirate espressamente a superare la pronuncia in questione, le più significative delle quali considererò qui brevemente¹⁸⁵.

Un primo progetto di legge si proponeva di limitare gli effetti più dirompenti di *Citizens United*, ridisciplinando in modo organico la materia. Esso portava la firma del Senatore Charles Schumer e del Deputato Chris Van Hollen, entrambi Democratici, ed era stato approvato, pur con una serie di rilevanti modifiche rispetto al disegno iniziale, dalla Camera dei Rappresentanti il 24 giugno 2010, ma si è poi arenato al Senato per via del riuscito *filibuster* repubblicano. Il progetto in questione interveniva su una serie di aspetti molto significativi della disciplina del finanziamento elettorale e del *lobbying*; con uno studiato acronimo, esso era stato definito dai suoi promotori *DISCLOSE Act (Democracy is Strengthened by Casting Light on Spending in Elections)*.

Le principali innovazioni proposte dal *DISCLOSE Act* erano le seguenti: divieto per le *corporations* di spendere denaro con riferimento a qualunque elezione americana se hanno capitale o *management* o interessi legati a un ente straniero, compreso un governo di un altro Stato; divieto di *political expenditures* (da intendersi verosimilmente come comprensivo tanto dei finanziamenti elettorali quanto di attività di *lobbying*) per chi abbia concluso un contratto d'appalto con l'amministrazione pubblica; divieto per le società che ottennero fondi di salvataggio contro la crisi di utilizzarli per *political expenditures*; obbligo anche per gli amministratori delegati delle aziende di esplicitare il proprio sostegno agli spot elettorali; obbligo per il principale finanziatore di una pubblicità elettorale di dichiararsi, e indicazione espressa dei cinque principali finanziatori delle organizzazioni politiche che acquistano spazi pubblicitari; aumento degli obblighi di *disclosure* relativi ai finanziamenti di *corporations* e sindacati, sia al pubblico sia ai soci o associati dell'ente; obbligo per i lobbisti di rendere pubblica una serie di informazioni relative ai finanziamenti elettorali da loro effettuati¹⁸⁶; rafforzamento del divieto di coordinamento tra *corporations* e *unions* da un lato, e candidati e partiti dall'altro, con riferimento alle spese elettorali effettuate nell'imminenza di un'elezione.

pronunce il giudice Kennedy ha suggerito che i politici siano fatti di "pasta più dura" (*sterner stuff*) rispetto ai giudici, perché in *Citizens United*, con riferimento ai politici, ha ritenuto soccombenti rispetto all'esigenza di proteggere la libertà di espressione quegli stessi rischi di corruzione che invece aveva ritenuto non trascurabili, con riferimento ai giudici, in *Caperton*: A. Liptak, *Free Speech Through the Foggy Lens of Election Law*, in *New York Times*, 4 maggio 2010, A20.

In verità, per ripristinare le restrizioni cancellate dalla Corte, apparve presto evidente che l'unica strada percorribile era quella dell'emendamento costituzionale, tuttavia estremamente impervia per il noto arduo processo di revisione costituzionale previsto dalla Costituzione americana.

Ciononostante, diversi progetti in tal senso si sono succeduti. Il primo fu presentato a febbraio 2010 dal Senatore Chris Dodd, e prevedeva l'inserimento nella Costituzione di un articolo così formulato: « “ARTICLE— “SECTION 1. Congress shall have power to regulate the raising and spending of money with respect to Federal elections, including through setting limits on— “(1) the amount of contributions to candidates for nomination for election to, or for election to, Federal office; and “(2) the amount of expenditures that may be made by, in support of, or in opposition to such candidates. “SECTION 2. A State shall have power to

¹⁸³Senza pretesa di esaustività, riporto qui i principali commenti apparsi in dottrina nell'immediato seguito della sentenza, che più o meno direttamente si occupano del caso in questione: F. Abrams, *Citizens United and Its Critics*, 120 *Yale L.J. Online* 77 (2010); E.P. Aprill, *Regulating the Political Speech of Noncharitable Exempt Organizations After Citizens United*, 10(4) *Election Law Journal* 363 (2011); W.D. Araiza, *Citizens United*, *Stevens and Humanitarian Law Project: First Amendment Rules and Standards in Three Acts*, Brooklyn Law School Legal Studies Research Paper No. 213 (2010); D. Axelman, *Citizens United: How the New Campaign Finance Jurisprudence Has Been Shaped by Previous Dissents*, 65 *U. Miami L. Rev.* 293 (2010); L.A. Bebachuk, R.J. Jackson, Jr., *Corporate Political Speech: Who Decides?*, 124 *Harv. L. Rev.* 83 (2010); R.P. Bezanson, *No Middle Ground? Reflections on the Citizens United Decision*, 96 *Iowa L. Rev.* 649 (2011); R. Colinvaux, *The Political Speech of Charities in the Face of Citizens United: A Defense of Prohibition*, 61 *Case W. L. Rev.* 685 (2012); M.K. Curtis, *Citizens United and Davis v. FEC: Lochner on Steroids and Democracy on Life Support*, Wake Forest Univ. Legal Studies, Paper No. 1685459 (2010); J.A. Gardner, *Anti-Regulatory Absolutism in the Campaign Arena: Citizens United and the Implied Slippery Slope*, 20(3) *Cornell Journal of Law and Public Policy* 673 (2011); R.L. Hasen, *Citizens United and the Illusion of Coherence*, 109 *Mich. L. Rev.* 581 (2011); A.R. Hayward, *What Changes Do Recent Supreme Court Decisions Require for Federal Campaign Finance Statutes and Regulations?*, 44 *Ind. L. Rev.* 285 (2010); D. Hellman, *Money Talks but it Isn't Speech*, 95 *Minn. L. Rev.* 953 (2011); S.J. Heyman, *The Dark Side of the Force: The Legacy of Justice Holmes for First Amendment Jurisprudence*, 19 *William & Mary Bill Rts. J.* 661 (2011); L. Hitoshi Mayer, *Disclosures About Disclosure*, 44 *Ind. L. Rev.* 255 (2010); S. Issacharoff, *On Political Corruption*, 124 *Harv. L. Rev.* 118 (2010); M.S. Kang, *After Citizens United*, 44 *Ind. L. Rev.* 243 (2010); R.J. La Raja, *Will Citizens United v. FEC give more political power to corporations?*, *APSA 2010 Annual Meeting Paper*, disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1642175>; J. Levitt, *Confronting the Impact of Citizens United*, 29 *Yale L. & Pol'y Rev.* 217 (2010); J.A. Marcantel, *The Corporation as a "Real" Constitutional Person*, 11 *U.C. Davis Bus. L.J.* 221 (2011); T.M. Massaro, *Foreign Nationals, Electoral Spending, and the First Amendment*, 34 *Harv. J.L. Publ. Pol'y* 663 (2011); E. Pollman, *Reconceiving Corporate Personhood, ... Utah L. Rev.* 1629 (2011); S.K. Ripken, *Corporate First Amendment Rights after Citizens United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations*, 14 *Univ. Pennsylvania J. Business Law* 20 (2011); J. Samples, *The DISCLOSE Act, Deliberation, and the First Amendment*, *Policy Analysis*, No. 664, 28 giugno 2010, disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1710803>; M.R. Siebecker, *A New Discourse Theory of the Firm After Citizens United*, 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 161 (2010); K.M. Sullivan, *Two Concepts of Freedom of Speech*, 124 *Harv. L. Rev.* 143 (2010); M.J. Walker Wilson, *Too Much of a Good Thing: Campaign Speech After Citizens United*, 31 *Cardozo L. Rev.* 2365 (2010); D. Winik, *Citizens Informed: Broader Disclosure and Disclaimer for Corporate Electoral Advocacy in the Wake of Citizens United*, 120 *Yale L.J.* 622 (2010); M. Youn, *Citizens United: The Aftermath* (2010), *American Constitution Society Issue Brief*, disponibile su <http://www.acslaw.org/pdf/C21/Issue%20Briefs/ACS%20Issue%20Brief%20-%20Youn%20Citizens%20United.pdf>.

¹⁸⁴Mi permetto di rinviare sul punto al mio *Lobbying e finanziamento elettorale*, cit., 136 ss..

regulate the raising and spending of money with respect to State elections, including through setting limits on— “(1) the amount of contributions to candidates for nomination for election to, or for election to, State office; and “(2) the amount of expenditures that may be made by, in support of, or in opposition to such candidates. “SECTION 3. Congress shall have power to implement and enforce this article by appropriate legislation”»¹⁸⁷.

Altri progetti hanno fatto seguito, ultimo dei quali la S.J.Res.19 avanzata dal Senatore Tom Udall, ma tutti quanti, compreso quello del Senatore Dodd, si sono arenati al Congresso, non riuscendo ad ottenere l'ampia maggioranza qualificata richiesta.

¹⁸⁵Oltre a quelli menzionati nel testo, meritano un cenno anche un altro progetto di legge dei Senatori Dick Durbin e Arlen Specter e dei Deputati John Larson e Walter Jones, introdotto già nel marzo 2009 (*Fair Elections Now Act*, S. 752 e H.R. 1826), che prevedeva la possibilità per tutti i candidati ad elezioni federali di ottenere un sostanzioso contributo pubblico se raggiungono una quota minima, abbastanza elevata, di contributi di modesta entità (massimo 100 dollari) da persone tutte diverse; nonché un altro, introdotto il 27 gennaio 2010 dal Deputato Capuano, e poi riproposto con alcune modifiche il 9 marzo (*Shareholder Protection Act*, H.R. 4537 e 4790), che prevedeva sostanzialmente l'obbligo, per i consigli di amministrazione, di rendere pubbliche agli azionisti le *political expenditures* della società, nonché la necessità di autorizzazione espressa da parte della maggioranza degli azionisti a effettuare contributi elettorali oltre una certa soglia. Nessuno dei due progetti ha però avuto fortuna.

¹⁸⁶Invece un altro progetto di legge, il S. 3272 presentato il 28 aprile 2010 dal Senatore Michael Bennet, cui si è poi unito anche il collega Jon Tester, intitolato *Close the Revolving Door Act of 2010*, aveva proposto in modo alquanto radicale un divieto totale per i lobbisti di effettuare qualunque finanziamento elettorale, con evidenti rischi, però, alla luce di tutto quanto si è visto, di finire anch'esso – qualora mai fosse stato approvato – per esser dichiarato molto presto incostituzionale.

¹⁸⁷http://dodd.senate.gov/multimedia/2010/022410_ConstitutionalAmendment.pdf.

4.5. LA PROGENY DI *CITIZENS UNITED* FINO ALLA CADUTA DELL'ULTIMO (SINORA)

LIMITE AL FINANZIAMENTO ELETTORALE, *MCCUTCHEON V. FEC* (2014)

Citizens United ha avuto inoltre un cospicuo seguito anche nella stessa giurisprudenza. Fin da subito, diversi nuovi ricorsi furono presentati facendo leva sulle sue affermazioni¹⁸⁸, ma già il 26 marzo 2010 due pronunce relative a casi già in corso al momento della sua pubblicazione, rispettivamente della *U.S. Court of Appeals* per il *Circuit* del District of Columbia e della *U.S. District Court* sempre per il District of Columbia¹⁸⁹, affrontarono la questione se, alla luce di *Citizens United*, fossero costituzionalmente legittime delle restrizioni all'ammontare dei contributi a gruppi che effettuino delle c.d. *independent expenditures* per sostenere o opporsi a candidati alle elezioni. In effetti, *Citizens United* si occupava delle *independent expenditures* fatte con fondi propri dalle *corporations* per sostenere o opporsi a un candidato; non si occupava, invece, dei limiti ai contributi diretti delle *corporations* ai candidati, né soprattutto della questione se il Congresso possa regolare i contributi a gruppi che effettuano delle c.d. *independent expenditures*.

La prima delle due sentenze, relativa al caso *SpeechNow.org, et Al. v. FEC*¹⁹⁰, stabilì che sono illegittimi i limiti ai contributi individuali a favore organizzazioni come i c.d. *527s*¹⁹¹ (mentre la seconda, come si vedrà tra un momento, stabilì che possono essere limitati i contributi ai partiti politici).

In particolare, in *SpeechNow*, la sentenza del giudice David Sentelle per l'unanime *Court of Appeals* affermò che, secondo *Citizens United*, l'unico "compelling interest" che consenta al legislatore di limitare il *free speech* è il contrasto della corruzione e delle sue manifestazioni, ma che questo interesse non doveva considerarsi sufficientemente elevato

¹⁸⁸Per un'approfondita ricognizione delle prime iniziative in tal senso, v. un post del 16 settembre 2010 sul blog del *Campaign Legal Center*, <http://www.clcblog.org/>, dal titolo *Spike in Campaign Finance Lawsuits Nationwide Following Citizens United: Court Cases of Interest by the Campaign Legal Center*.

¹⁸⁹Per un primo commento giornalistico, v. A. Liptak, *Courts Take On Campaign Finance Decision*, in *New York Times*, 27 marzo 2010, A13.

¹⁹⁰No. 08-5223, disponibile su <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/SpeechNow%20opinion.pdf>.

¹⁹¹I c.d. *527s* o *527 organizations* sono organizzazioni di tipo politico create da società, sindacati o singole persone con notevole disponibilità economica allo scopo di influire sull'esito di una competizione elettorale nel senso desiderato dal soggetto fondatore, se pur non prendendo espressamente posizione pro o contro un determinato candidato. Essi pertanto sono sottratti alla disciplina del *Federal Election Campaign Act* e al controllo della Federal Election Commission, e sono invece regolati dalla normativa fiscale (*United States Tax Code*) che prevede speciali esenzioni a loro favore (26 USC 527: proprio dal numero della *Section*, 527 appunto, essi prendono il nome). I *527s* sono dunque spesso impiegati per svolgere attività di propaganda elettorale sottraendosi ai limiti previsti per i *Political Action Committees* o PACs (altro tipo di ente creato per perseguire finalità di tipo politico; si tratta di soggetti molto diffusi nel panorama politico americano, in cui esistono sin dal 1944, fondamentali nel processo di finanziamento della politica), e per questo sono stati oggetto di molte critiche e proposte di riforma da parte dei *reformers*.

dove i contributi elettorali non siano legati a uno specifico candidato. Ma allora, se le *independent expenditures* di per sé non presentano, secondo *Citizens United*, rischi di corruzione, non li presentano neppure i contributi a gruppi, come i *527s*, che a loro volta facciano delle *independent expenditures*. Va precisato però che la sentenza aggiunse anche che l'obbligo per gli *independent groups* di registrarsi come PAC presso la Federal Election Commission e di seguire gli obblighi di *disclosure* previsti per questi ultimi non era un limite troppo gravoso, accogliendo su questo punto la tesi della FEC.

Questa sentenza a sua volta ebbe un seguito considerevole. Il 16 aprile 2010, *SpeechNow* presentò ricorso alla *Circuit Court* chiedendole di emanare un *order* per dare il via libera alla Corte di livello inferiore, la *District Court*, per l'attuazione della sentenza in questione nella parte che l'aveva vista vincitrice; tale *order*¹⁹² fu emanato il 3 maggio. Il 14 maggio, *SpeechNow* presentò così un nuovo ricorso¹⁹³ alla *U.S. District Court* del District of Columbia chiedendo che il giudice (James Robertson) non solo desse piena esecuzione alla sentenza del 26 marzo, vietando alla FEC di applicare a *SpeechNow* e a qualunque suo futuro donatore (dunque non solo gli attori del caso deciso il 26 marzo) i limiti previsti in materia di

Nel menzionare i *527s*, occorre peraltro ricordare un'importante sentenza della *U.S. Court of Appeals* per il *District of Columbia*, del 18 settembre 2009, nel caso *Emily's List v. FEC* (No. 08-5422), scritta dal giudice Brett Kavanaugh e disponibile su <http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/200909/08-5422-1206889.pdf> (cfr. altresì D. Kirkpatrick, *Court Backs Outside Groups' Political Spending*, *New York Times*, 18 settembre 2009, p. A9). Questa pronuncia, che la FEC decise di non appellare, stabilì che sono illegittimi i limiti alle *independent expenditures* dei gruppi *non-profit* o dei PACs, ampliando così le possibilità di spesa di gruppi come appunto i *527s*, purché essi non “coordinino” le proprie attività con un candidato o un partito (e il caso fu particolarmente significativo perché *Emily's List* è un gruppo che raccoglie denaro per finanziare candidate donne democratiche che difendano il diritto di aborto, quindi appartiene al campo progressista, solitamente favorevole a restrizioni in materia e riforme che limitino l'accesso e l'influenza del denaro nella politica, mentre in questo caso il gruppo in questione ha contestato la legittimità costituzionale dei limiti che si era trovato a dover rispettare, vedendo infine accogliere il proprio ricorso).

Come abbiamo visto, questo del “coordinamento” o meno tra il finanziatore e il candidato o il suo partito è il criterio che la Corte Suprema adotta per stabilire quando il legislatore possa legittimamente regolare i contributi elettorali e quando no (come ribadito ad es. da una sentenza della *Federal District Court* della Louisiana, del 27 gennaio 2010, *Cao v. FEC* (No. 08-4887), disponibile su http://www.fec.gov/law/litigation/cao_order.pdf, dove il giudice H. Berrigan della Corte della Louisiana scrisse (a p. 78 nella fonte citata) che «*In sum, Supreme Court jurisprudence has repeatedly emphasized that it is the coordination with the candidate, not the relationship between the speech and a campaign, that makes the communication Constitutionally regulable*». Naturalmente, il concetto di “coordinamento” è abbastanza vago e si è prestato pertanto a molte interpretazioni divergenti, aprendo una rilevante scappatoia (*loophole*) per sottrarsi alle restrizioni a chi intendeva farlo.

¹⁹²<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/mandate-order-SpeechNow-5-3-10.pdf>.

¹⁹³<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/SpeechNow-motion-DCt-5-14-10.pdf>.

finanziamento elettorale, ma dichiarasse altresì il diritto di *SpeechNow* di raccogliere e spendere contributi elettorali senza limiti in ognuno dei 50 Stati. *SpeechNow* sosteneva infatti che, in mancanza, sarebbe stata costretta a ottenere analoghe sentenze in ciascuno Stato, vista la tendenza della FEC a proseguire nell'applicazione di leggi in materia di finanziamento elettorale nei singoli Stati anche dopo che tale applicazione era stata ritenuta illegittima da una corte federale.

A tale ricorso si oppose la FEC, con memoria del 28 maggio¹⁹⁴, ma il 3 giugno la *District Court* emanò una *injunction* con cui accolse sostanzialmente il ricorso di *SpeechNow*¹⁹⁵.

Per quanto riguarda le parti della sentenza di marzo in cui era stata soccombente, la FEC, dopo una ponderata riflessione, decise di non impugnare la sentenza¹⁹⁶; viceversa, la sentenza fu impugnata il 23 luglio davanti alla Corte Suprema dai fondatori di *SpeechNow* relativamente alle parti in cui *SpeechNow* aveva perso. Il ricorso¹⁹⁷ chiede alla Corte di chiarire se un *unincorporated group* come *SpeechNow*, che fa solo *independent expenditures*, sia obbligato a registrarsi come PAC presso la FEC, con i conseguenti rilevanti obblighi di *disclosure*, e – se sì – se ciò non sia contrario a *Citizens United*: questa pronuncia ha infatti imposto che alle *corporations*, anche *for-profit*, e alle *unions* si applichino gli obblighi di *disclosure* previsti per i gruppi *non-profit*, meno gravosi di quelli previsti per i PAC, e sarebbe illegittimo – sostengono i fondatori di *SpeechNow* – imporre a gruppi indipendenti come il loro di rispettare le regole previste per i PAC, in luogo di quelle più blande applicabili a *corporations* e *unions*¹⁹⁸. La Corte Suprema ha però deciso di non prendere in esame questo caso.

Quanto alla seconda delle sentenze del 26 marzo 2010 che ricordavo, *Republican National Committee, et Al. v. FEC*¹⁹⁹, essa riguardava un ricorso presentato dal Comitato Nazionale del Partito Repubblicano, dal Partito Repubblicano della California e da quello di San Diego, l'oggetto di discussione era la legittimità o meno dei limiti che il BCRA pone al *soft-money* (cioè, come si vedrà, i contributi ai partiti politici per attività non legate

¹⁹⁴<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/FEC-SpeechNow-response-5-28-10.pdf>.

¹⁹⁵M. Coyle, *Court Issues Injunction Against FEC in SpeechNow.org Case*, <http://legaltimes.typepad.com/blt/2010/06/court-issues-injunction-against-fec-in-speechnoworg-case.html>.

¹⁹⁶L. Denniston, <http://www.scotusblog.com/2010/06/no-appeal-in-speechnow/>.

¹⁹⁷<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/07/SpeechNow-petition-7-23-10.pdf>.

¹⁹⁸L. Denniston, <http://www.scotusblog.com/2010/07/speechnow-reaches-court/#more-23331>.

¹⁹⁹*Civil No. 08-1953*, disponibile su <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/Soft%20Money%20opinion.pdf>.

direttamente ad un'elezione): il Partito Repubblicano contestava in particolare la disparità di trattamento rispetto ad altri gruppi che, a differenza loro, possono ricevere donazioni illimitate per sostenere o opporsi a singoli candidati o per finanziare i c.d. *issue ads*.

Come abbiamo visto, però, identica questione era già stata posta alla Corte Suprema in *McConnell*, ma in quella sede la Corte aveva ritenuto legittimi i limiti di specie: *Citizens United*, pur inducendo a propendere per l'illegittimità di tali limiti, non aveva però affrontato nuovamente questa specifica questione, per cui – stabilì il giudice Brett Kavanaugh (peraltro fra i nove giudici del caso precedente²⁰⁰) – non poteva essere una semplice *District Court* a fare *overruling* di un precedente tuttora *on the books*. Kavanaugh rinviò però esplicitamente al Congresso e soprattutto alla Corte Suprema per l'eventuale riconsiderazione dell'*holding* di *McConnell*: il *Republican National Committee* chiese alla Corte Suprema federale di riconsiderare il caso, ma con una decisione telegrafica²⁰¹, con maggioranza di 6 contro 3, la Corte, il 29 giugno 2010, rifiutò di prendere in considerazione il caso, così confermando la sentenza della *District Court*.

Poco tempo dopo, il 13 luglio 2010, un'altra sentenza importante fu pronunciata, dalla *Court of Appeals* per il secondo *Circuit* nel caso *Green Party of Connecticut v. Garfield*²⁰². I giudici qui da un lato riaffermarono la piena legittimità (per la prima volta da *Buckley v. Valeo*) di un sistema di finanziamento pubblico, ma dall'altro ritennero in violazione del Primo Emendamento la c.d. "*trigger provision*" prevista dalla legislazione di quello Stato. Tale meccanismo consisteva nella concessione di un finanziamento pubblico supplementare per quei candidati i cui avversari non si avvalevano del sistema di finanziamento pubblico e spendevano cifre maggiori dei limiti previsti da tale sistema (in pratica, più il candidato ricco spendeva, più i suoi avversari ricevevano automaticamente denaro per mantenere ferma una certa proporzione).

La Corte del *Second Circuit* stabilì che questo meccanismo violava la libertà di espressione dei candidati ricchi, potendoli indurre ad astenersi dallo spendere fondi propri per evitare di favorire l'avversario: ma poiché la possibilità di spendere soldi propri per finanziare la propria elezione è protetta dal Primo Emendamento, la "*trigger provision*" finiva col violare questa disposizione²⁰³.

Ma vi sono stati anche diversi altri importanti pronunciamenti della stessa Corte

²⁰⁰Nonché estensore anche della ricordata sentenza *Emily's List v. FEC* della *Court of Appeals* di Washington D.C..

²⁰¹Consultabile su <http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062910zr.pdf>.

²⁰²http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/6c8c6398-c52e-4263-87a8-361fcd26617c/1/doc/09-3760-cv_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/6c8c6398-c52e-4263-87a8-361fcd26617c/1/hilite/.

²⁰³I giudici si basarono, per decidere, sulla sentenza del 2008 della Corte Suprema federale *Davis v. FEC* (554 U.S. 724 (2008)), in cui la Corte (oltre a chiarire in modo netto che lo scopo di "*equalization*" dei candidati non è un "*legitimate government interest*" tale da giustificare limiti alla libertà di parola, e in particolare al *free speech* elettorale) aveva giudicato illegittimo il c.d. "*millionaire's amendment*", ovvero la disposizione che imponeva limiti di spesa ai singoli candidati provenienti da risorse personali.

Suprema federale. Il primo è relativo al caso *McComish v. Bennett*, deciso nel giugno 2011²⁰⁴. Nell'ambito di questa controversia, i ricorrenti contestavano la legittimità dei cosiddetti *matching funds* previsti dalla legislazione dell'Arizona, ovvero il meccanismo per cui i candidati che si avvalevano del solo finanziamento pubblico avevano diritto a una somma maggiore rispetto a quella originariamente loro assegnata, se le spese effettuate da avversari con finanziatori privati e da *independent groups* superavano quella somma.

Quel che qui più rileva ai nostri fini è che i ricorrenti hanno fondato la propria pretesa anche su *Citizens United v. FEC*. In particolare, essi hanno rilevato che questa sentenza ha dichiarato che i limiti ai finanziamenti elettorali sono legittimi solo se confinati alla sanzione della corruzione in senso stretto, ovvero del finanziamento in cambio di favori; ma poiché la legge dell'Arizona in questione era stata adottata per combattere la corruzione in senso più ampio, intesa come influenza generica del denaro sulla politica, e questo obiettivo non è stato ritenuto sufficiente dalla Corte Suprema a giustificare restrizioni alla libertà di finanziamento, allora anche la legge dell'Arizona doveva considerarsi illegittima.

La *District Court* dell'Arizona aveva effettivamente accolto il ricorso, ma la sentenza, che non era divenuta esecutiva in pendenza dell'appello, era stata ribaltata dalla *Ninth Circuit Court of Appeals*²⁰⁵. La Corte Suprema federale, però, dopo aver prima sospeso con un *order* l'erogazione dei finanziamenti pubblici ai candidati che avevano scelto di avvalersi del solo finanziamento pubblico²⁰⁶, accolse infine l'impostazione dei ricorrenti, dichiarando illegittimo per 5-4 con la stessa maggioranza conservatrice il meccanismo dei *matching funds* (previsto peraltro con delle varianti anche da altri Stati²⁰⁷), ritenendo che limitasse indirettamente la libertà di espressione in ambito politico dei candidati privatamente finanziati e dei loro sostenitori, senza essere al contempo giustificata da un *compelling interest*.

Pressoché un anno esatto dopo, la maggioranza conservatrice si trovò di nuovo concorde in un altro importante caso in materia di finanziamento elettorale, *American Tradition Partnership, Inc. v. Bullock*²⁰⁸. La controversia riguardava in questo caso un divieto per le *corporations*, contenuto nella legislazione del Montana, di effettuare spese in ambito elettorale. Anche in questo caso, in primo grado la *District Court* aveva dichiarato incostituzionale il divieto, ma la Corte Suprema del Montana aveva invece ribaltato il giudizio, sulla base della storia di forti interferenze sul processo politico di quello Stato da

²⁰⁴564 U.S. 664 (2011).

²⁰⁵<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/05/21/10-15165.pdf>.

²⁰⁶<http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/06/AZ-order-by-SCt-6-810.pdf>.

²⁰⁷In particolare Maine e Connecticut.

²⁰⁸567 U.S. ____ (2012).

parte di *corporations*, che aveva provocato molteplici casi di corruzione, che (anche) con quella regola si puntava a prevenire.

Ma con una semplice decisione *per curiam*, senza neppure ritenere necessaria l'udienza di discussione, la Corte Suprema federale – pur come detto spaccandosi ancora una volta su linee ideologiche – fece semplicemente applicazione di *Citizens United*, ed estese alla legislazione statale il principio stabilito in quel fondamentale precedente con riguardo alla legislazione federale, ritenendo contrario al Primo Emendamento il divieto di spesa per le *corporation* previsto nelle leggi del Montana.

Nel febbraio 2013, invece, la Corte Suprema federale rifiutò di prendere in considerazione la richiesta di riesaminare la sentenza della *U.S. District Court for Appeals for the Fourth Circuit*²⁰⁹ nel caso *Danielczyk v. United States*. Si trattava in questo caso di un processo penale a carico di due uomini d'affari della Virginia, che erano accusati di aver aggirato il divieto di donazioni dirette ai candidati da parte delle *corporations* al fine di poter donare più denaro del tetto individuale massimo consentito a Hillary Clinton nelle sue campagne per il Senato e per le presidenziali. Nel concreto, ai due veniva imputato di aver convinto dei propri dipendenti ad effettuare delle donazioni che poi venivano loro rimborsate con fondi delle loro società.

In primo grado, il giudice federale Cacheris aveva ritenuto di dover applicare *Citizens United*, e affermato che il limite assoluto per le *corporations* doveva ritenersi illegittimo, dovendosi esse equiparare in tutto e per tutto agli individui, e quindi dovendosi al massimo ammettere un limite pari a quelli previsto per questi ultimi. Tuttavia, la Court of Appeals, per quel che qui ci interessa, ritenne invece legittimo il secolare divieto di contributi diretti previsto per le *corporations*, sulla base del caso *Beaumont* che era stato ignorato nel giudizio di primo grado, ma che non era stato intaccato da *Citizens United*, sentenza relativa soltanto alle *independent expenditures* delle *corporations*, ma non ai contributi diretti. Come detto, la Corte Suprema negò *certiorari*, lasciando così in piedi la sentenza d'appello.

Infine, la Corte Suprema è tornata a pronunciarsi sui limiti al finanziamento elettorale in un caso deciso nell'aprile 2014, *McCutcheon v. FEC*²¹⁰, che nel momento in cui scrivo è in ordine di tempo l'ultima importante sentenza in cui, sulla scia di *Citizens United*, sono state fatte cadere delle restrizioni in materia di finanziamento della politica.

La controversia era stata avviata da un uomo d'affari dell'Alabama, il signor McCutcheon appunto, il quale contestò la legittimità del limite introdotto dal BCRA alla quantità complessiva di denaro che un singolo soggetto poteva elargire come finanziamento elettorale, in un ciclo elettorale di due anni.

Il BCRA aveva infatti introdotto sia un limite di donazioni a singoli beneficiari, sia un limite complessivo riferito all'insieme dei contributi effettuati da un singolo donante. Il signor McCutcheon, un attivista repubblicano, si doleva di questa seconda restrizione, che gli impediva di finanziare dei candidati che desiderava sostenere: egli infatti sarebbe rimasto entro i limiti massimi di donazione a un singolo beneficiario, ma volendo donare a molteplici beneficiari, avrebbe superato il limite complessivo.

McCutcheon e con lui il partito repubblicano contestarono dunque questa limitazione, e la Corte, di nuovo con la maggioranza conservatrice di 5 a 4, ritenne in effetti che questo

²⁰⁹683 F.3d 611 (4th Cir. 2012).

²¹⁰572 U.S. ____ (2014).

limite fosse illegittimo, perché in violazione del Primo Emendamento: essendo la possibilità di donare denaro a fini elettorali, come da costante giurisprudenza della Corte, una forma di espressione protetta da questa disposizione, i limiti a questa forma di espressione devono essere giustificati sulla base di uno standard piuttosto severo, ma nella fattispecie i giudici hanno ritenuto che le disposizioni censurate non perseguissero un interesse pubblico sufficientemente apprezzabile.

Con *McCutcheon* si è compiuto un ulteriore passo nel percorso che la Corte Suprema ha intrapreso verso una sempre maggiore protezione della libertà di finanziamento e spesa in materia elettorale. Esattamente come *Citizens United*, se pur con minor eco nei media nazionali e internazionali, anche questa sentenza è stata accolta da taluni come un condivisibile passo avanti nella tutela della libertà di espressione, mentre da altri criticata severamente come un ennesimo favore ai gruppi di pressione e alla loro capacità di influenzare con il denaro l'esito delle elezioni e quindi il contenuto delle leggi approvate.

Capitolo IV. L'IMPIANTO NORMATIVO AMERICANO ATTUALE

SOMMARIO: 1. Il *Lobbying Disclosure Act*: gli obblighi per i lobbisti di rendere pubbliche informazioni sul proprio operato. – 2. Limiti alle possibilità dei lobbisti di acquisire influenza: le regole sui conflitti d'interesse dei pubblici funzionari. 2.1. *Ratio* delle disposizioni considerate, fonti e sanzioni. 2.2. Limiti applicabili durante l'esercizio della pubblica funzione. 2.3. Limiti successivi alla cessazione dell'incarico pubblico: il c.d. divieto di *revolving door* (e la perdita del *privilege of the floor*). – 3. Regime fiscale delle spese (private) per attività di *lobbying*

1. Il *Lobbying Disclosure Act*: gli obblighi per i lobbisti di rendere pubbliche informazioni sul proprio operato

Veniamo dunque ad analizzare le più importanti disposizioni del *Lobbying Disclosure Act*²¹¹, come recentemente modificato dall'*Honest Leadership and Open Government Act* (HLOGA) del 2007²¹².

Abbiamo già visto, al Capitolo I, che l'LDA, nel testo risultante dalla novella dello HLOGA, considera lobbisti coloro che, in un periodo di tre mesi, forniscano ad un proprio cliente servizi di *lobbying* per almeno un quinto del tempo complessivamente dedicato a quel cliente²¹³.

Individuato chi debba essere soggetto alla disciplina da esso recata, l'LDA sottopone queste persone (se lavoratori indipendenti, altrimenti gli studi presso cui lavorano, o le organizzazioni che impieghino lobbisti interni, o *in-house lobbyists*) ad una serie di obblighi.

In primo luogo, la *Section 4* dell'LDA (2 USC 1603) pone a loro carico un obbligo di registrarsi in appositi elenchi tenuti dal *Secretary* del Senato e dal *Clerk* della Camera dei Rappresentanti, indicando essenzialmente i propri dati anagrafici, quali siano i propri clienti, e quali siano gli ambiti in cui il soggetto che effettua la registrazione svolge o intende svolgere attività di *lobbying*.

Ai sensi della *Section 5* (2 USC 1604), i lobbisti (o gli studi) che si siano registrati hanno poi l'obbligo, ogni tre mesi (erano sei prima dello HLOGA), di presentare ai medesimi *Secretary* del Senato e *Clerk* della Camera una relazione (*report*) sulla propria attività di *lobbying*, riferita ad ogni loro cliente, indicando altresì i compensi percepiti da ciascuno di essi; invece le organizzazioni che impieghino lobbisti interni alla propria compagine aziendale devono fornire un resoconto delle spese effettuate per attività di *lobbying*.

Lo HLOGA ha peraltro aggiunto alla *Section 5* una lettera (d), che impone un ulteriore obbligo, per lobbisti e organizzazioni registrate, di riferire semestralmente a *Secretary* e *Clerk*

²¹¹Per commenti nella dottrina italiana, v. G. Savini, *La nuova normativa sulle lobbies negli Stati Uniti. Il Lobbying Disclosure Act*, in *Rass. parl.*, 1997, f. 4, 915-929; I. Moreschini, *Lobby: le regole negli Stati Uniti e in Italia*, in *Democrazia e Diritto*, 1995, f. 2, 231-266.

²¹²Pub. L. 110-81, *Sept.* 14, 2007, 121 Stat. 735. L'LDA era stato modificato in parte anche dal *Lobbying Disclosure Technical Amendments Act of 1998* (LDTAA), Pub. L. 105-166, *Apr.* 6, 1998, 112 Stat. 38, 2 USC 1610 (2000), ma si era trattato di modifiche marginali.

²¹³V. al Cap. I anche per le definizioni che l'LDA dà di *lobbying contacts* e *lobbying activities*.

una serie di informazioni relative ai contributi da loro effettuati (sempre che il soggetto che li riceve non sia già obbligato a riferirlo sulla base del FECA), di cui considererò ora le principali.

In primo luogo, lobbisti e organizzazioni registrate devono rivelare i nomi di tutti i *political committees* che hanno istituito o che controllano; inoltre, devono rendere pubblico il nome di ogni candidato o detentore di carica federale, di ogni *leadership PAC*, o di ogni comitato di un partito cui hanno elargito complessivamente contributi da 200 dollari in su (direttamente o tramite un *political committee* da loro istituito o controllato), la data e l'importo di ogni contributo fatto nel semestre; sono poi soggette a *disclosure* anche la data, l'entità e il nome di chi riceve fondi nel semestre da parte di un lobbista o di un'organizzazione registrata o di un *political committee* da loro istituito o controllato: per pagare il costo di un evento in onore di un membro del legislativo o dell'esecutivo; per un ente che prende il nome da un membro del legislativo o in suo onore; per un ente istituito, finanziato, gestito o controllato da un membro del legislativo o dell'esecutivo o un ente designato da tale membro; per pagare i costi di un incontro, rinfresco, conferenza, o altro evento simile tenuto da, o a nome di uno o più membri del legislativo o dell'esecutivo.

Altre due *Section* dell'LDA che meritano di essere ricordate sono la 2 (2 USC 1601) e la 8 (2 USC 1607). La prima contiene i *findings* del Congresso che giustificano l'adozione della legge, sintetizzabili nell'esigenza di rendere trasparente agli occhi del pubblico il processo decisionale nel ramo sia legislativo sia esecutivo, un risultato che con la legislazione previgente non era stato raggiunto in modo soddisfacente: «*The Congress finds that—(1) responsible representative Government requires public awareness of the efforts of paid lobbyists to influence the public decisionmaking process in both the legislative and executive branches of the Federal Government; (2) existing lobbying disclosure statutes have been ineffective because of unclear statutory language, weak administrative and enforcement provisions, and an absence of clear guidance as to who is required to register and what they are required to disclose; and (3) the effective public disclosure of the identity and extent of the efforts of paid lobbyists to influence Federal officials in the conduct of Government actions will increase public confidence in the integrity of Government.*».

Quanto alla *Section 8*, la lettera (a) si preoccupa di chiarire, sotto la rubrica “*Constitutional rights*”, che «Nothing in this Act shall be construed to prohibit or interfere with—(1) the right to petition the Government for the redress of grievances; (2) the right to express a personal opinion; or (3) the right of association, protected by the first amendment to the Constitution».

Similmente, la lettera (b), “*Prohibition of activities*”, chiarisce che, sempre per via del Primo Emendamento, come regola generale il *lobbying* è sicuramente lecito, e pertanto non può subire alcun tipo di restrizioni ulteriori rispetto a quelle previste nelle altre *Section* della legge: «*Nothing in this chapter shall be construed to prohibit, or to authorize any court to prohibit, lobbying activities or lobbying contacts by any person or entity, regardless of whether such person or entity is in compliance with the requirements of this chapter.*».

Infine, la lettera (c), “*Audit and investigations*”, aggiunge che «*Nothing in this chapter shall be construed to grant general audit or investigative authority to the Secretary of the Senate or the Clerk of the House of Representatives*»: questa disposizione è volta a prevenire possibili censure di illegittimità costituzionale dell'*Act* per invasione dei poteri riservati al Presidente. Ulteriori disposizioni verranno esaminate nel prosieguo della trattazione, di volta in volta che esse si presenteranno nel discorso.

In ogni caso, il filo conduttore della disciplina dell'LDA, com'è reso evidente sin dal titolo, è certamente la *disclosure*, cioè la messa a disposizione del pubblico dei dati, informata

al principio di trasparenza. In altri termini, oltre a quello di *registration*, non vi sono nell'LDA limiti particolari a quest'attività e al modo di svolgerla, a differenza che nelle norme in materia di finanziamento. L'unica condizione fondamentale per l'LDA è che una serie di rilevanti informazioni vengano appunto rese pubbliche e documentate; sulla legittimità degli obblighi di *disclosure* in materia di *lobbying*, la Corte Suprema federale si è pronunciata nel fondamentale caso *Harriss*.

Restano soltanto da ricordare le sanzioni che l'LDA prevede per il mancato rispetto degli obblighi in esso contenuti. La *Section 7* dell'LDA, 2 USC 1606, commina una sanzione pecuniaria civile fino a 200.000 dollari (erano 50.000 prima dello HLOGA) per chi consapevolmente (*knowingly*) ometta di rimediare entro 60 giorni a una dichiarazione incompleta, dopo che essa è stata segnalata dal *Secretary* del Senato o dal *Clerk* della *House*, o violi qualunque altra disposizione della legge; inoltre, la lettera (b) della *Section 7*, introdotta dallo HLOGA, prevede altresì una sanzione penale per chi non ottemperi a qualunque disposizione della legge *knowingly and corruptly*: in presenza di tale elemento soggettivo, la lettera (b) commina la reclusione fino a 5 anni o la multa ai sensi di 18 USC o entrambe.

In conclusione, l'LDA rimane il punto di riferimento per altre normative che si richiamino alla nozione di lobbista, *lobbying contact* e così via; quasi sempre, infatti, queste nozioni vengono individuate facendo riferimento alla definizione che ne dà l'LDA.

2. Limiti alle possibilità dei lobbisti di acquisire influenza: le regole sui conflitti d'interesse dei pubblici funzionari

2.1. RATIO DELLE DISPOSIZIONI CONSIDERATE, FONTI E SANZIONI

La via più semplice attraverso la quale è possibile acquisire influenza presso un pubblico decisore passa banalmente dall'offrirgli benefici di vario tipo, da inviti a cena in costosi ristoranti, a soggiorni tutti spesi in amene località per lui e la famiglia, a biglietti per spettacoli, manifestazioni sportive e eventi vari, all'affidamento di ben pagati incarichi e consulenze.

Sono tutti esempi tratti dalla pratica comune del *lobbying*, almeno sino a non molto tempo fa. La politica americana ha conosciuto su questo terreno scandali ed eccessi²¹⁴, e contro di essi il Congresso ha cercato di reagire, introducendo limiti e restrizioni via via più serrati.

Per certi versi, questo aspetto della disciplina del *lobbying* presenta delle affinità con il finanziamento elettorale, trattandosi in entrambi i casi di favori o elargizioni di denaro o altri vantaggi che i lobbisti fanno ai pubblici funzionari, cercando di guadagnarsene la benevolenza che poi li aiuterà a convincerli a prendere decisioni favorevoli ai propri clienti.

Nel caso delle regole che andiamo a esaminare ora, si tratta di benefici in senso ampio che vengono concessi dai gruppi d'interesse o dai lobbisti nella quotidianità dei loro rapporti coi pubblici funzionari. Le regole sul finanziamento elettorale attengono invece a quel particolare momento della vita politica che sono le campagne elettorali, durante le quali la necessità per gli uomini politici di reperire ingenti risorse economiche cresce moltissimo rispetto alle normali esigenze della pur sempre costosa vita politica. In questa fase, quindi, i soggetti pubblici hanno potenzialmente una sensibilità particolarmente elevata alle offerte di

²¹⁴Cfr. anche quanto riportato al capitolo V.

elargizioni e contributi da parte dei lobbisti e dei gruppi di interesse che questi rappresentano, e la legge riconosce la speciale delicatezza del momento, dettando regole apposite.

In effetti, è vero che la campagna elettorale sembra divenuta permanente, complice il costante incremento, sotto tutti i governi recenti, del peso del potere federale con il conseguente aumento della posta in gioco di ciascuna elezione, unito al fatto che ogni due anni vi è un turno di elezioni politiche in cui è possibile ribaltare la maggioranza al Congresso²¹⁵. Tuttavia, formalmente la fase della campagna elettorale resta un momento a sé stante, con regole proprie che si applicano solo a partire da un certo numero di giorni prima della data delle elezioni, e non anteriormente.

Per questa sua specificità, ho trattato a parte, nel Capitolo precedente, la giurisprudenza sul finanziamento elettorale, riferendo in quella sede delle norme rilevanti ai fini del nostro argomento, ma occorre sempre tener presente che le norme in quest'ultimo campo e quelle che ora considererò hanno l'identica *ratio* di cercare di evitare due fenomeni collegati: da un lato, lo scambio o la promessa di favori privati a danno di quello che si ritiene essere l'interesse generale; dall'altro, il c.d. *pay-to-play*, cioè il patto non scritto per cui, se vuole essere ascoltato dal politico, il lobbista deve contribuire in qualche modo alle sue necessità finanziarie, sempre crescenti al crescere costante dei costi della politica e in particolare delle campagne elettorali²¹⁶. Entrambi questi fenomeni sono riconducibili al conflitto d'interesse che si può determinare in capo al soggetto pubblico, che per spirito di riconoscenza o per desiderio di benefici futuri potrebbe essere indotto a prendere decisioni vantaggiose per lui, ma appunto contrarie all'interesse della collettività. Vietando o ponendo forti vincoli alla concessione di favori ai pubblici funzionari, il legislatore ha dunque inteso limitare alla radice le occasioni stesse di pericolosi conflitti d'interesse.

Così, sono stati previsti divieti e restrizioni sia per il tempo in cui l'incarico è in corso, sia per il tempo in cui il pubblico funzionario ha cessato il proprio incarico (sarà questa la scansioni che seguirò nella trattazione che segue). Essi riguardano soprattutto la possibilità di accettare altri incarichi, da un lato, e doni in un'accezione molto ampia, dall'altro.

Queste regole sono sparse in diverse fonti, di carattere legislativo e regolamentare, e sono assistite da sanzioni sia penali, sia civili, sia amministrative. Di volta in volta indicherò le singole fonti delle regole considerate, ma vediamo qui via in generale quali sono le principali.

In primo luogo, va ricordato il capitolo 11 di 18 USC, *Sections 201 et seq.*, intitolato *Bribery, Graft and Conflict of interest*²¹⁷. Si tratta di un insieme composito di norme contenenti limiti in ciascuno degli ambiti che andiamo a considerare; in alcuni casi, i limiti e la conseguente sanzione sono previsti solo a carico del pubblico funzionario (di qualunque

²¹⁵Infatti, le *Sections 2 e 3* dell'art. I della Costituzione stabiliscono rispettivamente che i Rappresentanti vengano tutti rinnovati ogni due anni, e i Senatori, che durano in carica sei anni, vengano rinnovati a turno per un terzo sempre ogni due anni.

²¹⁶In realtà, Brad Smith, nel suo fondamentale *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*, al cap. 3, *Faulty Assumptions of Campaign Finance Reform*, ridimensiona la portata dell'incremento dei costi delle campagne elettorali, contestando l'opinione così frequentemente ripetuta dai *reformers* (ancora di più negli anni successivi all'uscita del libro, nel 2001), e verosimilmente maggioritaria presso il grande pubblico, che sia in atto un'intollerabile invasione di denaro nella politica (v. in particolare il paragrafo dedicato alla *faulty assumption* secondo cui «*Campaign Spending Is Too High*», pp. 41-45).

ramo del *Government*); in altri, essi sono estesi anche al soggetto che lo “corrompe”.

Considererò in particolare le *Sections* 201, 203, 205, 207 e 209; la prima prevede un'autonoma sanzione, mentre per le altre le sanzioni sono contenute nella *Section* 216, che prevede in via generale sanzioni sia penali (reclusione e/o ammenda), sia civili (fino a 50.000 dollari per ogni violazione o, se maggiore, di entità pari al compenso ricevuto o pattuito), sia amministrative (inibizione dal tenere la condotta vietata).

Altre disposizioni importanti sono contenute nell'*Appendix* al Titolo 5 dell'USC, in particolare al Titolo V, 5 USC App. 501 *et seq.*, *Government-wide limitations on outside earned income and employment*. Si tratta del Titolo V dell'*Ethics in Government Act of 1978*²¹⁸, nel testo introdotto dalla *Section* 601 dell'*Ethics Reform Act of 1989*²¹⁹, e poi sottoposto ad alcune modifiche, la principale delle quali ad opera del *Legislative Branch Appropriations Act for Fiscal Year 1992*²²⁰.

In questo caso, è la *Section* 504 a prevedere le sanzioni, soltanto di carattere civile (di natura pecuniaria), per le violazioni delle disposizioni che verranno in considerazione (contenute nelle *Sections* 501 e 502).

Riguardo all'ambito di applicazione soggettiva di queste regole, esse puniscono solo la condotta del pubblico funzionario e non quella di chi gli attribuisce un incarico vietato. Inoltre, dalla *Section* 5 USC App. 505(1) si ricava che per Membri del Congresso sono da intendersi sia Rappresentanti sia Senatori²²¹, e dalla 505(2) che i funzionari e gli impiegati devono intendersi come qualunque dipendente del *Government*, comprensivo cioè anche in questo caso di tutti i poteri dello Stato.

Fondamentali sono poi alcune norme contenute nei regolamenti parlamentari (*Rules of the House of Representatives*²²² e *Rules of the Senate*²²³), come modificati in più punti dallo HLOGA. Queste regole riguardano naturalmente solo i pubblici funzionari, e in particolare

²¹⁷La struttura del capitolo 11 di USC assunse quella che tuttora è la sua fisionomia (pur essendo il testo stato modificato in vari punti nel corso dei successivi decenni) con il c.d. *Bribery Act*, Pub. L. 87-849, Oct. 23, 1962, 76 Stat. 1119.

²¹⁸Pub. L. 95-521, Oct. 26, 1978, 92 Stat. 1824, 5 App. USC.

²¹⁹Pub. L. 101-194, Nov. 20, 1989, 103 Stat. 1716.

²²⁰Pub. L. 102-90, Aug. 14, 1991, 105 Stat. 447.

²²¹Per effetto del *Legislative Branch Appropriations Act for Fiscal Year 1992*: infatti nel testo originario introdotto dall'*Ethics Reform Act* i Senatori erano esentati dal divieto. Sin dall'inizio, peraltro, la definizione di *Member* include anche qualunque «*Delegate or Resident Commissioner to the Congress*».

²²²Consultabili su <http://www.rules.house.gov/ruleprec/111th.pdf>.

²²³Per il testo delle quali v. <http://rules.senate.gov/public/index.cfm?p=RulesOfSenateHome>.

solo quelli del ramo legislativo (inclusi gli stessi Membri del Congresso). Le *Rules* delle due Camere non comminano sanzioni per la violazione di una delle loro disposizioni, ma dall'art. I, *Section 5*, clausola 2 della Costituzione si ricava che ciascuna Camera, oltre a stabilire le *Rules*, è poi competente a sanzionarne la violazione, eventualmente anche espellendo il reo (a maggioranza di due terzi).

Vi sono infine altre disposizioni legislative, che ricorderò all'occorrenza, e, per quanto riguarda i funzionari dell'esecutivo, anche disposizioni di carattere regolamentare, contenute nel *Code of federal regulations* (CFR)²²⁴.

2.2. LIMITI APPLICABILI DURANTE L'ESERCIZIO DELLA PUBBLICA FUNZIONE

2.2.1. Incarichi incompatibili (attività vietate, divieto di *honoraria*, restrizioni ad altri redditi e divieto di *lobbying contacts* con il coniuge di un parlamentare)

La prima categoria di regole attiene agli incarichi che i funzionari sono autorizzati a svolgere all'esterno dell'amministrazione o del Congresso, e i conseguenti guadagni che ne possono ricavare, durante lo svolgimento della pubblica funzione. A differenza dei doni, di cui al prossimo paragrafo, le elargizioni al pubblico funzionario sono fatte in questo caso a fronte di una prestazione da parte sua, ma possono comunque realizzare lo scopo di un'indebita acquisizione di influenza presso di lui, per cui anche in questo caso sono state previste significative limitazioni. In particolare, distinguiamo il divieto di svolgere alcune attività vietate per via del conflitto di interessi particolarmente grave che determinano, il divieto di percepire c.d. *honoraria* e restrizioni su altre fonti di guadagno esterno ("*outside income*").

Vengono in primo luogo in considerazione le *Sections* 18 USC 203 e 205. La prima vieta a chiunque sia Membro del Congresso, o giudice federale, o funzionario o impiegato del potere legislativo, esecutivo o giudiziario, di svolgere, personalmente o tramite terzi, qualunque "*representational service*", in qualità di rappresentante, avvocato o altro, «con riferimento a qualunque procedimento, domanda, richiesta di decisione o altra determinazione, contratto, pretesa, controversia, imputazione, accusa, arresto, o altre particolari materie in cui gli Stati Uniti sono parte o hanno un interesse diretto e rilevante, davanti a qualunque dipartimento, agenzia, corte, corte marziale, funzionario, o a qualunque commissione civile, militare o navale» (in parallelo, viene sanzionato chiunque intenzionalmente dia, prometta o offra un compenso per tali servizi).

La *Section* 205, invece, punisce chi, mentre sia funzionario o impiegato di qualunque ramo del Governo federale o di qualunque agenzia degli Stati Uniti «(1) agisce come rappresentante o avvocato per perseguire qualunque pretesa contro gli Stati Uniti, o riceve qualunque omaggio, o qualunque quota o interesse in una simile pretesa, in considerazione

²²⁴Per i paragrafi che seguono si è fatto ampio riferimento a *The Lobbying Manual*, in particolare ai capitoli 23 (477-512), R.F. Bauer, R.H. Gordon, *Congressional Ethics: Gifts, Travel, Income, and Post-Employment Restrictions*; 24 (513-524), K. Clark, B. Nolan, *Restrictions on Gifts and Outside Compensation for Executive Branch Employees*; 25 (525-554), R.G. Vaughn, *Post-Employment Restrictions and the Regulation of Lobbying by Former Employees*; 26 (555-570), J.B. Christian Jr., J. Hilton, *Criminal Prosecution of Lobbyists for Bribery and Offering Gratuities to Legislators*; 27 (571-580), S.M. Brand, *Federal Lobbying and the Criminal Law: New Arrows in the Prosecutor's Anti-Corruption Quiver*.

dell'assistenza prestata nel perseguirla; o (2) agisce come rappresentante o avvocato per chiunque di fronte a qualunque dipartimento, agenzia, corte, corte marziale, funzionario, o commissione civile, militare o navale in relazione a qualunque materia in cui gli Stati Uniti sono parte o hanno un interesse diretto e rilevante».

Questi divieti subiscono limitate eccezioni, dato l'evidente conflitto di interessi che caratterizza simili condotte. Essi non riguardano direttamente i lobbisti ai sensi dell'LDA, tuttavia vietano sostanzialmente ai pubblici funzionari di farsi lobbisti essi stessi, svolgendo attività di pressione e rappresentanza di interessi tipiche appunto dell'attività di *lobbying* e ritenute dal legislatore incompatibili con l'imparzialità che dovrebbe essere associata alla pubblica funzione.

Quanto al divieto di percepire un *honorarium*, esso è definito da 5 USC App. 505(3) come «un pagamento di denaro o di qualsiasi altra utilità per un'apparizione, un discorso o un articolo [...] da parte di un Membro [del Congresso], di un funzionario o di un impiegato» (escluse le effettive spese di viaggio per quella persona e un suo parente). La *Section 5* USC App. 501(b) (*Honoraria prohibition*) stabilisce un divieto assoluto di percepire *honoraria* per chi sia un Membro del Congresso, un funzionario o un impiegato: la *ratio* fu individuata dalla *House Bipartisan Task Force on Ethics* (l'organo che redasse l'*Ethics Reform Act*), nella necessità di rispondere al timore del pubblico che gli *honoraria* fossero divenuti «un modo per gli *special interests* di cercare di guadagnare influenza o acquistare (*buy*) ascolto da parte dei Membri del Congresso, in particolare perché i gruppi d'interesse molto spesso elargiscono *honoraria* ai Membri che fanno parte delle commissioni che hanno competenza normativa nelle materie di loro interesse»²²⁵.

Come ho anticipato, di per sé la *Section 505* rende applicabili in via generale le disposizioni delle *Sections* precedenti a tutti i funzionari e impiegati di qualunque ramo del governo. Tuttavia, a seguito di una sentenza costituzionale del 1995, *United States v. Nat'l Treasury Employees' Union*²²⁶ (su cui v. *supra*, cap. III, § 2.1.9.), che ha dichiarato illegittimo il divieto *as applied* ai dipendenti dell'esecutivo di rango inferiore, l'applicazione del divieto è stata esclusa in via amministrativa per tutti i dipendenti dell'esecutivo. Pur senza che 5 USC 501 o 505 venissero modificati, l'*Office of Government Ethics* ha infatti eliminato prima i riferimenti al divieto di *honoraria* per i dipendenti dell'esecutivo contenuti nel *Code of Federal Regulations* (in particolare in 5 CFR 2635, *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*)²²⁷ e poi tutte le *regulations* che applicavano il divieto a questi soggetti²²⁸. Va precisato comunque che per i dipendenti dell'esecutivo rimangono in vigore altri limiti di fonte regolamentare, indipendenti dal divieto di *honoraria* di cui a 5 USC

²²⁵Rules Comm., Report of the Bipartisan Task Force on Ethics on H.R. 3660, Government Ethics Reform Act of 1989, 101° Congresso, 13.

²²⁶513 U.S. 454 (1995).

²²⁷62 Fed. Reg. 48746-48, *Sept.* 17, 1997.

²²⁸63 Fed. Reg. 43067-69, *Aug.* 12, 1998.

App. 501²²⁹.

Infine, a proposito di *honoraria* vanno ricordate anche la *Rule XXV* della Camera e la *Rule XXXVI* del Senato. Quest'ultima (*Outside Earned Income*) richiama interamente la *Section 5 USC App. 501*, rendendola una *Rule* del Senato per Senatori, funzionari e impiegati; invece la già richiamata *Rule XXV* della Camera, al § 1(a)(2), contiene il divieto di *honoraria*²³⁰ per tutti i Membri, Delegati, *Resident Commissioner*, funzionari e impiegati, ma per queste ultime due categorie limita il divieto ai funzionari oltre una certa soglia di reddito (con alcune eccezioni alle eccezioni che fanno rivivere il divieto), la stessa prevista per le altre forme di reddito da 5 USC App. 501(a) e 502(a), che si vedranno tra un istante. Anche dopo *United States v. Nat'l Treasury Employees' Union*, quindi, il divieto di *honoraria* continua ad essere applicato ai dipendenti del legislativo (oltre che naturalmente ai parlamentari), da parte degli *Ethics Committees* della Camera e del Senato, proprio sulla base delle disposizioni ora ricordate, e pur col limite ricordato per la *Rule XXV* della Camera.

Infine, venendo alle restrizioni alle altre forme di reddito, la *House Bipartisan Task Force on Ethics* ha spiegato la loro introduzione nell'*Ethics Reform Act* del 1989 con la necessità di «assicurare al pubblico che (1) i Membri [del Congresso] non stanno usando le loro posizioni di potere per guadagni personali o non sono influenzati dalle prospettive di guadagno esterno, e (2) le attività esterne non stanno distogliendo il Membro [del Congresso] dallo svolgimento con impegno a tempo pieno dei propri incarichi ufficiali»²³¹.

Le principali disposizioni in questo ambito, che si applicano ai funzionari di tutti e tre i rami del Governo, sono le *Sections 5 USC App. 501(a)*, *Outside earned income limitation*, e 502, *Limitations on outside employment*, introdotte originariamente nell'*Ethics in Government Act of 1978* proprio dall'*Ethics Reform Act of 1989*. Nel testo in vigore, la *Section 501(a)(1)*²³² vieta ai Membri del Congresso, e a funzionari o impiegati non di carriera e da un determinato rango in su²³³, di conseguire in un anno solare redditi di lavoro (*earned*

²²⁹Per un resoconto dei quali, v. il cap. 24 di *The Lobbying Manual, Restrictions*, cit., di K. Clark e B. Nolan, in particolare il paragrafo 24-4, *Limitations on Compensation for Expressive Conduct and Other Outside Income*, 519-520.

²³⁰Con una dicitura ancor più ampia rispetto a quella della *Section 5 USC App. 505*, che vieta ai Rappresentanti di ricevere qualunque compenso per qualunque apparizione, discorso o articolo su qualunque soggetto, mentre per i Senatori la *Section 505*, dopo la modifica ad opera del *Legislative Branch Appropriations Act for Fiscal Year 1992*, fa eccezione per le serie di apparizioni, discorsi e articoli non direttamente collegati ai doveri d'ufficio del soggetto o il pagamento dei quali non è dovuto al suo ruolo pubblico.

²³¹Rules Comm., Report of the Bipartisan Task Force, cit., 12.

²³²Il numero (2) stabilisce la disciplina per chi acquisisca la qualifica prevista dal numero (1) in corso di anno.

²³³Per la precisione, essi devono avere un inquadramento stipendiale nel *General Schedule* in una categoria superiore a GS-15, o, se non inquadrati nel *General Schedule*, il loro stipendio di base dev'essere pari o superiore al 120% del salario minimo dei dipendenti inquadrati in GS-15.

income)²³⁴ superiori a una data soglia²³⁵.

Invece la *Section 502*, di cui viene in rilievo ai nostri fini la lettera (a), vieta agli stessi soggetti di cui alla *Section* precedente di «(1) ricevere compensi per associarsi o essere impiegato da uno studio, una compagnia, un'associazione, una società o un altro ente che offre servizi professionali che implicino relazioni fiduciarie; (2) consentire che [il proprio] nome sia usato da uno qualunque di questi studi, compagnie, associazioni, società o altri enti; (3) ricevere compensi per praticare una professione che implica una relazione fiduciaria; (4) prestare il proprio servizio dietro compenso come funzionario o membro dell'organo amministrativo di qualunque associazione, società o altro ente; o (5) ricevere compensi per attività di insegnamento, senza la previa notifica e approvazione dell'ente competente di cui alla *Section 503*».

Quanto ai regolamenti parlamentari, ho già detto che la *Rule XXXVI* del Senato richiama *in toto* la *Section 5 USC App. 501*: pertanto, anche la lettera (a), specificamente dedicata al reddito conseguito all'esterno, è regola del *Senato* per effetto del richiamo. La successiva *Rule XXXVII, Conflict of interest*, contiene invece disposizioni molto simili a quelle della *Section 502*, e lo stesso vale per la già citata *Rule XXV* della Camera.

Infine, con riferimento all'esecutivo, ho già detto che le regole di *5 USC App. 501(a)* e *502* si applicano anche a loro; disposizioni regolamentari attuative sono contenute in *5 CFR 2636.301*.

Da ultimo, ricordo ancora in questa sede due disposizioni introdotte dallo HLOGA nelle *Rules* di Camera e Senato, rispettivamente le già citate *XXV* e *XXXVII (Conflict of interest)*: esse prendono in considerazione il caso in cui il coniuge (o anche i familiari più stretti, per la *Rule* del Senato) di un Rappresentante o di un Senatore siano lobbisti o impiegati o ingaggiati da lobbisti (o da un ente che assume o ingaggia lobbisti per la *Rule* del Senato) allo scopo di influenzare le decisioni legislative. Le *Rules* in questione impongono in questo caso al Rappresentante o al Senatore interessato l'obbligo di vietare ai suoi collaboratori di effettuare qualunque *lobbying contact*, come definito dall'LDA, con tale coniuge.

2.2.2. Regole sugli omaggi ai pubblici funzionari (disposizioni penali contro la corruzione, regole di condotta dei pubblici funzionari)

L'altro gruppo di regole che vengono in rilievo con riferimento a un incarico pubblico in corso attiene agli omaggi che colui che lo ricopre può ricevere. Le prime regole che considererò sono le disposizioni penali contro la corruzione in senso lato. Esse sono naturalmente di generale applicabilità e non riguardano specificamente i lobbisti, ma vanno ricordate perché, come si è detto, nel sistema americano la concessione di favori ai pubblici amministratori, da parte dei gruppi d'interesse passa appunto per la gran parte attraverso l'operato dei lobbisti, per cui essi sono fra i principali soggetti che possono incappare e sono

²³⁴L'*unearned income*, o *passive income*, cioè i redditi non da lavoro (tipicamente, quelli da capitale o da canoni di locazione), non sono invece soggetti a limitazioni, ma solo a *disclosure*, secondo le disposizioni introdotte dall'*Ethics in Government Act of 1978*.

²³⁵Il 15% dello stipendio di base per il livello II dell'*Executive Schedule* sulla base di *5 USC 5313*.

incappati nella violazione di queste disposizioni. Successivamente, mi rivolgerò alle regole sui doni contenute nei regolamenti parlamentari. Come abbiamo già visto, essi si applicano ai soli Membri del Congresso e ai funzionari e dipendenti del ramo legislativo, con esclusione quindi dei rappresentanti di altri poteri, da un lato, e di chi effettua il dono, dall'altro.

In primo luogo, consideriamo dunque le principali regole contro la corruzione in senso ampio. Le disposizioni principali che vengono in rilievo sono 18 USC 201 e 209. La prima disposizione contiene innanzitutto delle definizioni: ai fini della *Section*, è da intendersi come *public official* sostanzialmente un Membro del Congresso, un funzionario, impiegato o persona che agisce per conto o a nome degli Stati Uniti o di qualunque dipartimento, agenzia o settore del Governo federale; per *official act* «qualunque decisione o azione su qualunque questione, materia, causa, processo, procedimento o controversia, che in qualunque momento sia pendente, o che potrebbe essere per legge portata davanti a un *public official*».

Dopo di che, le lettere (b) e (c) prevedono due gruppi di condotte, tutte sanzionate con riguardo sia al pubblico funzionario (colui che la dottrina penalistica italiana designa come *extraneus*), sia al “corruttore” (*intraneus*).

La lettera (b) punisce sostanzialmente, per l'*intraneus*, l'offerta o promessa, diretta o indiretta, di qualunque utilità (*anything of value*) a un *public official*, se fatte con l'intento di (*with the intent of*): «(A) influenzare qualunque *official act*, o (B) influenzare quel *public official* [...] a commettere o aiutare a commettere, o colludere, o consentire, qualunque frode, o creare l'opportunità per la commissione di qualunque frode, ai danni degli Stati Uniti; o (C) indurre quel *public official* [...] a fare od omettere qualunque atto in violazione dei suoi doveri d'ufficio»; in parallelo, viene punita la ricezione o accettazione, da parte dell'*extraneus*, di qualunque utilità se fatta a mo' di ricompensa (*in return for*) per aver procurato uno dei vantaggi di cui alle lettere (A), (B) o (C)²³⁶.

La lettera (c) ripete le previsioni della (b), ma considerando i casi di indebite dazioni fatte non più, rispettivamente, *with the intent of* e *in return for*, ma, sia per l'*intraneus* che per l'*extraneus*, “*for or because*” un qualunque *official act* o in particolare una testimonianza. La lettera (b) viene comunemente definita *bribery statute*, mentre la (c) *gratuity statute*.

La *Section* 209 invece punisce una forma specifica di elargizione, quella di stipendi o contributi o supplementi a stipendi, come compenso per servizi espletati come funzionario o impiegato dell'esecutivo, o di qualunque agenzia federale indipendente, se effettuati sostanzialmente da qualunque soggetto diverso da governo federale; la disposizione in questione contempla sia la condotta del pubblico funzionario *accipiens*, sia quella del *solvens*, che può essere chiunque, «*whether an individual, partnership, association, corporation, or other organization*».

La disposizione più importante è di gran lunga la *Section* 201. Si sono poste con riguardo ad essa varie questioni applicative. In particolare, ci si è chiesti quale sia il criterio distintivo da un lato tra la lettera (b) (c.d. *bribery*) e la lettera (c) (c.d. *gratuity*), e dall'altro tra *gratuity* e dazioni o promesse penalmente lecite. Tracciare linee di confine nette è risultato arduo.

La giurisprudenza costituzionale, come si è visto, ha in linea di massima individuato il criterio distintivo tra *bribery* e *gratuity* nell'elemento soggettivo: per esserci *bribery* è

²³⁶Sempre la lettera (b) prevede poi espressamente la particolare ipotesi dell'utilità offerta (o promessa) e ricevuta (o accettata) per influenzare una testimonianza in un processo o durante un'audizione davanti a qualunque organo pubblico, comprese le commissioni del Congresso nel corso del procedimento legislativo.

necessario lo specifico intento di dare o ricevere qualcosa *in cambio di* un atto pubblico (il c.d. *quid pro quo*), mentre la *gratuity* implica solo una ricompensa per un atto ufficiale. Se pur solo a grandi linee, potremmo forse accostare le condotte della lettera (b) a quella che in diritto italiano è la corruzione propria, cioè per un atto contrario ai doveri d'ufficio, e quelle della lettera (c) alla corruzione impropria, cioè per un atto d'ufficio; in effetti, mentre la pena edittale massima per la *bribery* arriva fino a quindici anni, per la *gratuity* arriva a due anni.

Quanto alla delimitazione dell'area del penalmente illecito, l'elemento determinante è stato ravvisato nel fatto che la dazione o la promessa siano o meno effettuate per un vantaggio specifico: in caso affermativo, sarà integrata la *gratuity*, altrimenti saremo fuori dall'ambito di operatività della fattispecie in questione. In ogni caso, la zona grigia di comportamenti non facilmente inquadrabili resta ampia e ciò contribuisce a produrre quell'alone che circonda il *lobbying* in generale.

In ogni caso, occorre ancora precisare che esistono altre disposizioni penali che vengono impiegate per perseguire atti di corruzione in senso ampio; ci si rende necessario con riferimento a funzionari dei singoli Stati o enti locali, dal momento che 18 USC 201 *et seq.* si applicano solo ai funzionari federali. Ci limitiamo qui ad elencarle²³⁷: 18 USC 666, che sanziona la corruzione di funzionari di enti che ricevono finanziamenti federali; 18 USC 1341 (*mail fraud*) e 1343 (*wire fraud*), che sanzionano come reato a sé stante rispettivamente l'uso del servizio postale o di comunicazioni elettroniche per realizzare «*any scheme or artifice to defraud*», definizione all'interno della quale 13 USC 1346 include la c.d. *honest services fraud*, cioè «*a scheme or artifice to deprive another of the intangible right of honest services*» (in altri termini, privare altri del loro diritto a godere dell'onestà dei pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni); 18 USC 371, che prevede la fattispecie di associazione a delinquere «*either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose*»: anche in questo caso, nella nozione di *fraud* si può far rientrare il privare altri del diritto agli *honest services* dei pubblici funzionari.

Veniamo ora alla materia dei doni (*gifts*) che i pubblici funzionari possono ricevere, la disciplina relativa ai quali è contenuta essenzialmente nelle regole di carattere deontologico cui essi sono sottoposti²³⁸. Queste disposizioni sono molto dettagliate e contengono una lunga previsione di divieti ed eccezioni, definizioni e norme applicative. Quelle di generale applicabilità, cioè valide a prescindere dalla qualifica soggettiva di chi effettua il dono, non presentano un particolare interesse ai fini della nostra analisi, per cui non le esaminerò per esteso. Naturalmente, si tratta comunque di un aspetto cruciale nella lotta alla corruzione del sistema politico e alle sue manifestazioni. Ciò fa sì che le definizioni tendano ad essere molto ampie, in modo da ricomprendere non solo doni in denaro o in beni materiali ma virtualmente qualunque utilità suscettibile di valutazione economica; parallelamente, le soglie di valore sotto le quali i divieti non si applicano (c.d. *de minimis*) tendono per converso ad essere molto

²³⁷Traendo le informazioni da *The Lobbying Manual*, spec. capitoli 26-27.

²³⁸In particolare, ricordo, per il legislativo, la *Rule XXV*, paragrafo 5, della Camera e la *Rule XXXV* del Senato. Per l'esecutivo, si veda altresì il regolamento 5 CFR 2635, che si aggiunge ad una lunga serie di disposizioni settoriali legislative, e ai molti regolamenti dell'*Office of Government Ethics*. Disposizioni legislative di carattere generale, applicabili ai dipendenti di qualunque ramo del Governo, sono infine contenute in 5 USC 7353.

basse, e le eccezioni ed esenzioni ad essere limitate a situazioni particolari con un'ideale giustificazione.

Consideriamo invece le restrizioni dettate in modo specifico per i doni effettuati da lobbisti²³⁹: in questo caso faccio riferimento in particolare ai doni fatti a pubblici dipendenti del legislativo, disciplinati, con formule largamente coincidenti, dalle *Rules XXXV* del Senato e *XXV* della Camera, come modificate in molti punti da recenti riforme (in particolare dallo HLOGA²⁴⁰).

In primo luogo, le *Rules* contengono il divieto per Membri, funzionari e impiegati del Congresso di ricevere ospitalità personalmente da parte di un lobbista, a meno che si tratti di un amico personale. Inoltre, esse stabiliscono l'applicazione ai lobbisti del divieto generale di contributi a Membri, funzionari e impiegati del Congresso anche per i contributi alle spese legali, con riferimento alle quali invece tutti gli altri soggetti sono esentati dal limite normale.

Viene poi stabilita l'inclusione fra i doni vietati di: quelli effettuati da lobbisti a favore di enti gestiti o controllati da un Membro, funzionario o dipendente del Congresso; i contributi o le spese fatti da lobbisti in relazione a una conferenza, convegno, o evento simile, sponsorizzato da o affiliato con un ente ufficiale del Congresso, per o a nome di Membri, funzionari o impiegati del Congresso; e i contributi di beneficenza da parte di lobbisti sulla base di una designazione, raccomandazione, o altra indicazione da parte di un Membro, funzionario o dipendente del Congresso (con esclusione delle indicazioni fatte tramite invio massivo e quindi impersonale di posta o altri mezzi di sollecitazione diretti a un'ampia categoria di persone o enti, e dei contributi, espressamente ammessi, fatti al posto di un *honorarium*).

Le regole ricordate sin qui si applicano peraltro solo ai lobbisti direttamente (e alle *lobbying firms*²⁴¹), non quindi ad agli enti che li impiegano.

Infine, la ricordata soglia *de minimis* sotto la quale non si applica il divieto di doni non vale per i lobbisti e gli enti privati che impiegano o si avvalgono dei servizi di lobbisti. Pertanto per questi soggetti (salve alcune eccezioni) il divieto di doni è assoluto.

Esistono poi regole specifiche per il rimborso delle spese di viaggio: è previsto che, mentre in via generale non è da considerarsi un dono vietato il rimborso a un Membro, funzionario o impiegato del Congresso delle spese di viaggio da questi sostenute per esigenze di trasporto, alloggio e spese collegate per recarsi ad un incontro, a tenere un discorso, in un'missione ufficiale o simili occasioni legate ai suoi doveri d'ufficio, questa eccezione non vale per i lobbisti e gli enti privati che impiegano o si avvalgono dei servizi di lobbisti.

Vi è però un'eccezione all'eccezione per gli enti privati che impieghino o si avvalgano

²³⁹Va precisato che, insieme ai lobbisti, le norme in questione richiamano quasi sempre anche gli *agents of a foreign principal*, da intendersi come quelli registrati sulla base delle regole del *Foreign Agents Registration Act*

²⁴⁰Va comunque precisato che la *Section 701* dello HLOGA esprime il “*sense of the Congress*” secondo cui qualunque restrizione applicabile a Membri, funzionari e impiegati del Congresso prevista dalle altre disposizioni di quella legge dovrebbe essere applicata anche al potere esecutivo e giudiziario.

²⁴¹Cfr. *The Lobbying Manual*, cap. 4, cit., 493.

dei servizi di lobbisti: essi possono sempre finanziare spese di viaggio se si tratta di particolari categorie di enti (istituti di educazione superiore per la *Rule* della Camera, c.d. *501(c)(3) organizations* per la *Rule* del Senato: su queste ultime, enti no profit fiscalmente esenti, v. Cap. III, § 3.7.); in generale, anche se non si tratti di questi enti, essi possono comunque finanziare spese di viaggio per eventi di un giorno solo (viaggio e un pernottamento esclusi).

Inoltre, vengono fatte ulteriori specificazioni, leggermente diverse per Camera e Senato. Le *Rules* della Camera stabiliscono infatti che un Rappresentante, Delegato, *Resident Commissioner*, funzionario o impiegato della Camera non può: accettare rimborsi (inclusi pagamenti in natura) per trasporto, alloggio e spese collegate, quando viene accompagnato in qualunque tratto del viaggio da un lobbista (salvo che a pagare sia un istituto di educazione superiore); accettare analoghi rimborsi, valendosi dell'eccezione prevista per i viaggi di un giorno solo, se il viaggio è finanziato in tutto o in parte da un ente privato che impiega o si avvale dei servizi di lobbisti (a meno che qualunque coinvolgimento di un lobbista nella pianificazione, organizzazione, richiesta o definizione del viaggio sia da considerarsi marginale – *de minimis* – sulla base di alcuni criteri); accettare analoghi rimborsi per un viaggio (non rientrante tra quelli permessi sulla base dell'eccezione all'eccezione sopra ricordata), se quel viaggio è in qualunque parte pianificato, organizzato, richiesto o definito da un lobbista.

La *Rule* del Senato stabilisce invece che i rimborsi non possono essere accettati se il viaggio è stato: pianificato, organizzato o definito su richiesta di un lobbista; o, per i viaggi autorizzati sulla base dell'eccezione per eventi di un giorno solo, se il soggetto pubblico è accompagnato da un lobbista per un qualunque tratto del viaggio, e per tutti gli altri viaggi ammessi, se un lobbista accompagna il soggetto pubblico in qualunque momento nel corso del viaggio.

Ancora, una regola introdotta dallo HLOGA per entrambe le Camere vieta a qualunque Membro del Congresso, durante le *convention* del suo partito per la nomina dei candidati a Presidente e Vice-Presidente, di partecipare a eventi in suo onore pagati direttamente da un lobbista o da un ente privato che impiega o si avvale dei servizi di lobbisti (a meno che non sia lui stesso uno dei due candidati prescelti).

Un'ultima regola da ricordare è infine prevista attualmente solo dalla *Rule* del Senato e stabilisce che un Senatore, un funzionario o un impiegato può accettare un'offerta di partecipazione gratuita a un incontro di qualunque tipo nel suo Stato d'origine (per funzionari e impiegati, dovrà intendersi quello del Senatore per cui lavorano) se, tra le varie condizioni²⁴², all'evento parteciperà principalmente un gruppo di almeno cinque elettori del suo distretto, e non vi parteciperà alcun lobbista.

2.3. LIMITI SUCCESSIVI ALLA CESSAZIONE DELL'INCARICO PUBBLICO: IL C.D. DIVIETO DI *REVOLVING DOOR* (E LA PERDITA DEL *PRIVILEGE OF THE FLOOR*)

Venendo infine alle restrizioni relative al periodo successivo alla scadenza di un mandato pubblico, la restrizione più importante è quella relativa alla c.d. *revolving door*, letteralmente “porta girevole”. Con questa espressione, si fa riferimento alla prassi per cui molti membri del Congresso o dell'Amministrazione e molti loro collaboratori intraprendono una seconda carriera come lobbisti, così assumendo un ruolo esattamente opposto a quello che

²⁴²Tra le quali vi è il curioso limite del valore del pasto offerto al soggetto pubblico, fissato a 50 dollari.

svolgevano prima: da oggetto dell'attività di *lobbying*, essi ne diventano soggetti attivi. In altri termini, essi escono dalla porta del Congresso o della Casa Bianca come pubblici funzionari, per poi varcarla di nuovo in una veste molto diversa. La porta girevole (*revolving door*) è appunto il simbolo di questo andirivieni²⁴³.

Il fenomeno della *revolving door*, di proporzioni numeriche davvero significative²⁴⁴, è uno degli aspetti che più hanno sollevato critiche e richieste di riforma, per via del vantaggio competitivo e di influenza che l'incarico precedentemente ricoperto garantisce agli ex funzionari pubblici, e perché molto spesso accadeva che essi, dopo esser cessati dall'incarico, iniziassero subito a sottoporre a *lobbying* i propri precedenti colleghi, sfruttando i contatti e le conoscenze acquisiti nel precedente lavoro. Inoltre, si avvertiva il forte rischio che i funzionari, quand'erano ancora in carica, favorissero indebitamente determinati portatori di interessi, con lo scopo (o quanto meno la consapevolezza della possibilità) di venire poi da questi ultimi ricompensati con un impiego assai ben remunerato, una volta che essi fossero cessati dal loro incarico presso l'amministrazione pubblica.

Il rimedio introdotto è stato imporre che trascorresse un periodo di tempo minimo dalla cessazione dell'incarico pubblico, prima di poter assumere un incarico come lobbista negli stessi settori e presso gli stessi organi o agenzie in cui si era precedentemente svolta la propria attività, in modo da scoraggiare comportamenti come quelli appena descritti: il divieto in questione fu previsto per la prima volta nel 1962 dal *Bribery Act*²⁴⁵, che lo introdusse nella disposizione tuttora codificata come 18 USC 207.

Nell'originaria formulazione del *Bribery Act*, il divieto di cui alla *Section* 18 USC 207 era stabilito solo per i funzionari e impiegati dell'esecutivo e delle agenzie governative (più precisamente, per qualunque «*officer or employee of the executive branch of the United States Government, of any independent agency of the United States, or of the District of Columbia, including a special Government employee*»). Vi era un divieto a vita per i casi in cui il conflitto d'interessi era più grave, e un obbligo di astensione dal *lobbying* di un anno (c.d. *cooling-off period*) per gli altri casi. Entrambi i divieti erano penalmente sanzionati.

Successivamente, la *Section* 18 USC 207 è stata modificata molte volte, anche in modo sostanziale, con l'introduzione di restrizioni via via più dettagliate e incisive. La principale di queste novelle fu comunque quella apportata dall'*Ethics Reform Act of 1989*, la cui *Section* 101(a) riformulò completamente 18 USC 207, estendendo per la prima volta ai membri del Congresso e a funzionari e impiegati del ramo legislativo le restrizioni successive alla conclusione dell'incarico.

Nel testo attuale, risultante dalle modifiche apportate da ultimo dallo HLOGA, la

²⁴³In realtà, esiste anche il fenomeno inverso, ovvero l'assunzione di incarichi pubblici presso una determinata agenzia da parte di ex dipendenti di enti soggetti alla potestà regolamentare di quella stessa agenzia. In questa sede, non mi occuperò di questa seconda versione di *revolving door*, per la quale non sono previste regole particolari.

²⁴⁴Una recente indagine del *Center for Responsive Politics* ha contato che, dei soli ex Membri del Congresso, circa trecento sono attualmente lobbisti: <http://209.190.229.100/revolving/top.php?display=Z>.

²⁴⁵Pub. L. 87-849, Oct. 23, 1962, 76 Stat. 1119, 18 USC 201 *et seq.*

Section 18 USC 207 continua a non impiegare il termine *lobbying*, ma a individuare la condotta vietata in quella di chi «*knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance*», a nome di chiunque altro, davanti a determinati soggetti o organi pubblici e in relazione a determinate materie.

Tendenzialmente, restrizioni e divieti previsti per il personale dell'esecutivo sono limitati alle materie o agli organi nei quali la persona in questione ha prestato il proprio servizio, mentre le restrizioni stabilite per gli ex parlamentari e gli ex dipendenti del legislativo sono di carattere generale. Infine, le sanzioni per le violazioni sono previste dalla ricordata *Section 18 USC 216*.

La *Section 207* mantiene il divieto assoluto di tenere la condotta ora ricordata per il personale del governo federale e di qualunque agenzia federale indipendente, in casi dove il rischio di abusi è più evidente: quelli «(A) in cui gli Stati Uniti [...] sono parte o hanno un interesse diretto e rilevante, (B) in cui [l'interessato] ha partecipato personalmente e in modo rilevante [...], e (C) che riguardavano una parte specifica o parti specifiche al tempo di tale partecipazione». In questa prima ipotesi, il divieto è riferito alle comunicazioni o comparizioni davanti a «qualunque funzionario o impiegato di qualunque dipartimento, agenzia, corte, o corte marziale degli Stati Uniti [...]».

La disposizione in esame prosegue poi stabilendo, in capo agli stessi soggetti e davanti agli stessi organi, un divieto di tenere la condotta descritta per due anni dalla cessazione del servizio, con riguardo a condotte in cui il conflitto d'interessi è di grado meno grave, e cioè i casi «(A) in cui gli Stati Uniti [...] sono parte o hanno un interesse diretto e rilevante, (B) che [l'interessato] sa o, secondo l'ordinaria diligenza, dovrebbe sapere che erano effettivamente pendenti sotto la sua responsabilità pubblica [...] entro un anno prima della cessazione del suo servizio o impiego [...], e (C) che riguardavano una parte specifica o parti specifiche al tempo in cui in cui erano pendenti».

Vi sono poi numerose altre previsioni, nelle quali comunque la condotta vietata rimane sempre quella descritta poco fa. Ai nostri fini, rilevano specialmente le disposizioni relative ai Membri del Congresso e al personale del legislativo. Quanto ai Rappresentanti, essi hanno il divieto, per un anno, di fare oggetto di *lobbying* qualunque Membro, funzionario o impiegato di entrambe le Camere o qualunque impiegato di qualunque altro ufficio legislativo del Congresso. Per i Senatori, invece, lo stesso divieto è stato elevato a due anni dallo HLOGA²⁴⁶.

Similmente, per i funzionari eletti di Camera e Senato (e gli impiegati del Senato oltre una certa soglia di reddito), il divieto dura un anno ed è riferito rispettivamente a Membri, funzionari o impiegati della Camera o del Senato.

Con specifico riguardo ai Senatori e al personale del Senato, la *Section 531* dello HLOGA ha peraltro modificato il paragrafo 8 della *Rule XXXVII*, portando anche in questo caso a due anni dalla cessazione della carica l'estensione del divieto, per i Senatori che diventino lobbisti o siano impiegati o ingaggiati da lobbisti (o, ha aggiunto sempre lo HLOGA, da un ente che impiega o assume lobbisti), con lo scopo di influenzare il procedimento legislativo, di fare oggetto di *lobbying* i Senatori, i funzionari o gli impiegati del Senato.

Ma lo HLOGA ha introdotto ancora altre previsioni nei regolamenti parlamentari. Le principali sono quelle di cui alle *Sections 301* e *532*, relative rispettivamente alle *Rules XXVII* della Camera (*Disclosure by Members and Staff of Employment Negotiations*) e sempre *XXXVII* del Senato. Pur con alcune differenze di formulazione tra Camera e Senato,

²⁴⁶Section 101.

le disposizioni in questione stabiliscono sostanzialmente l'obbligo per i parlamentari (e funzionari della Camera e impiegati di Camera e Senato oltre una certa soglia di reddito) di rendere pubblici entro tre giorni lavorativi qualunque trattativa o accordo relativi ad un futuro impiego o compenso da parte di privati: il parlamentare deve a tal fine presentare un'apposita dichiarazione firmata, in cui deve includere il nome della persona con cui sono avvenute la trattativa o l'accordo.

Si aggiunge poi l'obbligo di astenersi dal trattare materie in cui vi sia un possibile conflitto d'interessi alla luce della regola ora ricordata, obbligo che è previsto al Senato per gli impiegati oltre la soglia di reddito prevista, e alla Camera anche per funzionari e soprattutto Rappresentanti.

Infine, una regola introdotta solo al Senato pone proprio il divieto per un Senatore, finché non sia stato eletto il suo successore, di trattare o concordare un futuro impiego che implichi lo svolgimento di *lobbying activities* come definite dall'LDA.

Da ultimo, tra le altre modifiche apportate dallo HLOGA ai regolamenti parlamentari in materia di *revolving door*, ricordo la *Section 533*, che ha novellato la *Rule XXIII* del Senato (*Privilege of the floor*), introducendovi una regola simile ad una già introdotta in precedenza nella *Rule 4* della Camera (*The Hall of the House*).

Le due *Rules* in questione prevedono l'elenco tassativo dei soggetti che hanno diritto ad accedere al *floor* del Senato o alla *Hall* della Camera (si tratta appunto del c.d. *privilege of the floor*): fra questi, oltre ovviamente ai membri delle rispettive Camere, vi sono peraltro gli ex Senatori e gli ex Rappresentanti. Ebbene, tutti questi soggetti perdono il *privilege of the floor* se diventano lobbisti o *agents of a foreign principal*, o comunque sono alle dipendenze di o rappresentano qualunque soggetto o organizzazione allo scopo di influenzare, direttamente o indirettamente, l'approvazione, il rigetto o la modifica di qualunque proposta di legge federale. La *Rule XXIII* del Senato, peraltro, a seguito della riformulazione ad opera dello HLOGA, esclude gli stessi soggetti negli stessi casi dal privilegio di utilizzare le attrezzature sportive e il parcheggio riservato del Senato.

In ogni caso, anche dopo le riforme dello HLOGA, i sostenitori della necessità di nuove regole in materia di *lobbying* considerano la disciplina della *revolving door* un importante esempio del fatto che l'attuale normativa non è sufficiente a contrastare la corruzione del processo democratico da parte degli interessi particolari e dei lobbisti; di conseguenza, sono state presentate varie proposte di legge per riformare ulteriormente questa disposizione, introducendovi restrizioni più severe o anche solo allungando il *cooling-off period*, nella speranza che, dovendo trascorrere più tempo tra la cessazione dell'incarico pubblico e la possibilità di iniziare la carriera da lobbista, i comportamenti di cui sopra vengano più efficacemente disincentivati²⁴⁷.

Questo stesso auspicio è alla base di ulteriori restrizioni introdotte, per il personale

²⁴⁷In particolare, segnalo che il Senatore Michael Bennet propose il 28 aprile 2010 il già ricordato provocatorio progetto di legge S. 3272, poi appoggiato anche dal collega Jon Tester, intitolato *Close the Revolving Door Act of 2010*, in cui si introduceva – nel quadro di un più generale giro di vite nei confronti della *revolving door* per tutti quanti lavorano per il governo – un divieto a vita di esercitare la professione di lobbisti per gli ex membri del Congresso (il che sollevava naturalmente subito forti elementi di tensione con la Costituzione, che avrebbero condotto subito una simile disciplina all'attenzione delle corti, il giorno in cui fosse divenuta legge, cosa che non è naturalmente avvenuta). Un'altra proposta, invece, H.R. 2259, presentata il 5 maggio 2009 dalla Deputata Suzanne Kosmas, dal titolo *Stop the Revolving Door in Washington Act*, si limita a portare a due anni il divieto di *revolving door* anche per i membri della House.

dell'esecutivo, ad opera dell'Amministrazione Obama, tramite l'*executive order* intitolato *Ethics Commitments by Executive Branch Personnel* (su cui v. al prossimo Capitolo).

3. Regime fiscale delle spese (private) per attività di lobbying

Un interessante aspetto di contorno della disciplina del *lobbying* riguarda il regime fiscale delle spese effettuate per questa attività. Occorre premettere che, secondo la Corte Suprema, la possibilità di dedurre una spesa effettuata per una data attività equivale a un'indiretta sovvenzione statale a quella attività²⁴⁸: la Corte, secondo un ragionamento largamente condiviso²⁴⁹, considera equivalente ad una diretta attribuzione di fondi pubblici il risparmio derivante dalla riduzione del carico fiscale che graverebbe sul soggetto in assenza della previsione di favore²⁵⁰.

In ogni caso, il fatto che le spese per *lobbying* siano o meno deducibili è significativo del modo in cui questa attività viene intesa, ovvero come una normale attività utile a produrre reddito, e quindi deducibile, o invece come un'attività che la legge non può considerare direttamente produttiva di vantaggi economici per chi la pratica, perché ciò equivarrebbe sostanzialmente a riconoscere che più si spende in *lobbying* più aumentano le fonti di guadagno che si riescono ad ottenere dai pubblici funzionari.

La disciplina americana in argomento è in effetti oscillata nel corso del tempo tra i due poli. Fino al 1915, il legislatore non aveva preso in considerazione l'argomento. In una decisione appunto del 1915, però, il *Department of Treasury* negò in modo chiaro la

²⁴⁸In un caso la Corte, considerando insieme esenzioni e deduzioni, scrive: «*Both tax exemptions and tax-deductibility are a form of subsidy that is administered through the tax system. A tax exemption has much the same effect as a cash grant to the organization of the amount of tax it would have to pay on its income. Deductible contributions are similar to cash grants of the amount of a portion of the individual's contributions*» (*Regan v. Taxation With Representation*, 461 U.S. 540, 544).

²⁴⁹Ad esempio, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha costantemente affermato, a partire dalla sentenza 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco Exterior de España*, punto 14, che «un provvedimento mediante il quale le pubbliche autorità accordino a determinate imprese un'esenzione fiscale che, pur non implicando un trasferimento di risorse da parte dello Stato, collochi i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri soggetti tributari passivi costituisce aiuto statale ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato» CE (poi 87, ora 107 del TFUE); v. anche la sentenza 19 maggio 1999, C-6/97, *Repubblica italiana contro Commissione delle Comunità europee*, punto 16. In precedenza, v. già, in una causa concernente l'art. 4 C del Trattato CECA, la sentenza 23 febbraio 1961, C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autorità*, secondo cui «il concetto di aiuto è [...] più comprensivo di quello di sovvenzione dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti».

²⁵⁰In realtà, si potrebbero avanzare argomenti per negare che le due misure (deduzione e sovvenzione diretta) siano effettivamente equiparabili dal punto di vista concettuale, ma approfondire questo punto esula decisamente dai confini della presente trattazione.

deducibilità delle «*lobbying expenses*»²⁵¹.

Il Tesoro ribadì la propria decisione all'art. 143 delle sue *Regulations* 33, relative al *Revenue Act of 1918*, escludendo testualmente la possibilità di dedurre dal reddito spese per attività di *lobbying* (il contenuto di questa disposizione fu poi ripetuto nell'art. 562, *Regulations* 62, relative al *Revenue Act of 1921*, nell'art. Art. 562, *Regulations* 65, relative al *Revenue Act of 1924*, nell'art. 562, *Regulations* 69, relative al *Revenue Act of 1926*, e infine nell'art. 262, *Regulations* 74, relative al *Revenue Act of 1928*).

Tale scelta normativa sopravvisse alle censure di incostituzionalità, ma venne poi ribaltata dal legislatore nel 1962, che con il *Revenue Act of 1962*²⁵² modificò la sezione 162 dell'*Internal Revenue Code* (26 USC 162, in particolare lettera (e)) in modo da consentire la deduzione (escludendo soltanto le spese per campagne elettorali e per *grassroots lobbying*, come si vedrà).

Tuttavia negli anni '90 si fece strada la proposta di tornare ad escludere la deducibilità delle spese di *lobbying*, e Bill Clinton ne fece un punto importante della propria prima campagna presidenziale. Così nel 1993 la *Section 162(e)* fu nuovamente modificata, ad opera dell'*Omnibus Budget Reconciliation Act of 1993*²⁵³, in modo da tornare ad escludere la deducibilità, che da allora non è più stata reintrodotta. Pertanto, nella *Section 23* dell'*LDA* (2 USC 1612), il Senato ha espresso il proprio *finding* che le spese di *lobbying* debbano rimanere appunto non deducibili, rilevando espressamente che ai comuni cittadini non è generalmente concesso dedurre i costi delle comunicazioni coi loro rappresentanti, per cui non sarebbe giusto concedere un simile beneficio ad altri.

Capitolo V. LE RIFORME PIÙ RECENTI (APPROVATE E NON) NEGLI USA

SOMMARIO: 1. Le principali proposte di riforma recenti rimaste senza esito. – 2. Le nuove regole stabilite sotto l'Amministrazione Obama.

1. Le principali proposte di riforma recenti rimaste senza esito

Vista l'attualità del tema, negli ultimi anni sono stati molti i progetti di legge che hanno tentato di riformare la disciplina vigente. Oltre allo HLOGA del 2007 (su cui v. ampiamente al Capitolo precedente), e alle regole introdotte dall'Amministrazione Obama (di cui si dirà nel prossimo paragrafo), vi sono state anche alcune significative proposte poi non approvate e quindi mai divenute legge: incominciamo da queste, analizzando per sommi capi le principali.

Un primo progetto rilevante era l'H.R. 984 del 110° Congresso, c.d. *Executive Branch Reform Act of 2007*, primo firmatario il democratico Henry Waxman²⁵⁴. Le sue proposte

²⁵¹T.D. 2137, 17 *Treas. Dec. Int. Rev.* 48 (1915).

²⁵²Pub. L. No. 87-834, *Oct.* 16, 1962, Stat. 960.

²⁵³Pub. L. 103-66, *Aug.* 10, 1993, 107 Stat. 312.

²⁵⁴<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d110:H.R.984;> questo progetto ne riprendeva in realtà uno molto simile introdotto alla Camera nella legislatura precedente (il 109° Congresso) dal repubblicano Thomas Davis: H.R. 5112, c.d. *Executive Branch Reform Act of 2006*,

principali erano modificare l' *Ethics in Government Act of 1978*²⁵⁵ introducendo l'obbligo per tutti i funzionari governativi di trasmettere all' *Office of Government Ethics* un resoconto di qualunque «*significant contact*»²⁵⁶ avvenuto tra loro e qualunque «*private party*».²⁵⁷

Questo disegno di legge, però, sollevò diverse critiche, da parte di associazioni comuni ma anche del Dipartimento di Giustizia. In particolare, qui viene in rilievo l'osservazione che, applicandosi ai contatti con qualunque individuo, quindi non solo lobbisti ma anche privati cittadini, e definendo i *significant contacts* in modo molto ampio, avrebbe probabilmente finito col dissuadere molte persone dal rivolgersi ai pubblici funzionari per inoltrare loro le proprie osservazioni, così come i pubblici funzionari stessi dal volerle ascoltare. Avendo questa probabile conseguenza, esso avrebbe limitato in modo inaccettabile il diritto di rivolgere petizioni al governo, e dunque secondo il Dipartimento di Giustizia sarebbe stato costituzionalmente illegittimo. In effetti, il progetto non divenne mai legge.

Tra le molte proposte di legge in materia, comunque, le più importanti da ricordare sono i progetti del 109° Congresso H.R. 4975, c.d. *Lobbying Transparency and Accountability Act of 2006*²⁵⁸, primo firmatario il repubblicano David Dreier, e S. 2349, c.d. *Legislative Transparency and Accountability Act of 2006*²⁵⁹, presentato dal Senatore repubblicano Trent Lott, che costituivano un primo tentativo di reazione allo scandalo Abramoff (su cui v. al prossimo paragrafo).

A seguito di alcuni emendamenti nel passaggio alla Camera, essi prevedevano come misure più importanti²⁶⁰: un rafforzamento degli obblighi di *disclosure* per i lobbisti, in

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h5112:>.

²⁵⁵Questa legge, oltre a contenere una delle varie riformulazioni della *Section 18 USC 207* (su cui v. § 2.1.1.3.3.) e ad istituire l' *Office of Government Ethics*, introdusse in carico ai funzionari di vertice di tutti e tre i poteri specifici obblighi di *disclosure* relativi alle fonti di reddito e ad eventuali incarichi, anche a titolo gratuito, da essi ricoperti per società, sindacati o enti senza scopo di lucro.

²⁵⁶Definito dalla *Section 2* come «oral or written communication [...] that is made by a private party to a covered executive branch official in which such private party seeks to influence official action by any officer or employee of the executive branch of the United States».

²⁵⁷Definita dalla *Section 2* come «any person or entity», con esclusione però di «a Federal, State, or local government official or a person representing such an official».

²⁵⁸<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h4975:>.

²⁵⁹<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:s2349:>.

²⁶⁰Alcune di queste erano già contenute nel progetto S. 2128 del medesimo 109° Congresso, c.d. *Lobbying Transparency and Accountability Act of 2006*, primo firmatario il repubblicano McCain, poi riunito ai due progetti ora richiamati nel testo (<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:SN02128:>).

particolare in materia di finanziamento elettorale; alcune misure per frenare il fenomeno della *revolving door*, limiti al pagamento di viaggi (intesi come trasporto, alloggio e pasti) a parlamentari e membri del loro staff da parte di lobbisti (ma la porta restava aperta per i pagamenti direttamente da parte dei soggetti da cui i lobbisti erano assunti); divieto per i lobbisti di viaggiare su uno stesso aereo non di linea su cui viaggiava un parlamentare o un membro del suo staff; parificazione dei biglietti omaggio per manifestazioni e spettacoli a un dono in denaro pari al valore commerciale del biglietto; rafforzamento dei controlli; divieto di stanziare somme per degli *earmarks* se questi o i parlamentari che li richiedevano non venivano indicati espressamente.

Il progetto S. 2349 non divenne legge²⁶¹, ma fu ripreso nella legislatura successiva (110° Congresso) dal progetto S. 1, c.d. *Legislative Transparency and Accountability Act of 2007* (o *LTAA II*), primo firmatario il democratico Harry Reid ma sostenuto anche da diversi senatori repubblicani, una precedente versione di quello che a sua volta sarebbe infine divenuto lo HLOGA.

Peraltro, nel passaggio in Senato, al progetto S. 2349 era stata aggiunta, tra le altre, una disposizione particolarmente meritevole di attenzione, la *Section 220*, intitolata *Disclosure of Paid Efforts to Stimulate Grassroots Lobbying*²⁶². In effetti, le campagne c.d. di *grassroots lobbying* possono nascere sì spontaneamente, ma assai più spesso, come ho accennato, esse vengono organizzate e stimolate da qualcuno che ha interesse a farlo. Fra questi, vi sono tipicamente sia lobbisti professionali, che ritengono di ricorrere al *grassroots* come una delle strategie per raggiungere un dato obiettivo, sia organizzazioni di tendenza, sia gruppi d'interesse e anche imprese più o meno grandi.

In questa versione, esso si risolve talvolta in una campagna orchestrata ad arte da mani sapienti, che fanno apparire il livello di coinvolgimento popolare molto più ampio di quanto esso non sia realmente, e viene definito in tal caso *astroturf lobbying*, dal nome di una marca di erba sintetica, con evidente richiamo alla finzione di questa pratica rispetto all'autentico *grassroots*²⁶³. Anche questa degenerazione ha spinto, oltre che ai già trattati rilievi dal lato

²⁶¹Esso era stato peraltro criticato in più punti da alcune associazioni molto attive nell'invocare nuove regole di contrasto agli eccessi del *lobbying*. Esse imputavano al progetto di essere sostanzialmente troppo debole: v. il comunicato stampa del 29 marzo 2006 di *Campaign Legal Center, Common Cause, Democracy 21, League of Women Voters, Public Citizen, U.S. PIRG*, in occasione di un passaggio al Senato che aveva eliminato alcune delle previsioni a loro dire essenziali; il comunicato, intitolato *Statement of Reform Groups on Lobbying Legislation Passed by Senate*, è disponibile ad es. sul sito www.democracy21.org.

²⁶²Una disposizione analoga era contenuta anche nei progetti, sempre del 109° Congresso, H.R. 4682, e S. 2180 (entrambi intitolati *Honest Leadership and Open Government Act of 2006*), in entrambi i casi alla *Section 204*.

²⁶³La paternità dell'espressione *astroturf lobbying* è comunemente attribuita al senatore texano Lloyd M. Bentsen, che l'avrebbe coniata nel 1986. Per completezza, si segnala che, oltre che di *grassroots* e *Astroturf*, si parla anche di *grassstop lobbying*, con riferimento ai tentativi di influenzare l'opinione pubblica e i legislatori da parte di personaggi famosi e *opinion-maker*, o anche da parte dei *community organizers*, animatori professionali di gruppi di partecipazione politica e di mobilitazione della società civile.

della giustizia costituzionale, in direzione di una possibile maggiore regolamentazione. Ma mentre a livello dei singoli Stati sono state approvate leggi che limitano il *grassroots lobbying*²⁶⁴, a livello federale l'LDA non si occupa di questa pratica, e i lavori parlamentari sono inequivoci nell'indurre ad escludere che essa possa essere fatta rientrare in via interpretativa nella definizione di *lobbying contact* o di *lobbying activity*.²⁶⁵ Il principale tentativo di introdurre una regolamentazione è stato quindi fin qui proprio la *Section 220* del progetto S. 2349 del 110° Congresso, che si proponeva di introdurre obblighi di trasparenza sulla provenienza dei fondi per campagne di *grassroots lobbying*. Ma anche tale tentativo andò ben presto in fumo.

2. Le nuove regole stabilite sotto l'Amministrazione Obama

Se a livello legislativo le riforme proposte non hanno avuto fortuna, negli ultimi anni, e in particolare nella fase iniziale dell'Amministrazione Obama, diverse altre restrizioni all'attività di *lobbying* sono state effettivamente introdotte. In verità, alcune iniziative che menzionerò sono di carattere prevalentemente politico e non strettamente giuridico, ma meritano di essere comunque segnalate perché danno il segno del posto che il tema occupa sull'agenda dell'attuale Presidente Obama, e dell'atteggiamento suo e dei suoi collaboratori nei confronti di questo fenomeno.

Nel dibattito pubblico americano degli ultimi anni ci si è interrogati con crescente insistenza circa le possibili degenerazioni di questa attività, manifestatesi in modo particolarmente eclatante in alcuni scandali che hanno sollevato grande clamore mediatico²⁶⁶; è così divenuta esercizio comune la riflessione sui confini spesso incerti tra legittima opera di convincimento e illecita elargizione di favori per il decisore che si vuole convincere, sfociata, in casi come quelli richiamati, in autentica corruzione.

In particolare, ha acquistato un notevole favore la tesi che vede nel *lobbying* un fenomeno oscuro, pericoloso per la democrazia, perché capace di influenzarne le decisioni

²⁶⁴Un recente studio ha contato 36 Stati in cui il *grassroots* viene in vario modo limitato: J. Milyo, *Mowing Down the Grassroots. How Grassroots Lobbying Disclosure Suppresses Political Participation*, http://ij.org/images/pdf_folder/washington/mowing_down_the-grassroots.pdf. Uno degli Stati in cui la regolamentazione è più pervasiva è quello di Washington, dove in effetti è stata recentemente iniziata una causa per contestare la legittimità costituzionale dei gravosi obblighi di *disclosure* previsti dalla legge di quello Stato.

²⁶⁵Il fatto che la legge non si occupasse di *grassroots* fu anzi una condizione determinante per la sua adozione, come emerge appunto in modo espresso dai dibattiti alla Camera: cfr. T.M. Susman, *History*, cit., 31.

²⁶⁶Il caso più clamoroso è stato probabilmente quello di Jack Abramoff, in precedenza uno dei lobbisti di maggior successo, e in seguito condannato alla reclusione per frode ai propri clienti (in particolare delle tribù indiane che gestivano dei casinò, da cui Abramoff riceveva compensi astronomici per la sua attività di *lobbying*), e corruzione. Per un resoconto giornalistico di questo ed altri casi, v. R. Kaiser, *So Damn Much Money*, 3-24.

spesso tramite la forza del denaro, più che dei buoni argomenti. E ha guadagnato consenso l'opinione che considera necessario un intervento legislativo che limiti in modo drastico la capacità d'influenza sulle decisioni pubbliche da parte dei portatori di interessi, esercitata per il tramite dei lobbisti.

Lo stesso Barack Obama, allora (per la prima volta) candidato alla presidenza, fece in qualche modo eco a questa corrente di pensiero, dichiarando che non avrebbe accettato contributi elettorali da lobbisti per la propria campagna (come ho accennato, uno dei modi in cui i lobbisti acquisiscono influenza presso un uomo politico è quello di organizzare eventi di raccolta di fondi – c.d. *fundraisers* – a sostegno della sua campagna elettorale quando egli è candidato, oltre appunto a versargli direttamente somme di denaro di tasca propria).

Durante tutta la campagna presidenziale del 2008, Obama ha sostenuto a più riprese la necessità di ridurre l'influenza degli *special interests* (cioè gli interessi di parte, privati) sulla politica americana, tornando a far prevalere l'interesse generale. Egli ne ha fatto un tema centrale del proprio programma, e la promessa di riportare trasparenza a Washington è stata probabilmente uno degli elementi che più hanno giocato a favore della sua elezione²⁶⁷.

Peraltro, questo dato si è intrecciato con un altro molto significativo verificatosi nella campagna presidenziale del 2008, che ha degli stretti risvolti con ciò di cui tratterò in questa sede, ovvero le inusuali scelte dei candidati Obama, democratico, e McCain, repubblicano. In effetti, la legislazione elettorale per le campagne presidenziali impone ai candidati di scegliere: se vogliono godere del finanziamento pubblico, devono rinunciare a raccogliere fondi dai privati, e viceversa, cioè se vogliono raccogliere fondi privati debbono rinunciare al finanziamento pubblico²⁶⁸.

Mentre il repubblicano McCain si avvale del finanziamento pubblico, la scelta opposta fu compiuta proprio dal democratico Obama, il quale, confidando nella propria capacità di raccogliere molti fondi da donatori privati, rinunciò al finanziamento pubblico, affidandosi così interamente all'apporto dei propri sostenitori: fra questi, vi è stato certamente un amplissimo numero di cittadini comuni che hanno donato cifre contenute, ma vi sono stati anche diversi grandi donatori, il che si pone in una certa potenziale tensione con la ferma volontà di Obama di porre un limite all'afflusso di denaro nella politica, specialmente da parte di grandi donatori singoli. Va infatti osservato che l'essere riuscito a raccogliere così tanto denaro per finanziare la sua campagna è unanimemente considerato uno degli elementi che più hanno aiutato la sua vittoria: in presenza di limiti più stretti, sulla falsariga di quelli da lui stesso invocati, forse Obama non sarebbe riuscito a vincere, o comunque la sua vittoria sarebbe stata più difficile.

In ogni caso, come dirò tra un momento, Obama, una volta eletto, fu chiamato ad onorare la promessa di riportare trasparenza nella politica della capitale, e così – come vedremo nel dettaglio – tra i suoi primissimi atti compiuti dopo il giuramento vi furono alcuni provvedimenti in questa direzione. La lotta contro gli interessi di parte fu in effetti perseguita da Obama proprio tramite la lotta contro i lobbisti, che sono coloro che danno voce a questi

²⁶⁷ Assai più diffusamente sull'elezione di Obama, v. M.A. Rogoff, *Riflessioni sul sistema elettorale presidenziale statunitense e sull'elezione presidenziale del 4 novembre 2008*, in E. Palici di Suni (a cura di), *La presidenza Obama*, cit., 11-59; cfr. anche E. Jones, S. Vassallo (a cura di), *L'America di Obama. Le elezioni del 2008 e le implicazioni per l'Europa*, il Mulino, Bologna, 2010.

²⁶⁸ V. diffusamente M.A. Rogoff, *Riflessioni*, cit., 34 ss..

interessi e spingono perché Amministrazione e Congresso adottino politiche a favore dei vari gruppi di pressione che essi rispettivamente rappresentano, colpevolmente disinteressandosi, a detta del candidato e poi Presidente Obama, dell'interesse collettivo.

Quando però dai proclami della campagna elettorale si passò appunto ai primi fatti, Obama si scontrò con due grossi ostacoli, che lo richiamarono alla dura realtà: da un lato, egli riuscì ad esercitare la propria influenza soprattutto sull'Amministrazione e sulle agenzie direttamente dipendenti da quest'ultima, mentre gli fu assai più arduo condurre il Congresso ad adottare le pratiche da lui auspiccate. Per quanto forte fosse la sua *leadership* (ed era particolarmente forte all'inizio del suo mandato, che conobbe un'assai significativa "luna di miele" con l'elettorato), comunque si confermò ancora una volta quanto netta rimanga la separazione dei poteri nel sistema costituzionale americano.

In effetti, anche un Presidente che, come Obama, poteva vantare un grande successo elettorale e un forte consenso popolare nei primi mesi di attività, incontrò forti resistenze quando cercò di convincere il Congresso ad adottare leggi che gli permettessero di mettere in atto il suo programma: il Congresso si confermò geloso custode della propria indipendenza e restio a mettere in atto le linee di condotta fatte proprie da un altro organo del governo, senza prima incidere significativamente sulla loro concreta formulazione.

Peraltro, la vicenda dei tentativi (già intrapresi da precedenti maggioranze, anche di diverso colore politico), di limitare l'influenza del *lobbying*, e di uno dei suoi strumenti d'azione principali, il finanziamento delle campagne elettorali, così come suggerisce riflessioni di questo tipo sulla forma di governo, ha finito col dare origine ad uno scontro aperto tra l'attuale Presidente e la Corte Suprema federale: infatti, la sentenza emanata da quest'ultima nel gennaio 2010 nel caso *Citizens United*, su cui v. diffusamente al Capitolo III, dichiarò illegittime disposizioni adottate da maggioranze precedenti all'attuale, ma che il Presidente difendeva con convinzione, ed egli criticò pertanto molto pesantemente tale pronuncia.

Si contrappongono, in effetti, in modo assai evidente, due visioni molto diverse, una – fatta propria dall'attuale maggioranza conservatrice dei giudici della Corte Suprema – che predilige la compresenza di interessi diversi e il reciproco scontrarsi e limitarsi degli uni con gli altri, e l'altra – incarnata da Obama – che teme che questo finisca col danneggiare l'interesse generale; l'una che non crede neppure all'esistenza di un unico, oggettivo interesse collettivo univocamente determinabile, l'altra che viceversa ci crede e vede come una minaccia ad esso i tentativi di affermazione degli interessi particolari, ma si trova di fronte il cruciale problema della compatibilità di discipline che limitino l'attività di *lobbying* con il Primo Emendamento.

In ogni caso, il primo atto da ricordare dell'allora candidato alla presidenza Barack Obama fu non accettare contributi per la propria campagna elettorale da parte di lobbisti registrati (secondo quanto promesso in avvio di campagna). Il secondo è relativo al periodo in cui Obama era *President Elect*, cioè aveva vinto le elezioni di novembre 2009 ma non era ancora entrato in carica: egli in questo frangente si stava occupando di selezionare un gran numero di persone da nominare nella sua futura Amministrazione, e per scremare i candidati, i suoi collaboratori diffusero un questionario per conoscere una serie di informazioni rilevanti. Una delle prime domande era proprio volta significativamente ad avere informazioni circa l'eventuale precedente attività di *lobbying* svolta dal candidato o dal suo coniuge, a testimonianza della particolare attenzione rivolta al tema.

Il Presidente Obama emanò poi il 21 gennaio 2009, addirittura il primo giorno di lavoro effettivo della sua presidenza, cinque provvedimenti (due *Executive Orders* e tre *Presidential Memoranda*). Degli *Executive Orders*, quello che ci interessa in questa sede è quello intitolato

*Ethics Commitments by Executive Branch Personnel*²⁶⁹, con cui sono state introdotte una serie di regole di condotta per il personale alle dipendenze dell'Amministrazione, considerando espressamente anche i loro rapporti con lobbisti registrati.

In particolare, questo *Order* stabilisce che tutti coloro che vengano nominati per una posizione in un'agenzia dipendente dall'esecutivo debbano rendere una dichiarazione (*Ethics Pledge*) in cui si assumano una serie di impegni. Oltre a quello di non accettare regali (*gifts*)²⁷⁰ da lobbisti registrati o da persone giuridiche che praticino il *lobbying*, i più significativi sono quelli relativi alla c.d. *revolving door*, e in particolare: l'impegno a non occuparsi per due anni di materie che coinvolgano specifici soggetti direttamente e significativamente collegati ai propri precedenti datore di lavoro o clienti; se sono stati registrati come lobbisti nei due anni precedenti la nomina, l'impegno specifico per due anni a non: a) occuparsi di alcuna materia in cui hanno svolto attività di *lobbying* nei due anni precedenti; b) occuparsi della specifica area tematica in cui ricade quella particolare materia; o c) cercare o accettare un lavoro con alcuna agenzia dipendente dall'esecutivo che essi hanno fatto oggetto di attività di *lobbying* nei due anni precedenti la data della nomina; o ancora l'impegno, in caso di cessazione dall'incarico presso l'Amministrazione, a non intraprendere attività di *lobbying* nei confronti di alcun funzionario dipendente dall'esecutivo per tutta la durata restante della legislatura.

Quanto ai *Memoranda*, rivolti agli *Heads of Executive Departments and Agencies*, sono da ricordare quello intitolato *Freedom of Information Act*²⁷¹, in cui il Presidente impartiva l'obbligo a tutte le agenzie e i dipartimenti governativi di adottare una «*presumption of disclosure*», cioè – nel dubbio se rendere o meno pubblica una determinata informazione relativa al governo – propendere sempre per la pubblicazione²⁷², nonché quello su *Transparency and Open Government*²⁷³, in cui si incaricava l'*Office of Management and Budget* (OMB) dell'*Executive Office* del Presidente di emanare una *Open Government Directive*, anch'essa un provvedimento volto a perseguire i principi di trasparenza,

²⁶⁹<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/ethics-commitments-executive-branch-personnel>.

L'altro *Executive Order* era invece relativo ai *Presidential Records* e non riguarda da vicino il tema trattato.

²⁷⁰Per stabilire che cosa debba essere inteso come *gift*, la sezione 2 dell'*Order* rinvia alla definizione di cui alla sezione 2635.203(b) del titolo 5 del *Code of Federal Regulations*. Per quel che qui rileva, basti ricordare che secondo questa disposizione, «*gift includes any gratuity, favor, discount, entertainment, hospitality, loan, forbearance, or other item having monetary value*».

²⁷¹http://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct/.

²⁷²Tale *memo* è stato seguito da un ulteriore *memo* sulla stessa materia il 16 marzo 2010, in cui il Presidente – tramite i suoi consiglieri Rahm Emanuel e Bob Bauer – diede disposizioni per una più effettiva applicazione di questa *presumption of disclosure* prescritta a gennaio 2009. V. anche, precedentemente, il *memo* dell'*Attorney General* Eric Holder sullo stesso tema, del 19 marzo 2009: <http://www.justice.gov/ag/foia-memo-march2009.pdf>.

²⁷³<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>.

partecipazione e collaborazione nell'azione di governo²⁷⁴ (non riguarda invece il nostro tema il *Presidential Memorandum Regarding Pay Freeze*).

Un altro importante intervento dell'Amministrazione Obama fu rappresentato dall'emanazione, il 20 marzo 2009, di un nuovo *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, intitolato *Ensuring Responsible Spending of Recovery Act Funds*²⁷⁵. Questo *memo* fu adottato a seguito dell'approvazione dell'*American Recovery and Reinvestment Act of 2009* (ARRA, o *Recovery Act*)²⁷⁶, ovvero il c.d. *stimulus package*, la legge approvata dal Congresso nel pieno della crisi finanziaria del 2009 per stimolare l'economia.

Tale legge prevedeva lo stanziamento di una quantità elevatissima di risorse pubbliche (circa 800 miliardi di dollari) per una serie di obiettivi di massima, ma la decisione sul modo in cui in concreto impiegare questa cifra, cioè su quali progetti finanziare poi nello specifico, veniva necessariamente demandata alle varie agenzie federali.

Il timore dell'Amministrazione Obama era però che questa seconda fase amministrativa, decisiva nella sua ottica perché lo *stimulus package* potesse sortire gli effetti desiderati, venisse influenzata in modo distorto dall'attività di *lobbying* che sarebbe stata certamente subito intrapresa da numerosi gruppi d'interesse, desiderosi di aggiudicarsi una quota il più ampia possibile di una così ricca disponibilità di spesa pubblica.

Con l'obiettivo di allocare i fondi del *Recovery Act* sulla base di criteri soltanto di merito, evitando così che una "*improper influence or pressure*" dei lobbisti conducesse a finanziare "*imprudent projects*", il Presidente Obama emanò il *memo* in questione²⁷⁷; in particolare, la *Section 3 (Ensuring Transparency of Registered Lobbyists Communications)* stabilì sostanzialmente il divieto di comunicazioni orali tra lobbisti registrati²⁷⁸ e personale dell'Amministrazione in merito a specifici progetti o richieste o a specifici presentatori di richieste di finanziamento²⁷⁹, per tutti i fondi messi a disposizione dal *Recovery Act*: qualunque comunicazione intercorrente tra di essi al riguardo doveva quindi avvenire per

²⁷⁴La *Directive* in questione è la M-10-06 e fu emanata l'8 dicembre 2009; il testo è disponibile su http://www.whitehouse.gov/omb/assets/memoranda_2010/m10-06.pdf.

²⁷⁵*Federal Register*, Vol. 74, No. 56, March 25, 2009.

²⁷⁶Pub. L. 111-5, Feb. 17, 2009, 123 Stat. 115.

²⁷⁷Egli inoltre diede parallelamente vita ai siti internet Recovery.gov e USAspending.gov con l'obiettivo di fornire la massima informazione possibile al pubblico sull'impiego dei fondi pubblici, e in particolare – con il primo – su quelli legati agli interventi di contrasto alla crisi economica.

²⁷⁸Sulla base del *Lobbying Disclosure Act*, quindi sulla base del diritto federale, mentre non sono compresi i lobbisti registrati solo sulla base di normative dei singoli Stati.

²⁷⁹Restavano espressamente esclusi da questo divieto le comunicazioni su temi *generali* relativi al *Recovery Act* (delle quali comunque il funzionario pubblico doveva comunque dar conto entro brevissimo tempo su internet).

iscritto, ed essere poi pubblicata sul sito della relativa agenzia o ente pubblico (il *memo* fu poi seguito da un ulteriore *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, contenente l'*Interim Guidance Regarding Communications With Registered Lobbyists About Recovery Act Funds*²⁸⁰, emanato il 7 aprile 2009 dall'OMB, e contenente le prime linee guida provvisorie per l'applicazione del *memo* di Obama del 20 marzo 2009).

Tali disposizioni sollevarono molte critiche da parte della comunità dei lobbisti, argomentate sulla base di considerazioni squisitamente di diritto costituzionale, e in particolare attinenti al Primo Emendamento²⁸¹. Nello specifico, i lobbisti contestavano la lesione del loro «*right to petition the government*», considerando le restrizioni eccessivamente gravose, tanto più che esse non valevano per soggetti diversi dai lobbisti registrati secondo le regole di diritto federale, così irragionevolmente distinguendo tra questi ultimi e soggetti – come lobbisti registrati secondo il diritto statale, ex lobbisti ancora attivi ma non più registrati, avvocati, o altri soggetti ancora – che potevano esercitare un'analogha influenza, ma venivano esclusi dall'ambito di applicazione di regole così rigide.

In secondo luogo, i lobbisti lamentavano l'irragionevolezza della scelta di applicare una simile restrizione al solo *Recovery Act*, pur alla luce dell'entità assolutamente eccezionale della somma di denaro da esso stanziata e quindi della particolare esigenza di attribuzione di tali fondi in modo oculato e “meritocratico”. I lobbisti obiettavano infatti che, o le regole restrittive venivano estese in via generale, ma lo vietava il Primo Emendamento, oppure limitarle ad una singola legge, per quanto di natura del tutto eccezionale, era una scelta irragionevole²⁸².

L'Amministrazione Obama accolse parzialmente il primo ordine di considerazioni, attenuando in qualche misura il regime delle prescrizioni introdotte a marzo 2009. Con un nuovo *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, l'OMB emanò il 24 luglio 2009 l'*Updated Guidance Regarding Communications With Registered Lobbyists About Recovery Act Funds*²⁸³. In questo nuovo *memo* l'OMB “chiari” (“*clarified*”) la portata del precedente documento del 7 aprile, in realtà apportando alcune significative innovazioni.

In particolare, il nuovo *memo* del 24 luglio 2009 limitò il divieto di conversazioni orali su progetti specifici relativi al *Recovery Act* al solo caso di richieste di finanziamento già presentate, nel periodo tra la domanda di finanziamento e l'attribuzione dei relativi fondi,

²⁸⁰M-09-16, disponibile su http://www.whitehouse.gov/omb/assets/memoranda_fy2009/m-09-16.pdf.

²⁸¹Per uno studio dei dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalle nuove misure dell'Amministrazione Obama, v. M. Steth, *The Scarlet "L": Lobbying Reform and the First Amendment*, in *Legislation and Policy Brief*: Vol. 2: Iss. 1, Article 1 (2010).

²⁸²Per un quadro delle opinioni in campo, http://www.usatoday.com/news/washington/2009-03-27-obama-lobbyists_N.htm. V. anche, se pur solo per un accenno al tema, W. Luneburg, *Administration and Enforcement*, cit., 191.

²⁸³M-09-24, disponibile su http://www.whitehouse.gov/omb/assets/memoranda_fy2009/m09-24.pdf.

consentendo quindi nuovamente le conversazioni orali (di persona o telefoniche) su progetti specifici, purché effettuate prima della formale presentazione della relativa domanda (o dopo l'assegnazione dei relativi fondi).

Inoltre, fu in parte eliminato il trattamento più sfavorevole per i lobbisti registrati sulla base del diritto federale. Infatti, nel periodo in cui una domanda di concessione di fondi stanziati dal *Recovery Act* è pendente, ai funzionari pubblici è vietato discuterne con chiunque, quindi non solo con lobbisti federali registrati: in questo modo, fu eliminata una differenza di trattamento tra lobbisti federali registrati e altri soggetti.

Tuttavia, rimase un trattamento differenziato nei confronti dei lobbisti: per quanto riguarda le conversazioni orali (su progetti per cui non è pendente domanda), se la comunicazione proviene da un lobbista federale registrato, il funzionario pubblico ha l'obbligo di curare che entro tre giorni la notizia di quella conversazione e una breve descrizione del suo contenuto vengano immediatamente pubblicate sul sito dell'ente per cui lavora; quanto alle comunicazioni scritte relative a progetti specifici, sia che sia pendente la relativa domanda di fondi sia che non lo sia, se esse provengono da lobbisti federali registrati, il funzionario ha l'obbligo di inoltrarla via email al suo responsabile, così che essa sia pubblicata sul sito dell'ente entro tre giorni.

Da ultimo su questo punto, va ricordato che il 10 settembre 2009 il Dipartimento del Tesoro emanò regole analoghe a quelle appena viste, in materia di assegnazione dei fondi stanziati dall'*Emergency Economic Stabilization Act* (EESA)²⁸⁴.

Infine, l'Amministrazione Obama si segnalò, sempre nella prima fase del suo operato, per due ulteriori interventi, ancora una volta esplicitamente motivati con la volontà di garantire maggior trasparenza all'azione di governo. Il primo fu quello di pubblicare la lista di tutte le persone che si recano alla Casa Bianca, in modo da informare il pubblico su chiunque si sia recato dal Presidente, cosicché il pubblico ne possa trarre le conseguenze del caso²⁸⁵. Il secondo fu, il 23 settembre 2009, l'annuncio di non voler più nominare o rinominare lobbisti registrati secondo il diritto federale presso gli *advisory boards* e le *commissions* delle agenzie governative²⁸⁶, così da eliminare quello che l'Amministrazione riteneva un indebito vantaggio di cui molti lobbisti godevano, e che dava loro la possibilità di influenzare le decisioni dell'amministrazione pubblica dall'interno.

In particolare, quest'ultima decisione fu vivamente contestata dalla comunità dei lobbisti²⁸⁷, in parte con argomenti di carattere costituzionale. Ad esempio, l'*American League of Lobbyists* (ALL) sostenne in una lettera aperta del 28 ottobre 2009²⁸⁸ che questa decisione avrebbe finito col punire i lobbisti con una regola retroattiva, cioè per aver scelto una

²⁸⁴Il testo di queste regole è disponibile su <http://www.financialstability.gov/docs/Lobbying-Guidelines.pdf>.

²⁸⁵I nominativi in questione sono disponibili su <http://www.whitehouse.gov/briefing-room/disclosures/visitor-records>. Il sito della Casa Bianca specifica espressamente che l'elenco include i "registered lobbyists". La decisione di procedere a questa *voluntary disclosure* è stata dichiarata il 10 settembre 2009, e ha iniziato ad essere realizzata il 30 ottobre 2009, come emerge da questo *post* sul *blog* della Casa Bianca: <http://www.whitehouse.gov/blog/2009/10/30/transparency-you've-never-seen-0>.

²⁸⁶<http://www.whitehouse.gov/blog/Lobbyists-on-Agency-Boards-and-Commissions>.

professione quando ancora queste regole non erano applicabili, in violazione del divieto costituzionale di *ex post facto laws*²⁸⁹. A questo argomento, la Casa Bianca rispose il 9 novembre 2009²⁹⁰ osservando che «*the United States Supreme Court has treated lobbyists differently from other experts and public servants since 1954, when it upheld special restrictions for lobbyists, recognizing that ‘Otherwise, the voice of the people may all too easily be drowned out by the voice of special interest groups seeking favored treatment while masquerading as proponents of the public weal.’ Since then, numerous courts have upheld differential treatment for lobbyists based on the widely-held recognition that their profession poses the potential for risk to the public interest*»²⁹¹.

Da ultimo, si può poi ancora ricordare la decisione presa il 10 marzo 2010 dal *Committee on Appropriations* della House²⁹² (in pratica la commissione che si occupa specificamente di finanziamenti e spese) di non approvare più *earmarks*²⁹³ a favore di soggetti *for-profit*. Tale divieto, però, fu aggirato sin da subito con una certa facilità, grazie alla creazione ad hoc, da parte di enti *for-profit*, di enti *non-profit* da loro interamente controllati, a beneficio dei quali far dirottare gli *earmarks*²⁹⁴.

²⁸⁷In generale, essi fecero osservare le «*unintended consequences*» delle nuove regole restrittive poste dall’Amministrazione, e in particolare l’aver spinto molti lobbisti a cancellarsi dai registri ufficiali, ottenendo così l’effetto opposto a quello desiderato: l’osservazione fu fatta ad esempio da Joel Jankowsky, un partner di uno dei più noti studi di *lobbying* di Washington, Akin Gump Strauss Hauer & Feld: v. <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/2010/03/lobbyists-defend-selves-at-din.php>. Cfr. anche le indagini su questo fenomeno del *Center for Responsive Politics* e di *OMB Watch*, ad es. quella del 30 giugno 2010, dal titolo *The Deregistration Dilemma – Are Lobbyists Quitting the Business as Federal Disclosure Rules Tighten?* (<http://www.opensecrets.org/news/Deregistrationreport.pdf>).

²⁸⁸<http://www.whitehouse.gov/files/documents/10-09-Letter-to-WH-Advisory-Committees.pdf>, v. p. 3.

²⁸⁹Art. I, *Section 9*, per il Congresso federale, e *Section 10* per i singoli Stati.

²⁹⁰<http://www.whitehouse.gov/files/documents/2009/november/ALL-response-letter.pdf>, v. p. 2.

²⁹¹Il riferimento è a *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612 (1954), caso sorto sotto la vigenza del FRLA. Il noto passo citato è a p. 625.

²⁹²http://appropriations.house.gov/images/stories/pdf/2010_Earmark_Reforms_Release-3.10.2010.pdf.

²⁹³Sulla nozione di *earmarks*, v. *supra*, cap. III, § 2.

²⁹⁴Come riferiscono E. Lipton, R. Nixon, *Companies Find Ways to Bypass Ban on Earmarks*, in *New York Times*, 5 luglio 2010, A1.

In conclusione, merita comunque dar conto di un interessante reportage che fu pubblicato sul *New York Times* a distanza di non molto tempo dall'introduzione delle regole ora descritte²⁹⁵, in cui si dava conto di come gli stessi funzionari dell'Amministrazione abbiano da subito cercato delle scappatoie tra divieti vecchi e nuovi per continuare ad incontrare i lobbisti senza incorrere in sanzioni: così, sono stati immediatamente numerosissimi gli incontri tra lobbisti e funzionari della Casa Bianca nei caffè giusto di fronte alla residenza presidenziale, così da evitare gli obblighi di pubblicità previsti per gli incontri che si svolgono negli uffici all'interno; ma pare che presso diversi funzionari si fosse diffuso anche l'uso di indirizzi di posta elettronica privati in luogo di quelli ufficiali, o ancora che l'Amministrazione stessa avesse fatto molte eccezioni alle restrizioni da essa stessa poste, nominando più di venti lobbisti a incarichi politici, o addirittura che avesse consigliato a dei candidati a delle posizioni di lavoro presso di essa di deregistrarsi come lobbisti, così da aggirare i vincoli evidentemente troppo stretti che si era data per le assunzioni; o ancora, nei registri delle visite di lobbisti alla Casa Bianca, spesso come soggetto ospitante non compariva l'effettivo funzionario responsabile, ma un assistente amministrativo che organizzava formalmente l'incontro.

²⁹⁵E. Lichtblau, *Across Street From the White House, Coffee and a Chat With Lobbyists*, in *New York Times*, 25 giugno 2010, A18.

Capitolo VI. IL LOBBYING NEGLI USA COME ESPRESSIONE DI LIBERTÀ INDIVIDUALE

SOMMARIO: 1. Il *lobbying* (e il finanziamento elettorale) come diritto individuale, nel quadro della *First Amendment jurisprudence* e della storia di questa disposizione 2. «*Sunlight is [...] the best disinfectant*»: l'importanza della disclosure nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione americana sul *lobbying* (e sul finanziamento elettorale).

1. Il lobbying (e il finanziamento elettorale) come diritto individuale, nel quadro della First Amendment jurisprudence e della storia di questa disposizione

L'analisi svolta nel corso dei Capitoli precedenti consente di trarre alcune conclusioni sul modo in cui il *lobbying* viene inteso nel diritto costituzionale americano, e su quali siano di conseguenza i confini entro i quali si può muovere la disciplina di questa attività.

Iniziando dal primo punto, la caratteristica essenziale del *lobbying* in terra americana è che esso è stato ricostruito concettualmente dalla giurisprudenza costituzionale come una forma di manifestazione del pensiero, nella fattispecie una forma di espressione volta a convincere un decisore pubblico. Come si è visto, infatti, il diritto di rivolgere petizioni al governo, presente in svariate altre Costituzioni, negli Stati Uniti è stato ricompreso nell'alveo del Primo Emendamento, che protegge in via generale la libertà di espressione o *free speech*, ed è stato interpretato come comprensivo di quella specifica attività che definiamo *lobbying*.

Questo percorso argomentativo fa sì che la protezione accordata al *lobbying*, tramite la clausola costituzionale sul diritto di petizione, sia quella che viene garantita alle altre libertà del Primo Emendamento, e in particolare alla *freedom of speech*. Come evidenziato dalla stessa collocazione in apertura del *Bill of Rights*, la libertà di parola gode infatti negli Stati Uniti di una protezione estremamente forte, che la porta a prevalere nel bilanciamento con altri principi costituzionali.

Ciò è dovuto in massimo grado a una serie di ragioni storiche, che hanno a che fare con le origini costituzionali dell'ordinamento americano e con il modo in cui si arrivò al *Bill of Rights*. Al riguardo, merita ricordare il pensiero di uno dei maggiori costituzionalisti americani viventi, grande studioso del Primo Emendamento e della sua storia, ovvero Akhil Reed Amar. In un suo scritto²⁹⁶, presentato per la prima volta nel corso di un'importante lezione da lui tenuta nel 2009²⁹⁷, Amar espone la sua tesi secondo cui la costituzione americana proteggeva la libertà di espressione anche prima del Primo Emendamento. Vale la pena ripercorrere passo passo la sua argomentazione.

Amar prende le mosse dall'analisi degli argomenti tradizionali elaborati nel pensiero filosofico-giuridico statunitense per fondare un'amplissima tutela della libertà di parola. Tali

²⁹⁶A.R. Amar, *How America's Constitution Affirmed Freedom of Speech Even Before the First Amendment*, disponibile su http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1786&context=fss_papers.

²⁹⁷Di cui diedi conto nel mio *La libertà di espressione negli Stati Uniti d'America*, *Riv. trim. dir. pub.* 2010(2), 607, lavoro di cui ho ripreso ampie parti in questo paragrafo.

argomenti sono in particolare: l'analisi della giurisprudenza; la struttura del testo costituzionale; la sua storia; il dato testuale.

Quanto ai precedenti giurisprudenziali, essi forniscono certamente una forte base alla libertà di parola, in particolare in materia politica, cioè con riferimento al diritto costituzionale di criticare il governo, anche quando ciò si traduca in veementi invettive o in discorsi non accurati nell'aderenza ai fatti: questo principio fu affermato nel modo più deciso nel celeberrimo caso *New York Times v. Sullivan*²⁹⁸, in cui la Corte Suprema sostenne l'esistenza di un «*profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials*»: addirittura, tale principio può valere in caso di affermazioni false frutto di colpevole negligenza, tanta è l'importanza di consentire ai cittadini la più ampia critica possibile del governo. In un altro caso, *Brandenburg v. Ohio*²⁹⁹, la Corte giunse a considerare protetta dal Primo Emendamento perfino la pubblica difesa di un atto di violenza illegale, non considerandola punibile salvo soltanto il caso in cui «*such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*».

Amar osserva però che, se oggi certamente la giurisprudenza è consolidata nel senso descritto (e la sequenza di casi in materia di finanziamento elettorale di cui ho dato conto al Capitolo III è estremamente significativa in tal senso), in realtà risale solo al 1925 il primo caso in cui la Corte affermò che le garanzie del Primo Emendamento si applicavano non solo a livello federale, ma anche a livello dei singoli stati, per il tramite della clausola del “*due process*” nel Quattordicesimo Emendamento (il riferimento è a *Gitlow v. People of State of New York*³⁰⁰). Nei primi decenni del XX secolo, inoltre, la Corte aveva considerato legittime alcune forme di penetrante censura da parte del governo e di soppressione della libertà di parola dei cittadini. Occorre quindi considerare anche gli altri argomenti.

Quello relativo alla struttura del sistema costituzionale statunitense è che le elezioni non sarebbero più libere, e il popolo non sarebbe più sovrano, se gli eletti avessero la possibilità di mettersi al riparo dalle critiche degli sfidanti, approvando leggi che ne limitino la libertà di critica. Perciò gli eletti non hanno alcun potere di imporre ai cittadini cosa (non) dire o cosa (non) pensare in materia politica.

Quanto all'argomento storico, esso fa riferimento al dibattito sulla ratifica della Costituzione federale, in cui molti fautori della ratifica del nuovo testo da parte delle tredici colonie (i cd. federalisti) tentarono di rassicurare gli oppositori (gli anti-federalisti) insistendo sul fatto che il nuovo governo federale non avrebbe avuto alcun potere espresso, applicabile in via generale, di censurare o fornire autorizzazioni alla stampa. E pochi anni dopo, quando era ormai stato approvato il *Bill of Rights*, contenente appunto come prima disposizione il Primo Emendamento a garanzia della libertà di parola e di stampa, James Madison, padre della patria americano e coautore del *Federalist* con Hamilton e Jay, ne spiegò il principio sottostante in questi termini: nella forma di governo degli Stati Uniti, fondata sulla sovranità

²⁹⁸376 U.S. 254 (1964).

²⁹⁹395 U.S. 444 (1969).

³⁰⁰268 U.S. 652 (1925).

popolare, «*the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people*».

Infine, anche la lettera del testo costituzionale è particolarmente significativa, dal momento che esso fornisce espressa protezione alla libertà di “parola” (*speech*). Amar osserva che l’uso del termine “speech” è particolarmente significativo, dal momento che esso figurava già nel testo originario della Costituzione, all’Articolo I, Sezione 6, nella clausola che tutela «*any Speech or Debate in either House*». In questa prospettiva, prosegue il ragionamento di Amar, si nota come la “libertà di parola” del Primo Emendamento abbia anch’essa al centro il discorso politico: è uno strumento per ricordare che negli Stati Uniti il sovrano è il popolo, non il Congresso. Il più alto Parlamento degli Usa – il più autorevole luogo di discussione – si estende oltre i muri del Campidoglio. In base alla clausola dello “*Speech and Debate*”, i membri del Congresso possono criticare i propri avversari politici rimanendo liberi da censure provenienti dall’esterno; simmetricamente, in base all’altra clausola della Costituzione sulla libertà di espressione (il Primo Emendamento), i loro avversari possono criticare gli attuali *Congressmen* liberi da censura proveniente da dentro il Congresso. Questa ampia simmetria è la profonda intuizione del celebre caso, già ricordato, *New York Times v. Sullivan*.

Completata questa analisi, Amar considera però un possibile argomento aggiuntivo rispetto a quelli tradizionali, che ha ad oggetto il processo storico in cui la Costituzione fu approvata e stabilita (*enacted*) dal popolo degli Stati Uniti alla fine del diciottesimo secolo: Amar lo definisce “*The Argument from Enactment*”. Il punto di partenza è stata la considerazione di un’“affascinante” parola del Primo Emendamento, che pure non viene quasi mai notata: l’articolo “*the*” (*la* libertà di parola). Similmente a quanto si osserva a proposito del verbo “riconosce” nell’art. 2 della Costituzione italiana, che starebbe ad indicare che i diritti fondamentali, in quanto *riconosciuti* dalla Costituzione, sono ad essa logicamente e storicamente preesistenti, allo stesso modo il Primo Emendamento non pretende di creare un nuovo diritto, ma piuttosto di “riconoscere” (*recognize*) qualcosa di preesistente: apparentemente, quindi, “la” libertà di espressione precede perfino il Primo Emendamento.

Amar si domanda come ciò sia possibile, osservando che in effetti il *common law* inglese del 1700 non riconosceva un ampio diritto per le persone comuni di rimproverare i propri signori sovrani in Parlamento, né le tredici colonie, o perfino i tredici stati nel pieno della Guerra di Rivoluzione, riconoscevano ufficialmente o garantivano di fatto una libertà di espressione così vasta come sarebbe stata riconosciuta in casi successivi, come *Sullivan e Brandenburg*.

Amar ricorda che la Costituzione degli Usa venne alla luce attraverso una serie di approvazioni successive. Nel decisivo anno che seguì la rivelazione del testo di Costituzione proposto dalla Convenzione di Filadelfia, i cittadini su e giù per il continente americano approvarono quella proposta facendola diventare legge, esattamente come i legislatori potrebbero approvare una legge. Proprio come le parole che si trovano nella Costituzione, così le procedure di approvazione che diedero vita al documento sono ricche di significato, e si prestano all’interpretazione. Gli americani nel biennio 1787-88 esercitarono una libertà di espressione «*remarkably robust, wide-open, virtually uninhibited*» nel valutare il testo di Costituzione proposto da coloro che lo avevano redatto a Filadelfia.

La storia del procedimento di approvazione, dunque, rafforza fortemente gli argomenti logici e strutturali a sostegno della libertà costituzionale di manifestazione del pensiero. Di fatto, la Costituzione nacque in una terra inondata di discussioni (“*awash with speech*”), attraverso un processo che abbondava di dialoghi caratterizzati dalla massima libertà, compresi molti discorsi fortemente critici dei governanti e delle istituzioni esistenti, nel contesto di una straordinaria fioritura di «*speeches, addresses, sermons, prayers, toasts*,

encomiums, arguments, counterarguments, harangues, insults, exaggerations, misstatements, accusations, denials, complaints, diatribes, debates, pleas, prophesies, allegories, analyses, opinions, petitions, appeals, assemblies, deliberations, disquisitions, essays, pamphlets, books, treatises, letters, squibs, quips, puns, poems, songs, cartoons». Inoltre, anche se gran parte dei dibattiti si svolsero prima delle convenzioni statali di ratifica, le convenzioni stesse furono luoghi di discussione per eccellenza.

Gli americani, prosegue Amar, compresero la portata di ciò che stavano realizzando mentre la stavano realizzando, «*gioendo della rigogliosa libertà di espressione*» che si manifestava davanti ai loro occhi e orecchie per opera della loro bocca e mani. Ne sono prova alcune significative parole pronunciate dal futuro giudice della Corte Suprema James Wilson: in particolare, all'inizio della convenzione di Filadelfia, Wilson osservò che il potere supremo, assoluto e incontrollabile risiede nel popolo, che possiede il controllo sulle costituzioni, e queste non erano solo regole teoriche: «*We, at this moment, speak and deliberate under their immediate and benign influence*».

In questo modo, il costituzionalismo americano, sia nella teoria sia nella pratica, ruppe bruscamente col costituzionalismo inglese “à la Blackstone”. Infatti, in Inghilterra, era il Parlamento, non i cittadini, ad essere sovrano, e i cittadini non godevano in fatto o in diritto di un'ampia libertà di criticare i titolari delle cariche o il governo nel suo complesso. Come spiegò Blackstone, la libertà di stampa in Inghilterra significava solo che l'attività della stampa era libera da forme di licenza statale e altre forme di restrizioni preventive o di censura precedente alla pubblicazione. Ma nell'Inghilterra della fine del decennio 1780, se uno criticava a mezzo stampa potenti uomini o istituzioni, era esposto – sia in teoria sia in pratica – a sanzioni penali successive alla pubblicazione e ad un obbligo di risarcimento dei danni da responsabilità civile.

In un celebre *pamphlet* composto in Virginia durante l'amministrazione Adams, in cui si contestava duramente la costituzionalità dei famigerati *Aliens and Sedition Acts* del 1798, Madison affermò che andava rispettata la prassi, diffusa probabilmente in ogni stato dell'Unione, per cui la stampa aveva sempre goduto della libertà di passare al vaglio i meriti e le decisioni degli uomini pubblici, senza che essa fosse confinata negli stretti limiti del *common law* inglese: «*On this footing the freedom of the press has stood; on this foundation it yet stands*».

Madison stesso corroborava poi la propria affermazione osservando che, senza una robusta libertà di espressione, forse la Costituzione stessa non sarebbe mai venuta alla luce: se le leggi «che proibivano ogni pubblicazione che potesse ledere la reputazione dei detentori del potere, o che potesse suscitare l'odio delle persone contro gli autori di decisioni ingiuste o dannose, fossero state applicate uniformemente contro la stampa, gli Stati Uniti non languirebbero oggi sotto le debolezze di una Confederazione malferma?». Del resto, nota ancora Amar, non va dimenticato il Nono Emendamento, che stabilisce che non tutti i diritti del popolo necessitano di venire espressamente elencati per godere di effettività giuridica: talvolta, determinati diritti, che il popolo aveva riconosciuto di fatto (*in practice*), erano in questo modo affermati molto meglio di come sarebbe stato possibile fare con qualsivoglia parola.

Amar propone dunque di considerare il riferimento a “*this Constitution*” nel Preambolo come il riferimento non solo a un testo, ma a un “atto” (*deed*), spiegando che questo atto di approvazione e stabilimento fu uno straordinario atto di incorporazione nel nuovo ordinamento della libertà di parola, libertà che fu indissolubilmente legata al processo stesso che portò all'instaurazione del nuovo ordine costituzionale.

In altri termini, Amar chiarisce che la sua tesi non è che la libertà di manifestazione del

pensiero prevalse nei fatti in via generale negli Stati Uniti dopo la fine dell'era coloniale (al contrario, Amar ha ricordato come durante la Rivoluzione americana stessa furono represses delle manifestazioni di pensiero a favore del sovrano inglese, c.d. lealiste), ma piuttosto che l'atto stesso di instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale avvenne all'interno e attraverso un regime di libertà di parola totalmente esente da freni e virtualmente immune da ogni censura.

In conclusione, Amar osserva che il nuovo approccio da lui proposto è in realtà non completamente nuovo, essendo stato già proposto dai citati James Wilson e James Madison: suo intento è soprattutto riportarlo al centro dell'attenzione come merita. Infatti molti cittadini americani associano la libertà di espressione con il Primo Emendamento, ma è utile ricordare il modo in cui quell'Emendamento giunse ad essere approvato: l'originario progetto di Filadelfia non conteneva alcuna garanzia esplicita della libertà di parola dei cittadini, né un modello di *Bill of Rights* simile a quello dei vari *bill of rights* già in vigore in diversi stati.

Nel *Great National Debate* del 1787-88, gli anti-federalisti evidenziarono questo difetto, i federalisti ascoltarono e alcuni di loro ne furono convinti, cosicché iniziò ad emergere un generale consenso attorno all'idea che un *Bill of Rights* dovesse essere aggiunto alla Costituzione, una volta che essa fosse entrata in vigore. Il testo oggi chiamato *Bill of Rights* e la sua parte chiamata *Primo Emendamento* si realizzarono così proprio come risultato dell'epico dibattito nazionale che Amar rievoca tanto sapientemente. Emerge quindi in modo evidentissimo come la garanzia testuale della libertà di parola sorse proprio grazie al fatto che la libertà di parola veniva già praticata nei fatti nelle tredici ex colonie: la realizzazione (*enactment*) testuale – il testo normativo – della libertà di parola nel 1789-91 seguì la realizzazione effettiva – la pratica concreta – della libertà di parola nel 1787-88.

A me pare che questa approfondita ricostruzione permetta di comprendere quanto profonde siano le radici della libertà di espressione e della sua tutela nell'ordinamento costituzionale degli Stati Uniti. In un tale contesto, due attività “moderne”³⁰¹ come il *lobbying* e il finanziamento elettorale fanno davvero tutt'uno: le regole in entrambi i campi sono sempre scritte con il pensiero al Primo Emendamento e ai limiti che esso pone ai tentativi del governo di restringere le libertà da esso protette, foss'anche per le ragioni più condivisibili.

Così, la possibilità di esercitare pressioni su un decisore pubblico e quella di finanziare le campagne elettorali degli aspiranti tali godono di un amplissimo livello di tutela, oltre che per le ricordate ragioni storiche, anche nel quadro di una generale convinzione radicata nella giurisprudenza costituzionale americana che la parola, finché resta tale, non possa essenzialmente nuocere a nessuno, e che quindi non possa essere limitata l'opera di tentato convincimento di altre persone, siano esse privati cittadini o membri del “governo” (da intendersi sempre in senso lato).

Non è un caso, ad esempio, che gli Stati Uniti siano uno dei pochi ordinamenti al mondo a proteggere l'*hate speech*³⁰², e non è un caso che vi sia stata elaborata una giurisprudenza

³⁰¹È vero che, come ho scritto nell'Introduzione, a mio avviso il *lobbying* esiste da che esiste la politica, ma la politica come la intendiamo oggi esiste da che esiste lo Stato, che è per l'appunto un fenomeno storicamente moderno: v. ampiamente al riguardo L.M. Bassani, A. Mingardi, *Dalla Polis allo Stato. Introduzione alla storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 2015, in particolare cap. 2 (*Lo Stato: la risposta moderna al problema dell'ordine politico*), 35-48.

³⁰²I casi di riferimento sono *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) e *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

estremamente protettiva di forme di espressione anche potenzialmente pericolose per l'ordine pubblico o la sicurezza pubblici. Tra libertà di espressione e esigenza di proteggere l'ordine democratico, anche di fronte a discorsi contrari all'ordine costituito, la Corte Suprema nella gran parte dei casi, e certamente in quelli più importanti³⁰³, ha scelto di proteggere la libertà di parola.

Da questo punto di vista, la libertà di espressione, nel quadro di quella costituzione liberale descritta così sapientemente da Giovanni Bognetti nel primo dei due volumi da lui dedicati all'ordinamento americano³⁰⁴, è vista in potenziale tensione con l'ordine democratico, nel senso che il secondo può rivelarsi uno strumento di repressione della prima.

È quindi fondamentale consentire alle minoranze di esprimersi, anche se ciò comporta il dover tollerare discorsi di odio, intolleranza, o contrarietà all'ordine democratico, perché è troppo importante che le minoranze siano tocquevillianamente protette, e il primo modo per farlo è quello di permettere loro di proteggersi da se stesse, facendo pressioni sull'opinione pubblica e soprattutto sui pubblici decisori per difendere le proprie ragioni.

Il governo, cioè, e in senso più ampio la democrazia, rimangono concepiti dalla giurisprudenza sulla libertà di espressione, all'interno della quale rientra quella esaminata sul *lobbying* e sul finanziamento elettorale, come fonte di potenziali pericoli per la libertà individuale, che va quindi protetta.

Lobbying (insieme al finanziamento della politica) e democrazia sono dunque su due lati opposti per il pensiero costituzionale americano: al di là della questione delle minoranze, la democrazia viene considerata per sua natura come fonte di limiti per le libertà individuali. Pertanto il *lobbying*, insieme alla possibilità di finanziare il proprio candidato preferito, in quanto attività prodromica e strumentale alla protezione di tutte le altre libertà, deve poter essere praticato a propria volta con la più ampia libertà, e dunque con il minor numero di restrizioni possibile.

2. «Sunlight is [...] the best disinfectant»: l'importanza della disclosure nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione americana sul lobbying (e sul finanziamento elettorale)

Alla luce di tutto quanto osservato nel paragrafo precedente, non dovrebbe quindi sorprendere che, nel tentativo di regolamentare il *lobbying*, sia a livello federale che a livello statale, lo sforzo maggiore del legislatore americano si sia focalizzato non tanto sul limitare il fenomeno in sé, quanto piuttosto sul renderlo il più trasparente possibile, dando la possibilità al cittadino-elettore di giudicare l'operato dei suoi rappresentanti.

In effetti la trasparenza (*disclosure*) è l'unica restrizione ammessa in via generale dalla giurisprudenza costituzionale americana sia al *lobbying* sia al finanziamento elettorale. La convinzione, condivisa dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza, è che essa non costituisca in effetti una restrizione, ovvero non sia idonea a limitare la facoltà di svolgere questa pratica con la massima libertà possibile.

³⁰³Cfr. l'approfonditissima analisi in K.M. Sullivan, N. Feldman, *First Amendment Law*, West, St Paul, MN, 2013.

³⁰⁴G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, vol. 1, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino, 1998.

Vi sono per la verità voci discordanti, su tutte quella del giudice della Corte Suprema Clarence Thomas, che ad esempio nel suo *dissent* sul punto in *Citizens United* o in *Doe v. Reed* ha osservato che anche gli obblighi di *disclosure* possono fungere da deterrente all'esercizio di una determinata pratica per chi teme ritorsioni dalla diffusione pubblica di informazioni al riguardo. In altri termini, il fatto che tutti vengano informati sull'impegno profuso in attività di *lobbying*, o sul denaro destinato a sostenere un dato candidato, potrebbe comportare delle ripercussioni negative su chi fa *lobbying* o finanzia una campagna elettorale, e per evitarle potrebbe scegliere di astenersi dal compiere queste attività costituzionalmente protette. Anche la *disclosure*, quindi, secondo Thomas, restringe indebitamente tali attività, e va pertanto ritenuta un limite eccessivo.

La posizione di Thomas rimane però essenzialmente isolata nella Corte Suprema, e pertanto gli obblighi di *disclosure* sono sempre stati ritenuti costituzionalmente legittimi dalla giurisprudenza costituzionale americana, sia in materia di *lobbying* sia di finanziamento elettorale.

Se questo è vero, è vero però altresì che il modo in cui questi obblighi vengono discussi dalla Corte Suprema conferma quanto dicevo al paragrafo precedente circa l'antitesi *lobbying*-democrazia propria del diritto costituzionale americano. In effetti, gli obblighi di *disclosure* vengono sistematicamente ritenuti compatibili con il Primo Emendamento, salve rare eccezioni³⁰⁵, ma essi vengono pur sempre interpretati come espressione di un'esigenza della democrazia di fare luce sul proprio funzionamento.

Nel bilanciamento con la libertà di *lobbying*, i giudici americani ritengono in larga maggioranza che la trasparenza sia un limite tollerabile, ma è pur sempre un limite. Infatti è già di per sé significativo che la questione della sua legittimità, benché poi infine respinta, venga posta all'attenzione dei giudici, e venga posta appunto in questi termini. E i giudici è da questa prospettiva quindi che guardano alla trasparenza, concludendo (salvo Thomas) che sia legittima, ma non mettendo in discussione la premessa argomentativa dei ricorrenti, ovvero che la trasparenza, in quanto funzionale alla democrazia, limita la libertà di *lobbying* e quindi il Primo Emendamento.

Fermo restando questo, la *disclosure* rimane comunque ampiamente legittima, e quindi è ad essa che si ispira fin dal nome la legge americana di disciplina del *lobbying*, così come la spina dorsale delle regole in materia di finanziamento elettorale. A questo proposito, non si può non citare in chiusura il celeberrimo passaggio in cui il futuro giudice della Corte Suprema federale Louis Brandeis, in un articolo del 1913 sull'*Harper's Weekly* intitolato *What Publicity Can Do*³⁰⁶, conio la celeberrima espressione «*Sunlight is said to be the best of disinfectants*», generalmente citata in forma abbreviata come «*Sunlight is the best of disinfectants*», ovvero «la luce del sole è (detta essere) il migliore dei disinfettanti».

La posizione fatta propria da Brandeis, così come da tutti coloro che da allora sino ad oggi si sono richiamati alla sua impostazione, è che la trasparenza sia essenziale a gettare luce su pratiche come quella del *lobbying* e del finanziamento elettorale, viste secondo questa impostazione come fonte di possibile corruzione (in senso atecnico) del processo

³⁰⁵V. come esempio particolarmente significativo il citato caso *NAACP v. Alabama*.

³⁰⁶Il termine *sunlight* è da allora diventato di uso corrente da parte dei sostenitori della necessità di una maggior trasparenza nell'amministrazione; cfr. sul tema <http://sunlightfoundation.com/blog/2009/05/26/brandeis-and-the-history-of-transparency/>.

democratico, e quindi da sottoporre necessariamente al “disinfettante” dell’attenzione dell’opinione pubblica.

Ma quale che sia l’opinione a riguardo di questo orientamento, molto diffuso nel discorso pubblico in materia di *lobbying* sia nella politica sia nei think-tank e nei media, sul piano analitico rimane fermo che, anche secondo i fautori di tale impostazione, il *lobbying* rimane un diritto individuale fondamentale, su cui la Corte Suprema non cambierebbe mai giurisprudenza, almeno nel prevedibile futuro, anche in ipotesi di mutamento di maggioranza ideologica al suo interno: qualunque progetto di legge negli Usa, per quanto fortemente orientato a limitare fenomeni come il *lobbying* e il finanziamento elettorale, per via delle asserite perversioni che possono determinare nel processo democratico, farà sempre necessariamente i conti con la per ora irrevocabile conclusione della giurisprudenza costituzionale che il *lobbying* e (se pur in misura minore) la possibilità di esprimersi tramite il finanziamento o la spesa elettorale sono diritti individuali fondamentali, non comprimibili oltre una certa misura minima.

E ciò, con una piccola ulteriore precisazione: la Corte Suprema è giunta in anni recenti, soprattutto con *Citizens United*, ad estendere la nozione di diritto individuale al finanziamento elettorale anche alle persone giuridiche, ritenendo che i singoli non debbano veder affievolita la protezione dei propri diritti fondamentali per il mero fatto di esercitarli in forma aggregata, come accade per l’appunto con gli enti, che in definitiva non sono altro che raggruppamenti di persone. Questa estensione è assai più contestata, ma anche qualora dovesse venire revocata, per via di un mutamento di giurisprudenza o di un ipotetico emendamento costituzionale, comunque il nocciolo duro dell’impostazione costituzionale americana sul *lobbying* non sembra destinato a mutare in un prevedibile futuro, quali che siano gli sviluppi delle appassionanti vicende ideologiche della Corte Suprema federale.

Capitolo VII. LA DISCIPLINA DEL *LOBBYING* A LIVELLO EUROPEO (UE E CONSIGLIO D'EUROPA): UNO STRUMENTO PER PROMUOVERE LA DEMOCRAZIA

SOMMARIO: 1. Una comparazione asimmetrica (anche sul piano linguistico). – 2. Giurisprudenza Ue. 2.1. L'inesistenza di un diritto a partecipare a un procedimento legislativo in capo a individui e gruppi (e i limitati spazi ad essi disponibili per l'accesso diretto alla giustizia dell'Ue). 2.2. Due casi in cui affiora indirettamente una visione negativa del *lobbying*. 2.3. Il *lobbying* in alcune argomentazioni delle parti (senza risposta sul punto dai giudici europei). 2.4. Il quadro attuale della giurisprudenza dell'Ue. – 3. I primi passi verso una regolamentazione (non vincolante) del *lobbying* nell'Unione europea. 3.1. I primi atti ufficiali sulla rappresentanza di interessi. 3.2. Il libro bianco del 2001 sulla governance europea. 3.3. “Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo”: la comunicazione del 2002. 3.4. La svolta: la *European Transparency Initiative* del 2005. – 4. I Trattati europei, in particolare dopo Lisbona. 4.1. La possibile rivoluzione dell'articolo 11 TUE. 4.2. Il Comitato Economico e Sociale. 4.3. Altre disposizioni. – 5. – La disciplina attuale nell'Unione europea. 5.1. L'accordo interistituzionale del 2014 e i suoi allegati. 5.2. Regole di accesso al Parlamento europeo e codice di condotta per i parlamentari europei. 5.3. Altre norme rilevanti nel Regolamento del Parlamento europeo. 5.4. Il pacchetto “legiferare meglio” della Commissione (2015). 5.5. Lo statuto dei funzionari. 5.6. Le regole sul finanziamento elettorale. – 6. *Lobbying* e finanziamento elettorale nel sistema del Consiglio d'Europa. 6.1. Corte EDU e *lobbying*. 6.2. Corte (e Commissione) EDU e finanziamento elettorale. 6.3. Gli atti di *soft law* del Consiglio d'Europa in materia di *lobbying*. 6.4. Conclusione su gruppi di pressione e sistema CEDU. – 7. Il *lobbying* in Europa come strumento di promozione della democrazia (rappresentativa).

1. Una comparazione asimmetrica (anche sul piano linguistico)

In questo capitolo, considererò la disciplina del *lobbying* all'interno dell'Unione europea nonché i documenti ufficiali delle istituzioni da cui emerge la loro riflessione in senso lato costituzionale sul tema, e analoga indagine sui documenti di *soft-law* condurrò successivamente con riguardo al Consiglio d'Europa.

Considererò entrambi come ordinamenti a sé stanti: certamente il Consiglio d'Europa, ma secondo la tesi che a me pare più convincente anche l'Unione, rimangono organizzazioni sovranazionali, non equiparabili ad un ordinamento federale unitario come quello americano³⁰⁷. Tuttavia, per quanto riguarda l'Unione europea, come ognuno sa, sempre più essa produce diritto in modo unitario e centralizzato, e soprattutto sempre più tende a farlo avvicinandosi progressivamente al modello appunto degli Stati nazionali, un processo la cui ultima, significativa tappa è stato il Trattato di Lisbona (su cui v. più diffusamente al § 4, *infra*).

In questo quadro, sempre maggiore è il peso del *lobbying* sul procedimento di formazione del diritto europeo, e sempre più ampia e articolata è la riflessione teorica su questo fenomeno anche all'interno dell'Ue, sia da parte di giuristi sia da parte di studiosi di altre discipline. Come vedremo, di recente sono anche state introdotte per la prima volta regole comuni sul finanziamento elettorale, avvicinando così ancor più l'ordinamento europeo

³⁰⁷Cfr. T.C. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union* (Hart Publishing, Oxford, Uk, 1999, capitoli 7-9; *Id.*, *The Constitutional Foundations of the European Union* 117 LQR 225 (2001); W. Sadurski, *Democratic Legitimacy of the European Union: A Diagnosis and Some Modest Proposals*, 32 *Polish Yearbook of International Law* 9, 43 (2013).

a quello degli Stati nazionali e in particolare al mio principale oggetto di attenzione, gli Usa.

Ciononostante, rimane evidente sin da un primo sguardo un fondamentale aspetto che differenzia l'Europa dagli Stati Uniti, ed è l'assenza in Europa di una giurisprudenza costituzionale paragonabile a quella che ho analizzata al Capitolo III. Come dirò nel prossimo paragrafo, la Corte di Giustizia ha sempre solo lambito l'argomento, intrattenendosi a lungo quasi esclusivamente sulla questione dello *standing* di associazioni e gruppi di interesse, ovvero sui requisiti per considerare o meno sussistente la legittimazione ad agire, e quindi ammissibile la presenza in giudizio, di enti che agiscono in rappresentanza di interessi collettivi o diffusi, un tema connesso ma diverso, di cui mi occuperò quindi in questa sede solo tangenzialmente, e solo nella misura in cui ha dei riflessi sulla questione del diritto di partecipazione ad un procedimento legislativo.

Non esiste però in alcun modo una giurisprudenza analoga a quella americana: più precisamente, non è avvenuto che i giudici europei abbiano affrontato l'argomento raggiungendo conclusioni diverse rispetto ai loro omologhi d'oltreoceano, bensì la questione del *lobbying* non è proprio mai stata posta loro negli stessi termini con cui è giunta invece davanti alla Corte Suprema americana. Ciò non pare dipendere da una questione di competenze, tanto è vero che anche alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cui pure la questione dell'esistenza o meno di un diritto al *lobbying* avrebbe forse potuto essere posta con maggiore facilità rispetto alla Corte di giustizia, non è mai capitata l'occasione di pronunciarsi in modo diretto sul punto.

Naturalmente, su questa diversità è possibile riflettere, come farò nel Capitolo conclusivo, indagandone le ragioni, ma va tenuto conto del fatto che l'assenza (almeno sino al momento attuale) di un preciso oggetto di confronto rende la comparazione in argomento ancora asimmetrica, nel senso che un *corpus* di giurisprudenza consolidato e articolato come quello americano deve venire confrontato con frammenti sparsi e non coerenti di (poche) pronunce, il che non significa naturalmente che la comparazione non sia possibile, ma semplicemente che essa va condotta con particolare cautela.

Prima d'iniziare l'analisi, però, s'impone ancora una precisazione: non sembra esserci uniformità nell'uso del termine *lobby* (e derivati) presso le corti europee, e il discorso vale in particolare per la Corte di Giustizia dell'Ue, perfino quando si pongono a confronto versioni linguistiche diverse delle medesime sentenze. Ad esempio, nel caso *Mondiet*, era stata posta la questione della legittimità di un regolamento che sarebbe stato adottato «*in funzione, a quanto pare, della pressione di talune multinazionali dell'ecologia, dotate di grandi mezzi finanziari e di lobbies importanti*», che nel testo inglese è detto in modo leggermente diverso: «*as a result apparently of the pressures of certain ecological multinational groups which have large financial resources and take part in extensive lobbying*».

Ancor più significativa è la sentenza *Hortiplant*, dove il termine inglese *lobbying* viene reso in italiano con "intervento" o "intermediazione": nel riferire la posizione della Commissione, il Tribunale si occupa di una fattura oggetto di contestazione che era stata pagata a una determinata società «per il suo intervento a favore del progetto presso i servizi della Commissione: l'intervento» della società in questione (la Cedarcliff) non doveva però considerarsi ammissibile. In inglese, la frase è la seguente: «*for lobbying the Commission on behalf of the project: Cedarcliff's lobbying [...]*». Analogamente, «*lobbying Commission staff on behalf of the project*» diventa «intervento in favore del progetto presso i servizi della Commissione», e «*services which included a third party (Cedarcliff) lobbying Commission staff in favour of the project*» diviene «prestazioni che includevano l'intervento di una impresa terza (la Cedarcliff) in favore del progetto presso i suoi servizi».

Poco più avanti, però, «*none of those documents mentions the engagement of an*

undertaking or a professional to lobby the Commission» viene tradotto con «nessuno di tali documenti farebbe menzione dell'impegno di un'impresa o di un professionista in qualità di intermediario nei confronti della Commissione», per poi tornare a rendere «*they do not include the cost of lobbying services*» con «queste ultime non includano il costo di un intervento», e allo stesso modo «*which according to the applicant included the contested lobbying*» con «che secondo la ricorrente comprenderebbero la contestata attività di intervento», e «*the lobbying in respect of which Cedarcliff submitted an invoice does not therefore fall into that category*» con «un'attività di intervento come quella fatturata dalla società Cedarcliff non può dunque essere ricompresa in tale categoria».

Una traduzione ancora diversa compare in *ABB Asea Brown Boveri c. Commissione*, dove un «*lobbying office in Brussels*» diventa in italiano un «ufficio di rappresentanza», mentre in *Schmidt* si ritorna alla resa con “intervento”: «*the contested decision deprives the third applicant of the opportunity to lobby*» è infatti, nel testo italiano, «per effetto della decisione impugnata, la terza ricorrente perde la possibilità di intervenire».

Questa asimmetria linguistica (che si aggiunge a quella di assai maggiore portata poco sopra descritta), e in particolare la scelta di non impiegare il termine *lobby* o i suoi derivati nei testi italiani, complica leggermente l'analisi, costringendo ad effettuare la ricerca tramite banca dati nella versione inglese, per poi confrontarla in un secondo momento con la corrispondente traduzione italiana (ove disponibile), ma soprattutto è indice di una certa resistenza del pensiero giuridico di lingua italiana ad impiegare il termine, di per sé neutro, di *lobbying*: come nel linguaggio giornalistico, infatti, a quanto pare anche presso i giuristi linguisti delle corti europee sembra prevalere la tendenza ad attribuire al vocabolo un'accezione negativa, ricercando sinonimi e perifrasi. Un fatto, come vedremo, in parte condiviso da altre istituzioni, e che non è privo di implicazioni.

2. Giurisprudenza Ue

2.1. L'INESISTENZA DI UN DIRITTO A PARTECIPARE A UN PROCEDIMENTO LEGISLATIVO IN CAPO A INDIVIDUI E GRUPPI (E I LIMITATI SPAZI AD ESSI DISPONIBILI PER L'ACCESSO DIRETTO ALLA GIUSTIZIA DELL'UE)

Come detto, è sinora mancata in Europa una riflessione della Corte di Giustizia dell'Ue sull'esistenza o meno di un diritto fondamentale al *lobbying* paragonabile all'elaborazione compiuta in terra americana. Ma addirittura, nelle poche occasioni in cui i giudici europei hanno affrontato la questione, hanno concluso che non si possa ravvisare nell'ordinamento europeo un diritto individuale alla partecipazione al procedimento legislativo.

La riflessione europea si è sviluppata soprattutto a partire dalla valutazione dello *standing*, ovvero della facoltà di stare in giudizio di individui ed enti, alla luce della disposizione che, sin dalle origini, prevedeva come requisito necessario per consentire a un soggetto di impugnare un atto comunitario il fatto che questo lo riguardasse “direttamente e

individualmente³⁰⁸. Sin da subito, i giudici europei diedero di questa disposizione un'interpretazione restrittiva³⁰⁹, limitando così le opportunità di accesso diretto alla giustizia europea in capo ai singoli.

Ma il caso fondamentale ai fini della presente indagine è quello che, nel corso degli anni '90, ha opposto delle società tedesche dedite all'importazione di banane da Paesi terzi nella Comunità Europea a Consiglio e Commissione, *Atlanta e a. c. Comunità Europea*, e che intreccia considerazioni relative al generale principio del diritto di difesa con questioni in materia di *standing*.

Le società ricorrenti avevano impugnato le disposizioni di un regolamento del 1993 che avevano istituito un contingente tariffario per le importazioni di banane e la relativa ripartizione, chiedendo altresì la condanna della Comunità europea, in persona del Consiglio e della Commissione, al risarcimento dei danni.

Dopo la declaratoria di irricevibilità della richiesta di annullamento, basata sulla considerazione che non riguardasse le ricorrenti né direttamente né individualmente, il caso era proseguito per l'analisi della richiesta di risarcimento, e qui mi interessa il motivo dei ricorrenti basato su una asserita violazione dei loro diritti di difesa nell'adozione del regolamento contestato.

In particolare, le ricorrenti sostenevano che il diritto di difesa, che secondo la Corte comportava «il diritto di audizione degli interessati nell'ambito di procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni o all'adozione di altre misure (v., ad esempio, sentenza della Corte 17 ottobre 1989, cause riunite C-97/87, C-98/87 e C-99/87, *Dow Chemical Ibérica e a./Commissione*, Racc. pag. 3165, punto 12)», implicava

³⁰⁸Questa disposizione era contenuta inizialmente nell'art. 173, comma 2 del Trattato di Roma, che prevedeva che «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle stesse condizioni, un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente e individualmente». La disposizione fu poi spostata dal Trattato di Maastricht al comma 4 (sempre dell'art. 173, di quello che era divenuto il Trattato CE), ma rimase ancora inalterata, così come mutò soltanto collocazione con il Trattato di Amsterdam, divenendo l'art. 230, comma 4; il testo è stato infine modificato dal Trattato di Lisbona, per cui la disposizione, ora contenuta all'art. 263, comma 4, attualmente recita così: «Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

³⁰⁹Ricordo tra tante l'ordinanza della Corte 23 novembre 1995, causa C-10/95 P, *Asocarne/Consiglio*, Racc. pag. I-4149, che a sua volta faceva riferimento a una giurisprudenza già consolidata sul punto: «41 [...] va rilevato come risulti da una giurisprudenza costante che, affinché dei soggetti possano considerarsi individualmente riguardati da un atto, è necessario che questo influisca sulla loro situazione giuridica in ragione di circostanze di fatto che li identificano in modo analogo al destinatario (v., segnatamente, sentenza 24 febbraio 1987, causa 26/86, *Deutz una Geldermann/Consiglio*, Racc. pag. 941, punto 9, e ordinanza 24 marzo 1993, causa C-131/92, *Arnaud e a./Consiglio*, Racc. pag. 2573, punto 14). [...] 43 Vero è che nella sentenza 18 maggio 1994, causa C-309/89, *Codorniu/Consiglio* (Racc. pag. I-1853), la Corte ha ammesso che una disposizione di natura normativa può, in taluni casi, riguardare individualmente taluni operatori economici interessati. Tuttavia, come ha giustamente osservato il Tribunale, tale giurisprudenza non può essere invocata nel caso di specie giacché, diversamente dal regolamento impugnato in quella causa, la direttiva impugnata in primo grado non ha leso diritti specifici della ricorrente o dei suoi aderenti».

analogo diritto di audizione anche nell'ambito del procedimento di adozione di un atto normativo come il regolamento controverso, essendo «indifferente se la situazione giuridica del singolo sia pregiudicata dall'esito di una procedura amministrativa o da quello di una procedura legislativa»³¹⁰, e dovendosi aggiungere che «in un settore come quello agricolo, nel quale le istituzioni hanno poteri così rilevanti, è necessario che, prima di intervenire, il legislatore accordi a tutte le parti interessate la possibilità di esprimersi».

Invece, la Commissione aveva preteso, per procedere ad un'audizione, che tutte le parti interessate vi si presentassero rappresentate da un unico soggetto e quindi concordassero una posizione comune, ma poiché tale unanimità non aveva potuto essere raggiunta, la Commissione aveva ommesso l'audizione, e così «le istituzioni comunitarie avrebbero completamente ommesso di prendere in considerazione la situazione particolare di una categoria nettamente distinta di operatori economici». Concludevano dunque i ricorrenti: «[s]econdo la giurisprudenza della Corte, un simile comportamento da parte del legislatore comunitario costituisce una grave violazione di norme giuridiche superiori (v. sentenze della Corte 19 marzo 1992, cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. pag. II-3061, punto 16, e 26 giugno 1990, causa C-152/88, *Sofrimport/Commissione*, Racc. pag. I-2477, punto 27)».

Dal canto suo, il Consiglio ribatté che, «secondo le disposizioni del Trattato, esso non era assolutamente tenuto a consultare gli ambienti economici interessati prima di adottare il regolamento» in questione: infatti, «nell'iter legislativo comunitario una consultazione con i rappresentanti dei diversi gruppi economici e sociali interviene solo sotto forma di una consultazione del Comitato economico e sociale e osserva che ciò è avvenuto».

Quanto poi ad una sentenza del Tribunale citata dalle società ricorrenti a sostegno delle proprie ragioni³¹¹, dove si sarebbe sostenuta l'esistenza di un obbligo generalizzato, «in qualsiasi circostanza», all'audizione dei soggetti interessati, il Consiglio osservò che «questa considerazione riguarda i soli procedimenti destinati a sfociare in decisioni aventi destinatari determinati o in atti normativi che riguardano direttamente e individualmente tali soggetti».

Nella sentenza di primo grado³¹², il Tribunale giudicò a favore di Consiglio e Commissione, respingendo la pretesa risarcitoria dei ricorrenti. Con riferimento al motivo dell'asserita lesione del diritto di difesa, che è quello che qui interessa, fece un'affermazione di principio estremamente rilevante per la presente indagine: «contrariamente all'argomento svolto dalle ricorrenti, il diritto di audizione nel contesto di un procedimento amministrativo che riguarda un soggetto determinato non può essere trasposto nel contesto di una procedura legislativa che conduce all'adozione di misure di carattere generale».

Con riferimento alla sentenza *CB e Europay/Commissione*, poi, i giudici chiarirono espressamente che essa «si colloca nell'ambito di una costante giurisprudenza in materia di concorrenza, secondo la quale le imprese cui viene contestata la violazione di norme del

³¹⁰Tali citazioni provengono dalla sentenza di primo grado.

³¹¹Sentenza del Tribunale 23 febbraio 1994, cause riunite T-39/92 e T-40/92, *CB e Europay/Commissione* (Racc. pag. II-49)

³¹²Sentenza pronunciata dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee (Quarta Sezione ampliata) l'11 dicembre 1996, nella causa T-521/93, *Atlanta e a./Comunità europea*.

Trattato devono essere sentite prima che vengano adottati provvedimenti, in particolare sanzioni, nei loro riguardi. Tuttavia, questa giurisprudenza dev'essere valutata nel suo contesto appropriato e non può venire estesa alle procedure legislative comunitarie, che culminano nell'adozione di provvedimenti normativi che implicano scelte di politica economica e si applicano alla generalità degli operatori interessati».

Segue un'ulteriore affermazione fondamentale: «nell'ambito della procedura di adozione di un atto comunitario basato su un articolo del Trattato, i soli obblighi di consultazione che il legislatore comunitario deve rispettare sono quelli imposti dall'articolo di cui trattasi».

Ciò conduce ad escludere la sussistenza di un obbligo generalizzato di consultazione dei soggetti interessati, quanto meno nell'ambito di procedimenti che non li riguardino in modo diretto e individuale. Infatti – e qui si stabilisce un nesso importante con gli istituti della democrazia rappresentativa – è più che sufficiente la consultazione del Parlamento, là dove prevista³¹³, e del Comitato Economico e Sociale, di cui viene sottolineata l'importanza nell'assicurare la rappresentanza dei gruppi economici e sociali nel loro insieme.

E poiché nella vicenda in questione tanto il Parlamento quanto il CES erano stati consultati, il Tribunale concluse che «contrariamente alla tesi prospettata dalle ricorrenti, la Commissione non avesse l'obbligo di consultare anche le varie categorie di operatori interessati dal mercato comunitario della banana. È senz'altro possibile, per il legislatore comunitario, prendere in considerazione la situazione particolare di distinte categorie di operatori economici senza sentire individualmente tutti questi operatori».

La sentenza del Tribunale fu impugnata dalla principale delle società ricorrenti, Atlanta AG, sulla base della considerazione che, anche alla luce della giurisprudenza sulla disposizione del Trattato CE che garantiva ai singoli tutela giurisdizionale contro gli atti che li riguardavano³¹⁴, sarebbe stata erronea la negazione della possibilità di trasporre in una procedura legislativa, come quella in esame, volta all'adozione di misure di carattere generale, il diritto di audizione riconosciuto ai singoli nell'ambito di procedimenti amministrativi che li riguardino.

La Corte di Giustizia, però, pur annullando formalmente la sentenza di primo grado per aver questa omesso di pronunciarsi su uno dei motivi di ricorso, confermò interamente, per quel che qui viene in rilievo, le affermazioni dei giudici del primo grado³¹⁵: «Ai sensi dell'art. 173, n. 4, del Trattato, qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro quelle che, pur appearing come un regolamento o

³¹³«[N]ella sentenza della Corte 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères/Consiglio* (Racc. pag. 3333), la Corte ha statuito che l'obbligo di consultare il Parlamento, previsto da diverse disposizioni del Trattato, è il riflesso, a livello comunitario, di un principio democratico fondamentale secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa».

³¹⁴Si tratta dell'attuale art. 263, n. 4 TFUE, ex art. 230, n. 4 TCE, e ancor prima art. 173, n. 4 TCE. In particolare, i ricorrenti si riferirono alla giurisprudenza sull'adozione dei regolamenti antidumping (su tutte, alla sentenza 27 giugno 1991, causa C-49/88, *Al-Jubail Fertilizer/Consiglio*, Racc. pag. I-3187, punti 15 e 16), sostenendo che se ne ricavasse il principio dell'obbligatorietà dell'audizione, anche in assenza di disposizioni dei Trattati che prevedessero una consultazione nel procedimento legislativo (un'altra pronuncia citata è la sentenza 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fiskano/Commissione*, Racc. pag. I-2885, punto 39).

una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente. Contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, da tale disposizione non può desumersi un qualsivoglia diritto ad essere sentiti prima dell'adozione di un atto di natura normativa».

Quanto poi alla giurisprudenza invocata dalla società appellante, si ribadisce che essa era relativa a casi di atti che riguardavano direttamente e individualmente i ricorrenti, ma non si poteva dire altrettanto nel caso di specie: «Quindi giustamente il Tribunale ha rilevato, al punto 70 della sentenza impugnata, che tale giurisprudenza non può venire estesa alle procedure legislative comunitarie culminanti nell'adozione di provvedimenti normativi che implicano scelte di politica economica e si applicano alla generalità degli operatori interessati».

E di conseguenza, è corretta e viene ribadita l'affermazione per cui, «nell'ambito della procedura di adozione di un atto comunitario basato su un articolo del Trattato, i soli obblighi di consultazione che il legislatore comunitario deve rispettare sono quelli imposti dall'articolo di cui trattasi».

In questa fondamentale pronuncia, quindi, i giudici europei stabilirono in modo molto netto che non solo la nozione di riferimento "diretto e individuale" di un atto a un soggetto, requisito necessario per poter ritenere sussistente la legittimazione ad impugnare, continuava a doversi interpretare restrittivamente, ma soprattutto da quella disposizione non poteva desumersi indirettamente alcun diritto di singoli interessati ad essere consultati nel corso dell'adozione di atti normativi che incidano sulla loro sfera d'interesse.

Come osservato in dottrina³¹⁶, questa impostazione è stata sin qui sempre confermata dai giudici europei. Ripercorrerò ora le principali pronunce di questo filone, in una rapida carrellata in ordine cronologico, che in parte copre come detto anche il tema dello *standing*.

Un primo gruppo di decisioni risale alla seconda metà degli anni '90, a cavallo tra le sentenze di primo e di secondo grado del caso *Atlanta*. In particolare, in *Federolio*³¹⁷, il Tribunale di primo grado affermò quanto segue, perfettamente in linea con i principi espressi da *Atlanta*:

75 [...] La ricevibilità di un ricorso di annullamento ex art. 173 del Trattato CE dipende, a differenza del Trattato CECA, da criteri di individuazione che esigono più del semplice pregiudizio degli interessi delle imprese e/o associazioni di cui trattasi. Come affermato dalla Corte nella propria sentenza 14 dicembre 1962, cause riunite 16/62 e 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e a./Consiglio* (Racc. pag. 877, in particolare pag. 892), «il regime istituito dai Trattati di Roma pone al diritto d'impugnazione dei singoli limiti più rigorosi di quelli stabiliti dal Trattato CECA», sottolineandosi che «non spetta tuttavia alla Corte di pronunciarsi sulla bontà di

³¹⁵Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 14 ottobre 1999, *Atlanta AG e altri contro Commissione delle Comunità europee e Consiglio dell'Unione europea*, Causa C-104/97 P, Raccolta della Giurisprudenza 1999 I-06983.

³¹⁶Mendes, citata poi ampiamente dopo. Molte delle pronunce citate qui appresso sono da lei riportate.

³¹⁷Ordinanza del Tribunale di primo grado (Quinta Sezione) del 30 settembre 1997. *Federazione nazionale del commercio oleario (Federolio) contro Commissione delle Comunità europee*. Causa T-122/96. Raccolta della Giurisprudenza 1997 II-01559.

tale regime». Pertanto, la circostanza che la ricevibilità di un ricorso di annullamento di un'associazione che rappresenti gli interessi di talune imprese può dipendere dal pertinente contesto normativo — in quanto, nel contesto di un atto comunitario di portata normativa, l'associazione medesima può essere individuata attraverso la sua partecipazione al procedimento amministrativo preliminare all'emanazione dell'atto di cui trattasi, mentre, in un altro contesto, ciò non le è consentito in assenza di una disposizione normativa che preveda una siffatta partecipazione — non è tale da costituire una violazione del principio di parità di trattamento qualora non sia provato che, così facendo, il legislatore comunitario abbia violato i principi generali del diritto comunitario, come il diritto ad essere sentiti. Ora, per loro stessa natura, né il processo di elaborazione degli atti normativi né gli atti normativi medesimi, in quanto provvedimenti di portata generale, esigono, sulla base di tali principi, la partecipazione delle persone e/o delle associazioni lese, dato che si presume che gli interessi di queste ultime siano rappresentati dalle istituzioni politiche cui compete, ai sensi del Trattato, l'adozione di tali atti.

78 In altri termini, la Corte ha riconosciuto implicitamente, ma necessariamente, che la circostanza che gli interessi di un'impresa o di un'associazione siano pregiudicati in modo analogo a quelli di imprese e/o associazioni che possono esercitare diritti procedurali in materia di misure antidumping non può comportare un'estensione del diritto di agire a fini di annullamento a favore delle prime, considerato che ad esse non sono stati riconosciuti diritti equivalenti dalla normativa vigente nel rispettivo settore di attività. Tale soluzione trova il suo fondamento nella natura stessa del processo normativo che, in quanto tale, non esige il rispetto del diritto di essere sentiti di tutti i soggetti interessati, pur non escludendosi la facoltà per il legislatore di ottenere chiarimenti dalle imprese e/o dalle associazioni interessate quando le caratteristiche del settore economico di cui trattasi lo giustificano³¹⁸.

L'anno seguente, sempre l'allora Tribunale di primo grado stabilì, nella sentenza *Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) contro Consiglio dell'Unione europea*³¹⁹, che:

88. Occorre insistere sull'importanza dell'obbligo della Commissione e del Consiglio di verificare la rappresentatività delle parti sociali firmatarie di un accordo concluso in forza degli artt. 3, n. 4, e 4 dell'Accordo [sulla politica sociale stipulato tra gli Stati membri della Comunità europea, ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord], la cui attuazione a livello comunitario è richiesta al Consiglio. Infatti, al momento preciso del procedimento disciplinato dalle disposizioni citate, l'intervento delle due istituzioni di cui trattasi ha per effetto di conferire un fondamento comunitario di natura legislativa ad un accordo concluso tra parti sociali, senza ricorrere ai procedimenti classici d'elaborazione di un testo legislativo previsti dal Trattato, che implicano la partecipazione del Parlamento europeo. Ebbene, emerge dalla giurisprudenza che la partecipazione di quest'ultimo al processo legislativo della Comunità è il riflesso, sul piano comunitario, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa (sentenze della Corte 11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione/Consiglio*, Racc. pag. I-2867, punto 20, e 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquettes Frères/Consiglio*, Racc. pag. 3333, punto 33, e causa 139/79, *Maizena/Consiglio*, Racc. pag. 3393, punto 34). Al riguardo, occorre constatare che, secondo la citata giurisprudenza, la legittimità democratica degli atti adottati dal Consiglio in forza dell'art. 2 dell'Accordo risulta dall'intervento del Parlamento europeo nello svolgimento di tale primo procedimento³²⁰.

³¹⁸Corsivi aggiunti.

³¹⁹Sentenza del Tribunale di primo grado, Quarta Sezione ampliata, 17 giugno 1998, Causa T-135/96 *raccolta della giurisprudenza 1998 pagina II-02335*.

³²⁰Corsivi aggiunti.

Di poco successiva è *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA e Jean-Jacques Goupil contro Commissione delle Comunità europee*³²¹, ordinanza del Tribunale di primo grado secondo cui:

58 [...] [O]ccorre ricordare che il principio del contraddittorio costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che si applica a qualsiasi procedimento amministrativo promosso nei confronti di una persona determinata e che possa concludersi con un atto per questa lesivo (sentenza del Tribunale 6 dicembre 1994, causa T-450/93, *Lisrestal/Commissione*, Racc. pag. II-1177, punto 42), ma non si impone nell'ambito delle procedure legislative (sentenza del Tribunale 11 dicembre 1996, causa T-521/93, *Atlanta e a./Commissione*, Racc. pag. II-1707, punto 70).

Sempre del 1998 è poi un'altra ordinanza del Tribunale di primo grado, nel caso *Molkerei Großbraunshain GmbH e Bene Nahrungsmittel GmbH contro Commissione delle Comunità europee*³²², dove si legge il seguente passaggio:

60 Orbene, si deve rilevare che le ricorrenti non hanno contestato la legittimità di quest'ultimo procedimento legislativo in quanto lederebbe i diritti legittimi di partecipazione di cui dovrebbero godere tutti gli operatori economici interessati dalla registrazione di una denominazione d'origine protetta. D'altro canto, una censura mossa contro la mancata partecipazione a detto procedimento legislativo delle persone interessate non può comunque venir accolta. Infatti, né il processo di elaborazione degli atti normativi né gli atti normativi stessi, in quanto provvedimenti di portata generale, esigono, in base ai principi generali del diritto comunitario, come il diritto di essere sentiti, la partecipazione delle persone riguardate, in quanto si presume che i loro interessi siano rappresentati dalle istituzioni politiche cui compete l'adozione di tali atti (ordinanza del Tribunale 30 settembre 1997, causa T-122/96, *Federolio/Commissione*, Racc. pag. II-1559, punto 75).

68 A questo proposito è sufficiente ricordare che, per la sua stessa natura, il procedimento legislativo contestato non prescriveva al legislatore il rispetto del diritto d'esser sentite delle persone riguardate, pur non escludendo la sua facoltà di raccogliere le osservazioni di dette persone (ordinanza Federolio/Commissione, citata al punto 60 di cui sopra, punto 78). Non sussistendo diritti procedurali espressamente garantiti, sarebbe incompatibile col tenore e con lo spirito dell'art. 173 del Trattato consentire a qualsiasi privato che abbia partecipato alla preparazione di un atto di natura legislativa di proporre poi ricorso contro lo stesso atto (ordinanza *Asocarne/Consiglio*, citata al punto 24 di cui sopra, punto 40).

Tutte queste pronunce confermano, in taluni casi citandola espressamente, *Atlanta* e l'impianto da essa seguito, aggiungendo un'ulteriore fondamentale considerazione: l'assenza di un diritto generale di partecipazione dei singoli si giustifica sulla base dell'esistenza di istituzioni rappresentative espressamente deputate a rappresentare gli interessi di tutti, quali in particolare il Parlamento Europeo e il Comitato Economico e Sociale. In altri termini, secondo l'impostazione consolidata dei giudici europei, la democrazia rappresentativa basta a sé stessa, non avendo bisogno di garantire partecipazione individuale per ottenere risultati di

³²¹Sentenza del Tribunale di primo grado (Terza Sezione) del 16 luglio 1998, Causa T-199/96 *raccolta della giurisprudenza 1998 pagina II-02805*.

³²²Ordinanza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione) del 15 settembre 1998, Causa T-109/97 *Raccolta della Giurisprudenza 1998 II-03533*.

policy che tengano conto delle esigenze di tutti gli interessati.

Proseguendo con l'analisi, poco dopo la conferma in appello da parte della Corte della pronuncia del Tribunale di primo grado sul caso *Atlanta*, seguì poi un'ordinanza del Tribunale nel caso *CSR PAMPRYL contro Commissione delle Comunità europee*³²³, che fu l'occasione per la seguente riaffermazione dei principi già in precedenza espressi:

50 A tal proposito, occorre ricordare che né il processo di elaborazione degli atti normativi né gli atti normativi medesimi, in quanto provvedimenti di portata generale, esigono, sulla base dei principi generali del diritto comunitario, come il diritto di essere sentiti, la partecipazione delle persone lese, dato che si presume che gli interessi di queste ultime siano rappresentati dalle istituzioni politiche cui compete l'adozione di tali atti (ordinanze del Tribunale 30 settembre 1997, causa T-122/96, *Federolio/Commissione*, Racc. pag. II-1559, punto 75, e *Molkerei Grossbraunshain e Bene Nahrungsmittel/Commissione*, citata, punto 60). Di conseguenza, in mancanza di diritti procedurali espressamente garantiti, si contravverrebbe alla lettera e allo spirito dell'art. 230 CE se si consentisse a qualsiasi privato che abbia partecipato alla preparazione di un atto di natura legislativa di proporre poi ricorso contro lo stesso atto (ordinanze *Asocarne/ Consiglio*, citata, punto 40, e *Molkerei Grossbraunshain e Bene Nahrungsmittel/ Commissione*, citata, punto 68)³²⁴.

Trascorse poco più di un anno e nuovamente, nel caso *La Conqueste SCEA contro Commissione delle Comunità europee*³²⁵, con un'ordinanza del Tribunale di primo grado confermata dalla Corte a un anno esatto di distanza³²⁶, ribadì in maniera quasi analoga che:

42 [...] [N]é il processo di elaborazione degli atti normativi né gli atti normativi stessi, in quanto provvedimenti di portata generale, esigono, in base ai principi generali del diritto comunitario, come il diritto di essere sentiti, la partecipazione delle persone interessate, in quanto si presume che i loro interessi siano rappresentati dalle istituzioni politiche cui compete l'adozione di tali atti (ordinanze *Molkerei Großbraunshain e Bene Nahrungsmittel/Commissione*, citata, punto 60, e *CSR Pampryl/Commissione*, citata, punto 50). Di conseguenza, non sussistendo diritti procedurali espressamente garantiti, sarebbe incompatibile con il tenore e con lo spirito dell'art. 230 CE consentire a qualsiasi privato che abbia partecipato all'elaborazione di un atto di natura legislativa di proporre poi ricorso contro lo stesso atto (ordinanze *Molkerei Großbraunshain e Bene Nahrungsmittel/Commissione*, citata, punto 68, e *CSR Pampryl/Commissione*, citata, punto 50).

Una nuova conferma di questa giurisprudenza giunse poi in due sentenze sempre del 2002, pubblicate lo stesso giorno: *Pfizer Animal Health SA contro Consiglio dell'Unione europea*³²⁷ e *Alpharma Inc. contro Consiglio dell'Unione europea*³²⁸; in esse, il Tribunale di primo grado ribadì, richiamandosi espressamente ad *Atlanta*:

³²³Ordinanza del Tribunale di primo grado (Prima Sezione) del 9 novembre 1999. Causa T-114/99. *accolta della Giurisprudenza 1999 II-03331*.

³²⁴Corsivi aggiunti.

³²⁵Ordinanza del Tribunale di primo grado (Quinta Sezione) del 30 gennaio 2001, Causa T-215/00. *Raccolta della Giurisprudenza 2001 II-00181*.

³²⁶Ordinanza della Corte 30 gennaio 2002, causa C-151/01 P, *La Conqueste/Commissione*, Racc. pag. I-1179

487 Orbene, il diritto ad essere sentiti nell'ambito di un procedimento amministrativo concernente una persona specifica, che deve essere rispettato anche se non vi sia alcuna disciplina circa la procedura (sentenze della Corte 24 ottobre 1996, causa C-32/95 P, *Commissione/Lisrestal e a.*, Racc. pag. I-5373, punto 21, e del Tribunale 17 settembre 1998, causa T-50/96, *Primex Produkte Import-Export e a./Commissione*, Racc. pag. II-3773, punto 59), non può essere trasposto nel contesto di una procedura legislativa che conduce, come nel caso di specie, all'adozione di una misura di portata generale (sentenze della Corte 14 ottobre 1999, causa C-104/97 P, *Atlanta/Comunità europea*, Racc. pag. I-6983, punti 34 e 37, e del Tribunale 11 dicembre 1996, causa T-521/93, *Atlanta e a./CE*, Racc. pag. II-1707, punti 70-74). La circostanza che la Pfizer - a differenza, in particolare, degli agricoltori - sia direttamente ed individualmente interessata dal regolamento impugnato non può modificare tale conclusione (sentenza della Corte *Atlanta/Comunità europea*, cit., punto 35; v. parimenti le conclusioni dell'avvocato generale Mischo nella causa definita con tale sentenza, Racc. pag. I-6987, paragrafi 57-70)³²⁹.

La sequenza prosegue con l'ordinanza del Tribunale di primo grado nel caso *Arizona Chemical BV e altri contro Commissione delle Comunità europee*³³⁰, che tre anni più tardi riaffermò i principi ormai consolidati:

Inoltre, una giurisprudenza costante afferma anche che, in via di principio, né il processo di elaborazione degli atti di portata generale né la natura di questi ultimi impongono, in forza dei principi generali del diritto comunitario, quale il diritto di essere sentiti, la partecipazione dei soggetti che subiscono pregiudizio dagli atti stessi, dovendosi presumere che gli interessi di costoro siano rappresentati dagli organi politici chiamati ad adottare tali atti (v., in tal senso, ordinanze del Tribunale 15 settembre 1998, causa T-109/97, *Molkerei Großbraunshain e Bene Nahrungsmittel/Commissione*, Racc. pag. II-3533, punto 60, e 9 novembre 1999, causa T-114/99, *CSR Pampryl/Commissione*, Racc. pag. II-3331, punto 50). Di conseguenza, in assenza di diritti procedurali espressamente garantiti, sarebbe contrario alla lettera e allo spirito dell'art. 230 CE consentire a qualsiasi singolo, per avere questi partecipato all'elaborazione di un atto di natura normativa, di proporre poi ricorso contro quest'ultimo (ordinanze *Molkerei Großbraunshain e Bene Nahrungsmittel/Commissione*, cit., punto 68; *CSR Pampryl/Commissione*, cit., punto 50, e ordinanza del Tribunale 30 gennaio 2001, causa T-215/00, *La Conqueste/Commissione*, Racc. pag. II-181, punto 42, confermata dall'ordinanza della Corte 30 gennaio 2002, causa C-151/01 P, *La Conqueste/Commissione*, Racc. pag. I-1179, punti 42 e segg.)³³¹.

Ulteriore pronuncia degna di nota è – a Trattato di Lisbona ormai in vigore, ma ancora

³²⁷Sentenza del Tribunale di primo grado (Terza Sezione) dell'11 settembre 2002, Causa T-13/99, *Raccolta della Giurisprudenza 2002 II-03305*.

³²⁸Sentenza del Tribunale di primo grado (Terza Sezione) dell'11 settembre 2002, Causa T-70/99, *Raccolta della Giurisprudenza 2002 II-03495*.

³²⁹*Mutatis mutandis*, il contenuto del § 388 di *Alpharma* è identico.

³³⁰Terza Sezione del 14 dicembre 2005. Causa T-369/03, *Raccolta della Giurisprudenza 2005 II-05839*.

³³¹ Corsivo aggiunto.

riferita alla versione precedente dei Trattati – la sentenza del Tribunale *Arcelor SA contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*³³², dove i giudici europei svolsero questo ragionamento:

119 [...] [Q]uanto all'argomento molto poco circostanziato della ricorrente, secondo il quale essa avrebbe partecipato al processo decisionale che ha condotto all'adozione della direttiva impugnata, va rammentato che il fatto che un soggetto intervenga, in un modo o in un altro, nel processo che conduce all'adozione di un atto comunitario è idoneo a individualizzare tale soggetto in rapporto all'atto in questione solo qualora la normativa comunitaria applicabile gli riconosca talune garanzie procedurali. Orbene, salvo disposizione espressa contraria, né l'iter di elaborazione degli atti di portata generale né tali stessi atti richiedono, in forza dei principi generali del diritto comunitario, quale il diritto di essere sentiti, la partecipazione dei soggetti che subiscono pregiudizio, dovendosi presumere che gli interessi di costoro siano rappresentati dalle istanze politiche chiamate ad adottare tali atti. Di conseguenza, in assenza di diritti procedurali espressamente garantiti, sarebbe contrario alla lettera e allo spirito dell'art. 230 CE consentire a qualsiasi soggetto, solo per aver questi partecipato all'elaborazione di un atto di natura normativa, di proporre poi ricorso contro quest'ultimo (v., in tal senso, ordinanza del Tribunale 14 dicembre 2005, causa T-369/03, *Arizona Chemical e a./Commissione*, Racc. pag. II-5839, punti 72-73 e giurisprudenza ivi citata)³³³.

Pochi mesi dopo, sempre il Tribunale, questa volta nella sua Grande Sezione, tornò sull'argomento, nel caso *Norilsk Nickel Harjavalta Oy e Umicore SA/NV contro Commissione europea*³³⁴, dove respinse una censura di violazione del diritto di essere sentiti che le ricorrenti assumevano essere stato violato dalla Commissione, ricordando ancora una volta che

in linea di principio, né il processo di elaborazione degli atti di portata generale né la natura stessa di tali atti richiedono, in virtù dei principi generali del diritto dell'Unione, quale il diritto di essere sentiti, la partecipazione delle persone interessate, poiché si ritiene che tali interessi siano rappresentati dagli organi politici chiamati ad adottare tali atti (v. ordinanza 14 dicembre 2005, *Arizona Chemical e a./Commissione*, punto 83 supra, punto 73 e la giurisprudenza ivi citata).

Arriviamo così al 2011, e all'importante caso *Inuit Tapiriit Kanatami e altri contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*³³⁵: con un'ordinanza pubblicata il 6 settembre, il Tribunale compie un'approfondita analisi di quello che è divenuto ormai l'art. 263, comma 4 TFUE, come modificato dal Trattato di Lisbona. Al termine di una lunga disamina, che qui non è possibile riportare per intero, il Tribunale conclude la sua analisi della nozione di "atto regolamentare", in esso ora contenuta, nel modo seguente:

56 Alla luce di quanto sopra, si deve concludere che la nozione di «atto regolamentare» ai sensi dell'art. 263, quarto comma, TFUE deve essere interpretata nel senso che include qualsiasi atto di portata generale ad eccezione degli atti legislativi. Di conseguenza, un atto legislativo può formare

³³² (Terza Sezione) del 2 marzo 2010, Causa T-16/04. *Raccolta della Giurisprudenza 2010 II-00211*.

³³³ Corsivi aggiunti.

³³⁴ Ordinanza del Tribunale (Grande Sezione) del 7 settembre 2010. Causa T-532/08 *Raccolta della Giurisprudenza 2010 II-03959*.

³³⁵ Ordinanza del Tribunale (Settima Sezione ampliata) del 6 settembre 2011, Causa T-18/10, *Raccolta della Giurisprudenza 2011 II-05599*.

oggetto di un ricorso di annullamento da parte di una persona fisica o giuridica unicamente se la riguarda direttamente e individualmente.

E con riferimento a questo duplice requisito, la pronuncia chiarisce, facendo riferimento ad un orientamento consolidato, che:

71 Secondo costante giurisprudenza, l'incidenza diretta nei confronti di un singolo presuppone, in primo luogo, che il provvedimento dell'Unione contestato produca direttamente effetti sulla situazione giuridica di tale singolo e, in secondo luogo, che esso non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari incaricati della sua applicazione, la quale abbia carattere meramente automatico e deriva dalla sola normativa dell'Unione senza intervento di altre norme intermedie (v. ordinanza *Lootus Teine Osäuhing/Consiglio*, cit. al punto 51 supra, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

Questa pronuncia, che sulla base di questa interpretazione restrittiva aveva dichiarato irricevibile il ricorso dei ricorrenti contro un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, fu impugnata ma la Corte, nella sua sentenza del 3 ottobre 2013³³⁶, la confermò, ribadendo in primo luogo che

59 [...] se è vero che la modifica dell'articolo 230, quarto comma, CE era destinata ad ampliare i requisiti di ricevibilità del ricorso di annullamento per quanto riguarda le persone fisiche e giuridiche, le condizioni di ricevibilità previste dall'articolo 230, quarto comma, CE e riguardanti gli atti legislativi non dovevano tuttavia essere modificate;

in secondo luogo, con riferimento all'incidenza individuale dell'atto impugnato, la Corte riaffermò la giurisprudenza secondo cui

le persone fisiche o giuridiche soddisfano la condizione dell'incidenza individuale solo se l'atto impugnato le riguarda a causa di determinate qualità loro personali o di una situazione di fatto che le caratterizza rispetto a qualsiasi altro soggetto e, quindi, le distingue in modo analogo ai destinatari (v. sentenze *Plaumann/Commissione*, cit., punto 223; del 29 aprile 2004, *Italia/Commissione*, C-298/00 P, Racc. pag. I-4087, punto 36, nonché del 9 giugno 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere»/Commissione*, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Racc. pag. I-4727, punto 52).

Infine, sulla base anche di un ragionamento sistematico, che passa in rassegna le varie possibilità di *remedy* complessivamente disponibili in capo alle singole persone fisiche e giuridiche europee, la Corte chiarì altresì che il ragionamento seguito dal Tribunale era corretto anche con riferimento alle censure relative al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: infatti,

la tutela conferita dall'articolo 47 della Carta non esige che un singolo possa proporre in modo incondizionato un ricorso di annullamento contro atti legislativi dell'Unione direttamente dinanzi al giudice dell'Unione.

106 Infine, né tale diritto fondamentale né l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE esigono che un singolo possa proporre ricorso contro atti di questo tipo, in via principale, dinanzi ai giudici nazionali.

In conclusione, quindi, ad oggi l'art. 263, comma 4 deve interpretarsi come fonte di un diritto individuale di ricorso con riferimento ad atti legislativi soltanto in casi limitati, con il corollario che, anche dopo Lisbona e anche con la nuova formulazione, un'eventuale lesione

³³⁶ Sentenza della Corte (grande sezione) del 3 ottobre 2013. *Inuit Tapiriit Kanatami e altri contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*. Causa C-583/11 P. Raccolta della Giurisprudenza 2013.

dei propri (peraltro limitati) diritti di partecipazione continua ad avere limitate possibilità di essere fatta valere direttamente dagli interessati.

Nel frattempo, sul finire del 2011, un'ulteriore sentenza del Tribunale, nel caso *Enviro Tech Europe Ltd e Enviro Tech International, Inc. contro Commissione europea*³³⁷, aveva costituito una nuova occasione per i giudici europei per riaffermare la giurisprudenza consolidata:

106 In primo luogo, per quanto riguarda la partecipazione delle ricorrenti al procedimento che ha portato all'adozione della classificazione controversa e l'esistenza di eventuali garanzie processuali a loro favore, è giocoforza constatare che la normativa pertinente non prevede garanzie procedurali che tutelino le ricorrenti e delle quali esse potrebbero avvalersi per dimostrare l'esistenza della loro legittimazione ad agire avverso la direttiva impugnata (v., in tal senso, ordinanza del Tribunale 14 dicembre 2005, causa T-369/03, *Arizona Chemical e a./Commissione*, Racc. pag. II-5839, punti 58-90). Orbene, in assenza dei diritti processuali che tutelino le ricorrenti, queste non possono assumere di essere individualizzate da tale fatto con riferimento alla classificazione contestata (v., in tal senso, ordinanze *Norilsk Nickel Harjavalta e Umicore/Commissione*, punto 97 supra, punti 103-106, e *Etimine e Etiproducts/Commissione*, punto 97 supra, punti 109-112; v. altresì, in questo senso e per analogia, ordinanza della Corte 17 febbraio 2009, causa C-483/07 P, *Galileo Lebensmittel/Commissione*, Racc. pag. I-959, punto 53). [...]

110 Si deve inoltre ricordare che la possibilità di determinare, al momento dell'adozione del provvedimento contestato, con maggiore o minore precisione, il numero o anche l'identità dei soggetti di diritto ai quali si applica il predetto provvedimento, non comporta affatto che questi soggetti debbano essere considerati individualmente interessati da tale provvedimento, purché sia assodato che tale applicazione viene effettuata in virtù di una situazione obiettiva di diritto o di fatto definita dall'atto in esame (v. la giurisprudenza citata supra al punto 103). Peraltro, non è sufficiente che taluni operatori siano colpiti economicamente da un atto di portata generale in misura maggiore rispetto ad altri per individualizzarli nei confronti di tali altri operatori, allorché l'applicazione del predetto atto si effettua in virtù di una situazione obiettivamente determinata (v. sentenza del Tribunale 2 marzo 2010, *Arcelor/Parlamento e Consiglio*, causa T-16/04, Racc. pag. II-211, punto 106, e la giurisprudenza ivi citata). Inoltre, la giurisprudenza ha riconosciuto che la sola circostanza che un ricorrente possa perdere una fonte importante di reddito in ragione di una nuova regolamentazione non dimostra che egli si trovi in una situazione specifica e non basta a dimostrare che tale regolamentazione lo riguardi individualmente, poiché il ricorrente deve fornire la prova di circostanze che consentano di considerare che il pregiudizio lamentato sia tale da individualizzarlo rispetto a ogni altro operatore economico interessato come lui dalla predetta regolamentazione (v., in tal senso, ordinanza del Tribunale 29 giugno 2006, *Nürburgring/Parlamento e Consiglio*, causa T-311/03, non pubblicata nella Raccolta, punti 65 e 66, e la giurisprudenza ivi citata).

111 Di conseguenza, l'ipotesi che le ricorrenti subiscano, a seguito dell'entrata in vigore e dell'attuazione della classificazione contestata, una perdita economica sostanziale non può pertanto giustificare, di per sé, il fatto di riconoscere che esse siano individualmente interessate.

Infine, tra le pronunce più recenti si può ancora ricordare l'ordinanza del Tribunale nella causa *José Freitas c. Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione europea*³³⁸, che ha confermato interamente i principi affermati da *Inuit Tapiriit Kanatami*:

25 [...] [S]elon la jurisprudence, la notion d'«acte réglementaire» au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doit être comprise comme visant tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs [arrêt du 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, Rec, EU:C:2013:625, points 60 et 61 ; ordonnance du 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami*

³³⁷ Sentenza del Tribunale (Prima Sezione) del 16 dicembre 2011, Causa T-291/04, *Raccolta della Giurisprudenza 2011 II-08281*.

³³⁸ *Order of the General Court (Second Chamber) of 7 January 2015. Case T-185/14. Al momento non disponibile in italiano (14-3-2015).*

e.a./Parlement et Conseil, T-18/10, Rec, EU:T:2011:419, point 56, et arrêt *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, point 23 supra, EU:T:2011:623, point 21].

26 D'autre part, la distinction entre un acte législatif et un acte réglementaire repose, selon le traité FUE, sur le critère de la procédure, législative ou non, ayant mené à son adoption (ordonnance *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, point 25 supra, EU:T:2011:419, point 65).

In conclusione, i giudici europei sembrano costanti nell'affermare in via generale l'inesistenza di un diritto alla partecipazione e pertanto al *lobbying* in capo ai portatori di interesse. Come dirò al § 4, tale interpretazione restrittiva, che si riflette anche in modo costante nelle ristrette condizioni di accesso individuale alla giustizia, potrebbe venire messa in crisi a mano a mano che i giudici prenderanno piena consapevolezza del portato innovatore contenuto nel nuovo Art. 11 TUE.

Per il momento, però, l'analisi svolta in questo paragrafo mostra come la giurisprudenza europea sia ancora lontana dal trarre conseguenze rilevanti da quella disposizione introdotta dal Trattato di Lisbona, così come dal nuovo testo dell'art. 263, per cui al momento è corretto constatare che, per i giudici europei, i titolari di un interesse da un lato non hanno un diritto di partecipazione o *lobbying* con riferimento ad un procedimento legislativo di portata generale che li riguardi³³⁹, e dall'altro e correlativamente non hanno tendenzialmente la possibilità di impugnare gli atti che ne risultino.

Tra le varie ragioni di ordine tecnico e sistematico addotte dai giudici europei a sostegno di tale impostazione, merita sottolineare la considerazione che la tutela degli interessi dei singoli è sufficientemente garantita dal coinvolgimento di altre istituzioni, su tutte il Parlamento europeo e il Comitato economico e sociale, e dunque dalla democrazia rappresentativa, che nell'impostazione della Corte e del Tribunale non sembrerebbe abbisognare di correttivi atti a garantire una maggior partecipazione agli interessi particolari coinvolti, sia sul piano del *rule-making* sia su quello giurisdizionale.

2.2. DUE CASI IN CUI AFFIORA INDIRETTAMENTE UNA VISIONE NEGATIVA DEL *LOBBYING*

Al di là dell'articolata sequenza di casi esaminata al paragrafo precedente, un richiamo espresso al *lobbying* compare in altre due vicende processuali, dove l'oggetto non è direttamente la liceità o meno di questa pratica o la sussistenza o meno di un diritto al *lobbying*, ma comunque i giudici europei affrontano tangenzialmente l'argomento, rivelando una certa inclinazione negativa verso la pratica che ci occupa.

Il primo caso cui mi riferisco è *Caronna c. Commissione*³⁴⁰, un procedimento intentato da un funzionario della Commissione contro quest'ultima, per aver omesso di tutelarne la reputazione lesa da un articolo di stampa in cui lo si accusava di aver ceduto, nella sua veste di responsabile dell'elaborazione di un progetto di direttiva sulla responsabilità dei costruttori, alla "lobby del cemento", coinvolgendo i regolati nella stesura e così – a dire del giornale – facendo sostanzialmente scrivere a loro stessi e regole che ne avrebbero dovuto disciplinare il comportamento.

Come detto, la controversia non riguarda dunque direttamente la liceità o meno del *lobbying*, ma in via indiretta trova spazio nella sentenza la visione negativa di questa attività: l'articolo "incriminato" aveva infatti aderito all'impostazione, invero alquanto diffusa nel

³³⁹ Per un approfondimento di questo punto, v. J. Mendes, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2011, § 5.2, *Participation Rights between Normative and Individual Acts*, 206-228.

³⁴⁰ Sentenza del Tribunale di Primo Grado (Quarta Sezione) del 26 ottobre 1993, Causa T-59/92, Raccolta della giurisprudenza 1993 II-01129.

mondo giornalistico, che vede nel *lobbying* una forma di corruzione del processo democratico e delle modalità di legiferazione preferibili, e sulla base di questa lettura aveva accusato il ricorrente di aver ceduto proprio a tali indebite pressioni, predisponendo una legislazione favorevole agli interessi di parte e contraria a quelli dei consumatori, e ciò «*a causa della sua precedente appartenenza al settore dell'edilizia italiano e in quanto "amico della grande famiglia del cemento"*».

Il Tribunale osservò che un'indagine della Commissione successiva alla pubblicazione di quella accusa di favoritismo aveva appurato che essa era infondata, e che pertanto – trattandosi di diffamazione strettamente legata alla politica attuata dalla Commissione – essa avrebbe dovuto attivarsi per tutelare pubblicamente l'onore leso del proprio funzionario. Non avendolo fatto, era tenuta a risarcire patrimonialmente il ricorrente. Qui il *lobbying* viene dunque presentato dal ricorrente come attività suscettibile di corrompere il processo legislativo, e di conseguenza i giudici adottano questo stesso angolo visuale, senza che però ciò li conduca a prendere posizione in maniera espressa sul tema.

Qualcosa di simile si verificò in *Hortiplant c. Commissione*³⁴¹, avente ad oggetto il ricorso di una società beneficiaria di contributi europei provenienti dai Fondi Strutturali, contro la decisione della Commissione di revocarne l'aggiudicazione. Tra le contestazioni mosse alla società ricorrente, vi era quella (di per sé minore) di aver pagato, tramite un'altra impresa, «una fattura di ECU 29 280, datata 11 novembre 1993, della società Cedarcliff per il suo intervento a favore del progetto presso i servizi della Commissione: l'intervento della Cedarcliff non trova riscontro in alcuna delle azioni previste dalla [decisione di concessione] e non è una spesa ammissibile»³⁴².

Il Tribunale respinse il ricorso della Hortiplant perché ritenne che effettivamente il progetto approvato non autorizzasse l'inclusione di spese per attività di *lobbying* come quelle relative alla fattura contestata, e che – benché questa singola violazione in sé avrebbe normalmente comportato solo lo storno dell'importo relativo – la gravità delle altre irregolarità giustificasse la revoca *tout court* della concessione dei finanziamenti³⁴³.

2.3. IL LOBBYING IN ALCUNE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI (SENZA RISPOSTA SUL PUNTO DAI GIUDICI EUROPEI)

Infine, un ultimo gruppo di casi merita di essere menzionato perché, nel riferire gli argomenti delle parti, queste pronunce contengono interessanti riferimenti al *lobbying*: i giudici non prendono espressamente posizione su tali argomenti, ma cionondimeno essi sono rivelatori del modo di intendere il *lobbying* di alcuni soggetti rilevanti. In alcuni casi (i primi tre che considererò), si tratta di un approccio tendenzialmente negativo, per certi versi affine a quello emerso nei due casi di cui al paragrafo precedente; in altri, invece (gli ulteriori due), la visione del *lobbying* che ne emerge è all'opposto positiva.

³⁴¹ Sentenza del Tribunale di primo grado (Quarta Sezione) del 14 giugno 2001, Causa T-143/99, Raccolta della giurisprudenza 1999 II-02451.

³⁴² A differenza di quello italiano, il testo inglese parla espressamente di attività di *lobbying*, riferendosi al pagamento di «*an invoice from Cedarcliff dated 11 January 1993 for ECU 29 280 for lobbying the Commission on behalf of the project: Cedarcliff's lobbying is not one of the operations provided for in the [decision to grant assistance] and does not constitute an eligible expense*».

³⁴³ La sentenza fu poi confermata dalla Corte di Giustizia, in una sentenza che non si occupò più della questione qui riferita (sentenza della Corte (Terza Sezione) del 12 febbraio 2004, Causa C-330/01 P, Raccolta della giurisprudenza 2004 I-01763).

La prima pronuncia da considerare è *Mondiet c. Armement Islais*³⁴⁴, relativa ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal de Commerce di La Roche-sur-Yon in Francia. Il giudice francese aveva sollevato «varie questioni pregiudiziali relative alla validità dell'art. 1, punto 8, del regolamento (CEE) del Consiglio 27 gennaio 1992, n. 345, recante undicesima modifica del regolamento (CEE) n. 3094/86 che istituisce misure tecniche per la conservazione delle risorse della pesca [...] nell'ambito di una controversia tra la Établissements Armand Mondiet SA (in prosieguito: la "Mondiet"), con sede in Francia, e la società Armement Islais, anch' essa con sede in Francia, in ordine al pagamento di duecento reti da posta derivanti per la pesca del tonno, che quest'ultima aveva ordinato alla prima nell'agosto 1991».

La questione che viene in rilievo qui è quella del punto 4.2., che chiedeva alla Corte di giustizia di valutare «se il regolamento possa essere adottato in modo altrettanto valido, anche su basi ecologiche prive di fondamento scientifico, ma in funzione, a quanto pare, della pressione di talune multinazionali dell'ecologia, dotate di grandi mezzi finanziari e di lobbies importanti, come sottolineato dal signor Marin, membro della Commissione delle Comunità europee, preposto alla pesca, quando non è per niente dimostrato che la loro azione sia fondata, anche in minima parte, su elementi razionali e che altre associazioni ecologiche prendono la difesa degli operatori che chiedevano» una regolamentazione meno stringente rispetto a quella adottata.

Come anticipato, la Corte non prese espressamente in esame questa censura, ma respinse il ricorso, ritenendo dunque che la validità del regolamento impugnato non fosse inficiata da alcun elemento, e così affermando implicitamente che un'eventuale attività di *lobbying* ad esso relativa non era stata decisiva nel determinarne il contenuto.

In tempi più recenti, un'altra pronuncia da ricordare è l'ordinanza del Tribunale di primo grado nel caso *Schmoltdt e a. c. Commissione*³⁴⁵, avente ad oggetto una domanda di annullamento di una decisione della Commissione che aveva approvato delle specifiche tecniche «relative ai prodotti per l'isolamento termico, ai geotessili, agli impianti fissi di estinzione degli incendi e ai blocchi di gesso».

Una delle censure promosse dai ricorrenti era che, «per effetto della decisione impugnata, la terza ricorrente [«un'associazione che rappresenta gli interessi dell'industria della costruzione in Germania»] perde la possibilità di intervenire, nell'interesse delle imprese da essa rappresentate, a favore di un nuovo concetto o, quanto meno, di un miglioramento delle norme comunitarie in materia di prodotti per l'isolamento termico»³⁴⁶. Anche in questo caso, il Tribunale non si pronunciò in modo diretto su questa censura, ma implicitamente, nel ritenere addirittura inammissibile il ricorso, la rigettò, escludendo quindi, almeno nel caso di specie, che si potesse ravvisare un diritto al *lobbying* in capo all'associazione di categoria ricorrente³⁴⁷.

Infine, in una sentenza del 2010, *Whirlpool Europe c. Consiglio dell'Unione europea*³⁴⁸, la questione del *lobbying* emerse con ancor maggior pregnanza nelle argomentazioni dei

³⁴⁴ Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 24 novembre 1993, Causa C-405/92, Raccolta della giurisprudenza 1993 I-06133.

³⁴⁵ Ordinanza del Tribunale di primo grado (Terza Sezione) del 25 maggio 2004, Causa T-264/03, Raccolta della giurisprudenza 2004 II-01515.

³⁴⁶ Anche in questo caso, il testo inglese parla espressamente di lobbying: «According to the applicants, the contested decision deprives the third applicant of the opportunity to lobby, in the interests of the undertakings it represents, for a new version of, or at least an improvement in, the Community standards for thermal insulation products».

ricorrenti. Questo caso riguardava l'istituzione di dazi antidumping sull'importazione di alcuni tipi di frigoriferi dalla Repubblica di Corea. In una prima versione provvisoria, il Consiglio, sulla base di una determinazione della Commissione, aveva stabilito di applicare il dazio ad una certa categoria di frigoriferi, rigettando la tesi della LG, una società coreana produttrice di frigoriferi, che aveva sostenuto che occorresse definire i prodotti in questione in modo diverso, e conseguentemente applicare il dazio in misura più ristretta.

Nelle fasi successive del procedimento, però, la Commissione aveva accolto l'opinione della LG, e così il regolamento definitivo del Consiglio si era adeguato. In questo modo, la Whirlpool, che aveva dato originariamente avvio all'indagine della Commissione, si era vista negare il rimedio cui mirava, e pertanto promosse ricorso contro il regolamento definitivo, chiedendo di annullarlo perché non copriva tutte le categorie dovute.

Tra gli argomenti, la Whirlpool sostenne che, «ad eccezione di due lettere e di una nota dell'amministrazione americana che il Consiglio ha allegato al controricorso per dimostrare il «*lobbying*» cui la definizione del prodotto in esame era stata soggetta sino all'ultimo momento, nessuno dei documenti e delle comunicazioni telefoniche che hanno influito sulle conclusioni finali alle quali la Commissione è pervenuta sono stati allegati alla versione non riservata del suo fascicolo e in tal modo portati a conoscenza delle parti interessate. Perciò, il Consiglio avrebbe violato i diritti della difesa della ricorrente. Il Consiglio avrebbe altresì violato l'equità processuale e la parità delle armi in quanto non avrebbe divulgato tutti i documenti che si riferivano alle attività di «*lobbying*» esercitate nei confronti della Commissione».

In altri termini, la ricorrente osservò che la definizione sarebbe stata oggetto di un'attività di *lobbying* molto intensa, ma su questo le istituzioni europee non avrebbero garantito adeguata trasparenza, violando così il diritto di partecipazione della Whirlpool. Il Tribunale, però, ritenne che il diritto di difesa di quest'ultima non fosse stato violato, perché non vi era prova di tale attività, soltanto asserita dalla ricorrente senza prove a suffragio, e perché in ogni caso la procedura seguita non escludeva la possibilità per l'interessata di essere sentita dalla Commissione e così influire sul procedimento.

Ma l'attività di *lobbying* viene in considerazione anche sotto un diverso profilo: un altro argomento della ricorrente è l'affermazione che « la «brusca» inversione di tendenza delle istituzioni sia stata causata da un «*lobbying*» dell'ultimo minuto», gli elementi del quale tuttavia non compaiono nella motivazione del regolamento impugnato». Il Tribunale, però, respinse anche questo (così come gli ulteriori) motivi di ricorso, affermando che «risulta che il regolamento impugnato espone in modo giuridicamente sufficiente gli elementi di fatto e di diritto pertinenti ai fini della valutazione che vi viene svolta», e così in definitiva respinse il ricorso.

In definitiva, anche in questa sentenza i giudici europei non prendono espressamente in esame il merito della questione sollevata dai ricorrenti con riferimento al *lobbying*, limitandosi ad affermare che non vi erano prove dell'attività in questione, ma senza prendere posizione sulla questione se la loro decisione sarebbe stata la medesima, in presenza di prove che dimostrassero effettivamente che tale opera di pressione si era positivamente esercitata.

Da questa, e dalle due precedenti pronunce, nonché da quelle citate al paragrafo 2.1, si

³⁴⁷ Anche in questo caso, la pronuncia fu impugnata, e la Corte, con una nuova ordinanza di inammissibilità, la confermò, senza riprendere in considerazione il punto ricordato nel testo: ordinanza della Corte del 16 settembre 2005, Causa C-342/04 P, Raccolta della giurisprudenza non pubblicata.

³⁴⁸ Sentenza del Tribunale (Sesta Sezione) del 13 settembre 2010, C-314/06, Raccolta della giurisprudenza, 2010 II-05005.

ricava quindi che, nella giurisprudenza dei giudici europei, il diritto di fare *lobbying* nei confronti dei propri rappresentanti non è attualmente configurato in Europa come un diritto fondamentale. Naturalmente, ciò non toglie che l'attività di *lobbying* rimanga per le corti europee un'attività perfettamente lecita, e anzi proprio su questa sua indubbia liceità hanno fatto leva le argomentazioni di alcuni ricorrenti nell'ambito di procedimenti in materia di concorrenza. In particolare, vanno ricordati due giudizi di impugnazione di sanzioni irrogate dalla Commissione in merito ad intese restrittive della concorrenza nel mercato europeo del cemento.

Nel primo, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*³⁴⁹, una linea di difesa che ha accomunato le società ricorrenti è stata quella di sostenere che le attività svolte di concerto con i concorrenti non avevano determinato un'intesa anticoncorrenziale, ma si erano limitate ad una legittima attività di *lobbying* nei confronti di una politica essa sì anticoncorrenziale adottata dal governo greco.

Il Tribunale nella sua sentenza non risponde sul punto agli argomenti dei ricorrenti, le cui sanzioni vengono poi in alcuni casi annullate e in altri ridotte all'esito di un'analisi estremamente lunga e articolata che si fonda su tutta una serie di altri elementi, tuttavia è interessante notare che quasi tutti i ricorrenti puntarono, tra gli altri argomenti difensivi, anche sul fatto di sostenere che gli accordi raggiunti con i concorrenti non miravano ad attività illecite, ma soltanto a fare *lobbying* in modo congiunto e coordinato, e quindi più efficace.

L'argomento in questione fu riproposto da una delle società ricorrenti nell'appello³⁵⁰, ma anche in questo caso la Corte non lo prese direttamente in esame, e la sanzione nei suoi confronti fu confermata.

Il tema si ripropose alcuni anni dopo, se pur a ruoli invertiti. Nella sentenza *EMC Development c. Commissione*³⁵¹, il Tribunale si trovò a decidere in un ricorso presentato da un'impresa contro la decisione della Commissione di archiviare la denuncia di quest'ultima contro delle presunte nuove condotte anticoncorrenziali da parte delle principali industrie europee del cemento. Nella sentenza emerge come la Commissione avesse ritenuto che le attività svolte di concerto dalle imprese del cemento non eccedessero, tra le altre cose, la normale e lecita attività di *lobbying*, e il Tribunale (il cui giudizio fu poi confermato dalla Corte³⁵²) mostrò di ritenere tale impostazione condivisibile, rigettando il ricorso della EMC Development.

2.4. IL QUADRO ATTUALE DELLA GIURISPRUDENZA DELL'UE

Rinviando, come si è anticipato, al capitolo conclusivo i paragoni con l'ordinamento americano, possiamo sin d'ora concludere che l'analisi svolta ha consentito di individuare alcune linee di tendenza nella giurisprudenza del Tribunale e della Corte di Giustizia, pur nel quadro frammentato e disorganico che ho descritto.

Contrariamente a quanto si riscontra negli Stati Uniti, i giudici europei non riconoscono

³⁴⁹ Sentenza del Tribunale di primo grado (Quarta Sezione ampliata) del 15 marzo 2000, T-25/95 e altri, Raccolta della giurisprudenza 2000 II-00491.

³⁵⁰ Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 7 gennaio 2004, C-204/00 P e altri, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, Raccolta della giurisprudenza 2004 I-00123.

³⁵¹ Sentenza del Tribunale (Quinta Sezione) del 12 maggio 2010, T-432/05, Raccolta della giurisprudenza 2010 II-01629.

³⁵² Ordinanza della Corte (Quinta Sezione) del 31 marzo 2011, C-367/10 P, *EMC Development c. Commissione*, Raccolta della giurisprudenza 2011 I-00046.

l'esistenza di un diritto fondamentale al *lobbying*. Essi non si esprimono in questi termini, ma di fatto giungono a questa conclusione negando il diritto individuale alla partecipazione ad un procedimento legislativo, e aprendo pochi spazi anche al *lobbying* in via giudiziaria.

In alcuni casi, poi, questa impostazione viene indirettamente confermata, con l'adozione di uno sguardo tendenzialmente negativo al *lobbying*: non compaiono prese di posizione espresse, né alcuna affermazione paragonabile agli estremi della prima giurisprudenza americana in materia di *contingent fee lobbying* (v. Capitolo III, § 3.4.). Tuttavia, i giudici paiono comunque guardare all'attività di pressione sul legislatore come a qualcosa che porta con sé rischi per l'integrità del processo democratico.

Ancor più ciò pare evidente nelle argomentazioni di alcune parti, su cui i giudici europei non prendono espressamente posizione, ma che denotano l'ampia diffusione in Europa del senso di diffidenza nei confronti del fenomeno. Va riconosciuto, però, che, come si è visto, si riscontrano pure casi in cui le parti sostenevano invece di aver svolto normale attività di *lobbying*, pienamente lecita, e a prescindere dal giudizio nel merito dei giudici europei, sembra doversi concludere che, a parere di questi ultimi, il *lobbying* deve ritenersi effettivamente un'attività pienamente legittima, che però non assurge al rango di libertà fondamentale, né va ricondotta all'alveo della libertà di espressione e manifestazione del pensiero.

3. I primi passi verso una regolamentazione (non vincolante) del lobbying nell'Unione europea

Seguendo l'impostazione adottata per l'analisi del *lobbying* nel diritto americano, muoviamo a questo punto anche per l'Unione europea, dopo aver considerato il quadro giurisprudenziale, a ricostruire la disciplina esistente in materia. Procediamo dunque secondo un criterio cronologico³⁵³.

3.1. I PRIMI ATTI UFFICIALI SULLA RAPPRESENTANZA DI INTERESSI

Le istituzioni europee incominciarono ad occuparsi di *lobbying* piuttosto tardi rispetto alla loro nascita, ovvero soltanto all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso. Nel programma di lavoro per il 1992, la Commissione Delors affermò:

le relazioni fra le istituzioni comunitarie e i gruppi d'interesse, per quanto utili, richiedono una migliore definizione. La Commissione rifletterà in merito alla creazione di un codice di buona condotta inteso a disciplinare le sue relazioni con coloro che, nell'esercizio della propria professione, agiscono come interlocutori. Ciò non intende naturalmente mettere in discussione né la libera attività dei gruppi professionali, né la necessità di fare proseguire il dialogo con i comitati istituzionali.

Prima che la Commissione si occupasse effettivamente dell'argomento, il 3 ottobre 1992 il Parlamento Europeo, con la sua commissione per il regolamento, emanò una raccomandazione rivolta all'ufficio di presidenza allargato in cui proponeva l'istituzione di un registro dei rappresentanti dei gruppi di interesse presso il Parlamento Europeo, cui legare un codice di condotta da rispettare ma anche una serie di diritti per quanti si registravano (tra cui l'accesso ai locali e ai documenti di questa istituzione).

La Commissione riprese poi tale raccomandazione nel suo primo documento ufficiale

³⁵³ Una ricostruzione in parte coincidente di questa evoluzione si trova anche in Maria Cristina Antonucci, *Rappresentanza degli interessi oggi*, cit.

che si è occupato di *lobbying*, risalente al 2 dicembre 1992 ma pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 5 marzo 1993³⁵⁴, ovvero il policy paper *Un dialogo aperto e strutturato tra la Commissione e i gruppi d'interesse*³⁵⁵. Questo documento fece una prima ricognizione del fenomeno e sin dal suo *incipit* emerge l'approccio che sarà proprio delle istituzioni europee nei confronti del *lobbying*. Il paper, infatti, esordisce così:

La Commissione si è sempre dimostrata aperta agli apporti esterni, nella convinzione che tale processo sia fondamentale per lo sviluppo delle sue politiche. Il dialogo, infatti, si è dimostrato proficuo tanto per l'istituzione che per le parti esterne interessate, e i funzionari della Commissione, consapevoli dell'utilità di tali apporti, guardano ad essi con favore.

La Commissione, in particolare, è nota per la sua accessibilità ai gruppi d'interesse, una caratteristica che, senza dubbio, deve essere conservata. È nel suo stesso interesse, infatti, comportarsi in tal modo, poiché i gruppi d'interesse possono fornire ai servizi informazioni tecniche e consigli costruttivi³⁵⁶.

Sin dalla prima occasione in cui ebbe a pronunciarsi in argomento, quindi, la Commissione impostò il discorso sul *lobbying* (chiamato spesso espressamente così in questo documento, tanto nella versione italiana quanto in quella inglese) come un'attività utile allo svolgimento delle sue funzioni, in virtù dell'apporto conoscitivo che i gruppi d'interesse, nel praticarla, erano in grado di fornire ai suoi funzionari.

Il *paper* del 1992 fa poi un'osservazione interessante: «L'Atto unico europeo, insieme ai progressi del programma del Libro bianco, ha stimolato un netto aumento dell'attività lobbistica a livello comunitario». Ciò conferma l'aumento di dimensioni e importanza del fenomeno del *lobbying* con il crescere delle competenze comunitarie, un dato in realtà di valenza più generale, che trascende sicuramente il contesto europeo.

Dopo di che, rilevato che non esistevano norme specifiche sui rapporti tra Commissione e gruppi di pressione, la Comunicazione in esame chiarisce che

la linea generale della Commissione [...] consiste nel non concedere privilegi a gruppi d'interesse, come il rilascio di permessi d'ingresso e accesso preferenziale alle informazioni, né fornire loro un riconoscimento ufficiale con lo status di consulenti. La Commissione, infatti, ha sempre desiderato mantenere un dialogo che sia il più aperto possibile con tutte le parti interessate, senza dover imporre un sistema di accreditamento.

A questo punto, il documento passa poi ad enunciare i principi guida cui dovrà ispirarsi secondo la Commissione un'eventuale disciplina dei suoi rapporti con i gruppi di interesse, ovvero:

Le relazioni fra la Commissione e i gruppi d'interesse, devono restare aperte, in conformità del principio di un'amministrazione aperta [...]. La Commissione [...] è tenuta a garantire un uguale trattamento a tutti i gruppi d'interesse, affinché ogni parte interessata, indipendentemente dalle dimensioni o dal sostegno finanziario, abbia l'opportunità di essere ascoltata. Nel trattare con i

³⁵⁴ GU n. C 63 del 5 marzo 1993, pag. 2 (93/C 63/02).

³⁵⁵ Esso richiama a propria volta altri documenti che si pongono in generale il tema della trasparenza nelle istituzioni europee, su cui non mi soffermerò poiché non riguardano direttamente i gruppi d'interesse, ma che merita quanto meno citare: si tratta della Comunicazione della Commissione immediatamente seguente (93/C 63/03) su una *Maggior trasparenza nei lavori della Commissione*, nonché della *Dichiarazione relativa al diritto di accesso all'informazione*, allegata al TUE, e della *Dichiarazione di Birmingham*, adottata dal Consiglio Europeo di Birmingham del 16 ottobre 1992.

³⁵⁶ Corsivo aggiunto.

rappresentanti di gruppi d'interesse, i funzionari della Commissione dovrebbero sapere con esattezza chi sono le persone che hanno di fronte e conoscere le loro attività.

Nello specifico, poi, la Commissione raccomandava l'adozione di alcune misure. In primo luogo, auspicava un "inventario" dei gruppi di interesse, suddiviso tra enti senza e con scopo di lucro. Per quanto riguarda i primi, si precisava che l'inventario, che la Commissione immaginava di redigere essa stessa, sarebbe stato «utile tanto per i funzionari della Commissione quanto per gli esterni», a conferma della natura enunciata del *lobbying* e delle sue regole in Europa come funzionali al decisore pubblico³⁵⁷; inoltre, veniva chiarito che «l'inserimento nell'inventario non comporterà alcun riconoscimento ufficiale da parte della Commissione, né garantirà la concessione di privilegi come l'accesso speciale a informazioni, edifici, funzionari, ecc.». Per quanto riguarda l'inventario degli enti commerciali, l'impostazione è quella di un registro volontario, che gli enti stessi avrebbero dovuto redigere. In entrambi i casi, l'auspicio formulato è quello ad un lavoro di ricognizione il più possibile congiunto all'analogo sforzo del Parlamento Europeo.

Interessante è poi l'impostazione seguita con riferimento agli auspicati codici di condotta, che vengono immaginati come un insieme di regole che sono i settori stessi a dover redigere su base volontaria, se pur tenendo conto di una serie di requisiti minimi elencati in un allegato del *paper*, riferiti in particolare al modo di presentarsi al pubblico e ad una serie di regole di comportamento considerate come imprescindibili. In definitiva, per la Commissione i gruppi di interesse devono «aver modo di organizzarsi liberamente e senza interferenze da parte del settore pubblico», il che sembra aprire in qualche misura ad una sorta di libertà di *lobbying* all'americana, pur con la comprensibile precisazione che la Commissione «si riserva il diritto di controllare la situazione, soprattutto per quanto riguarda le organizzazioni a scopo di lucro».

Infine, la Comunicazione del 1992 prendeva in esame i "diritti e obblighi del personale della Commissione", ovvero le regole contenute nello Statuto dei funzionari che avevano una particolare rilevanza in relazione alle *lobby*, ovvero quelle sui doni, sulle attività esterne, sugli impieghi successivi alla cessazione dalla carica, sulla riservatezza delle informazioni gestite e sui conflitti d'interesse (sullo Statuto dei funzionari oggi, v. *infra*, § 5.5.).

Il *paper* del 1992 non ebbe però particolare seguito. Dopo la sua pubblicazione a marzo 1993, esso cadde abbastanza nel dimenticatoio. Nel maggio 1994, la Commissione invitò i gruppi di interesse a scopo non lucrativo a scriverle per farsi includere in un repertorio che li elencasse tutti, con una serie di informazioni rilevanti relative a ciascuno³⁵⁸. Ciò portò alla pubblicazione il 30 settembre 1996 di una *Directory of Interest Groups*, comprensiva di gruppi a scopo di lucro e non, poi di tanto in tanto aggiornata nello sforzo di essere maggiormente completa.

Dal canto suo, come ricordava l'allegato I alla Comunicazione del 1992, «il Parlamento

³⁵⁷ Tale impostazione viene confermata anche dalla Comunicazione "Maggior trasparenza nei lavori della Commissione" (v. *supra*, nota 355). In essa, si legge sì che i gruppi di interesse «trarrebbero grandi vantaggi dal rafforzamento della politica della Commissione in materia di trasparenza» (il che sembra inclinare verso una concezione delle regole sul *lobbying* come utili in primo luogo ai gruppi d'interesse), ma poi si aggiunge che «una maggiore partecipazione pubblica ai lavori della Commissione favorisce una gestione più aperta e può quindi ispirare maggiore fiducia all'opinione pubblica», e soprattutto che «dovrebbero venire adottate le misure necessarie per garantire che tutti i gruppi interessati ad una determinata questione abbiano la possibilità di esprimere le proprie opinioni. *La Commissione sarà così in grado di formulare proposte equilibrate*» (corsivo aggiunto).

³⁵⁸ Raccolta di dati sui gruppi di interesse «a scopo non lucrativo», GUCE N. C 126/8 del 7 maggio 1994 (94/C, 126/06).

Europeo, in quanto istituzione comunitaria direttamente eletta, è particolarmente interessato a mantenere relazioni aperte con il pubblico e, in particolare, con le lobby. Il PE ha rilasciato in passato ai lobbisti dei lasciapassare che permettevano l'accesso agli edifici. L'aumento del numero di lobbisti, tuttavia, e l'abuso di tale privilegio lo hanno però indotto a riconsiderare la propria politica al riguardo».

In particolare, con la crescita delle funzioni di questo organo, cresceva anche l'intensità del *lobbying* di cui esso veniva fatto oggetto: più diventava un soggetto centrale nel processo legislativo, più diventava oggetto di attenzione e pressioni da parte dei lobbisti³⁵⁹, per cui avvertì la necessità di disciplinare in modo più sistematico le relazioni tra questi ultimi e i suoi Membri.

A tale esigenza il Parlamento Europeo diede seguito nel 1996, con l'introduzione nel suo Regolamento³⁶⁰ di una disposizione (l'allora articolo 9, paragrafi (1) e (2)) che prevedeva un sistema di lasciapassare nominativi della durata massima di un anno da rilasciarsi a quanti desideravano accedere frequentemente ai locali del Parlamento per fornire informazioni ai Membri nell'interesse proprio o di terzi. In cambio, coloro che richiedevano il lasciapassare erano tenuti al rispetto di un codice di condotta³⁶¹ e ad iscriversi in un apposito registro tenuto dai questori e reso disponibile al pubblico.

Tale sistema di lasciapassare è tuttora previsto dal Regolamento, se pur in una diversa collocazione, per cui lo esaminerò più in dettaglio più avanti, al § 5.2, dove considererò le regole attualmente vigenti.

In ogni caso, anche questi passaggi, compiuti separatamente da Commissione e Parlamento Europeo, non ebbero conseguenze pratiche di rilievo, e anzi trascorsero alcuni anni prima che il tema della regolamentazione del *lobbying* tornasse sull'agenda delle istituzioni europee. Piuttosto interessante è un'interrogazione scritta alla Commissione presentata dall'Onorevole Glyn Ford nel marzo 1999³⁶², in cui si chiedeva: «Può la Commissione far sapere se intende chiedere alle società operanti nell'Unione europea di inserire nelle loro relazioni annuali informazioni dettagliate in merito agli ambienti sui quali esse esercitano pressioni e sulle risorse destinate a tale attività, dal momento che un siffatto approccio allineerebbe la normativa dell'Unione europea alla legge federale statunitense che disciplina i gruppi di pressione (*US Federal Regulation of Lobbying Act*)?».

La risposta, fornita dal Presidente Santer il 1 aprile 1999, è degna di nota:

L'obbligo imposto alle imprese americane di dichiarare le loro attività di pressione, comprese le somme spese in tale contesto, deriva dal sistema di registrazione che viene applicato a qualsiasi organizzazione che esercita attività di pressione presso le istanze federali americane.

Questo sistema di registrazione non corrisponde però all'approccio della Commissione, che si basa sull'apertura a tutti i gruppi d'interesse garantendo una parità di trattamento e raccomandando un sistema d'autoregolazione.

La Commissione non prevede pertanto di adottare misure che richiederebbero un cambiamento fondamentale nella sua politica.

³⁵⁹W. Lehmann, L. Bosche, *Lobbying in the European Union: Current Rules and Practices*, AFCO 104 EN, 04-2003, http://ec.europa.eu/civil_society/interest_groups/docs/workingdocparl.pdf, 33.

³⁶⁰ Il testo attuale è disponibile su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getLastRules.do?language=IT&reference=TOC>.

³⁶¹ Tale codice era contenuto all'articolo 3 dell'Allegato X al Regolamento.

³⁶² Interrogazione scritta n. 440/99 dell'on. Glyn FORD Regolamentazione concernente i gruppi di pressione, *Gazzetta ufficiale n. C 348 del 03/12/1999 pag. 0069*.

A fine anni '90, quindi, il quadro era quello di una Commissione che confermava la propria predilezione per una regolamentazione non vincolante o meglio ancora un'autoregolazione da parte dei gruppi d'interesse, marcando così con convinzione la propria differenza rispetto all'ordinamento statunitense; quanto al Parlamento Europeo, esso aveva proceduto in maniera autonoma, istituendo un registro l'inserimento nel quale era legato più che altro alla possibilità di accedere fisicamente ai locali del Parlamento, e comunque anch'esso di natura essenzialmente volontaria.

3.2. IL LIBRO BIANCO DEL 2001 SULLA GOVERNANCE EUROPEA

Un rinnovato interesse per la questione dei gruppi d'interesse³⁶³ si ebbe con la pubblicazione da parte della Commissione del libro bianco *La governance europea*³⁶⁴, del 5 agosto 2001. In questo documento, infatti, la Commissione sostenne la necessità di «rafforzare la cultura della consultazione e del dialogo adottata da tutte le istituzioni europee, alla quale [occorre che] venga associato in particolare il Parlamento europeo»³⁶⁵.

In particolare, il libro bianco chiariva che la revisione della governance europea doveva condurre, tra le altre cose, a «un utilizzo più mirato da parte della Commissione del suo diritto d'iniziativa. Migliorando le procedure di consultazione e coinvolgendo di più i cittadini, utilizzando in maniera più trasparente le consulenze degli esperti e adottando una nuova impostazione per la pianificazione a breve termine, la Commissione potrà analizzare in modo molto più approfondito le richieste di nuove iniziative politiche da parte delle istituzioni e dei gruppi di interesse. Sarà quindi in grado, più di prima, di agire per l'interesse generale europeo».

Troviamo qui una nuova conferma di come la Commissione guardi alla partecipazione da parte dei gruppi d'interesse come funzionale ad un miglior perseguimento da parte della Commissione stessa dell'interesse generale del cittadino europeo.

Sempre in quest'ottica, infine, il libro bianco insisteva sul ruolo della società civile: essa «svolge un ruolo importante, poiché esprime le preoccupazioni dei cittadini e fornisce servizi in risposta alle esigenze di tutti. [...] Vi è la possibilità di far partecipare più attivamente i cittadini al conseguimento degli obiettivi dell'Unione e di offrire loro un canale strutturato per le loro reazioni, critiche e proteste»: ciò era funzionale all'attuazione dei principi di apertura e partecipazione, che insieme a responsabilità, efficacia e coerenza erano individuati come i

³⁶³ Per completezza, ricordo anche: il parere del Comitato economico e sociale *Il ruolo e il contributo della società civile organizzata nella costruzione europea* (GU C 329, 17 novembre 1999, pag. 30, già ricordato *supra*, cap. I); la comunicazione del 3 aprile 2001 della Commissione europea sulla definizione interattiva delle politiche (C(2001) 1014); nonché il documento di lavoro della Commissione del 18 gennaio 2000, *La Commissione e le organizzazioni non governative: rafforzare il partenariato* (COM(2000) 11 def.). Ai nostri fini, non occorre approfondirne il contenuto. Inoltre, un report al Comitato sugli affari economici e lo sviluppo dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, di cui dirò ampiamente al § 6.3., cita misure della Commissione europea, a partire dal 1999, che includevano «*access-to-documents legislation (Regulation 1049/2001) and a register of documents; public access to databases on consultative bodies and experts advising the Commission; wider consultation and impact assessment prior to legislative steps; the Code of Good Administrative Behaviour and the Code of Conduct for Commissioners*».

³⁶⁴ COM(2001) 428 definitivo/2.

³⁶⁵ Dal canto suo, nella sua risoluzione su tale libro bianco (A5-0399/2001), il Parlamento Europeo ha affermato che «La consultazione degli ambienti interessati [...] può sempre costituire solo un complemento e non può sostituire le procedure e le decisioni di organi legislativi democraticamente legittimati; a livello di procedura legislativa possono decidere responsabilmente solo il Consiglio e il Parlamento, in quanto legislatori [...]».

principi della buona governance.

3.3. “VERSO UNA CULTURA DI MAGGIORE CONSULTAZIONE E DIALOGO”: LA COMUNICAZIONE DEL 2002

Il libro bianco sulla governance del 2001 fu ripreso l'anno seguente dalla Comunicazione della Commissione intitolata Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione³⁶⁶.

In questo documento, la Commissione esordisce confermando la propria tradizione di apprezzamento per i contributi forniti dai gruppi d'interesse, i vantaggi di un'apertura ai quali «vengono [...] già riconosciuti» dalla Commissione.

La comunicazione in esame mira a far sì che il «processo di consultazione [...] [sia] strutturato in modo più coerente», ma in parallelo si pone anche un obiettivo se vogliamo più affine la disciplina americana, ovvero «garantire che tutte le parti interessate vengano consultate in modo consona», assicurando sì la parità di trattamento (un obiettivo già contenuto nel libro bianco³⁶⁷), ma indirettamente riconoscendo così un diritto delle parti interessate ad essere ascoltate sulle iniziative normative che le riguardano. Ciò, naturalmente – si precisa poco oltre – comporta l'attribuzione della facoltà di «esprimere un'opinione, non già un voto», che spetta esclusivamente alle istituzioni democraticamente legittimate.

Il documento precisa poi che «procedere ad ampie consultazioni è [...] conforme a uno dei compiti della Commissione a norma dei trattati, e permette di presentare agli organi legislativi proposte valide. Ciò è pienamente conforme all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, il quale prevede che “la Commissione dovrebbe [...] effettuare ampie consultazioni prima di proporre atti legislativi, e se necessario pubblicare documenti di consultazione”»³⁶⁸.

Viene così configurato in capo alla Commissione un autentico «dovere d'intavolare consultazioni», che persegue il consueto duplice obiettivo che abbiamo già visto: «una buona consultazione [...] aiuta a migliorare la qualità delle politiche, e al tempo stesso accresce il coinvolgimento delle parti interessate e del pubblico in senso lato»³⁶⁹.

Il documento traccia poi un legame importante tra il diritto per tutti gli interessati a farsi ascoltare³⁷⁰ e la libertà di associazione: «Il ruolo specifico [...] [delle organizzazioni della società civile], nelle democrazie moderne, è strettamente connesso col diritto fondamentale

³⁶⁶ COM(2002) 704 definitivo, dell'11 dicembre 2002 (già citata *supra*, cap. I).

³⁶⁷ Là dove si paventava «il rischio che i politici si limitino ad ascoltare argomentazioni unilaterali di determinati gruppi in grado di assicurarsi un accesso privilegiato».

³⁶⁸ La comunicazione cita qui l'allora Protocollo (n. 7) *sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, allegato al trattato di Amsterdam, ora divenuto il Protocollo (n. 2).

³⁶⁹ Ciò trova ulteriore conferma nel seguente passaggio successivo: «Agli occhi della Commissione, [...] l'aspetto centrale nel definire quali siano i destinatari primi delle proprie consultazioni è garantire che alle parti direttamente interessate venga data la possibilità di esprimere il proprio punto di vista. [...] Affinché il processo di consultazione sia significativo e credibile, è però essenziale rendere esplicito chi ha partecipato alle consultazioni».

³⁷⁰ Circa la più ampia generalizzazione di tale facoltà, cfr. la seguente affermazione, di poco seguente: «La Commissione tiene a ribadire che condivide l'idea della massima partecipazione possibile, conformemente al principio di una *governance* aperta. Ogni singolo cittadino, impresa o associazione continuerà a disporre della possibilità di fornire alla Commissione un contributo, in altre parole la Commissione non intende creare nuovi ostacoli burocratici per restringere il numero di coloro che potranno partecipare alle consultazioni».

dei cittadini di formare associazioni per perseguire finalità comuni, come sancito dall'articolo 12 della Carta europea dei diritti fondamentali», in base al quale «Ogni individuo ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico [...]»

Infine, la comunicazione in esame enuncia, sulla base di questa analisi, i Principi generali e requisiti minimi per le consultazioni avviate dalla Commissione, applicabili (fermo restando il loro carattere giuridicamente non vincolante) dal 1 gennaio 2013. Nel descriverli, oltre ad assumere un impegno di massima partecipazione possibile, la Commissione chiama a propria volta i gruppi d'interesse ad uno sforzo di trasparenza:

Ne consegue che le parti interessate devono operare esse stesse in un contesto di trasparenza, affinché l'opinione pubblica conosca i soggetti che partecipano alla consultazione nonché la loro linea di condotta.

I principi di apertura e responsabilizzazione sono quindi essenziali per quel che riguarda il modo di agire delle organizzazioni che cercano di contribuire alle scelte politiche dell'Unione. [...]

Le parti interessate che desiderino commentare una sua proposta devono quindi essere disposte a fornire alla Commissione, non meno che all'opinione pubblica in generale, questo genere di informazioni. Tra le informazioni dovrebbero essere rese disponibili attraverso la base dati³⁷¹ CONECCS³⁷² (sempreché le organizzazioni soddisfino i criteri per essere iscritte nella base e desiderino, con una scelta autonoma, figurarvi) o mediante altre misure, quali un apposito sistema di schede informative. [...]

La Commissione esorta i gruppi di interesse a elaborare propri dispositivi di controllo del processo, che permettano loro di trarre insegnamenti dalle consultazioni e di offrire un contributo fattivo a un sistema trasparente, aperto e responsabile.

3.4. LA SVOLTA: LA *EUROPEAN TRANSPARENCY INITIATIVE* DEL 2005

Anche la comunicazione del 2002 non condusse comunque ancora ad un decisivo esame della questione del se e come regolamentare l'attività di *lobbying* nell'Unione europea. La svolta decisiva avvenne soltanto tre anni dopo, con il lancio da parte della Commissione dell'Iniziativa Europea per la Trasparenza (ETI)³⁷³, che portò nel 2006 alla pubblicazione dell'omonimo libro verde³⁷⁴. Tra le altre cose, esso si concentrava proprio sull'«esigenza di un quadro più strutturato per le attività dei rappresentanti dei gruppi di interesse (lobbisti)».

Il libro verde descriveva quindi quello che secondo la Commissione era «il quadro di base per disciplinare i rapporti tra le istituzioni UE e i lobbisti». Si tratta di un passaggio estremamente significativo per gli scopi di questo lavoro, per cui è opportuno riportarlo per intero:

1. Il lobbismo rappresenta una componente legittima dei sistemi democratici, a prescindere se sia svolto da singoli cittadini o società, da organizzazioni della società civile e altri gruppi di interesse o ditte che lavorano per conto di terzi (esperti di affari pubblici, centri di studi e avvocati).

³⁷¹ «Per potere figurare nella base, le organizzazioni devono essere rappresentative, strutturate a livello europeo (ovvero presenti con propri membri in almeno due paesi dell'Unione o paesi candidati) e non avere scopi di lucro, essere operanti e in possesso di esperienza in uno o più settori di competenza della Commissione, avere un certo assetto formale o istituzionale, nonché essere disposte a fornire alla Commissione informazioni al proprio riguardo ragionevolmente sufficienti per essere integrate nella base dati o a sostegno della propria domanda di inserimento nella base».

³⁷² Su CONECCS si veda il libro verde del 2006, citato al paragrafo seguente.

³⁷³ SEC(2005) 1300, 9 November 2005.

³⁷⁴ COM(2006) 194, 3 May 2006, http://ec.europa.eu/transparency/eti/docs/gp_it.pdf.

2. I lobbisti possono contribuire a richiamare l'attenzione delle istituzioni europee su alcuni problemi importanti; in alcuni casi, la Comunità offre un sostegno finanziario per garantire che i pareri di taluni gruppi di interesse siano efficacemente rappresentati a livello europeo (ad esempio gli interessi dei consumatori e dei disabili, gli interessi in campo ambientale, ecc.).
3. Nel contempo, è opportuno evitare che venga esercitata una pressione indebita sulle istituzioni europee attraverso un uso scorretto delle pratiche lobbistiche.
4. Qualora dei gruppi di pressione intendano contribuire allo sviluppo delle politiche dell'UE, è necessario illustrare chiaramente all'opinione pubblica l'apporto che essi danno alle istituzioni europee. È inoltre necessario descrivere chiaramente la missione e le modalità di finanziamento di tali gruppi e precisare le categorie che essi rappresentano.
5. L'obbligo delle istituzioni europee di identificare e salvaguardare "l'interesse generale della Comunità"³⁷⁵ implica il loro diritto di adottare deliberazioni interne senza interferenze da parte di interessi esterni.
6. Le misure adottate nel settore della trasparenza devono essere efficaci e proporzionate.

Sono almeno due gli aspetti di questo elenco a dover essere particolarmente rimarcati ai nostri fini. Il primo è l'estrema apertura nei confronti del *lobbying* di cui la Commissione dà prova. Certamente, la trasparenza è importante, e i requisiti di *disclosure* e le regole di integrità (come spiegato più avanti nel documento) sono determinanti per ottenere questo obiettivo; tuttavia, in queste fondamentali parole della Commissione, non emerge alcuna particolare preoccupazione per il pericolo che il *lobbying* corrompa l'integrità del processo democratico, un rischio che ad esempio i giudici dissenzienti in *Harriss* avevano invece ravvisato³⁷⁶.

Il secondo punto degno di rilievo è che non vi è alcun tipo di richiamo alla libertà di espressione (o a quella di associazione, che pure compariva – come si è visto – nel documento del 2002). Il *lobbying*, quindi, viene evidentemente interpretato in questa fondamentale comunicazione in un modo molto diverso dalla sua riconduzione alla libertà individuale di rivolgere petizioni al governo per la riparazione di torti subiti, così come era già evidente nei precedenti documenti esaminati, e come tornerò ad evidenziare nel capitolo conclusivo: il *lobbying*, per la Commissione, è prima di tutto uno strumento che può «contribuire a richiamare l'attenzione delle istituzioni europee su alcuni problemi importanti».

Ma vi è un ulteriore aspetto da mettere in luce del libro verde, ed è l'affermazione in esso contenuta che la Commissione, dopo aver preso attentamente in esame la disciplina sul *lobbying* di altri ordinamenti, tra cui quello americano, per il momento

non ritiene che un sistema di registrazione obbligatoria rappresenti la soluzione adeguata e privilegierebbe piuttosto un sistema più rigoroso di autoregolamentazione. Tuttavia, dopo un certo periodo sarebbe opportuno effettuare un'analisi per verificare l'efficacia di tale sistema. Qualora i risultati fossero negativi, si dovrebbe prendere in considerazione un sistema di misure obbligatorie, ossia un codice di condotta obbligatorio con registrazione obbligatoria.

Pertanto, almeno in via di principio, la Commissione espresse nel 2006 una netta preferenza per la "regolamentazione" del *lobbying* tramite un sistema di registrazione non obbligatoria: pur considerando il *caveat* finale del passo appena riportato, sarebbe quindi un errore ritenere questa scelta un mero primo passo, o una forma incompleta di regolamentazione, se comparata al modello americano. Al contrario, la Commissione chiarisce al di là di ogni dubbio che, se il modello scelto produrrà risultati apprezzabili, sarà

³⁷⁵ Il riferimento qui era all'art. 213 del TCE (ora art. 245 del TFUE, in cui però non è più contenuta questa dicitura).

³⁷⁶ Vedi in particolare le parole del giudice Jackson citate *supra*.

per lei soddisfacente, senza che si ponga la necessità di una registrazione obbligatoria.

Il libro verde fu poi seguito l'anno successivo da una nuova comunicazione della Commissione, *Seguito del Libro Verde "Iniziativa europea per la trasparenza"*³⁷⁷, che lanciò una road map per l'adozione di un codice comune di condotta e di un nuovo registro per i lobbisti, che andasse a sostituire il precedente database CONECCS³⁷⁸. Inoltre, questo documento ritenne ancora una volta «opportuno ricordare che la definizione del termine "lobbismo" data dalla Commissione non implicava alcun giudizio negativo» e «l'utilità e la legittimità delle attività di lobbismo nei sistemi democratici» (anche se, per evitare fraintendimenti, la Commissione scelse di chiamare il registro "Registro dei rappresentanti di interessi", evitando la parola "lobbisti").

Infine, nel 2008, fu pubblicato un ulteriore *policy paper*, sempre nell'ambito dell'Iniziativa Europea sulla Trasparenza, *Quadro di riferimento per le relazioni con i rappresentanti di interessi (registro e codice di condotta)*³⁷⁹. Questa nuova comunicazione conteneva il codice di condotta per i rappresentanti d'interessi o lobbisti, e prevedeva che le infrazioni allo stesso da parte dei rappresentanti di un soggetto registrato potessero portare alla sospensione o all'esclusione di quel soggetto dal registro; inoltre, si stabiliva che «i [...] contributi [degli organismi registrati] alle consultazioni pubbliche vengono pubblicati su Internet con l'indicazione dell'identità dell'autore del contributo, a meno che questi si opponga alla pubblicazione dei dati personali in quanto ritiene che la loro pubblicazione potrebbe ledere i suoi legittimi interessi».

Il registro dei rappresentanti di interessi presso la Commissione fu così aperto il 23 giugno 2008, ma va notato come a questo risultato si sia giunto sempre tramite documenti di carattere non vincolante come le comunicazioni, seguendo l'impostazione illustrata dalla comunicazione del 2002:

La Commissione resta [...] convinta che un'impostazione giuridicamente vincolante vada evitata nel caso di una consultazione, per due motivi: anzitutto va tracciata una chiara linea di separazione tra le consultazioni che la Commissione avvia di propria iniziativa, prima di adottare una proposta, e il successivo processo decisionale istituzionalizzato e obbligatorio, stabilito dai trattati; in secondo luogo, occorre evitare che vengano a determinarsi situazioni in cui una proposta della Commissione possa essere impugnata dinanzi alla Corte di giustizia per una presunta insufficienza di consultazione delle parti interessate. Un approccio iperlegalistico del genere risulterebbe incompatibile con l'esigenza di elaborare tempestivamente gli orientamenti politici e con le aspettative dei cittadini, i quali dalle istituzioni europee si attendono interventi di merito, anziché un'attenzione eccessiva agli aspetti procedurali. [...]

Inoltre il timore espresso da alcuni partecipanti al processo di consultazione, che i principi e gli orientamenti possano rimanere lettera morta per la loro natura non giuridicamente vincolante, deriva da un malinteso. È infatti evidente che, se la Commissione decide di applicare determinati principi e orientamenti, i suoi servizi sono tenuti ad agire di conseguenza.

Il carattere non vincolante dei documenti di "regolazione" della materia, e di conseguenza delle regole in essi contenute, è dunque frutto di una precisa scelta della Commissione. Quanto al Parlamento, come si vedrà al § 5.1., in tempi recenti questo organo si è invece dichiarato favorevole ad un'impostazione diversa da quella fatta propria dalla

³⁷⁷ COM(2007) 127 def., SEC(2007) 360, 21 marzo 2007.

³⁷⁸ *Consultation, the European Commission and Civil Society*. Questa banca dati, l'unica esistente sino ad allora, raccoglieva i contributi ricevuti dai gruppi d'interesse durante una consultazione su un'iniziativa della Commissione. La comunicazione in esame ne prefigurava il superamento.

³⁷⁹ COM(2008) 323 definitivo, SEC(2008) 1926, 27 maggio 2008.

Commissione, e in particolare all'adozione di un sistema di registrazione obbligatoria, in linea con la sua visione del *lobbying* connotata da toni di maggiore preoccupazione per il potenziale di corruzione del processo democratico europeo che questa pratica può determinare.

4. I Trattati europei, in particolare dopo Lisbona

A questo punto, occorre soffermarsi sui Trattati, perché, soprattutto dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona (approvato il 18 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1 dicembre 2009), essi contengono alcune disposizioni di estrema rilevanza per l'inquadramento giuridico dei gruppi di interesse e dei lobbisti che li rappresentano.

4.1. LA POSSIBILE RIVOLUZIONE DELL'ARTICOLO 11 TUE

In particolare, va ricordato l'articolo 11 del TUE. Tralasciando il comma 4, che si occupa dell'iniziativa legislativa popolare (un tema connesso alla presente indagine ma diverso e a sé stante, su cui non mi soffermerò), meritano attenzione soprattutto i primi tre commi:

1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione.
2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile.
3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate.

L'articolo 11, insieme alle altre *Disposizioni relative ai principi democratici*, fu introdotto dal Trattato di Lisbona e segna una "costituzionalizzazione" dell'apertura dell'UE ai gruppi d'interesse e dell'obbligo delle istituzioni di mantenere un dialogo aperto con i medesimi³⁸⁰, un principio di cui fino a questo momento mancava un "riconoscimento formale"³⁸¹.

³⁸⁰ Sul punto, v. ad es. V. Cuesta López, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, 16(1) *European Public Law* 123 (2010), nonché D. Ferri, *Dal Libro bianco sulla governance al nuovo registro per la trasparenza: l'UE tra participatory engineering e democrazia partecipativa*, 22(3-4) *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 481 (2012). Per uno studio del *lobbying* nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, v. più in generale K. Joos, *Lobbying in the new Europe. Successful representation of interests after the Treaty of Lisbon*, Wiley, Weinheim, 2011, in particolare la Part 4, *Lobbying at European Union institutions — framework and approaches*, 87-119. V. anche la Part 7, *K Street a Model for Brussels?*.

³⁸¹ Così D. Ferri, *European Citizens... Mind the Gap! Some Reflections on Participatory Democracy in the EU*, 5(3) *Perspectives on Federalism* 56, 66 (2013); l'Autrice nota peraltro come, a onor del vero, «Art. 11 TEU, however, does not give a clear definition of "dialogue," nor does it define its scope, procedures, or players». Il termine *dialogue* risale al suo utilizzo nel 1996 da parte della DG *social policy*, che invocava la necessità di un "civil dialogue" in parallelo al "social dialogue", che invece era stato fortemente istituzionalizzato sin dal Trattato di Maastricht (così ancora D. Ferri, *op.loc.ult.cit.*). Quanto infine alle consultazioni, si tratta di «soft tools mainly used by the Commission to receive technical knowledge and identify the interests and needs of interested parties before developing legislative proposals. Analogously to the dialogue(s), they pre-date the Lisbon Treaty».

Sull'art. 11 TUE e sull'impatto potenziale di questa disposizione ai fini del discorso europeo sul *lobbying*, ritengo sia di fondamentale interesse il ragionamento svolto da Joana Mendes in un suo intervento del 2011 sulla *Common Market Law Review*³⁸², che qui riporterò diffusamente.

Il punto di partenza è che, sino all'introduzione nei Trattati di questa disposizione, la partecipazione come principio ispiratore della governance europea era rimasta essenzialmente sul piano della prassi, ma non era assunta a un riconoscimento espresso di *hard law*. Dal canto suo, la Corte di Giustizia dell'Ue, come si è visto al § 2 di questo Capitolo, non ha mai riconosciuto esistente un diritto – giuridicamente sancito dai Trattati – in capo alle parti interessate di partecipazione ai processi decisionali delle istituzioni. L'art. 11 TEU, però, – scriveva Mendes – potrebbe essere alla base di un completo cambio di scenario, anche se a tutt'oggi tale implicazione non è ancora stata sviluppata dalle istituzioni europee, Corte inclusa³⁸³.

L'art. 11 TEU, infatti, «presuppone una transizione dagli usi strumentali della partecipazione tipici della governance partecipativa, alla partecipazione concepita come una base della democrazia partecipativa. [...] [Q]uesto cambiamento normativo potrebbe richiedere l'espansione del ruolo del diritto con riferimento alla partecipazione, in particolare nelle procedure legislative, da cui il diritto è stato virtualmente escluso»³⁸⁴.

A dire il vero, l'art. 11 contiene una serie di aspirazioni di principio, che potrebbero venire considerate delle «vuote affermazioni declamatorie» più che fonte di autentici obblighi in capo alle istituzioni. Inoltre, l'interpretazione delle sue disposizioni è alquanto incerta, tra le altre cose perché sono rivolte soltanto alle istituzioni, senza includere tutti gli uffici e agenzie che invece svolgono un ruolo centrale nel processo decisionale e che in effetti sono espressamente contemplati da altre disposizioni dei Trattati.

Secondo Mendes, questa «natura asistemica» dell'articolo 11 deriva proprio dalla storia della partecipazione nelle Comunità Europee, poi Unione europea, dove essa è sempre stata cercata e realizzata, soprattutto dalla Commissione, ma appunto senza un preciso obbligo normativo alla base, e quindi inevitabilmente in modo frammentato e disorganico.

Anche quando, con il percorso esaminato al paragrafo precedente, la Commissione ha intrapreso un tentativo di sistematizzare il proprio rapporto – da sempre esistente – con i gruppi di interesse e i lobbisti, comunque la partecipazione ha mantenuto i propri «tratti di strumentalità», ovvero la sua natura, che ho più volte cercato di mettere in luce appunto al § 3, di strumento funzionale al perseguimento di politiche più rispondenti ai bisogni dei cittadini, e quindi in definitiva della democrazia.

L'art. 11, almeno nella lettura “normativa” proposta da Mendes, sembra aver determinato una soluzione di continuità in questo quadro da tempo consolidato, facendo della partecipazione un principio fondativo dell'Unione europea, e soprattutto «un principio giuridico in luogo di un'aspirazione politica», che fonda la legittimazione democratica

Consultations are formally open to all stakeholders, interested parties and the wider public, allowing for a wide range of actors that include public authorities, businesses, associations of different kinds as well as individual citizens, but participation patterns and rates vary greatly from one consultation to another» (sempre D. Ferri, *European Citizens*, cit. 67).

³⁸² J. Mendes, *Participation and the role of law after Lisbon: A legal view on Article 11 TEU*, 48(6) *Common Market Law Review* 1849 (2011). Le traduzioni che seguono dei passi riportati sono mie.

³⁸³ Cfr. D. Ferri, *European Citizens*, cit., 66-67.

³⁸⁴ J. Mendes, *Participation*, cit., 2.

dell'ordinamento giuridico dell'Unione³⁸⁵ e richiede pertanto riforme politiche e giuridiche.

Questa disposizione sembra cioè imporre uno standard minimo alla luce del quale misurare le pratiche di partecipazione: è vero che «le sue disposizioni sono piuttosto deboli con riguardo alla posizione dell'individuo o delle associazioni – o, in effetti, del cittadino – in relazione alle istituzioni dell'UE (con l'eccezione del comma 4). Esse prevedono doveri delle istituzioni, più che diritti degli individui o delle associazioni rappresentative a partecipare. [...] E tuttavia, il cambiamento normativo che l'articolo 11 presuppone – nell'interpretazione sostenuta in questo lavoro – implica il portare l'attenzione sulle relazioni dei partecipanti [...] con le istituzioni e i corpi dell'UE [...]. Questo cambiamento richiede di assicurare la possibilità di essere ascoltati a coloro che sono interessati a partecipare, e in particolare, l'uguaglianza di trattamento dei partecipanti».

In altre parole, l'articolo 11 sembra per la prima volta porre le basi per un possibile riconoscimento di un diritto al *lobbying* nell'ambito dell'Unione europea. Se è vero, come spiega Mendes, che questa disposizione stabilisce più doveri in capo alle istituzioni europee che diritti in capo ai singoli, è pur vero che tali doveri generici implicano necessariamente il correlativo diritto dei singoli di volta in volta interessati ad esigerne il rispetto, e soprattutto ad agire in giudizio per chiederlo là dove tale loro pretesa non venga spontaneamente soddisfatta.

Una simile conclusione è carica di conseguenze, perché comporta un necessario adattamento delle attuali procedure per garantire il rispetto dei nuovi standard di partecipazione imposti dall'art. 11 TUE. Ma questa «giuridificazione della partecipazione è controversa», perché può comportare un ritardo nel processo decisionale, attribuire uno spazio troppo ampio al controllo giurisdizionale, e rafforzare la capacità di influenza dei gruppi meglio organizzati e più potenti. Per converso, continuare a lasciare alle istituzioni discrezionalità su modi tempi e protagonisti della partecipazione, quando esse “la ritengano appropriata”, non sembra in grado di soddisfare le esigenze dell'art. 11, che, nello stabilire la partecipazione in via pervasiva e generalizzata nell'ambito del processo decisionale europeo a tutti i suoi livelli, sembra porre, forse ben oltre le intenzioni stesse di coloro che lo redassero, il rispetto, e quindi l'ascolto delle ragioni di quanti vengono coinvolti da una decisione pubblica come condizione di legittimità di quella decisione e più in generale dell'ordine democratico entro il quale essa viene adottata.

Si pone qui in tutta la sua evidenza la problematicità del nesso libertà-democrazia, che corre sotto traccia a tutto il discorso sul *lobbying*: tanto maggiore è l'interferenza che il processo democratico determina sulle libertà di individui, gruppi ed enti, tanto più forti sono i diritti che l'art. 11 sembra essere giunto a riconoscere ai soggetti di volta in volta interessati, e che possono spaziare da un vero diritto di partecipazione, a un più limitato diritto di accesso e di motivazione³⁸⁶.

Come già accennato, comunque, questo percorso implica l'attribuzione a cittadini e associazioni rappresentative del diritto di «contestare la legittimità di atti giuridici sulla base

³⁸⁵ Su questo aspetto Mendes cita A. Von Bogdandy, *Founding Principles*, in A. Von Bogdandy, J. Bast (Eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart publishing, Oxford, Uk, 2010, 11-54, 12.

³⁸⁶ Più avanti, nel paragrafo conclusivo, Mendes scrive: «Da una prospettiva giuridica, i diritti di partecipazione sono richiesti quando gli atti adottati dalle istituzioni o dai corpi europei – a prescindere dalla loro natura generale o individuale – possono avere un impatto sufficiente sulla sfera giuridica dei soggetti interessati. In altre parole, quando tali atti possono incidere a sufficienza sui diritti di proprietà e libertà così come su interessi collettivi e diffusi, che i soggetti coinvolti sono in posizione di fare valere».

di una violazione dell'articolo 11 o delle regole giuridiche che attuano questo articolo del Trattato». È vero che, come si è accennato al § 2, l'interpretazione da parte della Corte di Giustizia delle condizioni per lo *standing* poste dell'art. 263(4) TFUE, tradizionalmente molto restrittiva, continua ad essere tale anche dopo la modifica apportata dal Trattato di Lisbona, e quindi non in grado di assicurare a individui ed enti la possibilità di far valere giudizialmente i diritti ad essi spettanti in virtù dell'art. 11 TUE, ma è possibile che prima o poi la Corte sia costretta a rivedere la propria giurisprudenza sul punto, almeno là dove il coinvolgimento del Parlamento Europeo è minore e quindi vi è scarsa possibilità di controllo anche da parte dei rappresentanti popolari (come tipicamente negli atti non-legislativi).

In conclusione, il nuovo art. 11 TUE apre scenari interessanti per il coinvolgimento dei gruppi di pressione nel *policy-making* dell'Unione, anche se, come detto, le sue potenziali implicazioni non sono state sin qui colte dalle istituzioni e neppure dai gruppi d'interesse stessi. Una questione giuridica interessante al riguardo è quella dei rimedi giurisdizionali a disposizione di un portatore d'interessi leso nel suo diritto alla partecipazione, una questione non ancora risolta:

The institutions do not have any legal obligation to explain how and why they choose their interlocutors. This wide discretion could hardly be challenged in front of the CJEU. In addition, since the effect of the dialogue on the actual adoption of an EU act are minimal, it is more than unlikely that a CSO excluded from the dialogue challenges the final act in front of the Luxembourg judges on the basis of an infringement of Art. 11 TEU. Even in the event that a CSO should file such a case, the results are still uncertain. In this respect, it is worth recalling that the CJEU has ruled on the principle of democracy in the EU in different contexts and perspectives (inter alia Lenaerts 2013³⁸⁷). However, it has never focused on CSO (or citizens) participation. If we do not consider the series of “Aarhus cases”³⁸⁸ in which in any event the Court had a different focus (and, in general, where the cases arose in the context of preliminary rulings), the CJEU came across a CSO’s claim only in UEAPME³⁸⁹, and only with regard to the social dialogue. The CJEU has ruled extensively on the right to access to documents, driving general conclusions on the principle of transparency, but such case law does not offer a secure basis to ensure participation [...]. Consultations are virtually open, but they end up being dominated by the best resourced (regardless of registration), i.e. by those subjects that have been most generously financed by the Commission³⁹⁰.

Sarà molto interessante monitorare l'esito di un procedimento intentato per lesione dell'art. 11 TUE da parte di un gruppo di pressione, se e quando esso sarà effettivamente promosso.

4.2. IL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE

Un'analisi sulle istituzioni europee e il *lobbying* deve necessariamente riservare quanto meno un cenno al Comitato Economico e Sociale, organo istituito dai Trattati con funzioni consultive. Esso era inteso come strumento per garantire una cinghia di trasmissione tra le istituzioni legiferanti e la società civile, e ciò si rifletteva nella sua composizione: esso era

³⁸⁷ Il richiamo è a K. Lenaerts, *The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice*, 62(2) *International and Comparative Law Quarterly* 271 (2013).

³⁸⁸ Si tratta dei casi, mentre l'autrice scriveva decisi solo in primo grado, e ora definiti dalla Corte di giustizia il 13 gennaio 2015 rispettivamente nelle cause riunite da C-401/12 P a C-403/12 P, e C-404/12 P e C-405/12 P.

³⁸⁹ Citato *supra*, § 2.1..

³⁹⁰ D. Ferri, *European Citizens*, cit., 70.

infatti stato pensato per essere «composto di rappresentanti delle varie categorie della vita economica e sociale, in particolare dei produttori, agricoltori, vettori, lavoratori, commercianti e artigiani, nonché delle libere professioni e degli interessi generali» (così l'art. 193 del Trattato di Roma).

Il CES doveva essere consultato nell'ambito di talune procedure, ma senza che il suo parere fosse mai di tipo vincolante. Questa impostazione è sostanzialmente sopravvissuta fino ad oggi: l'art. 304 TFUE stabilisce infatti che «Il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione consultano il Comitato nei casi previsti dai trattati. Tali istituzioni possono consultarlo in tutti i casi in cui lo ritengano opportuno. Il Comitato, qualora lo ritenga opportuno, può formulare un parere di propria iniziativa».

Attualmente, l'art. 300(2) TFUE stabilisce poi che esso sia «composto da rappresentanti delle organizzazioni di datori di lavoro, di lavoratori dipendenti e di altri attori rappresentativi della società civile, in particolare nei settori socioeconomico, civico, professionale e culturale». Ma il ruolo decisamente marginale svolto da questo organo sul piano dell'incidenza pratica sul processo decisionale europeo, e l'ancor minore capacità di offrire un reale canale di trasmissione delle istanze della “società civile” presso i centri decisionali europei³⁹¹, ne fanno un soggetto essenzialmente trascurabile ai fini della presente indagine.

In effetti, il CES viene naturalmente consultato tutte le volte in cui i Trattati lo prescrivono, ed esso stesso ha tentato di accreditarsi come il luogo per eccellenza della partecipazione delle organizzazioni della società civile, almeno a partire dalla sua Opinione del 1999 su *The role and contribution of civil society organisations in the building of Europe*. Tuttavia, come è stato osservato in modo a me pare condivisibile, «[e]scaping the rethoric which surrounds EESC's talks, the EESC is a participatory tool in the sense that it allows CSOs to participate in EU decision-making and synthesises different components of European society. It plays the role of intermediary between citizens and EU institutions. However, even though it is undoubtedly pluralistic, it is not open, since members are pre-selected at national level»³⁹².

Di qualche anno dopo è invece l'elaborazione di alcuni criteri di ammissibilità che le varie organizzazioni devono rispettare per poter accedere al cosiddetto “dialogo civile”³⁹³. Il CES stabilì in particolare che «[p]er essere considerata rappresentativa su scala europea, un'organizzazione deve essere organizzata stabilmente a livello comunitario; consentire l'accesso diretto alle esperienze dei propri membri, permettendo quindi consultazioni rapide e costruttive; rappresentare interessi generali, coincidenti con quelli della società europea; comporsi di organi riconosciuti dagli Stati membri come portatori di interessi specifici; avere organizzazioni affiliate nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione; garantire la responsabilità dei propri membri; avere un mandato di rappresentanza e di azione a livello europeo; essere indipendente, disporre di un mandato vincolante e non essere sottoposta a istruzioni provenienti dall'esterno; risultare trasparente soprattutto in termini di finanziamento

³⁹¹ Come scrive D. Ferri, *European Citizens ...*, cit., 64, «Recently, Hönnige and Panke attempted to measure, through an empirical analysis, the influence of the EESC and the Committee of Regions and concluded that both of them do have influence on policy-making, even though their recommendations are not binding on the addressee (Hönnige and Panke 2013). They nevertheless concluded that this influence is still restricted» (il riferimento è a C. Hönnige, D. Panke, *The Committee of the Regions and the European Economic and Social Committee: How Influential are Consultative Committees in the European Union?*, 51(3) *Journal of Common Market Studies* 452 (2013). Il Comitato delle Regioni non rientra nell'ambito di interesse del presente lavoro.

³⁹² D. Ferri, *op.loc.ult.cit.*

³⁹³ Parere sul “Libro bianco sulla governance europea” del 20 marzo 2002; CES 357/2002.

e di strutture decisionali». Se si considera però che sullo stesso CES è possibile avanzare dei dubbi di rappresentatività, come detto un istante fa, questa restrizione del campo appare alquanto paradossale.

Lo sviluppo più recente è stato l'accordo interistituzionale concluso con il Comitato delle Regioni il 5 febbraio 2014, con l'obiettivo di rafforzare il proprio ruolo nel processo decisionale dell'Unione, ma anche in questo caso non sembra che l'impatto sia stato particolarmente rilevante.

In conclusione, non pare che fosse così ben riposta la notevole fiducia riposta dalla Corte di Giustizia di *Atlanta e a. c. Comunità Europea* (v. *supra*, § 2.1.) nel CES come organo in grado di assicurare un sufficiente coinvolgimento delle organizzazioni della società civile. Per i giudici di Lussemburgo, come si è visto, l'esistenza del CES vale (pur insieme ad altri elementi) ad escludere la necessità di riconoscere un generale diritto di partecipazione dei singoli soggetti interessati all'adozione di un atto da parte delle istituzioni dell'Ue, ma il coinvolgimento assicurato dal CES appare davvero troppo scarsamente incisivo perché l'esigenza di consentire ai soggetti interessati di far ascoltare la propria voce possa dirsi soddisfatta.

4.3. ALTRE DISPOSIZIONI

Al di là dell'art. 11 TUE (e delle norme sul CES), il quadro giuridico della normativa primaria rilevante ai fini della presente indagine si compone anche di altre disposizioni, che passerò qui molto rapidamente in rassegna.

In primo luogo, il Trattato sull'Unione europea esordisce subito stabilendo all'art. 1 secondo paragrafo che «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini»: il principio di trasparenza e la vicinanza delle decisioni delle istituzioni europee ai cittadini costituisce dunque un principio fondante dell'intero edificio europeo, al punto da essere inserito nella primissima disposizione del primo dei due Trattati fondamentali.

All'interno del titolo sui principi democratici, poi, oltre all'art. 11 va ricordato il precedente articolo 10 TUE, che stabilisce in modo chiaro, al primo paragrafo, che «Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa». La Ue fa quindi una scelta netta ed espressa nel senso del carattere rappresentativo del proprio ordinamento democratico, e ciò è al contempo una scelta inevitabile date le dimensioni continentali di tale entità politica, e una premessa essenziale per l'operato dei lobbisti, che in un'entità per l'appunto così ampia, dove i rappresentanti popolari sono relativamente pochi ma assumono decisioni in ambiti sempre più consistenti e per un numero sempre maggiore di abitanti, sono automaticamente un obiettivo primario dell'azione dei gruppi d'interesse.

Il paragrafo 3 dell'articolo 10 stabilisce poi che «Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini»: si fonda qui la necessità di massimo coinvolgimento popolare possibile, ma il riferimento qui è soltanto ai cittadini in quanto singoli individui, venendo riservata la protezione "costituzionale" del coinvolgimento dei gruppi, come si è visto, all'articolo 11.

In ogni caso, la necessità che le decisioni pubbliche vengano prese in modo "aperto e vicino" ai cittadini può aprire anch'essa indirettamente spazio all'operato dei gruppi d'interesse, dal momento che essi in definitiva, come insegna la giurisprudenza costituzionale americana che si è esaminata, sono in definitiva composti da tanti singoli cittadini europei, che si organizzano in gruppi per meglio operare, ma che rimangono in definitiva i titolari

degli interessi portati avanti dai gruppi. Per cui anche l'art. 10(3) può dare ai rappresentanti dei gruppi d'interesse una copertura potenzialmente forte per la loro attività, anche se tale prospettiva non sembra essere stata particolarmente esplorata sin qui, essendosi concentrati in larga misura gli studiosi e gli operatori stessi sulle indicazioni più immediate derivanti dall'art. 11.

Disposizioni rilevanti sono poi contenute anche nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. In primo luogo, l'art. 15 afferma in via generale al paragrafo 1 che «Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile». Tale disposizione fonda quindi la legittimità (e anzi la necessità) di regole in materia di trasparenza, verosimilmente anche ben oltre il grado di pervasività che, come dirò al prossimo paragrafo, caratterizza le norme attualmente in vigore.

Il paragrafo 2 dispone poi la pubblicità delle sedute del Parlamento europeo, nonché del Consiglio «allorché delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo». Il successivo paragrafo 3 è poi piuttosto articolato, stabilendo in generale il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni. Qui viene in rilievo soprattutto il comma 5, in base al quale «Il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste» da appositi regolamenti approvati secondo la procedura legislativa ordinaria. I Trattati si preoccupano dunque di prevedere la pubblicità dell'operato ordinario di tutte le istituzioni, ma in particolare hanno cura di stabilire che siano pubblici i documenti attinenti alle procedure legislative: eventuali disposizioni che prescrivessero di dar conto del *lobbying* che abbia riguardato un determinato atto normativo europeo sarebbero dunque pienamente rispondenti allo spirito di queste norme³⁹⁴.

Tralasciando l'art 263 TFUE, di cui ho già detto a proposito dei (limitati) spazi per i gruppi d'interesse di contestare in giudizio atti legislativi (§ 2), le ultime norme meritevoli di menzione sono quelle di cui agli articoli 154 e 155 TFUE. In base al primo di questi articoli, alla Commissione è attribuito «il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende[re] ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti». In particolare, poi, prima ancora di presentare le proprie proposte nell'ambito della politica sociale, la Commissione è tenuta a consultare le parti sociali, e poi a farlo nuovamente se, all'esito di questa prima consultazione, ritiene opportuno procedere. Dal canto loro, le parti sociali possono inviare alla Commissione un parere o una raccomandazione, ed eventualmente avviare la procedura, di cui all'art. 155, volta alla stipula di «relazioni contrattuali, ivi compresi accordi».

Al di fuori del testo dei Trattati in senso stretto, ma con lo stesso valore giuridico degli stessi, va poi ricordata un'importantissima disposizione contenuta nel Protocollo n. 2 *sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*: l'art. 2 di tale Protocollo stabilisce infatti che «Prima di proporre un atto legislativo, la Commissione effettua ampie consultazioni. Tali consultazioni devono tener conto, se del caso, della dimensione regionale e locale delle azioni previste. Nei casi di straordinaria urgenza, la Commissione non procede a dette consultazioni. Essa motiva la decisione nella proposta». Come regola generale, quindi, la Commissione è tenuta a consultare le parti interessate, instaurandosi così un meccanismo

³⁹⁴ Le disposizioni dell'art. 15 TFUE si collegano poi, oltre che al già ricordato art. 1 TUE, al successivo art. 298 TFUE, in base al quale «1. Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, fissano disposizioni a tal fine, nel rispetto dello statuto e del regime adottati sulla base dell'articolo 336», ovvero dello statuto dei funzionari, su cui v. *infra*, § 5.5.

per cui in ogni fase del procedimento legislativo, a cominciare da quelle precedenti la formulazione effettiva della proposta, le parti interessate debbono essere coinvolte nelle varie fasi del processo di *policy-making*.

Per completezza, rilevo infine che la Carta di Nizza non sembra offrire spunti di particolare rilievo per la materia: essa protegge naturalmente all'art. 11 la *libertà di espressione e d'informazione* e all'art. 12 quella *di riunione e di associazione*, così come le disposizioni sul Capo V sulla *Cittadinanza* garantiscono ad esempio il *diritto ad una buona amministrazione* (art. 41), *d'accesso* (art. 42) e di *petizione* (art. 44), ma non vi sono riferimenti diretti alla pratica della rappresentanza d'interessi, né, come si è visto, da queste disposizioni è stata ricavata in via interpretativa dalla Corte di Giustizia dell'Ue un'elaborazione sulla dimensione costituzionale del *lobbying* all'interno dell'Unione. Non è il caso quindi di soffermarsi oltre.

Aggiungo ancora soltanto che norme indirettamente rilevanti ai fini del *lobbying* sono più in generale tutte quelle che attengono alla «natura negoziale dell'istituzione comunitaria, [al]la struttura della governance europea, [al] pluralismo delle sue istituzioni, alla forma di governo dell'Unione»³⁹⁵. L'approfondimento di questo aspetto esula dagli scopi della presente analisi, ma certamente è opportuno tener presenti le peculiarità istituzionali dell'ordinamento europeo e del procedimento legislativo, che creano spazi e opportunità per il *lobbying* anche oltre quanto avvenga negli ordinamenti nazionali³⁹⁶. In effetti, come scrive sempre Petrillo, «L'allargamento a 27 Paesi dell'Unione, a partire dal maggio 2005, e l'approvazione del Trattato di Lisbona hanno rafforzato la posizione dei gruppi di pressione, anche solo per la necessità, per la burocrazia come per la politica, di dover interpretare 27 differenti culture e tradizioni (anche giuridiche) e, quindi, di dover mediare tra interessi “nuovi” e interessi “antichi” (o consolidati)».

Da questo punto di vista, «le lobby hanno svolto un ruolo determinante nella costruzione dell'Unione e nel processo di integrazione comunitaria, agendo spesso “come grimaldello per arginare preconcetti e furori nazionalistici”, in quanto portatrici di interessi transnazionali. Esse si sono, così, trasformate da agenti di trasmissione di domande particolari ai decisori pubblici, in veri e propri protagonisti del processo decisionale»³⁹⁷, in ciò anche favorite dal fatto che «nel Parlamento Europeo non si gioca la partita tipica dei sistemi politici competitivi, non c'è contrapposizione tra una maggioranza e una opposizione[,] un dato

³⁹⁵ T.E. Frosini, P.L. Petrillo, *La normativa dell'Unione europea in materia di gruppi di pressione tra Parlamento e Commissione Europea, Sinergie, rapporti di ricerca*, n. 35, “Lobby Italia” a Bruxelles: come, dove, quando. E perché (Settembre 2012), 61, 62. Petrillo cita al riguardo Palermo 2005, 120, che qualifica la forma di governo dell'Ue come «prescrittivamente collaborativa, che mira al coinvolgimento partecipativo procedimentalizzato con prevenzione del conflitto giurisdizionale». Poco più avanti, a p. 64, aggiunge ancora Petrillo: «L'assenza di partiti politici strutturati ed organizzati su base europea e la complessità sociale, economica, culturale e linguistica dell'Unione, sono due delle ragioni principali, dunque, per cui i gruppi di pressione hanno svolto e svolgono un ruolo centrale nella formazione delle decisioni comunitarie. A ciò si aggiunga il fatto che man mano che l'Unione e le sue istituzioni hanno acquisito nuove competenze e più poteri decisionali, è calata la partecipazione elettorale. Attraverso il diretto coinvolgimento delle lobby nel processo decisionale, l'Unione sembra sperare di poter (se non) risolvere e (quanto meno) attenuare il c.d. deficit democratico che caratterizza le sue istituzioni».

³⁹⁶ Cfr. ancora P.L. Petrillo, *op.loc.ult.cit.*: «La modalità di formazione delle decisioni comunitarie, infatti, con la previsione, ad esempio, di Libri verdi licenziati dalla Commissione Europea, al fine di recepire le istanze della c.d. “società civile” prima di intraprendere l'iniziativa normativa, evidenzia la centralità dei gruppi di pressione nel sistema comunitario».

³⁹⁷ Il richiamo nel virgolettato è a Graziano, 2000, p. 49.

[...]ch[e] permette al lobbista di operare al di fuori degli schemi tipici del conflitto politico, lavorando [...] per creare intergruppi, ovvero coalizioni di più parlamentari provenienti da gruppi e Paesi diversi ma uniti dalla valorizzazione o dal sostegno di un comune interesse»³⁹⁸.

5. La disciplina attuale nell'Unione europea

5.1. L'ACCORDO INTERISTITUZIONALE DEL 2014 E I SUOI ALLEGATI

Il quadro della normativa primaria ricostruito al paragrafo precedente ha fatto da sfondo ad alcune cruciali innovazioni degli ultimi anni, che hanno concorso a delineare l'attuale disciplina.

In primo luogo, va ricordata la *Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 maggio 2008 sull'elaborazione di un quadro per le attività dei rappresentanti di interessi (lobbisti) presso le istituzioni europee*³⁹⁹.

Successivamente, come già ricordato, la Commissione introdusse un proprio sistema di registrazione dei rappresentanti di interesse, che faceva il paio con l'embrionale meccanismo istituito dal Parlamento europeo nel 1996.

Questo quadro è stato poi riformato in modo sostanziale nel 2011 dal già citato *Accordo interistituzionale su un registro comune per la trasparenza del Parlamento e della Commissione*⁴⁰⁰, che ha infine stabilito l'istituzione di un registro di lobbisti comune a Commissione e Parlamento⁴⁰¹.

Così come per i registri separati di Parlamento e Commissione, però, anche per il registro comune l'iscrizione fu concepita come non obbligatoria, e necessaria solo se i lobbisti volevano ottenere un accesso a lungo termine agli edifici del Parlamento Europeo, ma non per svolgere questo lavoro in quanto tale. Del resto, l'Accordo è una misura non legislativa, e occorrerebbero disposizioni di natura legislativa per introdurre una forma obbligatoria di registrazione.

Il solo altro vantaggio pratico che si otteneva con la registrazione, ai sensi dell'Accordo del 2001, era il fatto che la Commissione assumeva l'impegno di avvisare i soggetti registrati ogni volta in cui avrebbe pubblicato un nuovo piano d'azione o lanciato una consultazione pubblica nella materia a cui quel soggetto era interessato. Di conseguenza, se un lobbista sceglieva di non registrarsi, ciò non aveva effetti pratici significativi sulle sue attività professionali.

Peraltro, merita ricordare alcune affermazioni fatte dal Parlamento Europeo nella sua decisione di partecipare all'accordo inter-istituzionale del 2011⁴⁰². In particolare, esso prese alcune posizioni che segnavano una distanza da alcune delle opinioni espresse dalla Commissione in passato, descrivendo esplicitamente l'accordo come un «primo passo verso

³⁹⁸ T.E. Frosini, P.L. Petrillo, *La normativa dell'Unione europea*, cit., 68.

³⁹⁹ 2007/2115(INI), GU C 271 E del 12.11.2009, pag. 48.

⁴⁰⁰ Approvato con Decisione del Parlamento europeo dell'11 maggio 2011 sulla conclusione di un accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo e la Commissione su un registro comune per la trasparenza (2010/2291(ACI)) GU L 191 22.07.2011, p. 0029.

⁴⁰¹In parallelo, l'Articolo 9 del Regolamento è stato modificato. L'Allegato IX (reintitolato *Registro per la trasparenza*) ora contiene nella sezione A le *Disposizioni di attuazione dell'articolo 11, paragrafi da 5 a 8* (relative ai tesserini identificativi per i rappresentanti d'interesse), e nella sezione B l'accordo stesso; l'Allegato 3 all'Accordo contiene il riformulato *Codice di condotta* per i lobbisti.

una maggior trasparenza»⁴⁰³; soprattutto, il Parlamento ripeté «la propria richiesta di una registrazione obbligatoria di tutti i lobbisti sul Registro della Trasparenza e chiede che vengano prese le misure necessarie nel quadro dell'imminente processo di revisione per preparare una transizione ad una registrazione obbligatoria».

Sin dal 2011, quindi, il Parlamento spinge espressamente per l'adozione di un sistema di registrazione obbligatoria su modello americano, contrariamente a quella che è stata – almeno sin qui – l'opzione preferita della Commissione⁴⁰⁴ (come ho ricordato al § 3.1., l'introduzione di regole di condotta per il parlamentari europei con riferimento al loro rapporto con i lobbisti risale al 1996, e sin da allora è evidente la preoccupazione del Parlamento europeo per il fenomeno *lobbying*, tuttavia è solo con questa dichiarazione che la presa di posizione per un sistema di registrazione obbligatoria si fa esplicita).

Infine, il Parlamento nella dichiarazione del 2011 fece anche una significativa richiesta al Consiglio di aderire all'accordo⁴⁰⁵: esso infatti «deplora che il Consiglio non abbia ancora aderito all'accordo malgrado si tratti di un passo fondamentale ai fini della garanzia di trasparenza in tutte le fasi del processo legislativo a livello di Unione; si compiace, tuttavia, per il fatto che il Consiglio abbia affermato che aderirà all'accordo; invita il Consiglio ad aderire al registro comune quanto prima».

In effetti, l'assenza di qualunque tipo di regolamentazione del *lobbying* avente ad oggetto il Consiglio (che, come dirò tra un momento, permane tuttora) è una lacuna significativa, per certi versi paragonabile a quella che esisteva nell'FRLA negli Stati Uniti, e non è irragionevole immaginare che, esattamente come in quel Paese, essa venga infine colmata, in questo caso con un atto volontario del Consiglio.

Va detto peraltro che l'assenza di regolamentazione per quanto concerne il Consiglio potrebbe essere parzialmente compensata da regolamentazioni nazionali: controllando come i lobbisti influenzano i rappresentanti dei rispettivi Stati Membri presso il Consiglio, le regole di *lobbying* nazionali possono offrire indirettamente una forma di controllo sulle decisioni di questo organo inter-statale.

⁴⁰² *European Parliament decision of 11 May 2011 on conclusion of an interinstitutional agreement between the European Parliament and the Commission on a common Transparency Register, 2010/2291(ACI).*

⁴⁰³ La traduzione di questo e dei seguenti passaggi è mia, essendo gli originali solo in inglese e francese.

⁴⁰⁴ V. D Obradovic, *Regulating Lobbying in the European Union*, in D. Coen, J. Richardson (a cura di), *Lobbying the European Union: Institutions, Actors and Issues* (Oxford University Press, Oxford, UK, 2009), 298-334, in particolare 319-320. A proposito della Commissione, il suo ruolo nel coinvolgimento dei gruppi d'interesse rimane assolutamente centrale, anche se non mi sento di condividere l'affermazione di D. Ferri, *European Citizens ...*, cit., 66, secondo cui il coinvolgimento delle “*civil society organizations*” sarebbe addirittura un “monopolio” della Commissione. Ferri individua due ragioni per tale monopolio: da un lato, una ragione storica, per cui il coinvolgimento dei gruppi d'interesse sarebbe stato visto originariamente con favore dalla Commissione per superare la carenza di legittimazione popolare diretta e poteri del Parlamento europeo, dall'altro una ragione istituzionale, per cui il suo fondamentale potere di iniziativa ne faceva il soggetto privilegiato dell'attenzione dei lobbisti (l'Autrice cita al riguardo rispettivamente J. Greenwood, *Organized Civil Society and Democratic Legitimacy in the European Union*, 37(2) *British Journal of Political Science* 333, 343 (2007), e I. Tanasescu Irina, *The European Commission and Interest Groups: Towards a Deliberative Interpretation of Stakeholder Investment in EU Policy-making*, VUB Press, Brussels, 2009, 55).

⁴⁰⁵ Ciò si combinava con il § 28 dell'accordo, in base al quale «Il Consiglio europeo e il Consiglio sono invitati ad aderire al registro».

Tuttavia, ciò potrebbe non garantire un livello sufficiente di trasparenza per i cittadini degli Stati dell'UE: in parte, perché queste regole sono diverse da Paese a Paese e quindi i cittadini di altri Stati Membri potrebbero incontrare delle difficoltà nell'accedere all'informazione relativa ad un Paese diverso dal proprio; in parte, perché diversi Stati Membri sostanzialmente non impongono trasparenza per le attività di *lobbying* svolte sul loro territorio; e in parte perché anche dove la trasparenza è sufficientemente garantita a livello nazionale, il *lobbying* dei rappresentanti nazionali al Consiglio è qualcosa di piuttosto diverso dal *lobbying* il governo di uno Stato Membro, e potrebbe facilmente non essere coperto dalla normativa interna. Una regolamentazione onnicomprensiva del *lobbying* a livello di Unione europea, quindi, imporrebbe quanto meno una piena *disclosure* di tutti i «*lobbying contacts*» (per usare l'espressione impiegata dalla legislazione americana) tra rappresentanti di interessi da un lato e membri del Consiglio e loro staff dall'altro⁴⁰⁶, ed eventualmente qualche forma di divieto di *revolving door*.

In ogni caso, l'accordo del 2011 fu sostituito nel 2014 da un nuovo accordo interistituzionale, anche in questo caso solo tra Commissione e Parlamento⁴⁰⁷. L'accordo del 2014, che si applica a partire dal 1 gennaio 2015 e si prevede venga nuovamente sottoposto a revisione nel 2017, apportò alcune modifiche. Oltre a riformulare la definizione di *lobbying* (aspetto già esaminato al cap. I), il nuovo accordo ha in primo luogo istituito una nuova «struttura operativa comune, denominata “Segretariato congiunto del registro per la trasparenza (SCRT)”», con il compito di sovrintendere all'attuazione al sistema di registrazione.

Ma soprattutto, il nuovo accordo ha dedicato un apposito titolo, il VI, ad ampliare la gamma di incentivi offerti a coloro che si registrano, evidentemente nel tentativo di rendere il più ampio possibile il numero di enti registrati e quindi l'ambito di copertura del registro. Similmente a prima (§ 22), il § 29 dell'accordo attuale stabilisce che «I titoli di accesso al Parlamento europeo sono rilasciati alle persone che rappresentano o lavorano per organizzazioni rientranti nell'ambito di applicazione del registro unicamente qualora tali organizzazioni o persone siano registrate».

Se, poi, il § 23 del precedente accordo stabiliva genericamente che Parlamento europeo e Commissione «conservano la libertà di utilizzare il registro in maniera indipendente per i propri specifici obiettivi, compresa l'introduzione di incentivi, quali la comunicazione di informazioni ai soggetti registrati, in occasione del lancio di consultazioni pubbliche o dell'organizzazione di eventi», il § 30 cerca, come si accennava, di dare maggiore pregnanza e concretezza ai vantaggi conseguiti con la registrazione. Si stabilisce infatti che Parlamento europeo e Commissione

offrono incentivi, nell'ambito dei loro poteri amministrativi, al fine di incoraggiare la registrazione nel quadro istituito dal presente accordo.

Tra gli incentivi offerti dal Parlamento europeo a coloro che intendono registrarsi possono figurare i seguenti:

⁴⁰⁶ Sulla cruciale importanza della *disclosure*, un obiettivo di policy che abitualmente gode di un sostegno bipartisan da sponde anche opposte dello schieramento politico, v. T.E. Mann, *Lobbying Reform: Accountability through Transparency*, audizione davanti al *Committee on Rules of the US House of Representatives*, 2 March 2006, disponibile su <http://www.brookings.edu/research/testimony/2006/03/02governance-mann>.

⁴⁰⁷ Accordo tra il Parlamento europeo e la Commissione europea sul registro per la trasparenza delle organizzazioni e dei liberi professionisti che svolgono attività di concorso all'elaborazione e attuazione delle politiche dell'Unione europea, GU L 277 del 19.9.2014, pagg. 11–24.

- un’ulteriore agevolazione dell’accesso ai locali del Parlamento europeo, ai deputati e ai rispettivi assistenti, nonché ai funzionari e agli altri agenti dell’Istituzione,
 - l’autorizzazione a organizzare o co-ospitare manifestazioni nei locali del Parlamento europeo,
 - la trasmissione agevolata di informazioni, in particolare mediante indirizzari («*mailing list*») specifici,
 - la partecipazione in qualità di intervenienti alle audizioni delle commissioni,
 - il patrocinio del Parlamento europeo.
- Tra gli incentivi offerti dalla Commissione europea a coloro che intendono registrarsi possono figurare:
- provvedimenti relativi alla trasmissione di informazioni ai soggetti registrati in occasione di consultazioni pubbliche;
 - provvedimenti relativi ai gruppi di esperti e ad altri organi consultivi;
 - indirizzari («*mailing list*») specifici;
 - il patrocinio della Commissione europea.

Infine, con riferimento alle sanzioni, un aspetto molto rilevante dell’impianto regolatorio, il nuovo accordo non si discosta in misura sostanziale dal precedente, limitandosi a stabilire, nei casi più gravi, la radiazione dal registro per un periodo massimo di due anni (e la menzione pubblica del provvedimento), senza quindi che il potenziale deterrente sia particolarmente marcato.

L’accordo, poi, che si chiude ribadendo l’invito, sin qui disatteso, a Consiglio e Consiglio europeo di aderire al registro, è completato da quattro allegati, che ricalcano la struttura dei quattro allegati all’accordo del 2011. Il primo contiene i dettagli delle categorie del “Registro per la trasparenza”, in cui vanno suddivisi “Organizzazioni e liberi professionisti svolgenti attività di concorso all’elaborazione e attuazione delle politiche dell’Unione europea”. Le categorie sono le seguenti: Società di consulenza specializzate, studi legali e consulenti indipendenti; Lobbisti interni e associazioni di categoria, commerciali e professionali; Organizzazioni non governative; Centri studi (think-tanks), istituti di ricerca e istituti accademici; Organizzazioni rappresentative di chiese e comunità religiose; Organizzazioni rappresentative di amministrazioni locali, regionali e comunali e altri enti pubblici o misti ecc.

L’allegato II specifica invece le “informazioni da fornire al momento della registrazione”, tra cui «dettagli specifici sulle principali proposte legislative o politiche obiettivo delle attività di coloro che effettuano la registrazione», eventuali «*Legami con le istituzioni dell’unione*», e “informazioni finanziarie” relative sia all’istituzione sia alle spese per attività di *lobbying* (sia a eventuali finanziamenti ricevuti dalle istituzioni UE).

L’allegato III invece contiene il Codice di condotta per tutti i rappresentanti d’interesse (anche se non registrati) nei loro rapporti con membri, funzionari e agenti di Commissione e Parlamento europeo, e in generale con le istituzioni europee. Esso consta di una serie di prescrizioni di buon comportamento, che si integra con altre norme previste invece per funzionari ed ex funzionari europei, e include anche l’obbligo di *disclosure*: i rappresentanti di interessi cioè «si identificano sempre con il proprio nome e, se del caso, con il proprio numero di registrazione, facendo riferimento all’ente o agli enti per cui lavorano o che rappresentano; dichiarano gli interessi, gli obiettivi e le finalità che promuovono e, se del caso, specificano i clienti o i membri che essi rappresentano».

Infine, l’allegato IV è dedicato ad articolare un procedimento, affidato al già citato segretariato congiunto del registro per la trasparenza (SCRT), per la trattazione delle segnalazioni e dei reclami relativi alle informazioni da includere nel registro, ad eventuali registrazioni inammissibili, e a violazioni del codice di condotta. Come già ricordato, la sanzione più grave prevista è quella della « Radiazione dal registro per due anni e revoca formale dell’autorizzazione di accesso ai locali del Parlamento europeo (in qualità di

rappresentante accreditato di un gruppo d'interesse)», con relativa “pubblicazione del provvedimento nel registro”: una sanzione piuttosto contenuta, e dagli effetti al più reputazionali e di impatto pratico relativamente limitato.

5.2. REGOLE DI ACCESSO AL PARLAMENTO EUROPEO E CODICE DI CONDOTTA PER I

PARLAMENTARI EUROPEI

Oltre alle norme per i lobbisti, sono previste anche regole di comportamento per i membri del Parlamento europeo. Esse sono contenute nel già citato Regolamento di questo organo, e in particolare le disposizioni che vengono in questione sono quelle, tutte accomunate dal richiamo al già menzionato principio di trasparenza, contenute (nella versione vigente mentre scrivo⁴⁰⁸) nell'articolo 11 e negli allegati I e IX, che vado dunque ad esaminare.

L'articolo 11 è dedicato a *Interessi finanziari dei deputati, norme di comportamento, registro per la trasparenza obbligatorio e accesso al Parlamento*. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si stabilisce che i titoli d'accesso ai locali del Parlamento europeo vengano rilasciati, “sotto la responsabilità dei Questori”, con “una durata massima di validità di un anno, rinnovabile”. Per quel che qui viene in rilievo, se un'organizzazione o un dato soggetto rientra nel campo di applicazione del registro della trasparenza, per poter ottenere un tale titolo d'accesso deve iscriversi al registro e rispettare il codice di condotta, potendosi vedere negato o ritirato in caso di inosservanza.

L'allegato IX (*Registro per la trasparenza*) nella parte A contiene poi, come già accennato, alcune disposizioni ulteriori sui titoli di accesso, specificando, tra le altre cose, che «i titoli di accesso non autorizzano in alcun caso i loro titolari ad assistere alle riunioni del Parlamento o dei suoi organi, fatte salve le riunioni dichiarate aperte al pubblico, e non consentono, in tal caso, alcuna deroga alle norme di accesso che si applicano a qualsiasi altro cittadino dell'Unione europea», a conferma di quanto osservavo al paragrafo precedente circa la scarsa incisività dei vantaggi per l'inclusione nel registro. La parte B di questo allegato riproduce poi interamente l'accordo interistituzionale considerato per l'appunto al § 5.1, cui faccio dunque interamente rinvio.

Tornando all'articolo 11, esso prevede poi, come accennavo poco fa, la redazione di un codice di condotta contenente «norme di trasparenza relative agli interessi finanziari dei» Parlamentari europei, che è poi effettivamente contenuto nell'allegato I (*Codice di condotta dei deputati al Parlamento europeo in materia di interessi finanziari e conflitti di interessi*).

Dopo un generico richiamo all'obbligo di perseguimento, da parte dei parlamentari europei, dell'«interesse generale» (art. 1), si stabilisce che essi «non concludono alcun accordo in virtù del quale agiscono o votano nell'interesse di qualsiasi altra persona terza, fisica o giuridica, che potrebbe compromettere la loro libertà di voto» e «non sollecitano, accettano o ottengono alcun vantaggio finanziario diretto o indiretto o gratifiche di altro tipo in cambio della disponibilità a influire o votare su un atto legislativo, una proposta di risoluzione, una dichiarazione scritta o un'interrogazione presentata al Parlamento o in seno a una delle sue commissioni e cercano scrupolosamente di evitare qualsiasi situazione che possa comportare corruzione» (art. 2).

Il codice di condotta prosegue poi dettando regole in materia di conflitto d'interessi dei deputati al Parlamento europeo (art. 3), prevedendo una loro dichiarazione obbligatoria («ai fini della trasparenza») dove rendere pubblico qualunque «interesse finanziario che possa

⁴⁰⁸ Come si è visto al § 3.1., queste regole erano originariamente contenute nell'art. 9 (e nell'allegato X).

influenzare l'esercizio delle funzioni del deputato» (art. 4), e restrizioni in materia di doni e altri benefici analoghi (art. 5).

Una disposizione significativa ai fini della nostra analisi è poi l'art. 6, dedicato alle *attività degli ex deputati*, in base al quale «Gli ex deputati al Parlamento europeo impegnati in attività di lobbying a titolo professionale o di rappresentanza direttamente connesse al processo decisionale dell'Unione, non possono, per l'intera durata di detto impegno, beneficiare delle agevolazioni concesse agli ex deputati in virtù della regolamentazione stabilita in materia dall'Ufficio di presidenza». L'art. 7 istituisce poi un apposito *Comitato consultivo sulla condotta dei deputati*, l'art. 8 prevede la *Procedura in caso di eventuali violazioni del codice di condotta*, e l'art. 9 affida infine all'Ufficio di presidenza il compito di adottare le modalità di applicazione del codice.

Queste disposizioni confermano dunque l'impostazione propria del Parlamento europeo nei confronti del *lobbying* che ho descritto al paragrafo precedente: se la restrizione per i parlamentari divenuti lobbisti di cui all'art. 6 è comprensibile, in generale emerge tra le righe di queste regole una certa preoccupazione del Parlamento circa l'influenza che possono esercitare sui propri membri i rappresentanti d'interessi. Pur non essendo essi espressamente nominati in questa sede, sono anch'essi destinatari indiretti di queste norme, che mirano a garantire il perseguimento, da parte dei membri del Parlamento europeo, dell'interesse generale, ed evitare così la loro subordinazione ad interessi di parte, dietro vantaggi di vario tipo.

5.3. ALTRE NORME RILEVANTI NEL REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO

Il Regolamento del Parlamento europeo contiene però anche altre disposizioni di interesse ai fini della presente trattazione. In premessa, è opportuno tener presenti i due elementi evidenziati da Cristina Fasone nel 2012 in uno studio a quattro mani con Nicola Lupo pubblicato nel già ricordato Rapporto di ricerca n. 35 della rivista *Sinergie*⁴⁰⁹:

Il primo dato attiene all'assoluta preminenza, quanto agli esiti del processo decisionale, delle posizioni assunte nei collegi minori; innanzitutto nei gruppi e nella loro conferenza e, tramite essi, nelle commissioni permanenti, rispetto all'influenza dell'Assemblea. Le sessioni plenarie, infatti, [...] hanno luogo tendenzialmente una volta al mese per tre giorni consecutivi, a Strasburgo: in una sede diversa da quella in cui la macchina organizzativa "vera" del Parlamento Europeo ha sede (Bruxelles), e con ritmi di lavoro forsennati. Tutte le votazioni che hanno luogo in Assemblea sono state in realtà già pre-confezionate altrove, come si desume anche dalle circostanze in cui le deliberazioni hanno luogo. Le votazioni su oggetti tanto diversi si svolgono in sequenza, pressoché senza soluzione di continuità, e talvolta si procede alla votazione in blocco, anziché articolo per articolo o paragrafo per paragrafo, rispettivamente, di proposte legislative e di relazioni. La fortissima disciplina di gruppo, soprattutto nella sede plenaria, lascia poco spazio alle opinioni degli iscritti potenzialmente in dissenso. I gruppi e le commissioni, infatti, hanno ampiamente modo di preparare le loro posizioni con largo anticipo rispetto all'approdo del dossier in plenaria.

Il secondo dato di contesto da cui occorre partire è la tensione costante che si registra nel Parlamento Europeo tra assoluta trasparenza delle sue attività, da una parte, e opacità/"corporizzazione" dell'istituzione, dall'altra. Difatti, per più versi il Parlamento Europeo appare come una delle Assemblee elettive che garantisce il maggior grado di pubblicità dei propri lavori - paragonabile a quello del Congresso degli Stati Uniti -, dove persino le attività delle commissioni permanenti sono perfettamente conoscibili all'esterno. Non solo il pubblico può assistere alle sedute delle commissioni (i casi di convocazioni in seduta segreta sono molto rari e costituiscono comunque un'eccezione), ma tutti i dibattiti che hanno luogo in queste sedi sono videoregistrati e trasmessi in streaming, in tutte le lingue ufficiali dell'Unione, sul sito internet del

⁴⁰⁹ N. Lupo, C. Fasone, *Il Parlamento Europeo e l'intervento delle associazioni italiane di interessi nelle procedure parlamentari*, *Sinergie*, rapporti di ricerca, n. 35, cit., 37, 56-57.

Parlamento Europeo. Tuttavia, [...] solo una parte dell'attività del Parlamento Europeo è realmente conoscibile; quella politicamente più delicata è occultata dal metodo di lavoro "obbligato" che il Parlamento Europeo segue nelle negoziazioni interistituzionali durante il procedimento legislativo. Da questa prospettiva, il Parlamento Europeo appare più simile al Consiglio dell'Unione europea che ad un "normale" Parlamento.

Da questo punto di vista, vengono dunque in rilievo le norme sulle procedure legislative, di bilancio e le altre procedure (titolo II), quelle sulla trasparenza dei lavori (titolo IV), le norme sulle sessioni parlamentari (titolo VII), e le norme sull'operato delle commissioni (titolo VIII). Ad esse si aggiungono alcune norme del titolo I, come l'art. 2, che stabilisce genericamente l'indipendenza del mandato dei parlamentari europei, che sono tenuti ad esercitare liberamente la propria funzione, senza essere «vincolati da istruzioni né ricevere alcun mandato imperativo»; l'art. 11, che oltre alle previsioni già ricordate al paragrafo precedente stabilisce genericamente, tra le altre cose, che «Il comportamento dei deputati [...] salvaguarda la dignità del Parlamento»⁴¹⁰; l'art. 34 sugli intergruppi o altri tipi di «raggruppamenti non ufficiali di deputati per svolgere scambi informali di opinioni su argomenti specifici tra diversi gruppi politici, con la partecipazione di membri di commissioni parlamentari diverse, e per promuovere i contatti fra i deputati e la società civile»: con riferimento ad essi, si stabilisce che «Tali raggruppamenti non possono svolgere attività suscettibili di dare adito a confusione con le attività ufficiali del Parlamento o dei suoi organi. Nel rispetto delle condizioni fissate dalle norme a disciplina della loro costituzione adottate dall'Ufficio di presidenza, i gruppi politici possono agevolare le attività fornendo loro supporto logistico. I raggruppamenti in questione sono tenuti a dichiarare qualunque sostegno, in contanti o in natura (per esempio assistenza di segreteria) che, se offerto a titolo individuale, sarebbe soggetto all'obbligo di dichiarazione a norma dell'allegato I. I Questori tengono un registro delle dichiarazioni di cui al secondo comma. Il registro è pubblicato nel sito internet del Parlamento. I Questori stabiliscono le modalità relative a dette dichiarazioni».

Da questo insieme di disposizioni si ricava la previsione di ampi spazi di influenza per i gruppi di pressione sul Parlamento europeo che anzi, secondo Petrillo, sarebbe addirittura «il luogo principale in cui si esercita l'attività di pressione»⁴¹¹. Un luogo classico è quello delle audizioni di esperti nelle commissioni permanenti (art. 206): a questo proposito, «è sufficiente una visita al sito internet ufficiale del Parlamento per verificare come ogni settimana, in quasi tutte le commissioni, abbia luogo un'audizione aperta a tutti gli interessati, il cui programma è definito sulla base di una sorta di call for hearing inviata, per e-mail, dai funzionari della commissione a tutti i soggetti iscritti nel registro dei gruppi di pressione. Questi ultimi, entro un certo tempo, devono comunicare la loro intenzione di essere auditi su quel tema specifico»⁴¹². Ma un altro canale privilegiato dell'operato dei lobbisti è quello degli intergruppi, che fungono da «trait d'union tra le associazioni [...] di interessi e coloro che occupano posizioni-chiave, in primis il Relatore, nel procedimento legislativo riguardante un dossier di particolare rilievo» e che in effetti non a caso hanno l'obbligo «di dichiarare qualunque sostegno, in contanti o in natura, che abbiano ricevuto a beneficio delle loro attività»⁴¹³.

Se, dunque, è stato osservato che «le associazioni di interessi hanno la capacità di

⁴¹⁰ L'allegato XV stabilisce poi che «I deputati sono responsabili della violazione all'interno dei locali del Parlamento delle norme di comportamento applicabili ai deputati da parte di persone che essi impiegano o di cui facilitano l'accesso al Parlamento».

⁴¹¹ T.E. Frosini, P.L. Petrillo, *La normativa dell'Unione europea*, cit., 63.

⁴¹² T.E. Frosini, P.L. Petrillo, *La normativa dell'Unione europea*, cit., 67-68.

influire sul Parlamento Europeo quasi esclusivamente durante la prima lettura e, all'interno di questa fase, solo fino a quando non viene votato in commissione il mandato alla delegazione del Parlamento Europeo a negoziare con il Consiglio e con la Commissione sulla proposta»⁴¹⁴, resta comunque vero che il Parlamento europeo è, pur con questi limiti, oggetto di attività di *lobbying* dalle potenzialità molto vaste, e ciò in parte per ragioni istituzionali legate a disposizioni dei Trattati e alla forma di governo, e in parte per via degli spazi che, nel riflettere ed essere informati direttamente dai Trattati stessi, il Regolamento e i suoi allegati scelgono consapevolmente di creare per l'attività in questione.

5.4. IL PACCHETTO “LEGIFERARE MEGLIO” DELLA COMMISSIONE (2015)

Ma un rilievo pari se non ancor maggiore – certamente, si tratta di fenomeno più peculiare, da un punto di vista comparatistico, vista l'unicità di tale organo – lo rivestono il *lobbying* nei confronti della Commissione, e di conseguenza le norme emanate da questo stesso organo per disciplinare questa attività. Come ho ricordato al paragrafo 4 di questo capitolo, il Protocollo n. 2 ai Trattati impone alla Commissione di effettuare consultazioni con le parti interessate. Ciò rientra nel più generale obiettivo di perseguimento del principio di trasparenza che parimenti si è visto informare di sé molteplici disposizioni dei Trattati.

All'interno di questo quadro, la Commissione europea ha emanato il 19 maggio 2015 il *Better Regulation Package*, reso in italiano con “Legiferare meglio”, che nel momento attuale è il documento più aggiornato in materia: esso riepiloga e ribadisce prassi già adottate in passato, come la valutazione d'impatto e il *Regulatory Fitness and Performance Programme* (REFIT), e aggiunge nuove iniziative volte ad ottenere il più possibile una miglior qualità della regolamentazione, con l'intenzione di «*open up policy-making and listen and interact better with those who implement and benefit from EU legislation*».

Il pacchetto ha assunto la forma giuridica di una comunicazione, la n. 215 del 2015. Ne considererò qui gli aspetti più rilevanti ai fini del nostro discorso sul *lobbying* e il coinvolgimento dei gruppi d'interesse⁴¹⁵.

In premessa, la Commissione afferma che «*We should not impose policies but prepare them inclusively, based on full transparency and engagement, listening to the views of those affected by legislation so that it is easy to implement. We are open to external feedback and external scrutiny to ensure we get it right*».

Su questa base, ciò che maggiormente rileva ai nostri fini è il paragrafo 2, *Openness and Transparency*. L'“apertura” del processo di *policy-making* viene vista come uno strumento al contempo per rendere l'Unione più “*transparent*” e “*accountable*” e per far sì che le politiche unionali siano fondate sui dati migliori disponibili e siano così più efficaci: ecco emergere qui l'impostazione tipicamente europea del coinvolgimento dei gruppi come funzionale ad un *policy-making* più informato e quindi ad una miglior qualità della regolamentazione.

⁴¹³ N. Lupo, C. Fasone, *Il Parlamento Europeo*, cit., 53. Cfr. anche T.E. Frosini, P.L. Petrillo, *La normativa dell'Unione europea*, cit., 66: «Nella prassi, gli intergruppi sono costituiti su pressione delle lobby che sperano, in tal modo, di superare, da un lato, le divisioni politiche e, dall'altro, quelle linguistiche e culturali, cercando di coalizzare quanti più deputati possibili intorno al loro comune interesse».

⁴¹⁴ N. Lupo, C. Fasone, *Il Parlamento Europeo*, cit., 58.

⁴¹⁵ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Better regulation for better results - An EU agenda*, COM(2015) 215 final.

In tale ottica, «*The Commission intends to listen more closely to citizens and stakeholders, and be open to their feedback, at every stage of the process – from the first idea, to when the Commission makes a proposal, through to the adoption of legislation and its evaluation. The Commission intends to establish a web portal where each initiative can be tracked*».

La Commissione riprende la propria precedente comunicazione in materia di consultazioni⁴¹⁶ e propone delle nuove linee guida sulla *stakeholder consultation*, contenute nelle *Better Regulation Guidelines* (cap. VII)⁴¹⁷, anch'esse parte del *Better Regulation Package*. Con esse, la Commissione rafforza il proprio impegno a consultazioni «*that are of a high quality and transparent, reach all relevant stakeholders and target the evidence needed to make sound decisions*».

La Commissione si propone di perseguire tale obiettivo in due modi, la cui sintesi riporto qui per intero:

First, stakeholders will be able to express their views over the entire lifecycle of a policy. “Roadmaps” and “inception impact assessments” will give stakeholders the chance to provide feedback and prompt them for relevant information, right from the very start of work on a new initiative. There will also be twelve-week public consultations when preparing new proposals and when we evaluate and carry out “fitness checks” of existing legislation. After the Commission has adopted a proposal, national parliaments have the opportunity to provide reasoned opinions on subsidiarity. In addition, the Commission will invite citizens or stakeholders to provide feedback within eight weeks: to feed these views into the legislative debate, the Commission will collect them and present them to the European Parliament and the Council.

Second, all stakeholders will be able to provide feedback on acts setting out technical or specific elements that are needed to implement the legislation adopted by the European Parliament and the Council. For the first time the draft texts of delegated acts will be open to the public at large on the Commission’s website for four weeks in parallel to the consultation of experts in the Member States. Important implementing acts which are subject to Committee opinion will also be made public for four weeks, allowing stakeholders to submit comments before any vote by Member States in the relevant Committee. The Commission will publish an indicative list online of any such acts in the pipeline, so stakeholders can plan ahead. Proportionate impact assessments will also be necessary whenever impacts are likely to be significant⁴¹⁸.

Inoltre, la Commissione si propone di “spiegare meglio cosa stiamo facendo e perché”, e anche qui rientra il rendiconto, con riferimento a tutte le sue proposte, di «*what stakeholders think*». La Commissione esprime poi la volontà di consentire a questi ultimi la possibilità di «*provide feedback – not just at fixed “checkpoints” as a particular policy is developed – but on any aspect of EU policy and legislation, at any time. We want to know how EU law affects people and businesses, and how we can make it work better*». Il coinvolgimento dei portatori d'interesse vuole quindi essere regolare e costante. A questo scopo,

⁴¹⁶ La citata COM(2002) 704 (*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Proposta di principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*), che si unisce a COM(2012) 746, SWD(2012) 422 and COM(2014) 368. Sul coinvolgimento dei gruppi d'interesse prima delle recenti proposte in commento, v. I. Tanasescu, *The European Commission and Interest Groups*, VUBPRESS Brussels University Press, Brussels, 2009; più di recente, v. l'indagine di H.A.J. Hermansson, *Interest group influence in the European Commission’s stakeholder consultations, Interest Groups And Advocacy* (2015).

⁴¹⁷ SWD(2015) 111 final.

⁴¹⁸ Il documento chiarisce poi che si seguiranno percorsi appositi per le consultazioni della Commissione ai sensi degli articoli 154 e 155 TFUE, su cui v. *supra*, § 4.3..

A new “Lighten the Load – Have Your Say” feature on the Commission’s better regulation website will give everyone a chance to air their views and make comments on existing EU laws and initiatives in addition to the formal consultations the Commission undertakes. We want to hear what people find irritating, burdensome, or in need of improvement. We will respond by following up directly, or sending the comment for further consideration by the new stakeholder platform described below. This will give European citizens, social partners and individual companies a direct mean to understand and influence EU policy, using interactive tools fit for the digital age.

Ma la Commissione punta a rendere il coinvolgimento degli *stakeholders* effettivo non solo nella fase delle sue nuove proposte, ma anche in quella della revisione del *corpus* della legislazione europea esistente, al fine di renderla più semplice e meno gravosa per gli attori sociali. Così,

Alongside the new website “Lighten the Load - Have Your Say” detailed above, the Commission is establishing a new “REFIT Platform” and will soon give people the chance to have their voice heard and provide a basis for inclusive work on a common agenda. The Platform will involve high level experts from business, social partners, and civil society appointed through an open and transparent process as well as experts from all 28 Member States, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Any stakeholder with concerns or suggestions will be able to present their views on the impact of EU laws to the Platform and suggest how the legislation can be improved. The Platform will consider those suggestions, prompt views on specific themes, such as “barriers to digitisation” or “to innovation”, and make concrete suggestions to the Commission. The First Vice-President of the Commission will chair the Platform. The Commission will react to all the Platform’s suggestions and systematically explain how it intends to follow up. The Commission will invite Member States to do the same in cases where suggestions relate to national transposition and implementation.

La comunicazione si conclude richiamando la proposta della Commissione di concludere un nuovo accordo interistituzionale con Parlamento europeo e Consiglio, che sostituisca due precedenti accordi (il *2003 Interinstitutional Agreement on better law-making*⁴¹⁹ e il *2005 Inter-Institutional Common Approach to Impact Assessment*⁴²⁰) e implementi un approccio unitario delle istituzioni alla questione del “Legiferare meglio” e soprattutto – per quello che qui viene in rilievo – del coinvolgimento dei portatori d’interessi⁴²¹.

Le citate *Guidelines on Stakeholder Consultation* vanno poi nel dettaglio di come la procedura vada condotta dai funzionari della Commissione, ed è stato elaborato anche un *Better Regulation “Toolbox”* con ulteriori disposizioni di dettaglio sul piano operativo⁴²². In generale, come spiega il sito della Commissione, «le parti interessate possono esprimere i loro pareri lungo l’intero ciclo di vita di una politica. Fin dall’avvio di un’iniziativa, hanno la possibilità di fornire commenti sulle tabelle di marcia e le valutazioni d’impatto iniziali. La Commissione consulta inoltre attivamente i cittadini e le altre parti interessate durante la preparazione delle principali iniziative politiche. Le parti interessate possono anche reagire alle proposte della Commissione, una volta adottate, nonché alla valutazione d’impatto che le accompagna»⁴²³.

Essenzialmente, esistono due tipi di consultazioni da parte della Commissione, ovvero

⁴¹⁹ OJ C321, 31.12.2003, p. 1.

⁴²⁰

http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/ii_common_approach_to_ia_en.pdf.

⁴²¹ COM(2015) 216 final.

⁴²² http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/docs/br_toolbox_en.pdf.

quelle chiuse a invito specifico di alcuni particolari portatori d'interessi, e quelle aperte a tutti via internet. Di massima le prime sono scelte quando «*something specific or highly technical is at stake*»⁴²⁴, ma come regola si opta per il massimo coinvolgimento possibile di chiunque desideri far sentire la propria voce alla Commissione sul punto⁴²⁵.

Le consultazioni sono uno strumento di *policy-making* utilizzato da molto tempo dalla Commissione, ma la sensazione è che il pacchetto *Legiferare meglio* intenda effettivamente dare ad esse nuovo impulso, rafforzando così il coinvolgimento nel processo decisionale dei gruppi d'interesse, in sintonia con le prescrizioni derivanti dai Trattati. Sarà interessante monitorare se effettivamente tale nuovo sforzo di coinvolgimento si tradurrà in pratica con successo, contribuendo ad attenuare il deficit democratico che tuttora affligge l'Unione, ed eventualmente rafforzando quel carattere "collaborativo" della sua forma di governo.

5.5. LO STATUTO DEI FUNZIONARI

Un'analisi delle norme relative all'attività di *lobbying* nell'ordinamento dell'UE non può prescindere da un accenno allo Statuto dei suoi funzionari, contenuto nel regolamento n. 31 (C.E.E.) del 1962, e aggiornato moltissime volte nel corso degli anni⁴²⁶.

Nel titolo II, dedicato ai *Diritti e doveri del funzionario*, si stabilisce in primo luogo, all'articolo 11, che «Il funzionario esercita le sue mansioni e agisce nell'esclusivo interesse dell'Unione. Non chiede né accetta istruzioni da alcun governo, autorità, organizzazione o persona estranei all'istituzione di appartenenza. Il funzionario svolge le mansioni affidategli in maniera obiettiva e imparziale e nel rispetto del proprio dovere di lealtà verso l'Unione».

Questo dovere di perseguire l'interesse generale dell'Unione, senza favorire gli interessi particolari, è poi confermato dal comma successivo sul divieto di «accettare da un governo, [...] da enti o persone estranei all'istituzione di appartenenza, onorificenze, decorazioni, favori, doni, compensi di qualsiasi natura».

Inoltre, ci si preoccupa dei possibili conflitti d'interesse, che i funzionari sono tenuti a dichiarare: «Prima dell'assunzione di un funzionario, l'autorità che ha il potere di nomina verifica se il candidato abbia un interesse personale di natura tale da compromettere la sua indipendenza o si trovi altrimenti in una situazione di conflitto d'interessi. A tal fine il candidato comunica all'autorità che ha il potere di nomina, mediante un apposito modulo, qualsiasi conflitto d'interessi effettivo o potenziale» (ciò è poi confermato da ulteriori disposizioni specifiche nell'art. 11 *bis*, sul divieto di trattare questioni in cui si abbia un interesse familiare o finanziario, e di assumere interessi nelle imprese oggetto di controllo

⁴²³ http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_it.htm.

⁴²⁴ Così il *Toolbox*, 320.

⁴²⁵ Per uno studio delle open consultations, v. tra i molti tre lavori di Adriana Bunea: A. Bunea, R. Thomson, *Consultations with Interest Groups and the Empowerment of Executives: Evidence from the European Union*, 28(4) *Governance* 517 (2015); A. Bunea, *Explaining interest groups' articulation of policy preferences in the European Commission's open consultations. An analysis of the environmental policy area*, 52(6) *Journal of Common Market Studies* 1224 (2014); A. Bunea, *Sharing ties and preferences: Stakeholders' position alignments in the European Commission's open consultation*, 16(2) *European Union Politics* (2015).

⁴²⁶ Regolamento n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.) relativo allo statuto dei funzionari e al regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica (GU 45 del 14.6.1962, pag. 1385); la versione attuale mentre scrivo è consultabile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1962R0031:20140101:IT:PDF>.

della sua istituzione).

Il successivo art. 16, poi, si occupa della delicata questione della *revolving door*, imponendo ai funzionari un generale obbligo di «integrità e discrezione nell'accettare determinate nomine o determinati vantaggi» dopo che abbiano terminato il servizio. Più specificamente, si stabilisce che «I funzionari che intendano esercitare un'attività professionale, lucrativa o meno, nei due anni successivi alla cessazione dal servizio sono tenuti a dichiararlo alla propria istituzione utilizzando un apposito modulo. Se tale attività ha un legame con il lavoro svolto dall'interessato nel corso degli ultimi tre anni di servizio e rischia di essere incompatibile con gli interessi legittimi dell'istituzione, l'autorità che ha il potere di nomina può, in funzione dell'interesse del servizio, vietare al funzionario l'esercizio di tale attività, oppure subordinarlo alle condizioni che ritenga appropriate».

E infine, con specifico riferimento ad attività di *lobbying*, si stabilisce che «L'autorità che ha il potere di nomina vieta in linea di principio agli ex funzionari di inquadramento superiore quali definiti nelle misure di applicazione, nei 12 mesi successivi alla cessazione dal servizio, di svolgere attività di lobbying o di consulenza presso il personale della loro ex istituzione di appartenenza, per conto della propria azienda, dei propri clienti o dei propri datori di lavoro, su questioni delle quali erano responsabili nel corso degli ultimi tre anni di servizio».

Anche il regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, contenuto sempre nel citato regolamento 31/62, e che in generale estende gli obblighi appena ricordati anche a questi altri soggetti, contiene una disposizione significativa in materia di *lobbying*, l'art. 17. In base a questa disposizione, l'autorizzazione che, ai sensi dell'art. 12 *ter* dello statuto, può essere concessa al «funzionario che intenda esercitare un'attività esterna anche a titolo gratuito, ovvero assolvere un mandato all'esterno dell'Unione», non può invece venire rilasciata «all'agente temporaneo che intenda esercitare un'attività professionale, lucrativa o meno, che comporti azioni di lobbying o di consulenza presso la propria istituzione o che potrebbe portare a un'incompatibilità, effettiva o potenziale con gli interessi legittimi dell'istituzione».

L'insieme di queste disposizioni, non particolarmente originali, è indice di una certa diffidenza delle istituzioni europee nei confronti del fenomeno del *lobbying*, di cui emerge qui, più che in altri documenti analizzati, il potenziale di assoggettamento del processo democratico agli interessi particolari, uno scenario che si vuole evitare, all'insegna del perseguimento dell'interesse generale dell'Unione e dei cittadini europei.

5.6. LE REGOLE SUL FINANZIAMENTO ELETTORALE

Da ultimo, merita ancora ricordare un regolamento di recente introduzione, il n. 1141 del 2014, relativo alla materia del finanziamento elettorale⁴²⁷, che come si è visto con riferimento agli Usa è un tema di stretta attinenza alla materia che ci interessa. Questo atto normativo ha abrogato e sostituito la precedente disciplina contenuta nel regolamento (CE) n. 2004/2003, che continuerà peraltro ad applicarsi fino all'esercizio 2017. Ci soffermiamo dunque sulla nuova disciplina, fermo restando che essa entrerà in vigore dal 2017 e a pieno regime dal 2018.

Nel suo complesso, da queste disposizioni emerge una netta scelta verso la promozione della democrazia rappresentativa a livello europeo: nella costruzione delle istituzioni, la

⁴²⁷ Regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, *GU L 317 del 4.11.2014*, pagg. 1-27.

rappresentanza dei cittadini passa attraverso i partiti politici, che, insieme alle fondazioni a essi affiliate, sono lo strumento principe per «creare un forte legame tra la società civile europea e le istituzioni dell'Unione», come recita il quinto considerando del regolamento. Ciò è in linea con quanto stabilito dai sopra ricordati articoli 10(4) TUE e 12(2) della Carta di Nizza, che – come ricorda invece il primo considerando – «recitano che i partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione».

È in effetti ai partiti politici e alle fondazioni politiche a essi affiliate che si dedicano in via esclusiva le disposizioni sul finanziamento elettorale. Disposizioni che per la gran parte sono peraltro volte a disciplinare il finanziamento pubblico a beneficio di tali soggetti⁴²⁸. Accanto a questo insieme prevalente di regole sul finanziamento pubblico, ve sono però anche alcune degne di nota sul finanziamento privato, fermo restando che, «a norma dell'articolo 8 dell'Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, il finanziamento e gli eventuali limiti delle spese elettorali per tutti i partiti politici, i candidati e i terzi nel contesto delle elezioni del Parlamento europeo, così come la loro partecipazione alle stesse, sono disciplinati in ciascuno Stato membro da disposizioni nazionali» (così l'art. 21, secondo periodo; cfr. anche considerando 27).

In particolare, l'art. 20 disciplina *Donazioni e contributi*, stabilendo in primo luogo un tetto massimo, abbastanza basso, per le donazioni da persone fisiche o giuridiche a partiti e fondazioni politiche, stabilito in 18 mila euro all'anno per donatore.

I successivi commi si occupano poi di *disclosure*, prevedendo l'obbligo per partiti e fondazioni di trasmettere annualmente, insieme al bilancio obbligatorio, « un elenco di tutti i donatori e delle corrispondenti donazioni, indicando la natura e il valore delle singole donazioni ». Più precisamente, come si ricava anche dal considerando 34, tale obbligo è previsto solo per le donazioni oltre i 3000 euro, essendo la divulgazione invece facoltativa tra 1500 e 3000 euro, e non prevista sotto i 1500 euro: in questo modo, il legislatore europeo ha cercato di contemperare, in ossequio al principio di proporzionalità, «da un lato, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali e, dall'altro, il legittimo interesse pubblico alla trasparenza per quanto riguarda il finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, come si evince dalle raccomandazioni internazionali intese a evitare la corruzione in materia di finanziamento di partiti politici e fondazioni».

Sempre in aderenza al principio di proporzionalità, si prevede poi che la pubblicazione sia per l'appunto normalmente annuale, ma che durante le campagne elettorali, o per qualunque donazione superiore a 12 mila euro, la pubblicazione avvenga in tempi molto più rapidi.

Infine, l'art. 20 contiene alcuni divieti di accettare finanziamenti, e in particolare: «a) donazioni o contributi anonimi; b) donazioni provenienti dai bilanci di gruppi politici rappresentati al Parlamento europeo; c) donazioni provenienti da qualsiasi autorità pubblica da uno Stato membro o da un paese terzo, o da imprese sulle quali una siffatta autorità pubblica possa esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante a motivo del suo diritto di proprietà, della sua partecipazione finanziaria o della normativa che disciplina tali imprese; o d) donazioni provenienti da entità private con sede in un paese terzo o da

⁴²⁸ Le norme del Regolamento n. 1141/2014 fanno il paio su questo con il Regolamento (UE, Euratom) n. 1142/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 per quanto concerne il finanziamento dei partiti politici europei, GU L 317 del 4.11.2014, pagg. 28–34. Questo regolamento ha introdotto nel regolamento sulle *regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione* il nuovo Titolo VIII, dedicato appunto ai *Contributi ai partiti politici europei* a carico del bilancio dell'UE.

persone fisiche di un paese terzo che non hanno il diritto di votare alle elezioni del Parlamento europeo».

Infine, l'art. 32 stabilisce che i dati obbligatori comunicati vengano pubblicati su un apposito sito internet, così da essere disponibili per la generalità dei cittadini europei e dei media.

Si tratta quindi di norme piuttosto essenziali, molto lontane dal livello di dettaglio cui sono giunte le corrispondenti norme d'oltreoceano. Manca poi tutto quell'approfondimento giurisprudenziale che negli Stati Uniti ha contribuito all'evoluzione del quadro normativo, stabilendo principi e restrizioni cui il legislatore si è dovuto attenere.

La normativa unionale sul finanziamento elettorale da parte di privati è dunque composta essenzialmente di un tetto al finanziamento ai partiti, e di regole di *disclosure*, ma nulla si dice su altri temi, ad esempio sul finanziamento a singoli candidati, o su spese volte a favorire un soggetto politico solo indirettamente, o sulla spesa complessiva da parte di un unico soggetto. Più in particolare, appare ancora inesplorato il tema specifico dei rapporti tra finanziamento elettorale e *lobbying*, ovvero del finanziamento ad opera di lobbisti, o comunque dell'opera di intermediazione tra interessi particolari e politici con riferimento al finanziamento delle campagne elettorali.

6. Lobbying e finanziamento elettorale nel sistema del Consiglio d'Europa

L'esposizione che precede ha riguardato l'ordinamento UE. Un'analisi del quadro giuridico del *lobbying* in Europa, però, è decisamente più completa se tiene conto anche del sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, vengono in rilievo alcune pronunce della Corte in materia di *lobbying* e gruppi di pressione, altre della stessa Corte (e della Commissione) sul finanziamento e le spese elettorali da parte di gruppi d'interesse, e alcuni documenti di *soft law* di altri organi.

6.1. CORTE EDU E LOBBYING

Un primo dato che emerge dall'indagine sulle pronunce della Corte EDU è che il tema affiora nella giurisprudenza di questo organo solo in tempi relativamente recenti. Salvo un'eccezione, la parola *lobbying* non compare in sentenze o decisioni della Corte fino al 2003, ma in ogni caso il tema viene all'attenzione dei giudici solo nell'ultimo quindicennio, e comunque occasionalmente, benché i pochi casi in cui ciò è accaduto, di cui ora darò conto, siano alquanto significativi⁴²⁹.

⁴²⁹ In via generale, un report del 2013 della Commissione di Venezia, su cui tornerò ampiamente al § 6.3., osserva che «*The great diversity of Member States' political traditions and the absence of common standards addressing lobbying specifically, and lobbying regulation, indicate that this is a matter on which States enjoy a broad discretion*» (§ 21). In nota, si aggiunge la notazione che ciò è confermato dal fatto che «*the European Court of Human Rights recognises the States' margin of discretion even in matters related to core democratic rights: see ECtHR (GC), 6.10.2005, Hirst v. United Kingdom, No. 74025/01, para. 60*». Ancora, al paragrafo seguente si legge: «*The European Convention of Human Rights (ECHR) and the case-law of the Strasbourg Court do not directly address lobbying [...]. Nevertheless, they do delineate a normative framework that is relevant when considering the opportunities and risks, and possible regulation, of lobbying activities. The most immediately relevant constitutional standards are the democratic principle as a core legal value of the Council of Europe, pluralism as a legal element of the European Convention scheme, as well as freedom of expression and of association as fundamental rights*». Ai paragrafi 24 e seguenti si può

Un primo fugace accenno compare nel 1997, nel caso *The National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society and the Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*⁴³⁰. Tre società di costruzioni lamentavano tra le altre cose la violazione del loro diritto di proprietà, per effetto della mancata restituzione di somme di denaro pagate sulla base di disposizioni fiscali non più in vigore, dovuta a una legislazione retroattiva.

Nel respingere la pretesa delle ricorrenti, i giudici scrivono che risultava che le disposizioni contestate fossero state «*fully discussed at the various legislative stages against the background of strong lobbying on the part of building societies*», che avevano quindi avuto modo di far ascoltare le proprie ragioni dal legislatore. Ciò non ha un impatto immediato sulla decisione, ma orienta comunque in via indiretta l'interpretazione dei giudici europei, dal momento che la forte attività di *lobbying* cui era stato sottoposto il Parlamento nell'approvare le disposizioni in questione consente loro di concludere che l'intento di quest'ultimo fosse molto chiaro, che non sia dato ravvisare dei fraintendimenti, e quindi l'interpretazione da dare una sola possibile.

Il successivo caso da ricordare è del 2003 *Garaudy v. France*⁴³¹: qui la Corte EDU esaminò il ricorso di un filosofo, scrittore ed ex politico francese condannato in patria, tra le altre cose, per affermazioni razziste contro la "lobby ebraica". È interessante la difesa svolta nel procedimento domestico dall'imputato, la cui difesa aveva sostenuto che «*the statement about "lobbying", which was a legal activity, fell outside the charge of defamation*».

La Corte di Cassazione, però, era stata di diverso avviso, e aveva affermato che «*[s]uggesting that a community referred to in section 32, second paragraph, of the Act of 29 July 1881 engaged in the practice of 'lobbying' in order to justify acts of violence 'endangering world unity and peace' infringes the honour and reputation of that community and amounts to the offence referred to in and punishable under the above-mentioned provision*».

Un fugace accenno compare anche nel ricorso alla Corte EDU, dove il ricorrente sostenne che «*the term "lobby" had been used in the passages examined in the fifth set of proceedings in order to criticise the methods used by the Zionist lobby and not to attack Judaism as such*». La Corte, però, ritenne la domanda inammissibile, e la respinse con una decisione all'unanimità⁴³².

poi leggere una ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU su alcune questioni rilevanti ai fini della definizione del quadro giuridico entro il quale inserire la disciplina del *lobbying*: in particolare, da una serie di pronunce in tema di democrazia e pluralismo e di limiti all'esercizio dei diritti fondamentali necessari a garantire tali obiettivi, si può ricavare indirettamente la legittimità della regolamentazione del *lobbying*: «*Because [...] lobbyists might damage the democratic rights of (other) citizens and "effective political democracy", lobbying regulation is legitimate - from the standpoint of this case-law - in order to protect democracy as long as it is proportionate and does not unduly limit the lobbyists' democratic rights*».

⁴³⁰ 21319/93; 21449/93; 21675/93, judgment, Court (Chamber). 117/1996/736/933-935. 23 ottobre 1997. ECLI:CE:ECHR:1997:1023JUD002131993.

⁴³¹ 65831/01 | Decision | Court (Fourth Section) | 24/06/2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0624DEC006583101.

⁴³² La questione della legittimità o meno dell'impiego del termine *lobby* o *lobbying* in senso spregiativo emerge anche in *A/s Diena et Ozoliņš c. Lettonie* (16657/03 | Decision | Court (Third Section) | 30/11/2006, e Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Third Section) | 12/07/2007), su cui non mi soffermo. Sempre a proposito di accezione negativa del termine e soprattutto dell'attività in cui consiste, possiamo ancora ricordare *Österreichischer Rundfunk v. Austria* (35841/02 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (First Section) | 07/12/2006), dove la parola *lobbying* compare semplicemente nella ricostruzione della legge austriaca, secondo

L'accenno è breve, ma ciononostante estremamente significativo, anche in un'altra decisione di inammissibilità, di due anni dopo, *Wypych v. Poland*⁴³³. Il caso riguardava un cittadino polacco che, eletto in un consiglio comunale, aveva rifiutato di adempiere all'obbligo di rendere pubblici i propri redditi e la consistenza del proprio patrimonio, e per questo si era visto negare il compenso mensile.

Egli sosteneva che l'obbligo in questione, introdotto per finalità di trasparenza e lotta alla corruzione, quanto meno nella sua particolare situazione avrebbe comportato un'intollerabile lesione alla sua riservatezza, violando così il suo diritto alla vita privata. La Corte, però, ritenne all'unanimità il suo ricorso inammissibile, osservando quanto segue:

In this context, the Court observes that the function of a local councillor is political in nature, since it is the local council which deliberates and decides on many issues of crucial importance for the local community. It is in the nature of the democratic political process that the electorate may legitimately be interested in the conduct of local councillors in the exercise of their public mandate. The issue of the financial situation of persons holding such office is one of legitimate public interest and concern. It is inevitable that local politicians will be subject to many forms of pressure or lobbying by various vested interests. Thus, the issues involved in the present case relate to the principles which should govern their conduct and to the manner in which the public can scrutinise the local political process. In the Court's opinion, these are important issues which may give rise to serious public discussion.

Against this background, the Court takes into account that the various measures were different in character; it will therefore examine each measure in turn.

*As regards the obligation to submit a declaration on the applicant's financial and property standing, the Court notes that it serves the purpose of ensuring transparency in the local political process. It also gives the public an opportunity to verify that this process is not tainted by undue pressure or inappropriate lobbying, or even by straightforward corruption. The Court further observes that no information on the councillors' financial situation is collected and stored by the authorities apart from that submitted by the councillors themselves pursuant to the 1998 Act's provisions. It also observes that information so submitted is not subject to any further processing, other than that provided for tax purposes (see below), the latter being universally applicable to all citizens. [...]*⁴³⁴

La Corte quindi aderì qui alla visione del *lobbying* come attività potenzialmente rischiosa per il processo democratico, talvolta confinante con la corruzione, il che legittimava gli sforzi di imporre trasparenza come antidoto alle possibili degenerazioni di tale pratica.

Infine, veniamo all'importante sentenza *Koretskyy and Others v. Ukraine*⁴³⁵, relativa al diniego di riconoscimento giuridico da parte delle autorità ucraine ad un'associazione

cui la tv pubblica «*[i]n its broadcasts [...] has to observe the requirements of objectivity and diversity of views and has to preserve its independence from the State, parties, other media or lobbying groups*». V. infine il *dissent* del giudice Pettiti nel caso *Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland* (22110/93 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 26/08/1997): la maggioranza aveva in quel caso dichiarato inapplicabile le norme sul diritto ad un esame equo della propria causa e sul diritto ad un ricorso effettivo, nell'ambito di un procedimento promosso da alcuni cittadini svizzeri contro l'autorizzazione ad una centrale nucleare vicina alla loro abitazione ad aumentare la produzione; nell'opinione dissenziente a firma del giudice Pettiti, si sostiene invece l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione, e ciò anche sulla base della considerazione che «*[i]f there is a field in which blind trust cannot be placed in the executive, it is nuclear power, because reasons of State, the demands of government, the interests concerned and pressure from lobbyists are more pressing than in other spheres*».

⁴³³ 2428/05 | Decision | Court (Fourth Section) | 25/10/2005.

⁴³⁴ Corsivo aggiunto.

⁴³⁵ 40269/02 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Fifth Section) | 03/04/2008.

ambientalista che si proponeva – tra le altre cose – di svolgere attività nell’ambito del «*lobbying of issues connected with the preservation of natural ecosystems with the national and local authorities*».

L’organo preposto della città di Kiev aveva richiesto delle modifiche, tra cui curiosamente la sostituzione della parola *lobbying* nel passaggio dello statuto appena ricordato con «*submission of propositions*». Dalla ricostruzione del caso non è chiaro in che misura l’associazione avesse recepito le richieste di modifica⁴³⁶, in ogni caso il dipartimento amministrativo in questione negò infine la registrazione del comitato, i cui promotori, non avendo ottenuto soddisfazione per le vie di ricorso interno, investirono della questione la Corte europea, lamentando, per quel che qui viene in rilievo, una violazione della propria libertà di associazione per effetto della «*exclusion of certain activities which the applicants envisaged in the articles of association, in particular, propaganda, lobbying, publishing, expert examinations and so on*».

La conclusione dei giudici di Strasburgo fu che il diritto di associazione dei ricorrenti era stato effettivamente violato, perché le restrizioni imposte loro non erano giustificate da un interesse pubblico sufficientemente forte: «*The Court observes that neither the courts’ decisions nor the Government’s submissions in the present case contain an explanation for, or even an indication of the necessity of the existing restrictions on the possibility of associations to distribute propaganda and lobby authorities with their ideas and aims, their ability to involve volunteers as members or to carry out publishing activities on their own*».

In questa pronuncia, quindi, a dispetto dell’orientamento negativo nei confronti del *lobbying* fatto proprio in *Wypych*, la Corte di Strasburgo sembra aprire all’esistenza di un diritto fondamentale a svolgere attività di *lobbying*, da concettualizzare però non come espressione della libertà di parola, ma piuttosto della libertà di associazione, vista comunque sempre in funzione dell’interesse generale al buon funzionamento del processo democratico. Nel paragrafo conclusivo ritornerò su questa considerazione.

Al di là di queste pronunce⁴³⁷, occorre poi dare conto di una serie di altre pronunce in materia di libertà di associazione e di espressione, in generale meno direttamente legate al *lobbying*, ma da cui si ricavano ugualmente principi importanti ai fini della nostra materia. Riprenderò qui fedelmente l’analisi svolta sul punto dalla già citata relazione della Commissione di Venezia del 2013, su cui tornerò nel § 6.3.: questo documento mette in evidenza che, per quanto riguarda la libertà di associazione, «*the Court has noted that, while political parties play an “essential” role for pluralism and democracy, associations “formed for other purposes, including those [...] pursuing various socio-economic aims, are also important”. In this perspective, “where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively”*»⁴³⁸.

Con riferimento alla libertà di espressione, invece, la Commissione di Venezia nota che «*Article 10 ECHR guarantees inter alia the right to receive and impart information and ideas*

⁴³⁶ Quel che è certo è che un punto non negoziabile per i ricorrenti era che lo statuto prevedesse la possibilità che «*the Civic Committee could carry out publishing activities on its own, as well as propagate its activities, lobby solutions for environmental protection with the authorities, and carry out expert examinations in this field*».

⁴³⁷ E di quelle accennate poco sopra, alla nota 432.

⁴³⁸ Le due citazioni sono contenute in *Gozelik and others v. Poland* [GC], 17.02.2004, No. 44158/98, para. 92.

without interference from public authorities. To the extent that it entails such activities, lobbying falls under the protection of Article 10»⁴³⁹. Tanto l'art. 11 quanto l'art. 10 sono quindi strettamente legati al lobbying: tuttavia, «[t]his does not mean that the ECHR and Strasbourg case-law recognize a “right to lobby” as such. The primary focus of Article 11 is to protect the creation, continuing existence, and autonomy of associations from undue interference from the State. Furthermore, the caselaw relating to Article 10 does not (yet) recognize a general right of access to administrative data and documents, still less a general right of interested parties and civil society organizations to be involved in public decision-making processes».

Fermo restando questo, gli articoli 11 e 10 «do have implications for the participation of extrainstitutional actors in decision-making processes»: da un lato, «impediments placed by States on the lawful activities that are necessary to attain the statutory goals of associations need to be justified. More specifically, the Court has found that some “explanation” was needed for “restrictions on the possibility of associations to distribute propaganda and lobby authorities with their ideas and aims [...]” - thus implying that such activities should, in principle, be open to associations»⁴⁴⁰. Inoltre, «[s]pecial principles apply to trade unions, which are explicitly mentioned in Article 11. According to the Court, trade unions are entitled under Article 11 to “protect the occupational rights” of their members and thus – to the extent that this is required for this purpose – “to be heard” by the State organs acting as employers»⁴⁴¹.

D'altro lato, «the Court’s case-law on Article 10 is gradually moving “towards the recognition of a right of access to information”, which is instrumental to the dialogue between civil society at large and political authorities – and has indeed recognized such a right, at least insofar as access to “information of general interest” by an NGO playing a “social watchdog” role similar to that of the press was concerned»⁴⁴².

Infine, va ancora considerato che «the Court’s case-law recognizes specific “participatory” rights for certain kinds of decision-making procedures – although not on the basis of Article 10 ECHR, but rather as a procedural implication of other fundamental rights that might be affected by public decisions»⁴⁴³.

6.2. CORTE (E COMMISSIONE) EDU E FINANZIAMENTO ELETTORALE

Nel corso degli anni, il sistema di controlli del Consiglio d'Europa ha avuto modo di sviluppare una propria giurisprudenza anche in materia di finanziamento elettorale, un tema,

⁴³⁹ Peraltro, si osserva anche che il livello di protezione di *speech* caratterizzabile come *lobbying* può variare a seconda che esso sia di carattere più tipicamente “commerciale” o viceversa “politico”: «*Advocacy for (e.g.) human rights may thus conceivably attract a stronger protection than lobbying for the interests of a particular economic actor, without prejudice to applicability, in both cases, of the notions of “lobbying” and “lobbyist”*» (il caso richiamato per questa distinzione è *Mouvement Raëlien v. Switzerland*, 13.07.2012, No. 16354/06, para.61).

⁴⁴⁰ Il richiamo qui è al caso *Koretsky*, esaminato poco sopra nel testo.

⁴⁴¹ La pronuncia cui si fa riferimento qui è *National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27.10.1975, No. 4464/70 para. 39.

⁴⁴² Qui il documento richiama due casi: *Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic*, No.19101/03, decision on admissibility of 10.7. 2006, pp. 9-10, e *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*, 14.4.2009, No. 37374/05, paras 26-28 and paras 35-36.

⁴⁴³ Il richiamo qui è a *Hatton and others v. United Kingdom*, [GC], No. 3602/97, 08.07.2003, para. 128.

come si è ampiamente visto, strettamente legato all'influenza dei gruppi di pressione sul processo democratico. Le pronunce che considererò, seguendo un ordine cronologico, sono essenzialmente relative alla questione del divieto, presente in molti Stati firmatari della Convenzione, di pubblicità radiotelevisive di carattere politico, ma considererò anche il *landmark case Bowman*, attinente in maniera specifica a spese e finanziamento elettorale, ma connesso da vicino a tutti gli altri casi considerati.

Una prima pronuncia da ricordare è quella della Commissione Europea dei Diritti Umani, nel caso *X and the Association of Z v. The United Kingdom*⁴⁴⁴, relativo ad un'associazione cui la BBC aveva rifiutato la domanda di trasmissione di un programma pubblicitario di valenza politica durante una campagna elettorale. La BBC, infatti, concedeva spazi solo a partiti politici rappresentati e con propri candidati al Parlamento, ma la Commissione ritenne che la libertà di espressione di cui all'art. 10 non comportasse un diritto per le associazioni ad uno spazio televisivo, dichiarando il ricorso inammissibile: «*It is evident that the freedom to "impart information and ideas" included in the right to freedom of expression under Article 10 of the Convention, cannot be taken to include a general and unfettered right for any private citizen or organization to have access to broadcasting time on radio or television in order to forward its opinion*». Era quindi legittimo per uno Stato concedere licenze radiotelevisive che escludessero la pubblicità di carattere politico.

In ogni caso, la Commissione precisò al contempo che i network erano tenuti a garantire in questo ambito la parità di accesso a tutti i gruppi e partiti cui veniva dato spazio, onde evitare discriminazioni: «*On the other hand, the Commission considers that the denial of broadcasting time to one or more specific groups or persons may, in particular circumstances, raise an issue under Article 10 alone or in conjunction with Article 14 of the Convention. Such an issue would, in principle, arise for instance if one political party was excluded from broadcasting facilities at election time while other parties were given broadcasting time*».

La successiva pronuncia da ricordare è relativa al fondamentale caso *Bowman v. The United Kingdom*⁴⁴⁵: la vicenda è quella della direttrice esecutiva di un'associazione attiva nell'opporci all'aborto e alla sperimentazione su embrioni umani e nel tentativo di modificare la legislazione britannica in materia in senso più restrittivo.

Durante la campagna per le elezioni del 1992, la signora Bowman organizzò la distribuzione di volantini in tutto il Regno Unito per informare gli elettori sulle posizioni dei candidati sui due temi maggiormente cari all'associazione. Ciò le costò un processo penale per aver violato i limiti di spesa (fissati a sole 5 sterline) previsti per le attività volte a promuovere l'elezione di un candidato, un'accusa da cui fu prosciolta per ragioni formali. La signora fu però condannata a pene pecuniarie in altri due processi analoghi per attività dello stesso tipo svolte in altre elezioni.

Mrs Bowman quindi promosse un ricorso per far dichiarare dalla Corte EDU la violazione da parte del Regno Unito della sua libertà di espressione, e i giudici della Grande Camera, per quattordici voti a sei, stabilirono effettivamente che, benché la restrizione fosse volta a perseguire degli scopi di per sé legittimi (garantire l'uguaglianza di opportunità tra candidati, assicurare la loro indipendenza dalla «*influence of powerful interest groups*» e far sì che le campagne vertessero su temi di interesse generale e non su singole questioni di interesse particolare), tuttavia una lettura combinata dell'art. 10 della Convenzione sulla libertà di espressione e dell'art. 3 del Primo Protocollo sul diritto a libere elezioni comportava

⁴⁴⁴ 4515/70, 12 luglio 1971, decisione di ammissibilità.

⁴⁴⁵ 24839/94 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 19/02/1998, (141/1996/760/961).

la conclusione che le restrizioni poste al primo diritto per garantire il secondo fossero sproporzionate e pertanto illegittime, tanto più che la soglia di spesa era piuttosto bassa.

Come detto, non tutti i giudici furono d'accordo, e nelle tre opinioni dissenzienti si fa invece valere la preoccupazione, alla base della normativa controversa, che i candidati potessero essere «manipolati» dai gruppi di pressione. In effetti, nelle parole del giudice Freeland, «*the role played by single-issue pressure groups in influencing and mobilising public opinion in modern democracies is, as the Government acknowledged, an important one. But a factor of which the State may legitimately take account in determining the regulation of the electoral process is the extent to which limits on the funding of single-issue campaigns at a parliamentary election may be needed in order to counter the risk of excessive diversion of the main electoral debate and to “channel currents of thought so as to promote the emergence of a sufficiently clear and coherent political will”*».

In ogni caso, la conclusione della Corte in questo caso è piuttosto simile alla linea di ragionamento che, come si è visto, risulta da tempo prevalente nella Corte Suprema degli Stati Uniti, da *Buckley* a *Citizens United* a *McCutcheon*. A dire il vero, è stato osservato che «*Unlike the U.S. Supreme Court, [...] the Bowman Court clearly believed that the legislative goal of equality is a legitimate aim when balancing the integrity of elections with freedom of expression. The Court conceded that both free elections and freedom of political debate “form the bedrock of any democratic system.” Because these rights can come into conflict, as in the context of Mrs. Bowman, the Court found it appropriate to strike a balance between free speech and free elections. In judging whether the restrictions on third party spending were “proportionate” to the “legitimate aim” of the government, the Court considered that the extremely low expenditure limit acted “for all practical purposes, as a total barrier ... to influencing voters.” In the Court’s view, the spending limit was simply too low. Because the restriction was “disproportionate” to the pursued legislative aim, the Court concluded that the law constituted a violation of Article 10 of the Convention.*

Although the Bowman Court struck down the British law, the holding itself has been interpreted as significantly deferential to a country’s needs for electoral reform, permitting restrictions as long as they are not equivalent to a complete ban on political expression»⁴⁴⁶.

La Corte europea, in sostanza, sarebbe più aperta rispetto alla Corte Suprema americana, a contemperare le esigenze della libertà di espressione con quelle dell’uguaglianza democratica. In effetti, non è dato ravvisare in Europa una giurisprudenza che protegga così fortemente la libertà di espressione come quella, che si è considerata, consolidatasi negli Stati Uniti. Inoltre, la stessa natura di “giudice negativo” della Corte di Strasburgo, che giudica della violazione di un diritto fondamentale da parte degli Stati, ma solo con riferimento ad un caso concreto, fa sì che non sia dato sapere come la Corte giudicherebbe nel caso in cui restrizioni analoghe ma meno incisive (ad esempio, con soglia di spesa più elevata) fossero portate alla sua attenzione. Sta di fatto che, comunque, nel caso di specie il bilanciamento e il giudizio di proporzionalità pendono a favore della libertà di espressione.

Qualche anno dopo, fu poi pronunciata un’altra sentenza della Corte EDU, nel caso *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*⁴⁴⁷, relativo al diniego, da parte della tv nazionale svizzera, di trasmettere la pubblicità di un’associazione animalista, in quanto ritenuta in violazione del divieto di pubblicità televisive di carattere politico. Il diniego era

⁴⁴⁶ W. Batchis, *Reconciling Campaign Finance Reform with the First Amendment: Looking Both Inside and Outside America’s Borders*, 25 Q L R 27, 69-70 (2006-2007). Per alcune osservazioni sul rapporto tra *Buckley* e *Bowman*, v. anche S. Issacharoff, *The Constitutional Logic of Campaign Finance Regulation*, 36(2) *Pepperdine L. Rev.* 373, 381 (2009).

⁴⁴⁷ 24699/94 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Second Section) | 28/06/2001.

stato impugnato da parte dell'associazione ricorrente davanti ai giudici nazionali, che però avevano rilevato che il divieto fosse giustificato sulla base di una serie di esigenze meritevoli di tutela: «*to protect public opinion from the pressures of powerful financial groups and from undue commercial influence; to provide for a certain equality of opportunity among the different forces of society; to ensure the independence of broadcasters in editorial matters from powerful sponsors; and to support the press*».

In maniera simile a quanto fatto in *Bowman*, e discostandosi invece dal giudizio della Commissione in *X and the Association of Z*, anche la corte di questo caso ritenne che tutti questi, ivi inclusa quindi la protezione dell'opinione pubblica da potenti gruppi finanziari, fossero obiettivi di per sé legittimi: è vero cioè che «*powerful financial groups can obtain competitive advantages in the area of commercial advertising and may thereby exercise pressure on, and eventually curtail the freedom of, the radio and television stations broadcasting the commercials*».

Tuttavia, la Corte ritiene che un divieto valido solo per radio e tv, e soprattutto applicato, come nel caso di specie, ad un'associazione che era qualcosa di molto diverso da un «*powerful financial group*» che rischiava di minare l'indipendenza dell'emittente o di influenzare impropriamente l'opinione pubblica o le pari opportunità tra le diverse forze sociali, non fosse giustificato: «*The Court cannot exclude that a prohibition of “political advertising” may be compatible with the requirements of Article 10 of the Convention in certain situations. Nevertheless, the reasons must be “relevant” and “sufficient” in respect of the particular interference with the rights under Article 10. [...] In the Court’s opinion, however, the domestic authorities have not demonstrated in a “relevant and sufficient” manner why the grounds generally advanced in support of the prohibition of political advertising also served to justify the interference in the particular circumstances of the applicant association’s case*», e pertanto doveva ravvisarsi una violazione dell'Art. 10 della Convenzione.

La sensazione è quindi che in questa vicenda (che poi ebbe un ulteriore strascico interno e nuovamente presso la Corte EDU⁴⁴⁸), così come già in *Bowman*, abbia nuovamente contato molto il caso concreto e in particolare la natura dell'associazione ricorrente (il che può anche spiegare la divergenza da *X and the Association of Z*). La Corte infatti tiene a precisare che di per sé il divieto può essere legittimo, ma nel caso di specie la sua applicazione è risultata comportare una restrizione della libertà di parola sproporzionata all'obiettivo perseguito: diverso sarebbe il caso là dove a voler trasmettere in tv un messaggio politico fosse effettivamente un ipotetico “potente gruppo finanziario”, perché in quel caso presumibilmente prevarrebbero le esigenze di protezione dell'integrità del processo democratico perseguite dalla norma.

In effetti, come è stato osservato, «*The balancing approach adopted by the European Court of Human Rights is consistent with the literal language of the Convention. Unlike the text of First Amendment of the U.S. Constitution, the Convention provides an explicit qualification to its guarantee of free expression. The Convention clearly states that the right is “subject to such ... restrictions necessary in a democratic society”*»⁴⁴⁹.

La linea di casi che stiamo esaminando si arricchisce nel 2003 di un'altra importante

⁴⁴⁸ Anche dopo questa sentenza, l'associazione si vide negare la trasmissione della pubblicità, promosse così un nuovo giudizio, e nuovamente i giudici di Strasburgo, prima nella Quinta Sezione (32772/02 | Judgment (Merits) | Court (Fifth Section) | 04/10/2007), e poi nella Grande Camera (32772/02 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 30/06/2009), ravvisarono una violazione della sua libertà di espressione.

⁴⁴⁹ W. Batchis, *Reconciling*, cit., 70-71.

pronuncia, *Murphy v. Ireland*⁴⁵⁰, relativa al divieto di pubblicità di carattere religioso contenuto nella legislazione irlandese. La Corte ritenne necessario distinguere questo caso da *Vgt Verein gegen Tierfabriken*: «*there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest. [...] However, a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion*».

Su questa base, e quindi sulla base del maggior margine di apprezzamento garantito agli Stati in ambito di pubblicità religiose rispetto a quelle politiche, la Corte ritenne che nel caso di specie, considerate anche le specificità della situazione irlandese e del mezzo impiegato, non vi fosse stata alcuna violazione dell'articolo 10 della Convenzione, anche perché il divieto consentiva di garantire uguali punti di partenza a tutti i gruppi religiosi, evitando di favorire quelli con maggiori risorse: «*the fact that advertising time is purchased would lean in favour of unbalanced usage by religious groups with larger resources and advertising*», e questa è una ragione «*relevant and sufficient*» per giustificare l'interferenza con la libertà di espressione.

Cinque anni dopo, la Corte decise un altro importante caso di pubblicità, questa volta di nuovo di carattere strettamente politico: *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway*⁴⁵¹. Qui a ricorrere erano stati un'emittente televisiva e il piccolo partito dei pensionati, per via di una sanzione irrogata alla prima per violazione del divieto di pubblicità di carattere politico esistente in Norvegia. E ancora una volta le circostanze del caso concreto furono decisive nell'orientare il pronunciamento della Corte.

Il divieto era stato giustificato dalle autorità nazionali con una serie di ragioni meritevoli di attenzione, tra cui la volontà di evitare che gruppi d'interesse «*that were financially powerful would have greater opportunities for marketing their opinions than those that were not*», e l'obiettivo di ridurre i costi delle campagne elettorali e la dipendenza dei candidati dal denaro dei donatori, e così assicurare uguaglianza di opportunità, in definitiva «*supporting the integrity of democratic processes*».

Tuttavia, il partito dei pensionati era un partito piccolo, poco citato nei media e finanziariamente debole, per cui proprio uno dei soggetti che il divieto avrebbe voluto proteggere, finendo invece con lo svantaggiarli, privandoli dell'unica reale opportunità disponibile per far arrivare al pubblico il proprio messaggio, e risultando così un'interferenza sproporzionata ad un diritto protetto dalla Convenzione.

Infine, il tema tornò all'attenzione dei giudici di Strasburgo con riferimento al Regno Unito, nella causa *Animal Defenders International v. the United Kingdom*⁴⁵². L'associazione ricorrente era una ONG intenta a fare lobbying sul legislatore e l'opinione pubblica a difesa degli animali, cui era stata negata l'autorizzazione a trasmettere in tv una pubblicità a sostegno delle proprie posizioni, essendo essa stata ritenuta di natura politica e quindi rientrante nel divieto previsto in quell'ordinamento.

La Corte così riassunse le posizioni delle parti: «*The applicant maintained that the*

⁴⁵⁰ 44179/98 | Judgment (Merits) | Court (Third Section) | 10/07/2003.

⁴⁵¹ 21132/05 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (First Section) | 11/12/2008.

⁴⁵² 48876/08 | Judgment (Merits and Just Satisfaction) | Court (Grand Chamber) | 22/04/2013. Per un commento, v. E. Carolan, *Freedom of Expression or Freedom from Electoral Unfairness?: The ECHR Upholds a Ban on Political Advertising*, *Int'l J. Const. L. Blog*, 29 agosto 2013, disponibile su: <http://www.icconnectblog.com/2013/08/freedom-of-expression-or-freedom-from-electoral-unfairness-the-echr-upholds-a-ban-on-political-advertising>.

prohibition was disproportionate because it prohibited paid “political” advertising by social advocacy groups outside of electoral periods. The Government argued that the prohibition was necessary to avoid the distortion of debates on matters of public interest by unequal access to influential media by financially powerful bodies and, thereby, to protect effective pluralism and the democratic process. The term political advertising used herein includes advertising on matters of broader public interest».

Richiamando la propria giurisprudenza, la Corte ritenne, per nove voti a otto, che l'esigenza di «*protect the democratic debate and process from distortion by powerful financial groups with advantageous access to influential media*» fosse una di quelle «*pressing social need*» tali da giustificare una restrizione di questo tipo alla libertà di espressione, e che pertanto non vi fosse stata violazione in questo caso.

Faccio rinvio al paragrafo conclusivo per un confronto tra questa giurisprudenza e quella americana esaminata al capitolo III.

6.3. GLI ATTI DI *SOFT LAW* DEL CONSIGLIO D'EUROPA IN MATERIA DI *LOBBYING*

Nel corso degli ultimi anni, il Consiglio d'Europa ha sensibilmente aumentato i propri sforzi di studio e in prospettiva regolamentazione della materia del *lobbying*.

Vi erano stati alcuni isolati atti in materie affini, come una mozione del novembre 1986 che proponeva l'approvazione di una risoluzione che imponesse ai membri dell'Assemblea di dichiarare i propri eventuali interessi finanziari in una materia prima di prendere la parola su di essa⁴⁵³, o la Risoluzione del 2003⁴⁵⁴ sui conflitti d'interesse dei decisori politici. Tuttavia entrambe queste iniziative erano rimaste essenzialmente prive di seguito⁴⁵⁵.

Il percorso recente di elaborazione di report e risoluzioni sul tema s'iniziò soltanto nel 2006, in parallelo alla *European Transparency Initiative* lanciata dalle istituzioni UE (v. § 3.4.). Il momento iniziale di questo percorso fu una nuova mozione per una risoluzione in materia di conflitti d'interesse presentata dal membro dell'Assemblea Parlamentare Mátyás Eörsi il 1 febbraio 2006⁴⁵⁶, e riferita al Comitato sulle Regole di Procedura e le Immunità il 30

⁴⁵³ Doc. 5659.

⁴⁵⁴ Resolution 1353 (2003), *The Future of Democracy: Strengthening Democratic Institutions*.

⁴⁵⁵ Il report a cura di José Mendes Bota del 5 giugno 2009, su cui v. tra un momento nel testo, ricordava inoltre le «*Committee of Ministers' Resolutions (2003) 8 and 9, respectively on “Participatory status for international non-governmental organisations with the Council of Europe” and on “Status of partnership between the Council of Europe and national non-governmental organisations”*». Sempre quella relazione osservava infine che «*The Council of Europe's rules on relations with interest groups are not explicit. Relevant provisions are dispersed in a number of internal staff regulations and the Statute (Articles 36, 40, as well as the Statutory Resolution (51) 30 as regards relation with intergovernmental and non-governmental international organisations) or codified in several texts adopted by the organs of the Organisation (the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly)*»: in particolare, ricordo la *Recommendation CM/Rec(2007)14 of the Committee of Ministers to member states on the legal status of non-governmental organisations in Europe* e l'*Explanatory Memorandum (CM(2007)78 addendum 2, 18 May 2007)*, nonché il *Code of Good Practice on Civil Participation in the Decision-Making Process*, adottato dalla Conference of INGOs on 1 October 2009 e approvato dal *Committee of Ministers* con la *Declaration by the Committee of Ministers on the Code of Good Practice for Civil Participation in the Decision Making Process*, 21 October 2009. Per completezza, possiamo poi ancora ricordare le *Guidelines and Report on financing of political parties* (CDL-INF(2001)008), che tralascierò in questa sede; sul tema del finanziamento elettorale, v. anche *Code of good practice in the field of political parties*, Study no. 414 / 2006, CDL-AD(2009)002, sez. IV, *Funding*.

⁴⁵⁶ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11136&lang=EN>.

giugno seguente. Dopo l'approvazione da parte di quest'ultimo il 24 aprile 2007⁴⁵⁷, l'Assemblea Parlamentare approvò effettivamente un mese dopo la Risoluzione 1554 (2007)⁴⁵⁸, che introdusse nelle Regole di Procedura l'obbligo per i relatori di dichiarare i propri interessi nella materia trattata, e la richiesta a tutti i membri di fare analogha dichiarazione prima di prendere la parola su una materia in cui avessero degli interessi. Si trattava quindi di regole assai poco incisive, ma che comunque segnalavano la consapevolezza da parte dell'Assemblea Parlamentare dell'importanza di evitare improprie commistioni tra organi politici e interessi particolari.

Nel frattempo, aveva preso avvio un percorso ben più rilevante ai nostri fini: il 20 e 21 novembre 2006 si tenne a Strasburgo il seminario sul *lobbying* della cosiddetta Octopus Interface "*Corruption and Democracy*", nelle cui conclusioni si invitava l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ad occuparsi della materia per valutare l'opportunità di una regolamentazione comune a livello europeo⁴⁵⁹.

Raccogliendo gli spunti di questo workshop, una mozione presentata il mese successivo all'Assemblea Parlamentare da una deputata polacca, Urszula Gacek, dedicata a uno *European code of conduct on lobbying including guidelines for politicians, lobbyists and corporations*⁴⁶⁰, chiese al Consiglio d'Europa di predisporre «*a European code of conduct on lobbying including guidelines for politicians, lobbyists and corporations*».

La mozione, riferita all'allora Comitato sugli Affari Economici e lo Sviluppo tra il gennaio e l'aprile 2007, sfociò in un primo report nel giugno 2009, *Lobbying in a democratic society (European Code of conduct on lobbying)*⁴⁶¹, ed infine nella Raccomandazione 1908 (2010) approvata dall'Assemblea Parlamentare il 26 aprile 2010, *Lobbying in a democratic society (European code of good conduct on lobbying)*⁴⁶².

Questo documento si fondava sulla considerazione dell'aumento delle attività e dell'influenza sul *political decision-making* dei gruppi d'interesse e dei poteri economici presso le istituzioni europee e nei Paesi membri del Consiglio d'Europa e in generale, e invocava di conseguenza nuove regole per accrescere la trasparenza nel settore.

L'*Explanatory Memorandum* del relatore (dal gennaio 2008 il portoghese José Mendes Bota), che costituisce un'articolata riflessione sull'argomento e una spiegazione dettagliata delle regole proposte, evidenzia da subito i due poli classici entro cui abbiamo imparato a vedersi muovere qualunque disciplina del *lobbying*: «*While the pluralism of interests is an important feature of democracy and it is perfectly legitimate for members of society to organise and lobby for their interests, unregulated, secret lobbying as such may lead to the corruption of democratic principles and good governance. In a democracy, all interests ought to be duly taken into account and all citizens should have equal access to law and decision-making*». Secondo Mendes Bota, un codice di condotta europeo sarebbe dunque auspicabile.

⁴⁵⁷ Doc. 11259, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11667&lang=en>.

⁴⁵⁸ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17542&lang=en>.

⁴⁵⁹ A questo link è disponibile il programma di lavoro del seminario: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20activity%20Interface2006/143%20IF%202006-m-ws%20lobbying1c.pdf>.

⁴⁶⁰ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11391&lang=en>.

⁴⁶¹ Doc. 11937, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=12205&lang=en>.

⁴⁶² <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17832&lang=en>.

Il memo propone poi una sua definizione di *lobbying*, nella quale ribadisce la natura ancipite di questa attività:

10. Lobbying is generally understood as a concerted effort to influence policy formulation and decision-making with a view to obtaining some designated result from government authorities and elected representatives. In a wider sense, the term may refer to public actions (such as demonstrations) or 'public affairs' activities by various institutions (associations, consultancies, advocacy groups, think-tanks, NGOs, lawyers, etc.); in a more restrictive sense, it would mean the protection of economic interests by the corporate sector (corporate lobbying) commensurate to its weight on a national or global scene.

11. In European public opinion, lobbying very often tends to have a negative connotation and is frequently perceived as a form of corruption/manipulation that excludes ordinary citizens from decision-making and circumvents the general interest of the population.

12. At the same time, one should not forget that lobbying that takes place in accordance with clear, transparent rules is a legitimate part of the democratic system and is one way of allowing citizens to express their concerns. Moreover, lobbying viewed as a channel to expertise and feedback is helpful for informed and balanced conduct of public affairs.

Dopo uno sguardo comparato alla disciplina presente in Usa e Canada⁴⁶³, la relazione considera la situazione a livello Ue, dove dal 1996, come si è visto, era stato previsto un sistema di lasciapassare per i lobbisti al Parlamento europeo: «*34. EP rules define lobbyists as private, public or non-governmental bodies that can provide knowledge and expertise in numerous economic, social, environmental and scientific areas but make no explicit mention of interest groups trying to influence policy or decision making nor specify who can be lobbied (i.e. MEPs, their staff, civil servants, etc.). The formula used is very soft, if not vague. Although names of lobbyists are made available to the public on the EP website, other relevant information (such as the nature of the lobbyists' work, the interests for which they are acting or any parliamentary references as indicated on the registration form) is not*».

In parallelo, anche il codice di condotta viene giudicato «*of rather general nature in providing minimalist standards and broad concepts which are difficult to measure and monitor*»; per di più, allora come oggi, risultava piuttosto rara l'applicazione dell'unica sanzione prevista, ovvero la revoca dell'autorizzazione.

Di conseguenza, se uno confrontava le regole vigenti a livello europeo con quelle americane e canadesi, le prime apparivano imporre requisiti piuttosto modesti e laschi: «*lobbyists are not asked to disclose entities lobbied, subject matters pursued and EP activity covered, any contingency fees involved, communication techniques used, resources spent and any indication of office earlier held as a civil servant or elected representative. There are also no rules stipulating that former MEPs or EP officials are not allowed to lobby for a certain period after quitting their official functions*»⁴⁶⁴.

In conclusione, dopo una breve indagine delle scelte regolamentari di alcuni ordinamenti significativi di Stati Membri in materia di *lobbying*, la relazione di Mendes Bota ribadisce che «*in a democratic society, citizens are entitled to know the identity of the lobbying organisations which influence political decision-making and voting by members of parliament. Greater transparency of lobbying activities can make political players even more accountable and restore public confidence in government authorities' democratic functioning. This transparency is an effective means of combating the risk of a loss of trust in politics and in democracy. [...] [A]t both national level, within Council of Europe member states, and European level, within the European institutions, lobbying has become a necessary and*

⁴⁶³ Nelle conclusioni, si esplicita comunque un saggio caveat, ovvero che «*there is no single solution to all the questions raised by lobbying activities, which are not always comparable*».

virtually day-to-day activity, which is in full expansion. This inevitably requires regulation. With the European unification process and EU enlargement a strong increase in lobbying activities has also been observed in both Brussels and Strasbourg». Pertanto, nell'opinione del relatore sarebbe auspicabile la creazione di un codice europeo di buona condotta nelle pratiche di *lobbying*.

L'Assemblea Parlamentare fece interamente propria l'impostazione di quest'ultimo, riprendendo passo passo la sua analisi, e concludendo altresì con un passaggio che ricalca interamente le conclusioni di Mendes Bota:

8. The Assembly is concerned by the fact that recent decades have witnessed a dramatic decline in public confidence in politics in many Council of Europe member states. The lack of transparency in political and economic lobbying activities can be deemed to constitute one of the causes of this phenomenon.

9. The Assembly is convinced that, in a democratic society, citizens are entitled to know the identity of the lobbying organisations which influence political and economic decision making and voting by members of parliament. Therefore, greater transparency of lobbying activities can make political and economic players even more accountable and restore public confidence in government authorities' democratic functioning.

10. Citizens consider access to political decision makers with a view to providing them with information and attempting to influence their decisions as one of their democratic rights. However, this access or lobbying possibility must be fair and equal, transparent and governed by democratic rules. If citizens do not believe that they can have a real influence on political decision makers, democracy may be undermined.

Da questo percorso scaturiscono i principi cui si dovrebbe ispirare l'auspicato codice di condotta:

11.1. lobbying should be very clearly defined, differentiating between lobbying as a professionally compensated activity and the activities of civil society organisations, not forgetting self-regulating entities in different economic sectors;

11.2. transparency in the field of lobbying should be enhanced;

11.3. rules applicable to politicians, civil servants, members of pressure groups and businesses should be laid down, including the principle of potential conflicts of interest and the period of time after leaving office during which carrying out lobbying activities should be banned;

11.4. entities involved in lobbying activities should be registered;

11.5. prior consultations should be held with lobbying organisations on any draft legislation in this field;

⁴⁶⁴ Sulla medesima lunghezza d'onda, la relazione aggiunge, con riferimento al registro della Commissione, allora di recente introduzione, che «*apparently, the estimate of the cost of the lobby effort is deliberately left to registrants' own appreciation in a 'self-regulating mode'. This looks like pretty much toothless regulation, even if we consider lobbyists' arguments about a 'fundamental misconception that money equals influence' and 'commercial confidentiality'.*» Ciononostante, il report riconosce anche che «*Clearly, the opening of a European Commission lobby register constitutes appreciable progress towards the standardisation of lobbying at European level, which makes it possible to strengthen the culture of dialogue and consultation with parties concerned, enhance transparency and improve the often negative image of lobbies in public opinion. It is important to note that lobbies' views on the establishment of the register differ. While public affairs consultancies consider that NGOs have a steadily increasing impact on political decisions, NGOs themselves do not see themselves as lobbies. It is also important to note that inclusion in the register is not compulsory, but optional. Those who are registered, however, will have the advantage of being able to take part in online consultations that the Commission organises, quite apart from the fact that inclusion of an organisation in the register can improve its image and credibility in the eyes of the public.*».

11.6. *well-defined, transparent, honest lobbying should be encouraged so as to improve the public image of persons involved in these activities.*

Mentre progrediva l'iter della Raccomandazione 1908 (2010), nell'ottobre 2009 si tenne a Kiev la quinta edizione del Forum for the Future of Democracy, iniziativa allora esistente del Consiglio d'Europa dedicata quell'anno ai sistemi elettorali. In seno a questo convegno, maturò l'iniziativa di un partecipante, Hendrik Daems, membro del Comitato sugli Affari Politici e la Democrazia dell'Assemblea Parlamentare, di avviare la redazione di un report per il proprio comitato sul tema *Extra-institutional actors in the democratic system*⁴⁶⁵.

Tale report aveva come oggetto non solo il *lobbying* in senso stretto, ma più in generale tutti gli attori diversi da quelli tradizionalmente associati alla decisione democratica⁴⁶⁶, compresi dunque, oltre a lobby, gruppi d'interesse⁴⁶⁷, operatori economici (collettivamente e individualmente)⁴⁶⁸, e network informali d'influenza, anche i media e organizzazioni di reputazione dubbia o perfino illegali (che non ci interessano in questa sede). Questo documento fu effettivamente presentato il 4 giugno 2010 al citato Comitato e divenne la base dell'omonima Risoluzione 1744 (2010)⁴⁶⁹ approvata dall'Assemblea Parlamentare il 23 giugno di quello stesso anno, a testimonianza di una certa accelerazione nel livello di attenzione dedicato all'argomento dei gruppi di pressione e del loro impatto sul processo democratico, dovuta a sua volta a quella che viene percepita come l'aumentata rilevanza di un fenomeno non nuovo, ma cresciuto di dimensioni anche per via del diffondersi della società dell'informazione e delle nuove tecnologie.

Anche in questo caso, la relazione di Daems è meritevole di attenzione. In primo luogo, essa contiene nella sua parte iniziale un compendio molto efficace dei termini del problema:

9. *In a democratic system, where the power stems from the people, political decisions are deemed to be taken, and public policies conducted, in "general" or "public" interest, that is, for the benefit of the entire people and society as a whole.*

10. *However, common interest in its "pure state" may only exist as an abstract notion. In practice, it is a result of complex interaction between a variety of private interests of individuals, social groups, economic actors and other constituent elements of social fabric. Some of these interests may be in clear contradiction with each other and with what is perceived to be the interests of the majority.*

⁴⁶⁵ Doc. 12278, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=12514&lang=en>.

⁴⁶⁶ essenzialmente i tre poteri tradizionali, le autorità amministrative gli organi consultivi ufficiali, ma anche i partiti politici, i sindacati e le ONG

⁴⁶⁷ Il report scrive questo a loro riguardo: «*An interest group is a group of people who share common attitudes and/or objectives and set up a formal organisation to serve specific common interests. Such interest groups may occasionally engage in some form of lobbying or other political activities with respect to issues of direct interest to their members. Those interest groups that exist primarily for exerting political influence as a means of affecting government policies or legislation are often referred to as pressure groups. Contrary to political parties, interest or pressure groups do not normally put forward candidates for public office under their own name (although they may sometimes endorse particular candidates), but are interested in influencing those who are in office.*».

⁴⁶⁸ La relazione specifica con riferimento ad essi che «*[t]his can take the form of contributions to the campaigns of political candidates and parties, contributions to "issue" campaigns not tied to a candidate or party; and lobbying legislators to support or oppose particular legislation. Businesses also often sponsor the activities of various think tanks and advocacies, and use the services of public relations (PR) and government relations (GR) agencies.*».

⁴⁶⁹ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17884&lang=en>.

11. *Striking the right balance between, on the one hand, various individual and group interests, and on the other hand, the common interest of the society as a whole is, therefore, one of the main challenges for a democratic political system. It is also an essential component to be taken into account when assessing public support for democracy (or trying to understand the causes of the lack of such support), and a key condition for its sustainability and stability.*

E ancora:

13. *Modern societies are organised as states; decisions concerning the whole of, or a considerable part of, the society are taken at the level of the state, which is deemed to guarantee the safeguarding of the common interests. [...]*

20. [...] *[P]articipating in the formation of democratic institutions through electoral process is not the only – and probably not the main – way in which citizens express and pursue their interests. Modern democratic societies offer a variety of forms allowing citizens to make their needs heard and, in one way or another, taken into account.*

In secondo luogo, il report traccia ad una distinzione interessante e a mio avviso condivisibile tra *advocacy*, *lobbying*, e *networks of influence*.

32. *Advocacy is a general term for any activity that a person or organisation undertakes to influence policies. Such activities may be motivated from moral, ethical or faith principles, or aimed at protecting interests, and include media campaigns, public speaking, commissioning and publishing research or polls or the distribution of newsletters.*

33. *Lobbying is a form of advocacy where a direct approach is made to legislators or government officials on a specific issue, with the aim to promote (or to prevent) specific changes in legislation in the interests of a given entity. [...]*

34. *While advocacy groups act publicly and in an organised manner, networks of influence are mostly invisible for the general public. Those are believed to be informal gatherings of more or less influential individuals where they communicate in a personal capacity and establish personal relations which may prove useful for influencing decisions.*

Inoltre, il report individua due filoni di possibile influenza sui decisori pubblici: canali istituzionalizzati e informali. I primi includono «*[p]articipation in the electoral process (for example, putting forward independent candidates; campaigning; financing electoral campaigns of particular candidates; observation of elections; lodging complaints in courts, etc.); Participation in the legislative process (for example, initiating legislation; participation in public hearings in the parliament; providing opinions upon request or at own initiative, etc.); Petitioning*». I secondi invece «*may range from those which are not “institutionalised” in a given country (including some of the above-mentioned) to those which are not expressly forbidden by the law (and sometimes even beyond): media campaigns, setting political agendas through policy reports, public demonstrations, strikes, direct lobbying, etc.*».

Infine, la relazione di Daems torna ad esaminare per esteso le conseguenze, positive e negative, dell'operato degli attori non istituzionali sul sistema politico. Da un lato,

- *they can provide a framework for individuals to come together and express their views;*
- *they can encourage wider participation in public life and provide opportunities to engage in the political process;*
- *they may offer a more efficient link between the people and the political institutions;*
- *they can allow a better representation of specific interests;*
- *they may better defend minorities and make their specific needs better known and heard by the society, and taken into account at institutional decision-making level;*
- *they may be a source of expert information for the political institutions based on their specialist knowledge in the field of their activity;*

• *they may provide additional channels of public oversight over political decisions and serve as extra-institutional “checks and balances”*⁴⁷⁰.

D’altro canto, si pongono per questi soggetti rilevanti problemi di legittimazione e rappresentatività, trasparenza e *accountability*, nonché si sollevano questioni di interferenza nel processo decisionale democratico e distorsione della separazione ed equilibrio tra poteri e del principio di uguaglianza politica: «*those interest groups which are better organised structurally and enjoy substantial financial backing and positive media attention have better chances to have their political preferences taken into account than others*».

Anche la conclusione merita di essere riportata per esteso per ampi brani, perché coglie appieno un tema centrale del presente lavoro, ovvero il legame che tende ad essere tracciato in Europa tra *lobbying* e democrazia:

Democracy is a system of government by the people and in the interest of the people. Raising individuals’ awareness of their responsibility for their destiny and involving them in the management of public affairs makes democracy stronger. It is therefore fully legitimate and welcome for the citizens of a democratic society to seek to influence, in line with their interests and/or convictions, decisions which are taken at the level of state institutions.

Si noti il nesso causale tracciato nel passo appena riportato, del tutto rivelatore dell’approccio europeo: il coinvolgimento di cittadini e gruppi nel processo decisionale democratico rende la democrazia più forte, *quindi* i cittadini (e i gruppi) hanno diritto di cercare di influenzare tale processo. Fare *lobbying* è quindi un diritto, ma esattamente come si è osservato in ambito Ue, lo è perché e nella misura in cui ciò è funzionale al miglior funzionamento della democrazia.

Da ciò discendono anche le considerazioni successive, ovvero l’insistenza sul fatto che il *lobbying* si eserciti «in conformità alla legge, nella piena trasparenza e con il dovuto rispetto degli interessi delle altre persone e degli interessi comuni della società»⁴⁷¹.

Come detto, questa relazione fu poi ripresa fedelmente dalla Risoluzione 1744 (2010) dell’Assemblea Parlamentare, che concluse ribadendo la necessità di approfondire gli studi della materia da parte delle istituzioni del Consiglio d’Europa, e incaricando dunque la Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto, la cosiddetta Commissione di Venezia, di svolgere questo compito, anche con riferimento all’opportunità o meno di adottare ulteriori regole standard a livello europeo e nazionali, e impegnandosi infine a riesaminare successivamente la materia sulla base di tale lavoro di studio.

La Commissione di Venezia ha dato seguito a questo invito, producendo due rapporti, uno nel 2011 e uno nel 2013, rispettivamente su *The Legal Framework for the Regulation of Lobbying in the Council of Europe Member States*⁴⁷² e su *The Role of Extra-Institutional Actors in the Democratic System*⁴⁷³.

Del primo documento, va ricordata più che altro la definizione di *lobbying* che propone:

⁴⁷⁰ Nella parte introduttiva, si leggeva altresì: «*Activities of extra-institutional actors may be beneficial for the functioning of a democratic political system insofar as they contribute to political pluralism which is the cornerstone of a genuine democracy*».

⁴⁷¹ La relazione insiste in particolare sulla trasparenza: «*48. People have a democratic right to know the actors who have access to government decision-making for the purpose of influence. All kinds of influence which are not exercised in full transparency should be considered as being suspicious and harmful to democracy. Accordingly, democratic institutions should reject any attempts to influence political decisions which are made in a non-transparent way*».

⁴⁷² [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2011\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2011)002-e).

«*Lobbying activity can be regarded as the act of individuals or groups, each with varying and specific interest, attempting to influence decisions taken at the political level*»⁴⁷⁴.

Analizzando una serie di ordinamenti, incluso quello Ue, questa ricerca giunge a raggruppare i tipi di regolamentazione esistenti in tre categorie, a seconda del grado di intensità basso, medio o alto, rilevando come la maggior parte degli ordinamenti considerati si collochi tra il primo e il secondo gruppo⁴⁷⁵. Essa classifica la disciplina allora esistente per Parlamento e Commissione nel gruppo ad intensità bassa di regolamentazione, tuttavia, a livello di singoli Stati, conclude che «*having the highest number of systems with regulation when compared to other regions in the world, Europe is rich with countries that have established legal frameworks to regulate lobbying activity and this is likely to become an even more significant phenomenon over time*». Qualora questo trend trovasse effettivamente riscontro (e finora l'impressione è che ciò si sia verificato solo in parte), ciò potrebbe avere un'influenza indiretta anche a livello di ordinamento Ue, inducendo ad un possibile "rafforzamento" della regolamentazione esistente, per usare la terminologia dello studio in questione.

L'altro report citato, quello del 2013, ricalca in parte il lavoro del 2011, ma contiene una serie di altre interessanti indicazioni. In primo luogo, vale la pena di notare come il suo scopo sia dichiaratamente quello di «*assess lobbying activities against democratic standards*», tracciandosi così un nesso tipicamente europeo tra *lobbying* e sistema democratico. Tale impostazione viene ulteriormente ribadita nel passaggio immediatamente seguente: «*[t]he*

⁴⁷³ [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)011-e).

⁴⁷⁴ P. 3. La parte definitoria prosegue osservando molto correttamente che «*[i]t is agreed in the literature that such lobby/interest groups/extra-institutional actors may include, but are not necessarily limited to, those with economic interests (such as corporations), professional interests (such as trade unions or representatives of a professional society) and civil society interests (such as environmental and human rights groups). Such groups may directly, or indirectly through consultants they have hired, seek to have public policy outputs reflect their preferences*». Infine, altrettanto puntualmente si aggiunge che «*Influencing political decisions may take place by way of many means, including direct communications with both politicians and civil servants, offering presentations to state officials, giving draft reports to public officials wherein specific details of policy itself are drafted, and even having simple telephone conversations with governmental personnel*».

Rispetto a questa definizione, un altro documento del Consiglio d'Europa ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2011\)001-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2011)001-e)) fa una piccola variazione, che appare condivisibile, restringendo il campo del *lobbying* a individui e gruppi "non-public", cioè essenzialmente non appartenenti alla sfera del governo: esiste in effetti un "lobbying" anche da parte delle istituzioni (si pensi ad es. ai rapporti tra diversi livelli territoriali di governo), ma appare corretto considerare questo fenomeno distinto e a sé stante, per via dell'intrinseca differenza di natura e incentivi tra soggetti pubblici e privati. Inoltre, questa proposta di ricerca aggiungeva un'ulteriore specificazione, anch'essa senz'altro corretta: «*Lobbying is a central and legitimate part of the democratic process within all liberal democratic systems. The term lobbying should not be confused with the term corruption*».

Infine, questa proposta del deputato van Dijk conteneva anche una definizione di "extra-institutional actors", identificati come «*[a]ctors who do not stem from, or do not operate within, the traditional political institutions (parliaments, governments, judiciary, local representative and administrative bodies, and political parties) but exert an influence on the decision making of these institutions. These may include non-governmental institutions, persons and groups. They are engaged or try to engage in lobbying, i.e. action taken in an attempt to exert influence from outside on policy making, rule making and decision taking at the public level in the interest of the lobbyist or his client*».

⁴⁷⁵ Questa categorizzazione viene elaborata a partire dall'Indice del Centre for Public Integrity, che assegna a ciascun ordinamento un punteggio da 1 a 100 in relazione ad una serie di criteri.

report further proposes a reflection on the opportunities and risks of lobbying for the functioning of democratic institutions. By examining and evaluating the existing legal systems of lobbying regulation, the report finally intends to provide an overview of possible strategies to strengthen the democracy-supportive role of extra-institutional actors in a democratic society». E ancora: «[s]afeguarding and enhancing the functioning of a real and pluralist democratic system of legislation and administration while enabling expression and promotion of diverse views and interests constitute the main perspective of this analysis».

Lo studio del 2013 dedica un'attenzione abbastanza consistente alla questione definitoria, che come si è visto riveste in effetti notevole importanza anche secondo l'impostazione fatta propria dal presente lavoro. Di per sé, qui la Commissione di Venezia riprende interamente la definizione data dall'OCSE in una sua Raccomandazione del 2010, che si riferiva al *lobbying* come a «*the oral or written communication with a public official to influence legislation, policy or administrative decisions*»⁴⁷⁶, e chiariva opportunamente che «*[t]he attempt to influence may or may not be successful – it is the act of private actors attempting to influence public actors that is essential*».

Il report in esame aggiunge però due specificazioni, al fine di «distinguere il *lobbying* da attività che non sollevano le stesse preoccupazioni e sono piuttosto parte integrante del procedimento rappresentativo o istituzionale». In primo luogo, in linea con le considerazioni del deputato van Dijk⁴⁷⁷, si chiarisce che il *lobbying* è un'attività propria di attori extra-istituzionali, ovvero che «non esercitano una pubblica autorità o svolgono un mandato costituzionale». In secondo luogo, come dovrebbe essere ben evidente dall'analisi svolta nei capitoli e paragrafi precedenti, i lobbisti (che per questo report sono sinonimo di gruppi d'interesse e attori extra-istituzionali), ricevono normalmente un compenso diretto o indiretto per i propri servizi, ovvero esercitano la propria attività volta a persuadere un decisore pubblico su base professionale.

È poi interessante la sezione intitolata *Democratic standards and lobbying* (numero III nel testo, IV nell'indice). Qui si individuano, all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, due poli opposti di concezione della democrazia, che si riflettono inevitabilmente sulla concezione del *lobbying*: un primo modello è «costruito attorno all'idea che l'*interesse generale* non risulti (solo) dallo scontro di interessi individuali parzialmente inconciliabili, ma sia un valore aggiunto (supplementare) che si può ottenere solo se i cittadini e le loro organizzazioni che partecipano al processo politico superano (almeno parzialmente) i propri interessi particolari alla luce degli interessi della società nel suo complesso»; a questo modello si contrappone quello più “concorrenziale”, per cui il bene comune o interesse generale «è visto come la somma di interessi privati (individuali) in concorrenza».

Naturalmente, il primo modello è tendenzialmente associato ad una regolamentazione più stringente del *lobbying*, sulla base della considerazione che «il processo democratico dovrebbe assicurare che la partecipazione dei cittadini e delle loro organizzazioni all'interesse generale non sia minacciata e/o impedita dal *lobbying*»; viceversa, l'altro polo «tende più verso un approccio di tipo “laissez-faire” al *lobbying*, nel senso che la democrazia può, più o

⁴⁷⁶ The OECD, *Recommendation of the Council on Principles for Transparency and Integrity in Lobbying of 18 Feb. 2010* – C (2010)16. La definizione fornita dall'OCSE chiarisce ulteriormente che il *lobbying* «*often focuses on the legislative branch at the national and sub-national levels. However, it also takes place in the executive branch, for example, to influence the adoption of regulations or the design of projects and contracts. Consequently, the term public officials include civil and public servants, employees and holders of public office in the executive and legislative branches, whether elected or appointed*».

⁴⁷⁷ V. poco sopra, nota 474.

meno, essere ridotta ad un *lobbying* ben organizzato».

Il lavoro prosegue osservando che nessuno Stato europeo coincide con uno dei due estremi, collocandosi piuttosto essi lungo una linea che li unisce. Sta di fatto, comunque, che essi si collocano in maggioranza più vicino al primo polo, cui appartiene anche l'ordinamento Ue, mentre al secondo polo sono più vicini di tutti gli Stati Uniti, non esaminati nel rapporto del 2013 che sto considerando, ma al centro degli interessi di questo lavoro. La dicotomia in questione, quindi, può assai utilmente essere impiegata anche ai nostri fini.

Dopo un'analisi della giurisprudenza della Corte EDU nella materia in questione⁴⁷⁸, e di alcuni documenti precedenti delle istituzioni del Consiglio d'Europa⁴⁷⁹, la relazione in esame dedica un paragrafo all'analisi di "opportunità e rischi del *lobbying* per la democrazia". La relazione ribadisce in primo luogo gli aspetti positivi: da un lato, il contributo al pluralismo, al bilanciamento degli interessi e alla rappresentanza di minoranze potenzialmente prive altrimenti di opportunità di partecipazione al processo politico, con il benefico effetto «*of enhancing citizen's involvement, confidence and trust in State and political institutions if these institutions are receptive to demands and concerns of such citizen organizations*»; dall'altro, l'apporto di informazioni e competenze esterne nel procedimento di deliberazione delle politiche pubbliche, sempre più utile al crescere della complessità tecnica delle materie oggetto di regolazione, con la conseguenza che «*[l]obbying is then regarded as adding legitimacy and credibility to policy choices*».

Per converso, esistono poi tutta una serie di aspetti almeno potenzialmente negativi: *in primis*, il rischio di faziosità, tanto più significativo se si considera che le informazioni e competenze tecniche possono giungere ai regolatori anche da altri soggetti di carattere maggiormente neutrale e indipendente (in questa osservazione emerge evidente la logica funzionalistica con cui si guarda al *lobbying*: non è un diritto in sé ma è protetto nella misura in cui sia utile ai decisori pubblici e non vi siano alternative soddisfacenti).

Poi, il *lobbying* solleva preoccupazioni con riferimento ad una serie di principi democratici fondamentali, quali legittimazione e rappresentatività (non essendo i lobbisti eletti e quindi non rappresentando gli interessi di tutti i cittadini e della società nel suo complesso), nonché *accountability* e trasparenza (non potendo essere i lobbisti puniti dagli elettori e, dove non vi sono obblighi di *disclosure*, non potendosi neppure punire i politici che con essi abbiano intrattenuto rapporti che l'elettore giudica sconvenienti).

Inoltre, si pongono problemi di uguaglianza delle opportunità tra gruppi d'interesse, conflitti d'interesse con riferimento alla pratica della *revolving door*, e perfino sconfinamenti in condotte di rilievo penale e in particolare nella corruzione.

La sezione seguente del documento del 2013 è poi dedicata alle varie opzioni possibili in tema di regolazione del *lobbying*. È piuttosto interessante notare come si ritenga il sistema esistente a livello Ue come neppure una vera regolamentazione, essendo essa di carattere non strettamente vincolante: le uniche regole che contano, ci dice la Commissione di Venezia, sono quelle di tipo "hard", vincolanti. Da questo punto di vista, essa elenca i vantaggi derivanti dalla regolamentazione del *lobbying*: su tutti, garanzia di trasparenza e *accountability*, ma anche preservazione del sistema democratico e della sua integrità con l'attribuzione di pari opportunità a tutti i gruppi d'interesse; contenimento dei conflitti d'interesse; incentivo ad una maggiore partecipazione politica; rafforzamento dell'integrità degli attori extra-istituzionali stessi e prevenzione di condotte devianti da parte dei pubblici decisori; neutralizzazione del rischio di "abuso di informazioni privilegiate", potremmo dire

⁴⁷⁸ Su cui si veda più in alto, al § 6.1., in particolare nella parte conclusiva.

⁴⁷⁹ Su cui si veda la parte precedente di questo paragrafo.

con termine preso a prestito dal diritto penale economico, da parte di ex pubblici funzionari, tramite le regole sulla *revolving door*, per i gruppi d'interesse, maggior diffusione di informazioni sulle attività dei loro concorrenti.

A dire il vero, la Commissione di Venezia analizza anche gli svantaggi, ma individua soltanto il costo economico dell'*enforcement*. Rinvio al capitolo conclusivo qualche mia ulteriore riflessione sul punto dei possibili altri contro della scelta di regolamentare in modo vincolante il *lobbying*.

Infine, anche in questo studio del 2013 la Commissione di Venezia effettua una classificazione degli ordinamenti che hanno regolamentato il *lobbying*, compiendo un'indagine a spettro più ampio rispetto al 2011, che include anche gli Stati Uniti. Le categorie comunque riprendono in toto quelle di due anni prima, e così vengono individuati sistemi a bassa, media ed elevata regolamentazione. Di tutti vengono individuati, dopo una descrizione, vantaggi e svantaggi.

Curiosamente, il sistema di regolamentazione elevata può essere individuato a livello federale negli Stati Uniti (la disciplina che ho considerato al capitolo IV), mentre non la si ravvisa in nessun ordinamento europeo, e tanto meno a livello Ue. Rifletterò su questo paradosso nel capitolo conclusivo.

Infine, la Commissione di Venezia enuncia le proprie considerazioni conclusive, che oltre a ribadire quanto espresso nel corso delle sezioni precedenti esplicitano un chiaro favore verso la regolamentazione (vincolante) delle attività di *lobbying*: «*the regulation of lobbying activities seems indeed a suitable response both to strengthening the positive aspects lying in the role of extra-institutional actors and to countering the drawbacks if not threats to the democratic process that lobbying might entail*».

In contemporanea con l'adozione del report appena esaminato da parte della Commissione di Venezia, un'altra istituzione del Consiglio d'Europa, il *Group of States against corruption (GRECO)*, adottò anch'esso un proprio documento sul *lobbying*: si tratta del suo *Thirteenth General Activity Report (2012)*, il cui articolo tematico, a firma di Yves-Marie Doublet, era proprio dedicato a *Lobbying e Corruption*⁴⁸⁰. In questa sede non mi soffermerò su di esso, dal momento che riprende in larga misura le considerazioni già svolte dalla Commissione di Venezia. Basti dire che anche qui si prende posizione a favore di una regolamentazione più stringente a livello europeo, e che, pur mettendosi in evidenza come l'equazione tra *lobbying* e corruzione sia un'erronea percezione talvolta diffusa presso l'opinione pubblica, comunque è di per sé significativo che si avverta la necessità di porre regole perché effettivamente l'attività di pressione non sconfini in fenomeni corruttivi, a testimonianza di come lo stesso GRECO faccia almeno in parte propria in certo qual modo, forse inconsciamente, la percezione popolare che pur formalmente contrasta.

Infine, la riflessione degli organi del Consiglio d'Europa è tuttora in corso di sviluppo: infatti lo European Committee on Legal Co-Operation (CDCJ), nei suoi *Terms of Reference*, in pratica il programma di lavoro, per il biennio 2014-2015⁴⁸¹, approvati il 28 Novembre 2013, ha previsto di preparare un «*legal instrument*», soggetto ad un preliminare studio di fattibilità, sulla regolamentazione delle attività di *lobbying*. Lo studio in questione è stato svolto dal Dr Tilman Hoppe⁴⁸² e ha concluso in senso favorevole alla predisposizione di tale

⁴⁸⁰ [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2013/Greco\(2013\)1_Gen.Act.Report2012_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/2013/Greco(2013)1_Gen.Act.Report2012_EN.pdf).

⁴⁸¹ [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Terms%20of%20Reference/CDCJ\(2013\)30E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Terms%20of%20Reference/CDCJ(2013)30E.pdf).

⁴⁸² Document CM(2015)5 add2. Mentre scrivo, il testo non è ancora stato reso pubblico.

atto giuridico di regolazione del *lobbying*, aggiungendo una bozza di raccomandazione da approvarsi dal Comitato dei Ministri.

Il CDCJ ha approvato lo studio in questione e la proposta di raccomandazione nella sua assemblea plenaria a ottobre 2014⁴⁸³, e li ha sottoposti al Comitato dei Ministri, che li ha esaminati a febbraio 2015, dando incarico al CDCJ di proseguire il percorso verso la predisposizione del *legal instrument* in questione. Mentre scrivo, il lavoro di redazione al riguardo è ancora in corso, e il CDCJ ha previsto di terminare l'opera entro la fine del 2015.

6.4. CONCLUSIONE SU GRUPPI DI PRESSIONE E SISTEMA CEDU

Nel momento attuale, le istituzioni del Consiglio d'Europa sono dunque ancora nel pieno del lavoro di elaborazione di norme per una possibile regolamentazione uniforme del *lobbying* tra i vari Stati membri. Tuttavia, dalla cospicua quantità di documenti già prodotti, che ho esaminati ai paragrafi precedenti, è certamente già possibile trarre alcune provvisorie conclusioni circa il modo di intendere il *lobbying* proprio di questa importante organizzazione sovranazionale europea.

Essenzialmente, anche per il Consiglio d'Europa l'esercizio del *lobbying* non sembra essere un diritto fondamentale, o comunque sembra godere di protezione indiretta, tramite le norme sulla libertà di espressione e associazione, solo nella misura in cui esso possa produrre effetti benefici per il processo democratico. In ciò, l'impostazione è estremamente affine a quella che si è visto essere fatta propria dalle istituzioni Ue, e su cui tornerò a soffermarmi nel prossimo paragrafo.

Una differenza significativa, però, è che gli organi del Consiglio d'Europa invocano espressamente e unanimemente una regolamentazione "hard" della pratica del *lobbying* da parte degli Stati europei (nonché, pur senza dirlo mai espressamente, da parte della Ue), mentre le istituzioni Ue hanno posizioni più sfumate, con il Parlamento europeo che è più vicino a questa posizione, mentre la Commissione sembra ancora, almeno per il momento, convinta dell'approccio attuale, e Consiglio e Consiglio Europeo che invece hanno sin qui ignorato *tout court* la questione.

In ogni caso, merita chiudere l'analisi del Consiglio d'Europa aggiungendo ancora soltanto alcuni passi significativi, non ancora riportati, del report del 2013 della Commissione di Venezia, che molto ben riassumono il punto di approdo dell'elaborazione concettuale (e, in prospettiva, normativa) del Consiglio d'Europa.

37. Throughout their adopted texts, the institutions of the Council of Europe have articulated a predominantly positive view of civil society organisations' involvement in public affairs. [...] NGOs are seen as an expression of pluralism, as promoters of increased democratic participation in times of citizen disaffection, and as promoters of accountability and transparency in times of dwindling trust in political institutions. Their involvement in public affairs is also considered as beneficial insofar as it increases decision-makers' "sensitivity to public opinion" and allows them to benefit from expert knowledge that would otherwise not be available to them.

Tuttavia, «[i]t should be stressed that such positive connotations are most often attributed not to extra-institutional actors at large, but to NGOs in particular. The tone is markedly less positive when it comes to "interest groups" or "lobbies"». D'altro canto, distinguere tra ONG (cui è attribuito un ruolo positivo) e lobby, di cui si scorgono invece

⁴⁸³

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2015\)5&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2015)5&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

piuttosto i rischi per il funzionamento del sistema democratico, non è affatto un compito scontato.

In definitiva, «*the model of pluralist democracy contemplated by the ECHR, and more broadly by the Council of Europe acquis in the field of democracy, is a priori favourable to the involvement of civil society in the conduct of public affairs; the guarantees of Articles 10 and 11 ECHR – though not recognizing a fully-fledged “right to lobby” – do enshrine key, albeit fragmentary, guarantees in that regard; and non-binding Council of Europe documents emphasize the “essential contribution” of NGOs to the realisation of pluralist democracy, postulating their active involvement in public affairs*».

Se questo è vero, è però altresì vero che «*it also emerges clearly from ECHR case-law that lobbying is not an unmitigated good, and that States have a wide margin of discretion in taking measures – even measures having considerable impact on human rights – to prevent the political process from being “tainted by undue pressure or inappropriate lobbying, or even by straightforward corruption”*»⁴⁸⁴. Così, «*free speech and free association can be limited for the protection of democracy if it “harm[s] democracy itself”*»⁴⁸⁵. Allo stesso modo, «*Council of Europe adopted texts emphasise that the participation of extra-institutional actors in the political process carries both opportunities and risks, and that it can be beneficial only “under some conditions”*»⁴⁸⁶.

In effetti, a parere della Commissione di Venezia, occorre sempre distinguere, in una società democratica, il ruolo del cittadino e quello del lobbista: «*[t]he lobbyist deals only with a specialized area, while the citizen in a general point of view must take all political issues into consideration. The holder of a public mandate can and should ask for opinions of experts; but in the end, he/she must weigh the arguments and arbitrate from a general point of view. 49. Finally, even though the participation of private actors in the policy making process in their field of interests can be viewed as indispensable for public policy decisions, the involvement of extra-institutional actors in decision-making processes can also be merely regarded as a matter of good administration rather than as an essential component of democracy*».

Quest'ultimo passaggio è particolarmente significativo: emerge in modo netto l'impostazione “francese” dell'interesse generale, che il rappresentante del popolo dovrebbe sempre tenere in considerazione nell'assumere le proprie decisioni, bilanciando nella sua testa gli interessi di tutti prima di esprimere il proprio voto, e votando sulla base di quel bilanciamento. Inoltre, traspare in modo evidente l'idea, collegata, della necessaria educazione civica del cittadino, che dovrebbe informarsi e documentarsi su tutte le questioni politiche rilevanti, mentre il lobbista, al di là della sua parzialità, si occuperà solamente di un settore limitato del vastissimo mondo delle politiche pubbliche.

Tutto ciò detto, il rapporto così conclude, con parole che prendo qui a prestito per la mia stessa conclusione sul punto:

90. The presence and role of extra-institutional actors (lobbying) has become ubiquitous in all democracies. However, even though lobbying has become an important part of policymaking, voters are and remain the essential ultimate component of democratic life. 91. The ECHR, and more broadly the Council of Europe acquis in the field of democracy, is a priori favourable to the involvement of civil society in the conduct of public affairs. Nonbinding Council of Europe

⁴⁸⁴ La citazione proviene dal caso *Wypych*, su cui v. sopra, al § 6.1.

⁴⁸⁵ Questo richiamo invece è alla pronuncia della Corte EDU nel caso *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, 8.12.1999, No. 23885/94, para. 41

⁴⁸⁶ Qui l'espressione è tratta dalla citata Risoluzione 1744 (2010), al § 7.

documents emphasize the “essential contribution” of NGOs to the realisation of pluralist democracy, postulating their active involvement in public affairs. 92. The guarantees of Articles 10 and 11 ECHR, though not recognizing a fully-fledged “right to lobby”, do enshrine key, albeit fragmentary, guarantees in this regard. This means that any lobbying regulation must not unduly curtail the fundamental rights of lobbyists which are involved. Any regulation must be proportionate to secure legitimate aims, notably the objective of preserving an effective democracy. 93. The participation of extra-institutional actors in the political process carries both opportunities and risks, and can be beneficial for the society only if a number of conditions are met. 94. As a contribution to pluralism, extra-institutional actors may be regarded as a way for improving the functioning of the democratic system. However, the actual activities of extrainstitutional actors aimed at influencing political decision-making may raise concerns with regard to legitimacy, representativeness, equality, transparency and accountability, which are fundamental principles of democracy. 95. Different types of systems’ regulation have been adopted throughout Europe. This tendency seems to denote an increasing interest in effective regulation in this field. [...]

7. Il lobbying in Europa come strumento di promozione della democrazia (rappresentativa)

Nel corso dell’analisi svolta in questo capitolo, ho cercato di mettere in evidenza, tutte le volte in cui emergeva dai testi di volta in volta considerati, quello che a me pare l’aspetto chiave del modo di intendere il *lobbying* nel diritto dell’Unione europea e delle istituzioni del Consiglio d’Europa: nel Vecchio Continente, il *lobbying* è cioè strumento di democrazia, secondo quella che ho proposto di definire concezione “funzionalistica” del *lobbying*.

Più precisamente, in Europa è il *lobbying* stesso ad essere strumentale al buon funzionamento della democrazia: mentre negli Stati Uniti il *lobbying*, o meglio fare *lobbying*, è un diritto fondamentale, e sono tutt’al più le sue restrizioni ad essere funzionali alla democrazia, vista come un polo con esigenze in parte confliggenti che vanno temperate con la libertà di parola, di cui il *lobbying* è una *species*, invece in Europa è il *lobbying* in quanto tale ad essere visto non tanto come espressione di un diritto di individui e gruppi a farsi ascoltare dal decisore pubblico, ma come un’attività utile alla democrazia per poter giungere a decisioni più informate e guadagnarle così indirettamente una miglior reputazione presso i cittadini.

Peraltro, con riferimento all’ordinamento Ue, la funzionalità alla democrazia ha una valenza particolare, ovvero il *lobbying* viene visto come uno strumento utile ad attenuare il ben noto deficit democratico di cui soffre tuttora l’Unione⁴⁸⁷. Coinvolgere i gruppi d’interesse nel processo decisionale, cioè, attenuerebbe l’impressione che tale processo si svolga in un circuito chiuso ed autoreferenziale, quale è spesso la percezione del *decision-making process* della burocrazia Ue. Ma si tratta pur sempre di attività utile appunto ad uno scopo diverso, che è la protezione e il rafforzamento della democrazia e dei suoi processi.

Da quanto precede, io credo sia possibile trarre la seguente considerazione: benché in Europa, a livello soprattutto di ordinamento Ue e di Consiglio d’Europa, cioè i sistemi giuridici su cui mi sono soffermato, la questione fondamentale oggetto di discussione sia quella del carattere vincolante o meno delle norme in materia di *lobbying*, ad uno sguardo più approfondito essa appare in fin dei conti meno rilevante di quanto non sembri a prima vista.

In effetti, l’Europa potrebbe effettivamente addivenire ad una regolamentazione “hard” del *lobbying* a livello continentale⁴⁸⁸, e una simile, eventuale innovazione verrebbe senz’altro salutata come storica da molti commentatori. Tuttavia, a me pare che essa non sarebbe

⁴⁸⁷ Più precisamente, ai nostri fini il deficit democratico che rileva è quello che si traduce in una insufficiente “input legitimacy”, per usare l’espressione di F.W. Scharpf, *Governing in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 7.

realmente rivoluzionaria come verrebbe con ogni probabilità salutata: essa inciderebbe infatti sulla quotidiana operatività dei lobbisti e potrebbe modificare in maniera anche consistente il loro operato, ma non modificherebbe, perché non potrebbe farlo, ciò che interessa maggiormente al giurista, ovvero il dato profondo, il modo di intendere questa attività e più in generale la concezione della libertà e della democrazia che il modo di intendere questa libertà riflette.

In altri termini, qualunque “legge” sul *lobbying*, per quanto stringente e quand’anche appartenente alla categoria che la Commissione di Venezia ha individuato come più forte, non sposterebbe l’esito cui sono approdati secoli di pensiero giuridico e politico, consolidatisi in una tradizione storicamente più individualista negli Stati Uniti, e viceversa più democratico-sociale in terra europea (specialmente continentale).

Se gli Stati Uniti proteggono la libertà di parola in modo tanto forte da ritenere legittimo perfino l’*hate speech*⁴⁸⁹, e soprattutto, per quel che ci interessa in questo momento, se l’Europa continua in un modo o nell’altro a credere nella nozione di interesse generale, nella sua conoscibilità e nella possibilità del suo perseguimento disinteressato da parte dei rappresentanti del popolo, non sarà un atto normativo più o meno coraggioso a modificare un quadro plurisecolare di questo tipo.

Da questo punto di vista, la legislazione sul *lobbying* appare essere appropriatamente caratterizzata come un *effetto* di tendenze profonde di un sistema giuridico e politico, e meno suscettibile di *causare* delle evoluzioni di tali tendenze: a mio parere, l’Europa del diritto continuerà ad adottare la propria visione funzionalistica del *lobbying* anche là dove la contingenza politica la conducesse a disciplinarlo in modo rigido, e anche se fa capolino qua e là, come nell’art. 11 TUE, un’apertura ad una visione del *lobbying* di carattere più prettamente individualistico. In ogni caso, infatti, il *lobbying* in Europa rimane strumento, anche là dove venga qualificato come diritto individuale, e ciò aiuta peraltro a dar conto dell’apparente paradosso, su cui mi intratterò diffusamente nell’ultimo Capitolo, per cui la protezione costituzionale di questa attività è nettamente più forte negli Stati Uniti rispetto all’Europa, ma poi la situazione a livello operativo si ribalti, con restrizioni di rango legislativo che sono invece, almeno per il momento, molto più incisive e penetranti nel primo ordinamento rispetto al secondo.

Un’ultima considerazione da svolgere si ricava ancora una volta da un passaggio della relazione del 2013 della Commissione di Venezia che già più volte ho richiamato. Al paragrafo 49, vi si legge: «*Voters are ultimately the essential elements of the democratic process. In this perspective, it is up to the voters to sanction, with their votes, undesired decisions or policies, whether these have been taken after a simple consultation or under the influence of lobbies*». Si riaffermano cioè qui le ragioni non solo della democrazia in quanto tale, ma della democrazia *rappresentativa*, che affida ai cittadini il compito di valutare, da un’elezione all’altra, l’operato dei propri rappresentanti (appunto informandosi e documentandosi a dovere), e quindi anche di giudicare dell’opportunità o meno che essi abbiano assunto delle decisioni sulla base delle pressioni dei gruppi d’interesse.

Perché questo meccanismo funzioni, però, occorre che non solo tutti i voti pesino uguale, ma che siano garantite anche uguali opportunità di svolgere il *lobbying*, ed è anche da questa esigenza di *level-playing field* che nasce l’esigenza di regolamentazione agli occhi del Consiglio d’Europa: il *laissez-faire* qui permetterebbe inevitabilmente ai gruppi di pressione

⁴⁸⁸ E anche, per rimanere al campo delle ipotesi, ad introdurre regole vincolanti per il *lobbying* di Consiglio e Consiglio Europeo.

⁴⁸⁹ Cfr. *supra*, cap. VI, § 1.

dotati di maggiori risorse di esercitare più *lobbying* e quindi di avere maggior potere di influenzare a proprio vantaggio le pubbliche decisioni, per cui – sostiene la Commissione di Venezia – occorre una regolamentazione, che assicuri «*equal political opportunities in fact*».

Ancora una volta, però, questa eventuale regolamentazione servirebbe comunque allo scopo della democrazia così come allo scopo della democrazia serve il *lobbying*. Una democrazia, torno a dire, rappresentativa, perché il *lobbying* è pensabile solo nel contesto di un sistema politico dove le decisioni pubbliche vengano delegate tramite il voto e le altre procedure costituzionali ad un gruppo ristretto di persone, sulle quali è possibile esercitare pressione, mentre in un contesto di democrazia diretta e disintermediata manca il presupposto fondamentale per lo svolgimento del *lobbying* nella sua accezione più propria.

Terminata a questo punto la lunga analisi dell'Europa (e degli Stati Uniti), dedicherò ora attenzione ad un breve approfondimento della situazione italiana, alla luce di tutte le riflessioni svolte nei capitoli precedenti.

Capitolo VIII. LA (PRESSOCHÉ ASSENTE) DISCIPLINA DEL *LOBBYING* IN ITALIA E LE POSSIBILI RAGIONI DELLA MANCATA REGOLAMENTAZIONE

SOMMARIO: 1. Il *lobbying* in Italia tra assenza di disciplina vincolante e concertazione. – 2. Le indicazioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in materia di *lobbying*. – 3. Le leggi regionali di Toscana, Molise e Abruzzo. 3.1. Toscana (e Molise). 3.2. Abruzzo. – 4. Il quadro nazionale. 4.1. Regolamenti parlamentari. 4.2. Il registro del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali. 4.3. Altre disposizioni: l'analisi d'impatto della regolamentazione e il traffico di influenze illecite. 4.4. Le proposte di legge. – 5. Il modello italiano di (mancata) disciplina del *lobbying* in prospettiva comparata.

1. Il lobbying in Italia tra assenza di disciplina vincolante e concertazione

È un dato noto anche fuori dal circolo degli studiosi della materia che ci occupa il fatto che l'Italia appartiene al gruppo di Paesi che non hanno una regolamentazione nazionale del *lobbying*. Come dirò, nel corso della storia repubblicana vi sono stati svariati tentativi in Parlamento di introdurre una legge che disciplinasse questa attività, ma fino al momento in cui scrivo, nonostante in certi frangenti l'approvazione sembrasse ormai cosa fatta, nessun progetto di legge è mai giunto al termine dell'iter parlamentare di approvazione.

Ciononostante, il *lobbying* esiste naturalmente anche in Italia, ed anzi l'Italia è forse uno di quegli ordinamenti dove, nel dibattito pubblico, ha la peggior reputazione, venendo spesso assimilato alla corruzione o comunque a pressioni indebite sui pubblici decisori che occorrerebbe contenere se non addirittura impedire.

Dato questo quadro, si può dunque chiedersi come mai non si sia mai giunti ad approvare una disciplina, neppure di carattere non vincolante o comunque “debole” su modello europeo, e dove sia opportuno collocarsi nel dibattito sulla necessità o meno di introdurre effettivamente in Italia una legge sul *lobbying*. Mi dedicherò a tali questioni nel paragrafo conclusivo di questo Capitolo, ma qui vorrei soffermarmi brevemente su un fenomeno peculiare dell'ordinamento italiano, diverso dal *lobbying* ma contiguo, e cui quindi è necessario fare cenno, per chiarire punti di contatto e differenze rispetto al nostro oggetto specifico di attenzione: la concertazione.

Istituto tipico delle relazioni politico-industriali italiane⁴⁹⁰, la concertazione si riferisce al modello di contrattazione triangolare tra governo e parti sociali, ovvero organizzazioni datoriali (tipicamente industriali) e sindacati. Questa particolare forma di dialettica politico-istituzionale si consolidò nel corso dei decenni repubblicani e acquisì forma compiuta con il protocollo Ciampi del Luglio 1993.

La caratteristica essenziale ai nostri fini di questa prassi è che il legislatore recepisce tramite essa delle volontà formatesi altrove rispetto alle sedi classiche prefigurate dal modello costituzionale. In effetti, se da un lato ci furono attacchi a questa nuova prassi, vista come un indebito accaparramento delle prerogative parlamentari ed espressione di una perversione in senso neocorporativo della forma di Stato, da altre parti la concertazione fu vista come un'opportunità da cogliere per garantire il perseguimento di una “pace sociale” che sempre meno poteva essere “acquistata” con spesa pubblica, per via dei limiti posti dalle istituzioni internazionali e del sempre peggior stato dei conti pubblici, e che invece poteva continuare ad

⁴⁹⁰Anche se presente in modo piuttosto simile nella Spagna post-franchista, cfr. R. Pessi (a cura di), *Europa e Concertazione: Modelli a Confronto*, CEDAM, Padova, 2009.

essere garantita tramite il coinvolgimento attivo dei vari corpi sociali nella definizione delle politiche economiche e industriali.

La concertazione, col tempo, prese sempre più piede sia come metodo di risoluzione delle controversie para-istituzionale sia come vera e propria conferenza periodica tra Stato e parti sociali, intese sempre più in maniera estensiva con il progressivo aumento dei tavoli di concertazione sino ad allargarsi anche al terzo settore e a piccoli gruppi organizzati della natura più disparata.

Di conseguenza, la concertazione, pur nascendo come meccanismo per garantire la pace sociale tramite una dialettica para-istituzionale, è diventata, col tempo, un concetto sistemico in grado di comprendere al suo interno parte dei fenomeni ascrivibili, in altre realtà, al *lobbying*, dando ad essi un quadro anche formale⁴⁹¹.

In effetti, di per sé la concertazione differisce senz'altro dal *lobbying* per alcuni caratteri essenziali: nel suo importante lavoro sul *lobbying* che ricordavo all'inizio di questo scritto, Petrillo si sofferma soprattutto sul fatto che, con il *lobbying*, la responsabilità delle decisioni sulle politiche pubbliche rimane formalmente in capo ai soggetti istituzionali, mentre con la concertazione essa viene nei fatti esternalizzata alle parti sociali⁴⁹².

Oltre a questo aspetto, si può considerare che il risultato che si vuole ottenere è, almeno formalmente, diverso, con la concertazione che mira ad una sintesi tra le opinioni delle parti, cercando di avvicinarsi alla volontà generale, mentre il *lobbying* prevede più tipicamente vincitori e vinti⁴⁹³. Ancora, il *lobbying* si sviluppa, in Italia come altrove, attraverso molteplici canali, mentre la concertazione è limitata al solo contesto degli accordi tra le parti sociali in sede preliminare rispetto all'effettivo *law-making*, non estendendosi all'intero processo legislativo. Infine, la concertazione coinvolge per sua natura un numero molto limitato di soggetti, dando un ruolo preponderante alla grande industria e ai sindacati confederali ed erigendo impenetrabili barriere all'ingresso per gli outsider, mentre il *lobbying* è tendenzialmente praticabile da chiunque, almeno in via teorica.

Tuttavia, è altresì vero che anche la concertazione si configura comunque come un processo attraverso cui interessi particolari possono concorrere alla formazione delle leggi e delle politiche pubbliche. Funzionalmente, quindi, *lobbying* e concertazione hanno un ruolo in parte simile, quanto meno sul piano dell'apporto di informazioni e del tentativo di convincimento del legislatore delle necessità e degli interessi dei vari corpi sociali nel processo di definizione delle *policy*. Inoltre, a livello pratico i tavoli di concertazione sono chiaramente il luogo in cui interessi contrapposti cercano di prevalere gli uni su gli altri o, alternativamente, ottenere il supporto da parte di una macchina statale sempre più attiva all'interno del mondo economico e sociale.

Pertanto, se è bene tener presenti le indubbe differenze tra un fenomeno e l'altro, è forse possibile ricostruire la concertazione come una particolare via italiana al *lobbying*, o comunque alla rappresentanza di interessi, che si accompagna al *lobbying* in senso proprio, ma la cui esistenza è forse in parte responsabile del fatto che non si sia mai giunti ad una

⁴⁹¹ Cfr. G. Bognetti, *Costituzione, legislazione, sindacati. Una legge per le relazioni sindacali*, Franco Angeli, Milano, 1988, 56 ss..

⁴⁹² P. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 54-56.

⁴⁹³ Come scrisse il compianto Giovanni Bognetti, in uno splendido studio, molto prezioso per lo studio dei gruppi di pressione, i gruppi organizzati «non mirano, di principio, ad elaborare una sintesi di tutti gli interessi che pulsano nella comunità, una definizione di ciò che sono gli “interessi generali” della comunità come tale. In ciò si distinguono dai movimenti politici e dalle formazioni culturali-ideologiche, dai partiti politici che proprio tale elaborazione hanno come fine primario»: G. Bognetti, *Lo Stato e i gruppi d'interesse*, cit., 71.

regolamentazione del *lobbying* in senso stretto. Rifletterò come detto su altre possibili ragioni di questo vuoto normativo nel paragrafo conclusivo di questo Capitolo. Prima però, seguendo l'impostazione adottata con riguardo tanto agli Usa quanto a Ue e Consiglio d'Europa, considererò gli spunti che si ricavano in materia dalla giurisprudenza costituzionale, per poi dar conto sinteticamente delle regole che in realtà già oggi esistono a livello regionale, e dello stato dell'arte a livello nazionale, con particolare riferimento ai caratteri principali delle molte proposte di regolazione del *lobbying* che si sono susseguite nel corso delle legislature.

2. Le indicazioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in materia di lobbying

Nel suo lavoro già più volte ricordato, Pier Luigi Petrillo fa un riepilogo dei principi ricavabili in materia di *lobbying* dalla giurisprudenza costituzionale italiana⁴⁹⁴. Le indicazioni sono invero piuttosto scarse e indirette, e si riducono essenzialmente ad alcune risalenti pronunce in materia di diritti sindacali, sciopero e serrata, e ad una più recente su alcune disposizioni dello statuto della Regione Emilia-Romagna.

Le pronunce in tema giuslavoristico⁴⁹⁵ considerano varie questioni relative a sciopero e serrata considerati come strumenti di pressione, ed essenzialmente affermano la legittimità costituzionale dell'uso di strumenti di pressione, tra i quali vengono fatti rientrare appunto quelli in questione, al fine di indurre il decisore politico ad assumere determinate decisioni. Da tali affermazioni si può trarre indirettamente, sostiene Petrillo, una duplice inferenza: queste sentenze stabilirebbero cioè «il fondamento costituzionale del lobbying e la liceità della stessa azione posta in essere da portatori di interessi particolari al fine di tutelare interessi propri o altrui, orientando la decisione politica. Al tempo stesso esse pongono la necessità di introdurre una regolamentazione che renda effettivo l'esercizio di questo diritto costituzionale»⁴⁹⁶.

La prima di tali inferenze, ovvero la liceità delle pratiche di pressione sugli organi politici – con la necessaria e pur vaga specificazione da parte della Corte che esse non debbono però travalicare dei limiti di contenenza, evitando di trasformarsi in tentativi di coartare la volontà degli organi politici – mi appare senz'altro sostenibile. Verosimilmente la Corte, nell'affermare, comunque in via indiretta e *obiter*, la legittimità di tali azioni di pressione, non pensava al *lobbying* in senso stretto, come da definizioni di cui al precedente Capitolo I, avendo sotto gli occhi in quel momento una pratica tutta diversa come quella dello sciopero (in particolare politico); tuttavia è un fatto che tale affermazione sulla legittimità altri «strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali» (sent. 290/1974) venga fatta e che sia sostenibile la proposta di applicarla oggi anche al *lobbying*, anche se in quelle sentenze il tema era tutt'altro.

⁴⁹⁴ P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 319 ss.

⁴⁹⁵ Petrillo ricorda C. Cost. 4 maggio 1960, n. 29, in materia di reato di serrata e sciopero per fini contrattuali; 14 gennaio 1974, n. 1, in materia di atti discriminatori del datore di lavoro per ragioni sindacali e repressione di tali condotte antisindacali; e 27 dicembre 1974, n. 290, in materia di reato di serrata e sciopero per fini non contrattuali; ad esse si possono aggiungere 28 dicembre 1962, n. 123, in materia di reati di abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori, di coazione alla pubblica Autorità mediante serrata o sciopero, e di serrata o sciopero a scopo di solidarietà o di protesta, e 15 dicembre 1967, n. 141, nuovamente in materia di reato di serrata o sciopero a scopo di solidarietà o di protesta.

⁴⁹⁶ P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 303.

A mio avviso, potrebbe invece essere un salto interpretativo non necessitato, e forse neppure giustificato, l'asserzione che da queste pronunce si ricavi anche l'esigenza costituzionale di una legge sul *lobbying*: esse si limitano infatti ad affermare la necessità di una «regolamentazione del diritto di sciopero» (così espressamente la sent. 123/1962), ma sugli altri “strumenti di pressione” nulla di particolare si dice, neppure *obiter*, rimanendo le sentenze incentrate sulla (sola) materia dello sciopero e della serrata.

In ogni caso, se si vuole accogliere la tesi dello sciopero politico e del *lobbying* come *species* di un unico *genus* “strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali”, nonostante l'evidente differenza tra le due attività, ne segue che il *lobbying* viene concettualizzato come diritto, dunque con una certa qual eco americana, tuttavia ne segue anche che rimanga preminente la dimensione collettiva di tale diritto: in altri termini, nell'impostazione della Corte, non parrebbe trattarsi tanto di diritti individuali dei singoli cittadini riuniti in gruppi o della singola azienda, quanto piuttosto del diritto di una classe in quanto tale, che non potrebbe essere esercitato che dalla classe nel suo complesso, sì per perseguire i propri scopi, ma pur sempre scopi di classe, non divisibili nel complesso degli interessi di ciascun partecipante ad essa come invece nel *lobbying* inteso all'americana.

La distanza dell'impostazione della giurisprudenza costituzionale italiana dal modello americano, e la vicinanza invece a quello europeo, emerge poi a mio avviso in modo ancor più evidente se si considera l'altra sentenza ricordata da Petrillo, ovvero la n. 379 del 6 dicembre 2004. La sentenza era relativa a un giudizio in via principale instaurato dal governo italiano relativamente ad una serie di articoli dello statuto della Regione Emilia-Romagna. In particolare, per quel che qui ci interessa,

L'art. 17 della delibera statutaria, che prevede la possibilità di una istruttoria in forma di contraddittorio pubblico, indetta dalla Assemblea legislativa, alla quale possono prendere parte anche “associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale”, per la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, i quali dovranno poi essere motivati con riferimento alle risultanze istruttorie, violerebbe l'art. 97 della Costituzione, nella misura in cui comporterebbe aggravii procedurali non coerenti con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

L'art. 19 della delibera statutaria, che prevede un “diritto di partecipazione” al procedimento legislativo in capo a “tutte le associazioni” che ne facciano richiesta, violerebbe: l'art. 121 della Costituzione, e il principio di autonomia del Consiglio regionale ivi sancito; il “principio di coerenza” di cui all'art. 3 della Costituzione, in quanto non sarebbe conforme al sistema di democrazia rappresentativa realizzato dalle altre disposizioni della medesima delibera statutaria; l'art. 1, secondo comma e l'art. 49 Cost., “il quale ultimo presuppone che i fattori di politica generale (...) costituiti dai partiti siano sottesi nel funzionamento delle assemblee legislative”.

La Corte, però, respinse entrambe le censure in questione. Con riferimento all'art. 17, essa osservò che l'istituto dell'istruttoria pubblica nei procedimenti di approvazione di leggi e atti amministrativi era già stato sperimentato con successo «in alcune delle maggiori democrazie contemporanee»: esso non violava dunque né il principio di buon andamento dell'amministrazione né la riserva del «potere legislativo al Consiglio regionale per gli atti legislativi: questi istituti, infatti, non sono certo finalizzati ad espropriare 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».

Del resto, il «riconoscimento di alcune limitate e trasparenti procedure di consultazione da parte degli organi regionali dei soggetti sociali od economici su alcuni oggetti di cui siano particolarmente esperti» non inficia in alcun modo «il giusto riconoscimento per il ruolo fondamentale delle forze politiche che animano gli organi rappresentativi».

E infine, doveva anche considerarsi pienamente legittimo l'obbligo di motivazione imposto dal comma 2 dell'art. 17 per il "provvedimento finale" di un procedimento di formazione di atti normativi o amministrativi generali, non violando esso nessuna norma costituzionale né direttamente né considerando eventualmente come norma interposta la legge sul procedimento amministrativo⁴⁹⁷.

Quanto invece all'art. 19 e al coinvolgimento garantito a tutte le "associazioni" («le cui finalità siano improntate a scopi d'interesse generale») che lo desiderino di partecipare «al procedimento legislativo ed alla definizione degli indirizzi politico-programmatici più generali», la Corte osserva che «la normativa prevede semplicemente alcune procedure per cercare di garantire (in termini più sostanziali che nel passato) ad organismi associativi rappresentativi di significative frazioni del corpo sociale la possibilità di essere consultati da parte degli organi consiliari. La normativa non appare neppure tale da ostacolare la funzionalità delle istituzioni regionali e la stessa previsione di una futura disciplina per la formazione di un albo e di un "protocollo di consultazione" potrà permettere comunque di graduare le innovazioni compatibilmente con la piena efficienza delle istituzioni regionali.

Inoltre, il riconoscimento dell'autonomia degli organi rappresentativi e del ruolo dei partiti politici non viene affatto negato da una disciplina trasparente dei rapporti fra le istituzioni rappresentative e frazioni della cosiddetta società civile, secondo quanto, d'altronde, già ampiamente sperimentato da alcuni decenni sulla base degli statuti regionali vigenti».

Lo statuto emiliano-romagnolo, quindi, sembra aprire in qualche misura, con l'art. 19, ad un diritto (individuale) di partecipazione dei gruppi, mentre l'art. 17 rimane nel solco europeo di una partecipazione funzionale a decisioni pubbliche meglio informate. Ed è proprio su questa seconda strada che sembra insistere maggiormente la Corte, evidenziando soprattutto il ruolo potenzialmente benefico dei gruppi nell'apportare patrimonio conoscitivo prezioso agli organi decisionali pubblici, ed affermando comunque la preminenza dell'interesse pubblico al buon funzionamento degli stessi, che non può essere rallentato od ostacolato dal coinvolgimento delle associazioni.

Pertanto, anche là dove si voglia ravvisare nell'art. 19 dello statuto dell'Emilia-Romagna il riconoscimento di un diritto individuale al *lobbying*, la Corte non coglie l'opportunità per affermare in via generale l'esistenza nel nostro ordinamento di un tale diritto, evidenziando piuttosto i benefici di questa pratica per il funzionamento del processo decisionale pubblico e ribadendo che essa non deve comunque mai andare ad intaccarlo.

Infine, un'ultima considerazione rafforza a mio avviso l'accostamento dell'approccio costituzionale italiano al *lobbying* alla tradizione europea, rispetto a quella statunitense, ed è il fatto che, mentre la tradizione giuridica americana ha caratteristiche tali da far arrivare fino alla Corte Suprema una censura alle restrizioni al diritto di *lobbying*, in Italia la situazione è esattamente rovesciata, avendo il governo impugnato non certo le restrizioni al *lobbying*, bensì proprio le norme stesse che ne riconoscevano la praticabilità. In Italia, quindi, si pone a livello costituzionale, ancora in tempi recenti, la questione della legittimità del *lobbying*, mentre negli Usa quella della legittimità delle restrizioni al *lobbying*. Questo dato ci dice molto sui rispettivi ordinamenti, come avrò modo di dire nel paragrafo conclusivo di questo Capitolo e nel Capitolo conclusivo.

⁴⁹⁷ Sul tema della motivazione degli atti normativi, v. l'illuminante lavoro di S. Boccalatte, *La motivazione della legge: profili teorici e giurisprudenziali*, CEDAM, Padova, 2008.

3. Le leggi regionali di Toscana, Molise e Abruzzo

Come già anticipato, al di là degli appena ricordati articoli 17 e 19 dello statuto della Regione Emilia-Romagna⁴⁹⁸, a livello regionale vi sono state alcune Regioni che hanno approvato leggi sul *lobbying*, pur con il limite sullo sfondo posto all'autonomia regionale nella creazione «di nuovi e diversi albi rispetto a quelli già istituiti dalle leggi statali, per l'esercizio di attività professionali», che rimane riservata alla competenza esclusiva statale, come ribadito in più occasioni dalla Corte Costituzionale⁴⁹⁹. In particolare, anche se tentativi di disciplinare con legge o all'interno dello statuto regionale vi sono stati anche in altre Regioni⁵⁰⁰, leggi sul *lobbying* sono state effettivamente approvate solo in tre casi: Toscana, Molise ed Abruzzo.

3.1. TOSCANA (E MOLISE)

La Toscana è stata la prima Regione italiana a dotarsi di una legge sul *lobbying*, la L.R. Toscana 18 gennaio 2002, n. 5, intitolata *Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio regionale della Toscana*. Il testo di questa legge è stato poi ripreso identico dalla L.R. Molise 22 ottobre 2004, n. 24, intitolata appunto *Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio regionale del Molise*.

Si tratta di una disciplina molto succinta. Va notato che, a differenza di molte delle legislazioni esaminate, la disciplina riguarda non i lobbisti in quanto tali, ma i gruppi di interesse (che dai lobbisti vengono rappresentati presso le istituzioni, e in particolare il Consiglio regionale: non viene considerato il *lobbying* nei confronti della Giunta o di altri organi dell'amministrazione). Non rientra infatti nella competenza regionale l'istituzione di nuovi albi ed elenchi o la creazione di nuove categorie professionali, come confermato recentemente dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 29 ottobre 2009, n. 271. Le Regioni che intendano regolare il *lobbying* hanno quindi davanti a sé questo ostacolo insormontabile, e possono soltanto procedere a regolare le attività svolte dai lobbisti, ma non dare ad essi il riconoscimento di professione a sé stante.

Allo scopo di perseguire la «trasparenza dell'attività politica e amministrativa» e di garantire l'accesso e la partecipazione dei vari gruppi d'interesse (di cui viene riconosciuto il ruolo nella tutela del «pluralismo economico, sociale e culturale»), con la precisazione che «il Consiglio regionale può recepire le richieste dei gruppi d'interesse, ove siano compatibili con gli interessi della collettività» [art. 1]), le due leggi istituiscono un sistema di accreditamento presso il Consiglio regionale.

L'accREDITAMENTO da parte dei gruppi d'interesse avviene con l'iscrizione in un apposito registro⁵⁰¹ (art. 2, comma 1), diviso per settori (art. 2, comma 2). I gruppi devono essere costituiti in forma di fondazione o associazione, anche non riconosciuta, o comitato «con

⁴⁹⁸ Norme rilevanti sono contenute anche in altri statuti regionali: ad es., l'art. 12, comma 3 dello statuto siciliano, secondo cui «I progetti di legge sono elaborati dalle Commissioni della Assemblea regionale con la partecipazione delle rappresentanze degli interessi professionali e degli organi tecnici regionali». Per un approfondimento, v. P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 385 ss., nonché M.C. Antonucci, *Rappresentanza degli interessi oggi*, cit..

⁴⁹⁹ Da ultimo, con la sentenza 29 ottobre 2009, n. 271, da cui proviene la citazione di un momento fa nel testo.

⁵⁰⁰ La ricerca di L. Cuocolo, G. Sgueo (a cura di), *Lobby*, cit., 58, registrava Campania, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Lazio, Marche e Veneto; M.C. Antonucci, *Rappresentanza degli interessi oggi*, cit., include anche la Calabria.

finalità temporanee» (art. 2, comma 3), devono indicare chi ne ha la «rappresentanza esterna» (art. 2, comma 4), e devono avere un'organizzazione interna «regolata dal principio democratico», perseguire «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» ed essere «costituiti da almeno sei mesi alla data della richiesta di iscrizione» (art. 2, comma 5).

L'iscrizione dà diritto ai gruppi di «rappresentare e perseguire presso il Consiglio regionale interessi pertinenti alle loro finalità» (art. 3, comma 1). Viene specificato che «Le richieste rappresentate dai soggetti accreditati possono riguardare atti proposti o da proporre all'esame del Consiglio; nel primo caso, i rappresentanti dei gruppi di interesse possono chiedere di essere ascoltati dalle commissioni consiliari incaricate dell'istruttoria degli atti; nel secondo caso, le richieste formali dei gruppi d'interesse e la relativa documentazione sono trasmesse indistintamente a tutti i gruppi politici del Consiglio regionale, fatto salvo il principio di autonomia e di libertà nel determinare, nel rispetto della normativa vigente e del principio della trasparenza, le proprie modalità di relazione» (art. 3, comma 2).

Sono poi previste regole sull'accesso dei lobbisti nei locali del Consiglio regionale: «I rappresentanti dei gruppi accreditati possono accedere ai locali del Consiglio; possono seguire per via telematica le sedute delle commissioni consiliari di loro specifico interesse, secondo le modalità disciplinate dal regolamento interno del Consiglio» (art. 3, comma 3); «possono inoltre accedere agli uffici del Consiglio regionale per informazioni e chiarimenti di carattere tecnico relativi agli atti di loro interesse di cui al comma 2 ovvero relativi all'organizzazione procedurale dei lavori del Consiglio stesso, nel rispetto dei principi di cui alla legge regionale in materia di accesso agli atti, con modalità e criteri di completezza e tempestività idonei a salvaguardare le finalità indicate al comma 1» (art. 3, comma 4)⁵⁰².

Infine, l'art. 4 stabilisce che le pressioni esercitate dai rappresentanti dei gruppi d'interesse non devono risultare incompatibili con «il ruolo e le funzioni» del Consiglio regionale e dei suoi membri, non potendo mai incidere sulla loro «libertà di giudizio e di voto». In caso di violazione delle norme di comportamento, l'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale è l'organo competente a irrogare le sanzioni ai lobbisti, che possono consistere in «richiamo formale, sospensione temporanea, revoca dell'iscrizione».

Il bilancio applicativo di queste leggi è stato comunque sin dall'inizio un caso esemplare di lettera morta⁵⁰³.

3.2. ABRUZZO

Come era stato previsto da subito⁵⁰⁴, non è stata diversa la sorte della legge approvata dalla Regione Abruzzo il 14 dicembre 2010, *Disciplina sulla trasparenza dell'attività politica e amministrativa e sull'attività di rappresentanza di interessi particolari*.

⁵⁰¹ L'accREDITAMENTO è automatico per «le categorie economiche, sociali e del terzo settore maggiormente rappresentative a livello regionale» (art. 2, comma 1, secondo periodo).

⁵⁰² Il comma 5 specifica infine che queste disposizioni non intaccano quanto previsto dallo Statuto e dal regolamento del Consiglio «relativamente alla partecipazione, al dovere di informazione, al potere delle commissioni in ordine alle consultazioni, ai soggetti da consultare e alle modalità delle consultazioni stesse».

⁵⁰³ P.L. Petrillo, *La disciplina dei gruppi di pressione a livello regionale: il caso della Regione Toscana (e, senza originalità, quello del Molise)*, in http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/15604_petrillo.pdf, 4-5.

⁵⁰⁴ F. Spicciariello, *L'Abruzzo regola (poco e male) l'attività di lobbying* (2010), su <http://www.lobbyingitalia.com/index.asp?IdCt=10&IdNw=391>.

In effetti, a differenza della legge del Molise, questa legge non ricalca pedissequamente quella della Toscana, contenendo una serie di disposizioni nuove, tuttavia l'impianto generale non si discosta in modo significativo dalle leggi precedenti delle altre due Regioni ora richiamate.

L'art. 1 individua come finalità della legge quella di «assicurare la trasparenza dell'attività politica e amministrativa e la partecipazione ai processi decisionali pubblici, nonché di fornire ai decisori pubblici una più ampia base informativa sulla quale fondare le proprie decisioni», e chiarisce che «i decisori pubblici possono recepire le richieste dei gruppi di interesse particolare, ove siano compatibili con gli interessi della collettività», così espressamente facendo riferimento alla necessità di salvaguardare l'interesse pubblico, facendolo prevalere sugli interessi particolari.

Come ho già ricordato al Capitolo I, l'art. 2 definisce i principali termini impiegati dalla legge (si tratta di una novità rispetto al modello toscano, tipica come si è visto di altri ordinamenti). Non viene usata la parola *lobbying* o lobbista bensì la perifrasi "rappresentanza" o "rappresentante di interessi particolari". I pubblici funzionari interessati sono il presidente della Giunta, gli assessori e i consiglieri regionali.

Gli art. 3 e 4 istituiscono e disciplinano requisiti e modalità di accreditamento e iscrizione in un apposito registro dei rappresentanti di interesse, in cui vanno inseriti dati relativi ai rappresentanti, ai gruppi d'interesse per conto dei quali agiscono, l'interesse rappresentato e i potenziali destinatari dell'attività svolta. Viene anche previsto un divieto di *revolving door* della durata di due anni.

Tuttavia, l'art. 4, comma 3 stabilisce anche, ricalcando l'art. 2, comma 5 della legge toscana, che l'iscrizione è riservata ai soli gruppi d'interesse «la cui organizzazione interna sia regolata dal principio democratico, che perseguano interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e che siano costituiti da almeno tre mesi alla data della richiesta di iscrizione»: ma la limitazione ai soli gruppi retti da un ordinamento democratico è tale da escludere tutti i professionisti e le società specializzate, finendo con l'includere solo le "classiche" organizzazioni di rappresentanza, e ipotecendo quindi pesantemente un'effettiva applicazione della legge⁵⁰⁵.

In ogni caso, l'art. 5 elenca i diritti dei rappresentanti di interessi particolari, che consistono in particolare nella possibilità di ottenere audizione dal Consiglio regionale e presentare richieste formali. Infine, l'art. 6 prevede le sanzioni per le violazioni delle norme di comportamento, che vanno da richiamo formale a sospensione temporanea a revoca dell'iscrizione, e sono irrogate dall'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale. Non sono invece previste sanzioni per i pubblici funzionari, in particolare nel caso di violazione del divieto di *revolving door*.

4. Il quadro nazionale

Veniamo ora a considerare i pochissimi casi di norme statali che in qualche modo considerano o hanno considerato la pratica del *lobbying*, in modo anche soltanto indiretto. Farò ora un rapido cenno a norme rilevanti dei regolamenti parlamentari, al registro dei lobbisti istituito ... presso il Ministero dell'Ambiente, e infine darò conto con maggiore dettaglio delle principali proposte di legge susseguitesesi nel corso delle varie legislature dell'età repubblicana. Tralascio invece la considerazione del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, organo costituzionale com'è noto dalle funzioni meramente

⁵⁰⁵ Così F. Spicciariello, *L'Abruzzo*, cit.

consultive e di iniziativa legislativa, che nelle intenzioni dei costituenti doveva costituire il luogo principe di rappresentanza delle varie categorie sociali e dei vari gruppi di tipo economico e non, ma il cui disegno non è stato evidentemente tale da soddisfare simili aspettative, essendo il CNEL rimasto un organo assolutamente marginale nella capacità di incidere sul processo decisionale pubblico, e di cui in effetti il noto ddl Boschi di revisione costituzionale prevede non a caso e non a torto l'abolizione.

4.1. REGOLAMENTI PARLAMENTARI

Quanto ai regolamenti parlamentari, le disposizioni più rilevanti sono quelle che prevedono, abbastanza similmente allo statuto dell'Emilia-Romagna considerato al § 2, la partecipazione di esperti nella fase cosiddetta istruttoria dell'iter legislativo.

Il regolamento della Camera stabilisce all'art. 79 che, nella procedura in sede referente, la commissione parlamentare è tenuta ad «acquisire gli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nel testo», e per farlo può avvalersi, oltre che dei dati e delle informazioni forniti dal governo, dal CNEL e dalla Corte dei Conti, delle procedure di cui al capo XXXIII, dedicato appunto alle *procedure di indagine, informazione e controllo in commissione*.

In particolare, l'art. 144 stabilisce che le commissioni «possono disporre, previa intesa con il Presidente della Camera, indagini conoscitive dirette ad acquisire notizie, informazioni e documenti utili alle attività della Camera»: ebbene, queste indagini possono svolgersi concretamente con l'invito alle sedute ad esse dedicate di «qualsiasi persona in grado di fornire elementi utili ai fini dell'indagine» (chiaramente, già la questione di chi invitare è essa stessa un tema oggetto dei rapporti di forza all'interno della commissione e con i gruppi di pressione all'esterno). In termini di trasparenza, è previsto che di regola si rediga un verbale e un resoconto stenografico delle sedute di commissione.

Il corrispettivo di questa disposizione nel regolamento del Senato è l'art. 48, in particolare il comma 5, il cui secondo periodo stabilisce che alle sedute delle commissioni dedicate alle «indagini conoscitive intese ad acquisire notizie, informazioni e documentazioni» possono essere invitati, tra gli altri, «rappresentanti di Enti territoriali, di organismi privati, di associazioni di categoria ed altre persone esperte nella materia in esame». In questo caso, il comma 6 prevede che il documento finale dell'indagine sia meramente facoltativo, così come il resoconto stenografico.

Si tratta del principale canale formalizzato di relazione tra lobbisti e parlamentari. Come detto, di questo tipo di incontri pubblici e ufficiali si darà conto, in misura più o meno ampia, nei documenti della commissione, mentre nulla si dice circa gli incontri dei parlamentari con rappresentanti di interessi al di fuori di questo contesto, che allo stato attuale non debbono essere documentati, e che possono rilevare ai fini di norme giuridiche vincolanti solo nel caso patologico in cui sconfinino in episodi di corruzione, ma al momento non incontrano restrizioni particolari né sono sottoposti ad obblighi di rendicontazione.

Peraltro, il rapporto con i rappresentanti d'interesse appare essere configurato in termini essenzialmente verbali, non essendo curiosamente prevista in modo espresso l'acquisizione di documenti da parte di questi ultimi, che pure, nel silenzio dei regolamenti, è certamente possibile.

Va infine rilevata la pressoché completa discrezionalità della maggioranza o del presidente di commissione nella scelta di chi invitare, chi non invitare, per quanto tempo sentirli e così via, una discrezionalità che fa il paio con quella attribuita al collegio dei questori nell'attribuire o negare ai lobbisti l'accesso a Camera e Senato e agli uffici dei funzionari parlamentari, e che contribuisce a rendere evanescente il ruolo stesso delle

audizioni⁵⁰⁶.

4.2. IL REGISTRO DEL MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE ALIMENTARI E FORESTALI

Un registro dei rappresentanti d'interesse esiste in realtà in Italia ed è quello istituito presso il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali (MiPAAF)⁵⁰⁷. La storia di tale registro risale al 2012, quando fu approvato il decreto ministeriale del 9 febbraio, n. 2284⁵⁰⁸, istitutivo di un'Unità per la Trasparenza, deputata a curare «la pubblicazione dell'Elenco dei portatori di interessi particolari [...] cui sono tenuti ad iscriversi, mediante procedura telematica, i soggetti che intendono partecipare ai processi decisionali pubblici di competenza dell'Amministrazione».

Più che il dettaglio dei contenuti di tale registro, che ricalcava classiche previsioni di *disclosure*, e che entrò in funzione nel novembre del 2012, è interessante la storia dell'Unità per la Trasparenza, che con il cambio di guida al ministero fu sostanzialmente smantellata, portando all'esaurimento sostanziale dell'esperienza del registro e alla chiusura della pagina internet con l'elenco dei lobbisti che si erano registrati, senza però che ministero stesso avesse rispettato gli obblighi di comunicazione da esso stesso assunti nei confronti di questi ultimi⁵⁰⁹. Tuttavia, più di recente, un ministro ancora diverso ha recuperato l'esperienza in questione, emanando un nuovo decreto, il n. 5528 del 27 maggio 2015⁵¹⁰, che ha riportato in vita l'esperienza dell'Elenco dei portatori d'interesse «che possono essere chiamati a partecipare a forme di consultazione, in quanto destinatari diretti o indiretti di iniziative provvedimenti o di carattere regolatorio da parte del Ministero».

Il nuovo decreto prevede un'iscrizione d'ufficio per alcune organizzazioni professionali e associazioni di categoria «già note all'amministrazione» e per le associazioni dei consumatori e degli utenti riconosciute dal Ministero dello sviluppo economico, nonché l'iscrizione automatica per gli enti già registrati alla precedente versione. Per tutti i nuovi soggetti, occorre un parere favorevole del Dipartimento competente, previa domanda su un modulo che rimanda espressamente all'allegato II all'accordo interistituzionale del 2011 tra Parlamento europeo e Commissione europea. Non è però più previsto un obbligo per il Ministero di consultare i soggetti iscritti, ma questa resta una facoltà dello stesso. Mentre scrivo, il modulo non è ancora disponibile, dunque il nuovo registro non è ancora divenuto

⁵⁰⁶ Cfr. P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 375-376.

⁵⁰⁷ Un elenco è compilato anche presso il Ministero delle infrastrutture e trasporti, ma si tratta di un'iniziativa personale e mai formalizzata del vice-ministro che, stando a quanto dichiarato a fonti giornalistiche, tiene un registro di tutti coloro che chiedono di essere da lui ricevuti, domandando loro di indicare la ragione dell'incontro e prendendo nota di eventuali documenti consegnati: cfr. A. Picardi, *Così il governo rilancerà le opere pubbliche. Parla il viceministro Nencini*, in *Formiche*, 13 marzo 2015.

⁵⁰⁸ Il testo è disponibile sul sito del Ministero, all'indirizzo <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/5732> (curiosamente, il nome dato al file con la scansione è “decreto lobby”).

⁵⁰⁹ La vicenda è stata ricostruita da A. Selmosson, *Il gran ritorno del Registro dei lobbisti*, in *Formiche*, 29 maggio 2015.

⁵¹⁰ Il testo è disponibile sul sito del Ministero, all'indirizzo <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/8698> (il nome dato al file stavolta fa riferimento ai “portatori di interesse”).

pienamente operativo, ma sarà naturalmente un'esperienza da monitorare.

4.3. ALTRE DISPOSIZIONI: L'ANALISI D'IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE E IL TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE

Un coinvolgimento dei gruppi d'interesse è stato inoltre previsto, a partire dal 1999⁵¹¹, con riferimento a tutti gli atti normativi di iniziativa governativa, nell'ambito della cosiddetta analisi d'impatto della regolamentazione (AIR). Questa procedura, oggi disciplinata dalla legge 28 novembre 2005, n. 246 e dal d.p.c.m. attuativo 11 settembre 2008, n. 180, «si applica agli atti normativi del governo, compresi gli atti adottati dai singoli ministri, ai provvedimenti interministeriali, e ai disegni di legge di iniziativa governativa» (art. 2 del citato d.p.c.m.) e prevede, per quel che qui viene in rilievo, la necessità per il governo di effettuare, con riguardo a tutti questi atti, una preventiva stima delle conseguenze degli atti stessi sul piano economico, giuridico e sociale.

A tal fine, si prevede che nella fase istruttoria debbano essere effettuate obbligatoriamente delle consultazioni con le «principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari diretti e indiretti della proposta di regolamentazione», e che si debba conto degli esiti nella relazione AIR (l'eventuale omissione va adeguatamente motivata).

All'AIR la legge 246/2005 ha poi affiancato la valutazione di impatto della regolamentazione, che ha finalità analoghe di misurazione degli effetti di un atto normativo su cittadini e imprese, ma dopo due anni dall'entrata in vigore dello stesso.

Si tratta però, ancora oggi, di previsioni la cui valenza pratica è molto lontana dagli intendimenti iniziali, essendo stata la AIR oggetto di un'applicazione del tutto formalistica da parte del governo, che non ha consentito una partecipazione autentica dei gruppi d'interesse ai procedimenti decisionali in questione⁵¹², mentre la VIR non è stata neppure compiutamente disciplinata, così che il potenziale interessante di queste procedure risulta nei fatti quasi completamente inespresso.

Infine, nella rassegna delle disposizioni esistenti che in qualche misura attengono al fenomeno del *lobbying*, se pur nella sua declinazione patologica, merita un cenno anche l'art. 346-bis del codice penale, introdotto dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, e rubricato *traffico influenze illecite*. Questo reato punisce la condotta di chi, «sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio».

In parte, la condotta descritta è assimilabile al *lobbying* in senso fisiologico, ma se ne distanzia evidentemente in modo netto nel riferirsi a dazioni o promesse “indebite” e a mediazioni “illecite” o “atti contrari ai doveri d'ufficio” ovvero “omissioni o ritardi di atti d'ufficio”.

Fintantoché il *lobbying* sarà un'attività lecita, come lo è naturalmente anche in assenza di una legge che regoli la materia, il lobbista che operi senza effettuare mediazioni di tipo

⁵¹¹ Legge 8 marzo 1999, n. 50, che in verità, come ricorda P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 340, formalizzò «quanto precedentemente previsto dalla circolare del Presidente del Consiglio del 15 aprile 1998».

⁵¹² Cfr. le considerazioni, tuttora valide, di S. Sileoni, *L'analisi di impatto della regolamentazione. Una complicata semplificazione*, IBL Focus n. 119, 8 dicembre 2008.

illecito, e senza indurre i pubblici funzionari ad atti contrari ai loro doveri, non dovrà preoccuparsi di questa norma. Tuttavia, è innegabile che una certa zona grigia rimanga⁵¹³, e che questa disposizione possa finire con l'imbrigliare al proprio interno anche condotte di per sé in nulla riprovevoli come quelle di semplice mediazione d'interessi, che rischiano di essere magari qualificate come indebite e illecite da inquirenti particolarmente severi, ma che dovrebbero invece essere più opportunamente fatte rientrare nella normale prassi del *lobbying*. Occorrerà rimanere in osservazione di come si orienterà la giurisprudenza.

4.4. LE PROPOSTE DI LEGGE

Anche per ovviare ad inconvenienti come quello appena descritto, da più parti si ravvisa la necessità di regolamentare in modo organico la materia, così indirettamente ribadendo la legittimità della pratica regolamentata e marcando le differenze. Venendo dunque a considerare il fronte delle proposte di legge in senso lato, in verità una prima disposizione di cui dar conto, che mentre scrivo è ancora nella forma del disegno di legge, è contenuta appunto nel ddl delega di riforma del codice appalti: nel testo approvato al Senato, attualmente in fase di esame in commissione alla Camera, si prevede infatti tra i principi e criteri direttivi, conformemente su questo al testo d'iniziativa del governo, che la nuova disciplina della materia debba garantire la «trasparenza nella partecipazione dei portatori qualificati di interessi nell'ambito dei processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e contratti di concessione nonché nella fase di esecuzione del contratto»: si tratterebbe di una significativa innovazione che contemplerebbe per la prima volta in modo espresso i lobbisti in una norma di legge statale.

Sino ad ora, infatti, si sono succeduti molteplici disegni di legge (dalla nascita della Repubblica ad oggi, circa sessanta⁵¹⁴), a un ritmo crescente con il susseguirsi delle legislature, ma come già ricordato nessuna di queste proposte ha mai avuto successo.

Sul sito dell'associazione il Chiostro, qualche anno fa fu pubblicato un dettagliato schema di tutte le proposte di legge presentate nel corso degli anni al Parlamento italiano⁵¹⁵ (poche sono quelle esaminate dalle commissioni competenti, storicamente Lavoro, più di recente Affari Costituzionali, e nessuna è andata oltre il mero esame). Più di recente il servizio studi del Senato ha compiuto analoga ricognizione con riferimento ai disegni di legge in esame presso la Commissione Affari costituzionali nella presente legislatura⁵¹⁶, cui vanno aggiunti anche il ddl 1191 e il più recente 1782, del 24 febbraio 2005. Senza entrare nel dettaglio delle varie proposte, opera già svolta in modo ampiamente esaustivo da più d'uno studioso⁵¹⁷, mi limiterò ad una sintesi degli aspetti più significativi, andando più in profondità solo con riferimento al progetto che aveva catalizzato le maggiori attenzioni ed era sembrato più vicino all'approvazione effettiva.

In generale, le proposte miravano e mirano tutte all'istituzione di un registro dei lobbisti

⁵¹³ Cfr. L. Cuocolo, G. Sgueo (a cura di), *Lobby*, cit., 8.

⁵¹⁴ La prima proposta, C-953, risale alla VII legislatura (fu presentata nel 1976 dall'On. Sanese).

⁵¹⁵ A. Barbieri, *Proposte di legge presentate in Italia*, <http://www.ilchiostro.org/wp-content/uploads/2010/06/Andrea-Alessandro-Barbieri-Schema-Proposte-di-Legge.pdf>. V. anche l'intervento di N. Lupo, *Verso una regolamentazione del lobbying anche in Italia? Qualche osservazione preliminare*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/?p=8492>.

⁵¹⁶ <http://www.lobbyingitalia.com/2014/09/lobby-testi-senato-ddl-settembre/>.

⁵¹⁷ Ricordo, ad es., P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 354 ss.; v. anche, più di recente, L. Cuocolo, G. Sgueo (a cura di), *Lobby*, cit., 8-9.

(unico o più d'uno per più organi costituzionali), che verrebbe tenuto o da ciascuno degli organi costituzionali, o da un Ministero (Lavoro o Giustizia), o dalla Presidenza del Consiglio, o dagli Uffici di Presidenza di Camera e Senato, o dal CNEL.

Al *lobbying* si fa riferimento in modi diversi, che variano essenzialmente tra «attività professionali di relazioni pubbliche», «attività di rappresentanza di interessi presso organismi istituzionali», «attività di relazione svolta nei confronti dei componenti delle Assemblee legislative e dei titolari di pubbliche funzioni», «attività di relazione istituzionale», «rappresentanza di interessi particolari», «attività dei Consulenti in relazioni istituzionali presso le pubbliche istituzioni»; tra i progetti passati, solo uno, il C-1057 della XV legislatura (2006), On. Moroni, parlava proprio di «attività di lobbying e relazioni istituzionali», mentre in quelli attuali il termine *lobbying* viene utilizzato in modo espresso.

Le istituzioni regolamentate sono in genere comprensive del complesso degli organi costituzionali (e dei loro apparati) e dei vertici della pubblica amministrazione, in modo da ricomprendere ad ampio spettro tutti i più importanti titolari di pubbliche funzioni. La gran parte dei progetti più recenti include anche le autorità amministrative indipendenti, e alcuni fanno espresso riferimento anche a Regioni ed enti locali.

Diversi progetti prevedono requisiti per l'iscrizione, fra cui rileva in particolare l'assenza di condanne penali, segnatamente per reati contro la pubblica amministrazione. La gran parte dei progetti stabilisce poi l'obbligo per i lobbisti di tenere una relazione, semestrale o annuale o a richiesta, con l'indicazione essenzialmente delle attività svolte, dei contatti effettuati e delle spese sostenute (analogamente a quanto previsto ad es. dalla legislazione statunitense).

Altre disposizioni frequenti riguardano poi la previsione dell'approvazione di un codice deontologico dei lobbisti, l'istituzione di un organo di controllo, le attività che il lobbista ha diritto di compiere (accesso nei locali delle istituzioni, accesso a documenti, presenza e eventuale audizione in sedute degli organi pubblici, presentazione di proposte, richieste, studi, comunicazioni).

Alcuni progetti stabiliscono poi espressamente un regime di incompatibilità, o durante lo svolgimento di funzioni istituzionali (oltre che del mestiere di giornalista parlamentare), o in alcuni casi secondo il meccanismo della *revolving-door*, ovvero con la previsione di un divieto di svolgere l'attività di lobbista prima di tre anni dalla cessazione della carica pubblica.

Le sanzioni previste in caso di violazione della disciplina sono di vario tipo, pecuniarie, penali e disciplinari (la gamma delle diciture prevede ammonizione, censura, sospensione o cancellazione dell'iscrizione all'elenco, inabilitazione, radiazione).

Infine, alcuni progetti dettano delle disposizioni relative anche ai decisori pubblici, in particolare prevedendo divieti o obblighi di pubblicità sui doni ricevuti, obblighi di pubblicazione dei documenti ricevuti, e recentemente anche l'obbligo, essenzialmente inedito in ambito comparato, di fare menzione dell'attività di *lobbying* «nella relazione illustrativa e nel preambolo degli atti normativi, nonché nelle premesse degli atti amministrativi generali».

Nell'ambito della XV legislatura, particolare attenzione aveva ricevuto il ddl Santagata⁵¹⁸, predisposto dall'allora ministro per l'attuazione del programma di governo Giulio Santagata. Come i suoi omologhi, anche questo ddl si proponeva di creare una disciplina organica in materia di *lobbying*, garantendo da un lato la presenza di interessi plurali all'interno del processo legislativo, ma legandola, dall'altro, a precisi criteri di professionalità delle parti coinvolte e di trasparenza per il cittadino. Vi era un significativo riconoscimento positivo, se pur indiretto, del ruolo delle *lobby*, in quanto espressione della

⁵¹⁸ S-1866.

società civile, e il tentativo di coniugare le classiche esigenze di trasparenza da un lato e partecipazione dall'altro, formalizzando i modi e i processi attraverso cui il lobbista poteva interagire con le istituzioni.

All'articolo 2 venivano definiti i soggetti destinatari della legge, ovvero: al punto a) i «rappresentanti di interessi particolari», qualificati come i soggetti che rappresentano presso i «decisori pubblici» e i parlamentari, direttamente o indirettamente su incarico dei «portatori di interessi particolari» «interessi leciti di rilevanza non generale, anche di natura non economica, al fine di incidere su processi decisionali pubblici in atto, ovvero di avviare nuovi processi decisionali pubblici», compresi, quindi, coloro che rappresentano soggetti non a scopo di lucro ed in generale il terzo settore⁵¹⁹; al punto b) per l'appunto i «portatori di interessi particolari» ovvero coloro che attribuiscono un incarico di *lobbying* ai «rappresentanti di interessi particolari» assumendoli o tramite relazione professionale di altro tipo; e al punto c) i «decisori pubblici» nei confronti dei quali l'azione di *lobbying* è diretta, i quali comprendono «Presidente del Consiglio dei ministri, i Ministri, i Vice Ministri, i Sottosegretari di Stato, i vertici degli uffici di diretta collaborazione dei Ministri, dei Vice Ministri e dei Sottosegretari di Stato, i titolari di incarichi di funzione dirigenziale generale conferiti ai sensi dell'articolo 19, commi 3 e 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, i vertici delle Autorità indipendenti nell'esercizio dell'attività di regolazione».

Infine, la lettera e) definiva il *lobbying* in quanto tale, designandolo come «attività di rappresentanza di interessi» e descrivendolo come «ogni attività, non sollecitata da decisori pubblici, svolta dai rappresentanti di interessi particolari, attraverso proposte, richieste, suggerimenti, studi, ricerche, analisi e qualsiasi altra iniziativa o comunicazione orale e scritta, anche trasmessa per via telematica, intesa a perseguire interessi leciti di rilevanza non generale nei confronti dei decisori pubblici».

All'interno di questo progetto di legge un ruolo centrale era ricoperto dal CNEL, l'organo presso cui era istituito il «registro pubblico dei rappresentanti di interessi particolari» che, oltre alle generalità dei soggetti coinvolti e dei loro datori di lavoro, avrebbe dovuto comprendere l'indicazione dell'interesse particolare che si voleva rappresentare e le risorse economiche ed umane utilizzate allo scopo.

Per essere iscritti all'albo sarebbero occorsi requisiti precisi⁵²⁰ e la sottoscrizione di un codice deontologico redatto dal CNEL, e inoltre i soggetti iscritti avrebbero dovuto inviare una dettagliata relazione annuale sulla loro attività. Il ruolo di regolazione del CNEL si sarebbe esplicitato soprattutto nella possibilità di emettere sanzioni amministrative nei confronti di quei soggetti che svolgessero attività di *lobbying* senza essere iscritti al registro o avessero fornito false informazioni all'atto dell'iscrizione e nel relazionare alle Camere una volta all'anno sulla verifica dei rappresentanti di interessi particolari svolta l'anno precedente,

⁵¹⁹ *Ex art. 9*, invece, era esclusa, in modo abbastanza inusuale sul piano comparato, ma a mio avviso non peregrino su quello concettuale, l'«attività di rappresentanza di interessi particolari svolta da enti pubblici o da associazioni o altri soggetti rappresentativi di enti pubblici, nonché dai partiti politici e a quella svolta, nell'ambito di processi decisionali che si concludono mediante protocolli d'intesa e altri strumenti di concertazione, da esponenti di organizzazioni sindacali e imprenditoriali».

⁵²⁰ In particolare l'articolo 4 stabiliva che «Ai fini dell'iscrizione nel registro, il rappresentante di interessi particolari: a) deve aver compiuto il diciottesimo anno di età; b) non deve aver riportato condanne passate in giudicato per reati contro la personalità dello Stato, la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, l'economia pubblica, il patrimonio, la pubblica fede e la persona, e non essere mai stato interdetto, anche temporaneamente, dai pubblici uffici; c) non deve essere stato dichiarato fallito, salvo che sia stato riabilitato».

relazione che poi sarebbe stata pubblicata, per maggiore trasparenza, anche su internet.

La caduta del Secondo Governo Prodi affossò il ddl Santagata, ma durante la successiva, sedicesima legislatura furono ripresentati diversi progetti di legge miranti ad analogo scopo; il più importante fu il Progetto di Legge 1594, presentato dall'On. Antonio Milo del Movimento per le Autonomie, che significativamente ricalcava, pur essendo stato presentato da forze politiche di colore opposto, il modello del ddl Santagata, compreso il ruolo del CNEL quale ente amministrativo regolatore, con poche differenze sostanziali.

In particolare si può ravvisare un maggiore grado di definizione nell'identificazione delle figure professionali che possono svolgere quest'attività e, per contro, una maggiore morbidezza del regime sanzionatorio. All'articolo 8, inoltre, il ddl Milo prevedeva che potessero essere gli stessi decisori pubblici a sollecitare l'intervento dei rappresentanti di interessi particolari, sulla falsariga di una tipica prassi americana, e che l'eventuale azione di rappresentanza fosse resa nota facendone menzione nella relazione illustrativa e nel preambolo degli atti normativi, nonché nelle premesse agli atti amministrativi generali.

Come detto, anche nell'attuale XVII Legislatura, la regolamentazione del *lobbying* è stata sin dall'inizio all'ordine del giorno, con diversi disegni di legge presentati in entrambe le camere, che essenzialmente ricalcano i progetti del passato; nello scorcio iniziale della legislatura, poi, va registrato un dato piuttosto significativo, ovvero il fatto che, nella relazione del "comitato di saggi" nominato dal Presidente della Repubblica per superare l'impasse istituzionale seguita al risultato elettorale incerto del febbraio 2013, una parte importante fosse dedicata proprio alla regolamentazione del fenomeno lobbistico.

Il punto 17 del cap. 6 della relazione del gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali⁵²¹ era, infatti, intitolato, senza giri di parole, *Lobbies*. Con taglio realista la relazione ammetteva che «i gruppi di interesse particolare svolgono una legittima ma non sempre trasparente attività di pressione sulle decisioni politiche» consigliando, come correttivo, una regolamentazione *ad hoc* basata sulla trasparenza e sui modelli del Parlamento Europeo e di quello degli Stati Uniti.

Dal punto di vista pratico la proposta, poi, si articolava in modo piuttosto simile ai progetti legge già ricordati, elencando sinteticamente tre punti principali: a) si prevedeva l'istituzione presso la Camera, il Senato e presso le Assemblee regionali l'albo dei portatori di interessi;

b) costoro hanno diritto a essere ascoltati nella istruttoria legislativa relativa a provvedimenti che incidono su interessi da loro rappresentati; c) il decisore deve rendere esplicite nella relazione al provvedimento le ragioni della propria scelta e deve evitare ogni possibile situazione di potenziale o attuale conflitto di interessi.

Le proposte istituzionali del comitato dei saggi dovevano rappresentare la base programmatica del successivo governo Letta, che nel giugno-luglio del 2013 era sembrato determinato ad imporre l'accelerazione decisiva, con la redazione di un proprio ddl, che però rinunciò poi a presentare, facendo così inabissare nuovamente la questione. Il successivo governo Renzi, pur anch'esso formalmente impegnato nel varare una regolamentazione del *lobbying*⁵²², sempre sulla scorta della proposta del comitato dei saggi, non ha poi di fatto più messo la questione in cima alla propria agenda politica.

⁵²¹ http://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2013/04/2013-04-12_relazione_finale.pdf.

⁵²² Il DEF 2014 (http://www.tesoro.it/doc-finanza-pubblica/def/2014/documenti/DEF_Sezione_III_Programma_Nazionale_di_Riforma_xParte_Ix_a.pdf, p. 26) conteneva l'impegno entro giugno 2014 a «definire un provvedimento legislativo per regolare le *lobby* e le relazioni fra gruppi di interesse e istituzioni, a tutti i livelli», ma l'impegno non è stato poi rispettato.

5. Il modello italiano di (mancata) disciplina del lobbying in prospettiva comparata

Che cosa ricavare dunque da questi progetti, dalla loro mancata approvazione, dalla (poca) giurisprudenza costituzionale in argomento?

In assenza di qualsivoglia legislazione nazionale, manca il presupposto per classificare l'Italia come appartenente ad esempio ad una delle tre categorie individuate dalla Commissione di Venezia. Pur in mancanza di una legge specifica sul *lobbying*, Petrillo individua comunque una categorizzazione per la legislazione italiana in materia, che definisce “regolamentazione-strisciante (ad andamento schizofrenico)”, sulla base dell’esistenza comunque di norme sparse che incidono sulla materia, ma inevitabilmente in modo disorganico e spesso venendo disattese dallo stesso legislatore che le ha approvate⁵²³.

Il problema principale, a mio modo di vedere, è la perdurante assenza in Italia di una compiuta riflessione giuridica sull’argomento. Negli Stati Uniti e in Europa, come si è visto ampiamente, è possibile ravvisare da un lato una giurisprudenza costituzionale, dall’altro soprattutto documenti di *soft-law*, che dicono molto di come il *lobbying* è inteso e, a prescindere dai dettagli della micro-regolazione e perfino dalla configurazione delle regole come un sistema duro, intermedio o leggero, consentono di inquadrare il *lobbying* come diritto fondamentale o piuttosto come strumentale alla democrazia.

In Italia, invece, la giurisprudenza costituzionale esistente è invero troppo scarna e troppo lontana dall’affrontare il cuore delle questioni esaminate invece negli Usa e nell’Ue, perché si possano trarre conclusioni sufficientemente certe.

Chiaramente, come in qualunque ambito del diritto, anche il silenzio parla, e il fatto che il *lobbying* non solo non sia stato regolamentato, ma non sia neppure stato fatto oggetto di riflessione giuridica approfondita da parte delle istituzioni può tranquillamente essere visto non come una contingenza, ma come una scelta precisa. In un intervento su *Quaderni costituzionali*⁵²⁴, Luigi Della Luna Maggio individua come possibili ragioni storico-giuridico-economiche dell’assenza di una legislazione sul *lobbying* in Italia da un lato la struttura economica italiana, caratterizzata tradizionalmente da una frammentazione in un vasto numero di imprese piccole o al massimo medie, che non hanno mai saputo unirsi in una rappresentanza unitaria forte; dall’altro, la storica centralità dei partiti come rappresentanti e mediatori degli interessi dei cittadini, partiti che però, una volta entrati in crisi e travolti dalla propria complicità col malaffare e la corruzione, avrebbero trascinato con sé tutte le organizzazioni di mediazione sociale, rovinando così il campo anche ai gruppi d’interesse.

Al di là di questo, si può poi richiamare, come fatto al paragrafo 1 di questo capitolo, il ruolo della concertazione, che avrebbe in qualche misura supplito al *lobbying* in senso proprio e quindi ne avrebbe ridotto gli spazi, rendendo così meno urgente anche la sua regolamentazione.

Personalmente, come già detto nelle conclusioni del Capitolo precedente a riguardo dell’ordinamento Ue, ritengo comunque che la regolamentazione, se e quando vi si giungerà, non vada sopravvalutata: essa potrebbe essere molto rilevante nell’operato quotidiano dei lobbisti, che già oggi operano in modo regolare e diffuso, ma sempre in un percepito limbo di legittimazione apparentemente non del tutto compiuta. Ma difficilmente una legge sul *lobbying*, a prescindere da quali siano le scelte di dettaglio cui addiverrà tra le molteplici

⁵²³ P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 367 ss.

⁵²⁴ <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/dellalunamaggio.pdf>.

opzioni e sfumature contemplate dai copiosi ddl in argomento, potrebbe dare al *lobbying* una natura diversa da quella che già oggi ha sul piano dei principi generali dell'ordinamento italiano, e analoga considerazione vale per i molteplici ordinamenti che dibattono se approvare una legge di disciplina della materia, o lo hanno fatto di recente.

Il compito dello studioso è, a me pare, indagare quale sia questa natura del *lobbying* già oggi piuttosto ben delineabile, anche in assenza di dichiarazioni esplicite sul punto. E a me pare che indubbiamente il *lobbying* in Italia debba essere ricostruito e concettualizzato all'europea, ovvero come strumento di democrazia. La tutela della libertà di espressione nell'ordinamento italiano non si segnala per essere particolarmente forte, e anzi addirittura è perfino dubbio che si possa ricondurre il *lobbying* sotto questa libertà fondamentale. In virtù di questa considerazione e delle pur frammentarie indicazioni raccolte nei paragrafi precedenti, si deve necessariamente a concludere che il *lobbying* è anche in Italia ammesso come strumento per accrescere la partecipazione popolare alla formazione dell'indirizzo politico, e indirettamente di legittimazione della democrazia, ma non sarà mai un diritto fondamentale su cui il Parlamento "*shall make no law*". Ad una legge presumibilmente presto o tardi si arriverà, ma la sostanza costituzionale del *lobbying* è già chiara sin d'ora e assai difficilmente muterà per effetto della legge in questione.

Da questo punto di vista, anche il discorso, di per sé molto interessante, circa l'opportunità di assoggettare il legislatore ad un obbligo di motivazione dei propri atti normativi, o magari di dar conto di quali siano state le pressioni lobbistiche che li hanno interessati, si rivela non centrale ai fini del discorso sul *lobbying*. Persino questa ipotetica amministrativizzazione dell'atto normativo, pur in quanto tale – ribadisco – piuttosto significativa sul piano sistematico, lascerebbe a mio giudizio inalterato il posto del *lobbying* nell'ordinamento giuridico italiano, modificandone al più l'abito, ma non la natura intrinseca⁵²⁵.

⁵²⁵ Richiamo nuovamente tra i molti il pregevole lavoro di S. Boccalatte, *La motivazione della legge*, cit..

Conclusione. LA REGOLAMENTAZIONE (O MENO) DEL *LOBBYING*: TRA LIBERTÀ, DEMOCRAZIA E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il *lobbying*: un'eccezione in materia di *free speech*? – 2. Libertà o democrazia? Due diversi modi di concettualizzare e proteggere la “stabile intermediazione” tra economia-società e politica. – 3. Gli spunti per l'Italia (e l'Europa). Regolamentare (in modo rigido) o no?. – 4. Il *lobbying* come effetto (e al contempo causa) della crisi della democrazia e la sua concettualizzazione come autodifesa. – 5. Il *lobbying* come effetto (e al contempo causa) della natura, evoluzione (e crisi) di un sistema giuridico.

1. Il *lobbying*: un'eccezione in materia di *free speech*?

La fotografia tradizionale della protezione della libertà di espressione negli Stati Uniti e in Europa descrive i primi come il luogo principe di recepimento della lezione di Madison⁵²⁶, Tocqueville⁵²⁷ e John Stuart Mill⁵²⁸, mentre la seconda come più preoccupata di bilanciare la libertà individuale di espressione e i diritti di associazione con la necessità di proteggere la democrazia.

Madison sosteneva la tesi per cui consentire a tutte le voci di essere ascoltate, così facendo sì che «l'ambizione [...] contrastasse l'ambizione»⁵²⁹, è preferibile rispetto alla scelta di ridurre al silenzio tutte le voci per la paura che le più forti di esse schiaccino le più deboli e abbiano troppa influenza. Il suo assunto era che vi fosse di più da guadagnare dal lasciare gli interessi particolari liberi di parlare l'uno contro l'altro, anche se questo comportava pagare il prezzo di dare spazio ad eccessi e corruzione, rispetto all'isolare i pubblici ufficiali da qualunque influenza, così facendoli decidere senza ascoltare le opinioni delle parti interessate e competenti.

Come Madison scrisse nel suo *Federalist* N. 10, «*Extend the sphere, and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength, and to act in unison with each other. Besides other impediments, it may be remarked, that where there is a consciousness of unjust or dishonorable purposes, communication is always checked by distrust, in proportion to the number whose concurrence is necessary*»⁵³⁰.

Dal canto suo, Tocqueville com'è noto descrisse l'effetto profondamente benefico per la società americana derivante dall'esistenza negli Stati Uniti di un così grande numero di gruppi

⁵²⁶ La difesa appassionata da parte di Madison della diversità di opinioni in una comunità politica, quale antidoto più efficace ai pericoli della “*faction*”, appare nel celebre *Federalist* N. 10 (v. anche il *Federalist* N. 51, di Hamilton o Madison). Per alcune riflessioni sul pensiero di Madison in relazione al diritto del *lobbying*, v. A.S. Krishnakumar, *Towards a Madisonian, Interest-Group-Based, Approach to Lobbying Regulation* 58 *Alabama Law Review* 513 (2007).

⁵²⁷ La fecondità della tendenza degli americani a riunirsi in associazioni, al fine di perseguire meglio i propri interessi individuali, percorre tutta la *Democrazia in America*, ma si vedano in particolare il capitolo 12 del primo volume, e i capitoli 5, 6 e 7 della seconda sezione del secondo volume.

⁵²⁸ La nozione di “*marketplace of ideas*”, anche se non fu in verità mai utilizzata da Mill, fu notoriamente derivata dal secondo capitolo del suo *On Liberty* (Longman, Roberts & Green, London, 1869⁴ [1859]).

⁵²⁹ Si tratta del famosissimo passaggio del *Federalist* N. 51.

⁵³⁰ A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist, Federalist No. 10* (Publius), § 63.

e associazioni attivi nel perseguire gli interessi più disparati. Come osservò nel capitolo 12 del libro I di *Democrazia in America*, in un passo che merita di essere riportato per intero,

When once the right of association is recognized, the citizens may employ it in several different ways. An association consists simply in the public assent which a number of individuals give to certain doctrines, and in the engagement which they contract to promote the spread of those doctrines by their exertions. ... When an opinion is represented by a society, it necessarily assumes a more exact and explicit form. It numbers its partisans, and compromises their welfare in its cause: they, on the other hand, become acquainted with each other, and their zeal is increased by their number. An association unites the efforts of minds which have a tendency to diverge in one single channel, and urges them vigorously towards one single end which it points out.

The second degree in the right of association is the power of meeting. When an association is allowed to establish centres of action at certain important points in the country, its activity is increased and its influence extended. [...]

Lastly, in the exercise of the right of political association, there is a third degree: the partisans of an opinion may unite in electoral bodies, and choose delegates to represent them in a central assembly. This is, properly speaking, the application of the representative system to a party.

Thus, in the first instance, a society is formed between individuals professing the same opinion, and the tie which keeps it together is of a purely intellectual nature; in the second case, small assemblies are formed which only represent a fraction of the party. Lastly, in the third case, they constitute a separate nation in the midst of the nation, a government within the Government. Their delegates, like the real delegates of the majority, represent the entire collective force of their party; and they enjoy a certain degree of that national dignity and great influence which belong to the chosen representatives of the people.

Sulla stessa lunghezza d'onda, il Capitolo Due del capolavoro di Mill *On Liberty* «è famoso più di tutto per essere l'esposizione definitiva degli argomenti epistemologici (e sociali) a favore della libertà di espressione, ovvero i modi in cui la libertà di espressione funge da aiuto indispensabile per la società nell'identificare la verità (e nell'additare la falsità) e, in questo modo nel promuovere il pubblico sapere»⁵³¹.

Nelle parole dello stesso Mill:

Not the violent conflict between parts of the truth, but the quiet suppression of half of it, is the formidable evil: there is always hope when people are forced to listen to both sides; it is when they attend only to one that errors harden into prejudices, and truth itself ceases to have the effect of truth, by being exaggerated into falsehood. And since there are few mental attributes more rare than that judicial faculty which can sit in intelligent judgment between two sides of a question, of which only one is represented by an advocate before it, truth has no chance but in proportion as every side of it, every opinion which embodies any fraction of the truth, not only finds advocates, but is so advocated as to be listened to»⁵³².

Il diritto di esprimere liberamente le proprie idee è quindi visto come benefico per l'intera società, perché la concorrenza e perfino lo scontro di idee diverse è il modo più efficace per consentire alle idee migliori di emergere e prevalere su quelle peggiori.

Questa linea di pensiero che unisce Madison, Tocqueville e John Stuart Mill influenzò notoriamente tutta la *First Amendment jurisprudence*⁵³³ negli Stati Uniti, ma questa influenza fu resa possibile da un retroterra costituzionale ad essa molto fertile.

⁵³¹ F. Schauer, *On the Relation Between Chapters One and Two of John Stuart Mill's 'On Liberty'*, 39 *Capital University Law Review* 1, 5-6 (2011); traduzione mia.

⁵³² J.S. Mill, *On Liberty*, Chapter II, cit..

⁵³³ Gli aspetti rilevanti ai fini del nostro discorso sono stati esaminati al Capitolo III; v. inoltre tra un momento nel testo.

Il *Bill of Rights* americano consentì a tale *jurisprudence* di svilupparsi, poiché era stato concepito in un ambiente istituzionale relativamente vergine: negli Stati Uniti appena fondati, il governo federale era ancora molto limitato, e questo permise l'affermazione di principi chiari e assoluti con una forte componente idealistica.

L'Europa, dall'altro lato, è solitamente dipinta come meno "madisoniana": la libertà di espressione è naturalmente protetta in modo forte anche da tutti i cataloghi di diritti esistenti in Europa, ma non ha qui il ruolo "sacro" che ha invece negli Usa, dove la protezione quasi assoluta concessa alla libertà di parola dà forma al modo in cui la democrazia americana stessa è interpretata. Occorre prestare attenzione a non peccare di semplicismo nel ricondurre le ragioni storiche di questa differenza ad un singolo evento o all'influenza di un singolo autore. Tuttavia, se si deve individuare un punto di riferimento su tutti, senza esitazione la scelta ricade su Rousseau e la sua ben nota idea dei pericoli per il bene comune della società insiti nel perseguimento da parte di ciascuno dei propri interessi egoistici⁵³⁴.

Come scrive Rousseau nel libro III del *Contratto sociale*, nel paragrafo sulla *Democrazia*, «Nulla è più insidioso che l'influenza degli interessi privati sugli affari pubblici; e l'abuso delle leggi per opera del Governo è un male minore rispetto alla corruzione del Legislatore, effetto inevitabile dei punti di vista particolari. Poiché a questo punto lo Stato viene alterato nella sua sostanza, ogni riforma diventa impossibile»⁵³⁵.

La teoria rousseauviana tende dunque quasi a non prendere neppure in considerazione l'esistenza di interessi particolari, in quanto «solo la volontà generale può indirizzare le forze dello Stato secondo il fine implicito nella sua istituzione, che è il bene comune; infatti se l'opposizione degli interessi particolari ha reso necessaria la costituzione delle società, è l'accordo di questi stessi interessi che l'ha resa possibile. Il legame sociale è formato da ciò che c'è di comune in questi diversi interessi e se non ci fosse qualche punto in cui tutti gli interessi concordano non potrebbe esistere alcuna società. Ora, è soltanto sulla base di tale interesse comune che la società deve essere governata»⁵³⁶.

Questa visione organicistica porta, inoltre, a teorizzare l'indivisibilità della volontà generale e del corpo sociale da cui essa discende: «la volontà è generale o non lo è; è quella del corpo del popolo o solamente di una parte. Nel primo caso questa volontà, dichiarata, è un atto di sovranità e fa legge, mentre nel secondo è soltanto una volontà particolare o un atto di magistratura; tutt'al più è un decreto»⁵³⁷. Ne discende, conseguentemente, una visione molto negativa e limitata di qualsiasi prodotto della dialettica tra corpi intermedi rispetto all'esercizio unitario della sovranità, qualificata infatti come "indivisibile".

Questa tendenza olistica è sempre esistita, sottotraccia, sin dagli albori del movimento rivoluzionario, trovandosi espressa molto chiaramente nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino⁵³⁸ e, pur sembrando superata dalla successiva incarnazione stabile degli ideali illuministi, ovvero lo stato liberale borghese in cui i rappresentanti eletti per voto erano per loro natura portatori di interessi particolari, è ritornata prepotentemente alla ribalta

⁵³⁴ Rousseau espresse questa idea specialmente nel *Contratto sociale* e nel *Discorso sulla politica economica*.

⁵³⁵ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, BUR, Milano, 2005 [1762], libro III, cap. 4.

⁵³⁶ *Ibidem*, Libro II cap. 1.

⁵³⁷ *Ibidem*, Libro II cap. 2.

⁵³⁸ Cfr. art. 6: « La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca».

attraverso l'idea di Nazione, vista sia come patrimonio comune sia come personificazione stessa di una comunità etnica e territoriale.

Il moderno stato nazionale europeo ha così svincolato i rappresentanti da un legame forte con i propri elettori, in quanto i primi sono tenuti ad operare non più in forza di un vincolo contrattuale con coloro che li rappresentano, ma alla luce di interessi generali. In questo contesto, l'ascoltare interessi particolari, per quanto interni allo Stato e alla Nazione stessa, viene visto come una forma di corruzione morale e sostanziale, se non di tradimento vero e proprio, in quanto privilegia un interesse considerato come egoistico rispetto all'interesse generale, la cui formazione e individuazione avviene in modo del tutto indipendente se non in autentica opposizione ai singoli interessi particolari.

La tragica vicenda dei totalitarismi portò alle conseguenze più violente tale impostazione, tentando di ridurre il pluralismo ad unità inglobando i vari interessi sociali all'interno di una rigida forma di Stato corporativa, o stabilendo comunque con atto d'imperio quali classi avessero "diritto" a prevalere su quali altre.

Questa esperienza influenzò a propria volta l'approccio degli europei alla protezione della libertà di parola, in particolare quando la parola in questione minaccia la sopravvivenza della democrazia. Perciò l'Europa in generale non ha mai protetto la libertà di espressione di terroristi, estremisti politici, razzisti, negazionisti della Shoah, e simili, almeno non nella stessa misura in cui lo ha fatto l'America⁵³⁹. Al contrario, i giudici europei hanno sviluppato l'analisi della "proporzionalità" e l'hanno utilizzata per bilanciare la libertà di espressione con l'esigenza di salvaguardare la democrazia⁵⁴⁰; similmente, i legislatori hanno approvato leggi mirate a punire quelle manifestazioni di pensiero che contrastano con i cardini essenziali della democrazia liberale, mettendo in pericolo la sua stessa sopravvivenza⁵⁴¹. Sulla stessa lunghezza d'onda, ad esempio, i costituenti tedeschi sancirono com'è noto nella Legge Fondamentale il principio della "democrazia militante", l'archetipo di un certo modo di intendere la democrazia, e della necessità di stabilire delle protezioni giuridiche (tipicamente costituzionali) per proteggerla⁵⁴².

Lo stesso articolo 10 della Convenzione EDU è formulato in termini di necessità di bilanciare la libertà di espressione con l'esigenza di proteggere la democrazia: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da

⁵³⁹ Basti ricordare *leading case* come *Brandenburg v Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Cohen v California*, 403 U.S. 15 (1971); *New York Times Co. v United States* [il caso cosiddetto dei *Pentagon Papers*], 403 U.S. 713 (1971); *Texas v Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *R.A.V. v City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v Black*, 538 U.S. 343 (2003).

⁵⁴⁰ Sull'analisi di proporzionalità, v. ad es. A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 72 (2008-2009); M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American balancing and German proportionality: The historical origins* 8(2) *International Journal of Constitutional Law* 263 (2010).

⁵⁴¹ Un tipo esempio è la *Decisione quadro 2008/913/GAI, del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, GU 2008 L.328/55, su cui v. J.J. Garman, *European Union Combats Racism and Xenophobia by Forbidding Expression: An Analysis of the Framework Decision* 39 *University of Toledo Law Review* 843 (2007-2008).

⁵⁴² Come spiegato da S. Avineri, *Introduction*, in A. Sajó (a cura di), *Militant Democracy* (Eleven International Publishing, The Hague, 2004), 1: «The term 'militant democracy' (Streitbare Demokratie, perhaps better rendered as 'fighting democracy') was coined and popularized by the German émigré scholar Karl Loewenstein in a series of two articles published in 1937 in The American Political Science Review».

parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. *Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.* 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono *misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario*⁵⁴³.

Mentre il "*constitutional moment*" negli Usa ha avuto luogo quando il governo era limitato e il suo perimetro corto, l'ondata del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra ebbe luogo quando lo stato si era decisamente espanso, e il contesto istituzionale era estremamente più sviluppato. Perciò, la protezione della libertà di espressione (ri)nacque in un contesto fortemente influenzato dall'assetto istituzionale esistente e così con inevitabili restrizioni.

Questi brevi accenni erano soltanto intesi a suggerire che sarebbe stato verosimilmente ragionevole attendersi che, coerentemente con queste premesse, l'Europa prestasse più attenzione alla necessità di salvaguardare la democrazia anche nel campo del *lobbying*, e di conseguenza approvasse "leggi" per favorire il perseguimento di questo obiettivo, contemperando questa esigenza con quella di consentire la libertà di comunicare e di esercitare pressione sui decisori pubblici. Tuttavia, il quadro che ho tracciato è alquanto diverso.

Ciò potrebbe essere abbastanza sorprendente a prima vista. In effetti, ci si potrebbe attendere un sillogismo siffatto: a) nessun diritto fondamentale, in Europa o altrove, è protetto con la stessa intensità con cui i diritti di parola sono protetti negli Stati Uniti; b) il *lobbying* negli Stati Uniti rientra nell'ambito della libertà di espressione; c) perciò, il *lobbying* non dovrebbe essere protetto in alcun luogo come lo è negli Stati Uniti.

Tuttavia, dopo aver esaminato a fondo la legislazione europea in materia di *lobbying* si nota che il *lobbying* nella UE rimane un'attività quasi non regolamentata: le recenti riforme, per quanto significative, tuttora non istituiscono un sistema obbligatorio di registrazione per coloro che svolgono questa attività.

In altri termini, assistiamo ad un autentico paradosso (apparente, come dirò a breve): gli Stati Uniti, che in via di principio offrono al *lobbying* una copertura e una protezione costituzionali fortissime, poi di fatto sono l'ordinamento con la legislazione più "dura", per usare la terminologia della Commissione di Venezia⁵⁴⁴. Viceversa l'Europa, che essenzialmente non concettualizza neppure il *lobbying* come diritto fondamentale, è uno di quegli ordinamenti che hanno la legislazione più "leggera".

Sarebbe inappropriato spiegare la scelta della Ue, sinora, di non regolamentare il *lobbying* in modo vincolante con il fatto che l'Europa solo in tempi relativamente recenti ha conosciuto la crescita di un'industria del *lobbying* a livelli paragonabili a quelli degli Stati Uniti. Infatti, anche se una simile ricostruzione è stata suggerita dal Parlamento europeo stesso nella sua decisione di maggio 2011, dove esso riaffermò la propria convinzione della necessità di introdurre un sistema di registrazione obbligatoria, la Commissione ha assunto una posizione opposta, che finora ha prevalso.

Apparentemente, allora, potremmo essere di fronte ad un'inattesa eccezione in materia

⁵⁴³ Corsivo naturalmente aggiunto.

⁵⁴⁴ Cfr. i documenti ampiamente citati al Capitolo VII, § 6.

di libertà di espressione, ovvero potremmo esserci imbattuti in un'area della libertà di espressione che si allontana dai percorsi consueti, quelli di un'America che protegge la libertà di parola al massimo grado, e di un'Europa più orientata a bilanciare la sua protezione con quelle che avverte essere le esigenze della democrazia. Apparentemente, la regolamentazione del *lobbying* seguirebbe un binario diverso: ma è realmente così?

2. Libertà o democrazia? Due diversi modi di concettualizzare e proteggere la “stabile intermediazione” tra economia-società e politica

In verità, come accennavo, il paradosso è solo apparente, in quanto si basa su un'assunzione errata, ovvero che le ragioni per proteggere il *lobbying* siano le stesse nei due sistemi giuridici. Ho invece mostrato come in nessun documento Ue, e sostanzialmente neppure in quelli del Consiglio d'Europa, vi sia un riferimento alla libertà di espressione quale fondamento costituzionale per la protezione del *lobbying*. Al contrario, la Commissione europea e di fatto anche la Commissione di Venezia indicano chiaramente un altro fondamento costituzionale in via assolutamente preminente: la promozione di una democrazia (partecipativa) ben funzionante, che dia voce a tutti gli *stakeholder* che desiderano essere coinvolti nel processo decisionale.

Certamente, il diritto americano ed europeo condividono definizioni normative piuttosto simili di *lobbying* (su cui rinvio a quanto analizzato al Capitolo I), com'è del tutto naturale che sia, essendo la pratica considerata la medesima nei tratti fondamentali: in entrambi i casi, il *lobbying* è visto come l'attività di cinghia di trasmissione tra il corpo elettorale e i gruppi di natura economica e non diffusi nella società, da un lato, e la classe dei legislatori e regolatori, dall'altro. Come già accennato nel capitolo I, propongo di riferirsi a questa funzione come ad un'attività di “stabile intermediazione” tra economia-società e politica.

Tuttavia, il modo in cui il diritto costituzionale guarda al *lobbying* diverge in modo significativo da una sponda all'altra dell'Atlantico: gli Stati Uniti lo considerano una forma di espressione (sia esso caratterizzato come parola, associazione o petizione)⁵⁴⁵, tramite la quale persone fisiche e giuridiche⁵⁴⁶ perseguono i propri scopi e interessi individuali(stici) davanti ai decisori pubblici. Così concepita, l'attività è certamente anche benefica per lo sviluppo di una democrazia sana, sulla base dell'assunto di una sorta di “mano invisibile” che condurrà il perseguimento di scopi egoistici a massimizzare l'utilità generale nell'ambito politico⁵⁴⁷, e considerando che il fatto che questo avvenga per il tramite di “stabili intermediari” addestrati in modo professionale aiuta gli interessi individuali ad essere trasmessi in modo efficace nei luoghi decisionali democratici. Ma il *lobbying* rimane prima di tutto una libertà fondamentale dell'individuo (o dell'ente) che agisce nel perseguimento del proprio personale beneficio.

Per converso, il *lobbying* nel *Libro Verde* della Commissione europea, negli altri

⁵⁴⁵ Per delle riflessioni ad ampio spettro su questi temi, v. N.W. Allard, *Lobbying is an Honorable Profession: The Right to Petition and the Competition to Be Right*, 19 *Stanford Law and Policy Review* 23, in particolare 36-42 (2008); E. Garrett, R.M. Levin, T. Ruger, *Constitutional Issues Raised by the Lobbying Disclosure Act*, in *The Lobbying Manual*, 197-222, e l'Update nel Fourth Edition 2011 Supplement.

⁵⁴⁶ *Citizens United*, su cui v. ampiamente *supra*, cap. III, § 4.4., stabilì la celebre equiparazione tra la protezione dei diritti di Primo Emendamento delle *corporation* (e delle *union*) e i diritti di parola degli individui.

⁵⁴⁷ Questo argomento fu fatto proprio in modo molto chiaro dalla Corte Suprema degli Stati Uniti: «*speech concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of government*» (*Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 74-75 (1964)).

documenti esaminati delle istituzioni europee, e nell'articolato *corpus* di documenti del Consiglio d'Europa, è strumentale alla democrazia, e la ragione per proteggerlo è prima di tutto il benefico contributo di conoscenza ed esperienza che può portare all'assunzione di decisioni da parte delle istituzioni. Il *lobbying* può essere ed è certamente visto anche come una forma di espressione politica, ma in Europa rimane innanzitutto un'attività che serve gli scopi della democrazia (e in particolare, nel tempo attuale, di quella partecipativa), oggi scolpiti in modo chiaro nell'articolo 11 TUE: qui, la "stabile intermediazione" esercitata dai lobbisti è dunque fondamentale per il modello istituzionale di comunicazione delle proprie opinioni ed esigenze da parte degli interessi particolari ai *policy-maker*.

Se questo è vero, l'apparente enigma trova soluzione: infatti vi sono molti argomenti per sostenere che il principio democratico giochi in Europa un ruolo di fondazione dell'intero sistema giuridico, paragonabile alla centralità del *free speech* nell'edificio costituzionale americano. Possiamo dunque identificare un differente sillogismo: l'Europa è costruita attorno al principio ispiratore della democrazia; il *lobbying* in Europa è interpretato come un modo per perseguire il principio di democrazia (partecipativa); perciò comprensibilmente il *lobbying* in Europa a livello di diritto positivo gode di un livello di protezione molto elevato, sempre fermo restando che svolgere questa attività da parte dei gruppi è un diritto non assoluto come negli Stati Uniti, ma funzionalizzato appunto alla democrazia, per cui la protezione è sì forte, ma sempre in vista di un fine altro, per cui tale protezione potrebbe fortemente attenuarsi da un momento all'altro là dove si ritenesse che il fine ultimo della democrazia lo richieda.

Questo ragionamento può aiutare, io credo, a tenere insieme i vari filoni dell'analisi svolta, e ad inquadrare correttamente anche alcune differenze di rilievo tra ordinamento americano ed europeo su una serie aspetti istituzionali legati molto da vicino al *lobbying* in senso stretto, in parte accennati nei Capitoli precedenti, e che riepilogherò nella parte restante di questo paragrafo.

In primo luogo, la struttura stessa dei rispettivi sistemi giuridici gioca un ruolo importante nel dare forma al *lobbying* negli Stati Uniti e in Europa, e indirettamente sugli argomenti costituzionali per la sua protezione.

L'intrinseca flessibilità del sistema americano di *common law* crea numerose opportunità per il *lobbying* come modo per contribuire a dare forma all'esecuzione della legge⁵⁴⁸. Come fu sintetizzato da Jefferson in un suo famoso detto, «*The execution of the laws is more important than the making of them*»: e in un sistema di *common-law* come quello americano, il *lobbying* ha particolare spazio per dar forma a tale esecuzione. Sia la produzione sia l'esecuzione del diritto sono quindi più aperti a contributi da parte di attori esterni.

Specificamente sulla prima, si può aggiungere che potrebbe apparire che il procedimento legislativo improntato alla ricerca di fatti in contraddittorio (*adversarial fact-finding*) caratteristico del sistema americano affidi il compito di produrre le regole allo scontro tra interessi contrastanti: apparentemente, "stabili intermediari" capaci di influenzare la relazione tra questi interessi e i legislatori non sono compresi in questo schema. Tuttavia, questi intermediari hanno finito con il diventare gli agenti degli interessi particolari, i loro effettivi sostituti, per cui la loro presenza non modifica davvero il modello di legislazione improntato al contraddittorio: essi non sono più veri agenti esterni, ma piuttosto si identificano con gli interessi che rappresentano al punto da divenire autenticamente parte della "partita".

⁵⁴⁸ Su questo argomento, v. lo studio di J.R. Straus, *Lobbying the Executive Branch: Current Practices and Options for Change* (Congressional Research Service Report for Congress, 31 October 2011).

Dall'altro lato, i sistemi giuridici dell'Europa continentale finiscono con l'essere più rigidi, e tuttora influenzati dall'idea di ascendenze montesquieuane per cui il primario organo legiferante è l'assemblea parlamentare: il *lobbying* esiste certamente anche al livello dell'esecutivo, ma è tradizionalmente più limitato, e tende ad essere focalizzato principalmente sul legislatore.

Inoltre, il procedimento legislativo in Europa tende ad essere più impermeabile ai contributi esterni, lasciando alla fine meno spazio per gli attori esterni per intervenire nel campo parlamentare. Si potrebbe ipotizzare che i sistemi giuridici di *civil-law*, di carattere più tipicamente "inquisitorio", siano più inclini a trovar spazio al ruolo di "stabili intermediari" come consiglieri dei legislatori, dato che i loro elettorati hanno tradizionalmente meno accesso ai legislatori rispetto a quanto avviene negli ordinamenti anglosassoni, e perciò occorre stabilire qualche forma di collegamento regolare con l'elettorato. Tuttavia, ad uno sguardo più attento, il sistema di produzione normativa di tipo "inquisitorio" finisce con l'isolare in certo qual modo i legislatori dal corpo elettorale, così rendendo più difficile da svolgere il compito di colmare la distanza.

Anche questo potrebbe spiegare, almeno in parte, l'elevato livello di protezione del *lobbying* sul piano normativo che abbiamo osservato a livello europeo (diverso è il discorso sul piano costituzionale, rispetto al quale abbiamo osservato un certo scollamento, essendo questa elevata protezione sempre esposta alla spada di Damocle della funzionalizzazione): per le ragioni sistematiche di tipo istituzionale che qui ho accennato, nei sistemi giuridici di *civil law* il *lobbying* ha meno spazio per svilupparsi, e questo potrebbe contribuire in parte a spiegare perché il *lobbying* sia cresciuto in Europa in un momento successivo, e perché l'Europa tenda a proteggere il *lobbying* ad un livello così alto: incontrerà comunque in ogni caso degli intrinseci limiti ordinamentali.

Se guardiamo poi in particolare al *lobbying* a livello legislativo, una divergenza significativa sin qui solo accennata è collegata al potere dei *congressional committees* negli Stati Uniti: essi giocano un ruolo chiave nel procedimento legislativo⁵⁴⁹ e a sua volta questo dà ai loro componenti un grande potere, il che crea un forte incentivo per i lobbisti a guadagnarsi il loro favore. La situazione è un po' diversa nel Parlamento europeo: specialmente per via dell'uso dei cosiddetti *trilogues* (meeting informali tenuti durante il procedimento legislativo nell'Ue, cui partecipano i rappresentanti del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione), le commissioni e i singoli legislatori hanno meno potere dei loro corrispettivi americani⁵⁵⁰, e questo riduce la preoccupazione che i lobbisti possano distorcere il processo di creazione delle norme, e può verosimilmente contribuire a spiegare l'approccio più "leggero" che abbiamo visto. L'Italia in questo è un caso a sé stante, in certa misura intermedio da questo punto di vista, dove le commissioni svolgono un ruolo delicato ma non decisivo, essendo comunque prevista una riserva d'assemblea abbastanza ampia, e non facendo dunque testo in modo particolare su questo elemento.

Un altro dato, a questo collegato, è il livello di disciplina di partito negli ordinamenti considerati. Il Parlamento europeo ha mantenuto l'alto livello di disciplina di partito tipico dei

⁵⁴⁹ Per un'analisi approfondita, v. A.J. Mikva, E. Lane, *Legislative Process*, cit., 123-208. Deve almeno farsi cenno, tuttavia, al fatto che negli anni più recenti, la tradizionale centralità dei *committee* nel Congresso americano sta facendo spazio in parte ad un sistema più all'europea di disciplina di partito: v. T.E. Mann, N.J. Ornstein, *The Broken Branch: How Congress Is Failing America and How to Get It Back on Track*, Oxford University Press, Oxford, Uk, 2006.

⁵⁵⁰ V. R. Kardasheva, *Trilogues in the EU Legislature*, Department of European and International Studies Research Paper, http://raya.eu/wp-content/uploads/2012/08/Trilogues_in_the_EU_Legislature.pdf, 4 ss.

singoli Stati Membri, Italia inclusa. Un interessante studio pubblicato nel 2008⁵⁵¹, i cui primi risultati furono presentati già quasi quindici anni fa (al meeting annuale del 2001 della *American Political Science Association*⁵⁵²), mostrò che la disciplina di partito nel Parlamento europeo era elevata già all'inizio della vita di questo organo ed è sostanzialmente aumentata in parallelo alla crescita dei poteri attribuiti a tale assemblea. Anche in assenza di un sistema di *party whip* rigido come quello esistente nelle democrazie parlamentari europee, ciò fu realizzato attraverso la nomina dei parlamentari europei più fedeli alla linea di partito nelle commissioni più prestigiose (certamente, il far parte di una commissione dà meno potere ad un legislatore nell'Ue rispetto agli Usa, come appena detto, ma la nomina nelle commissioni più importanti è comunque un premio piuttosto ricercato).

La situazione negli Usa è molto diversa: i partiti politici hanno molto meno controllo sulla selezione dei candidati e sul comportamento dei parlamentari. Una candidatura tende ad essere più di tutto un'intrapresa individuale, non controllata dai partiti politici, e questo si riflette su come i candidati si comportano una volta eletti, ovvero la disciplina di partito è qui molto meno stringente. Di conseguenza, sembrerebbe esserci un maggior incentivo per i gruppi di pressione nel fare oggetto di *lobbying* i singoli membri del Congresso, mentre nel Parlamento europeo il favore da vincere è sostanzialmente dei leader dei vari gruppi. Ciò crea più opportunità per il *lobbying* negli Stati Uniti, e sembrerebbe spiegare la preoccupazione relativamente minore dimostrata dalle istituzioni europee nel consentire un *lobbying* virtualmente privo di restrizioni dei singoli membri del Parlamento europeo.

A sua volta, questo dato suggerisce quanto meno uno spunto sul legame tra *lobbying* e sistema elettorale⁵⁵³. Considerando l'esperienza degli Stati Uniti, a me pare che un elemento di trasparenza provenga infatti, a prescindere da qualsivoglia obbligo di *disclosure*, dal sistema maggioritario, che rende molto immediato per il cittadino sapere chi è il rappresentante di quale collegio e chi sono i due senatori dello Stato. Ciò istituisce un legame molto forte con il territorio, che rafforza gli incentivi al *lobbying*, perché è più facile per l'eletto rivendicare i propri meriti nelle decisioni che è riuscito a far adottare al Congresso favorevoli al suo distretto, e al contempo però contiene già in sé gli elementi per la *disclosure*, nel senso che in una certa misura sarà il parlamentare stesso a dichiarare ai propri elettori che una certa sua azione o decisione li ha favoriti, e in questo modo emergono necessariamente in modo automatico anche alcune informazioni sul *lobbying* che ha riguardato quella azione o decisione (tale *lobbying* infatti proviene spesso proprio da elettori o imprese del suo Stato d'origine).

La situazione è molto diversa al Parlamento europeo e, quanto meno dal 2005, in quello italiano, dove il legame dei cittadini con i propri rappresentanti è piuttosto flebile. Al di là delle ventotto diverse normative con cui i vari Stati Membri eleggono i propri parlamentari europei, il dato comune a livello europeo sembra essere che sono piuttosto pochi i cittadini che conoscono il nome di anche uno solo dei parlamentari europei di riferimento per il proprio territorio, e considerazioni analoghe si possono ripetere anche per la vigente legge elettorale italiana.

⁵⁵¹ G. McElroy, *Committees and Party Cohesion in the European Parliament*, 37(3) *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 357 (2008).

⁵⁵² V. il Working Paper N. 8 dello European Parliament Research Group di LSE, <http://www2.lse.ac.uk/government/research/resgroups/EPRG/pdf/workingPaper8.pdf>.

⁵⁵³ Per alcune considerazioni su *lobbying* e sistema elettorale in Italia, anche se da una prospettiva diversa, che considera aspetti diversi rispetto a quanto sto per dire nel testo, v. P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione*, cit., 301 ss.

Ciò contribuisce alla cortina di fumo che avvolge il *lobbying* in Europa e in Italia più di quanto non faccia negli Usa, offrendo un altro elemento a sostegno della considerazione che non è il *lobbying* ad essere necessariamente oscuro di per sé, ma sono aspetti istituzionali a contribuire in modo decisivo a dargli forma, come ribadirò nel corso dei paragrafi successivi.

Più in generale, poi, è il voto stesso ad assumere valenza differente nell'ordinamento americano e in quelli europeo e italiano, il che ha anch'esso delle ricadute, sia teoriche che pratiche, sul fenomeno di cui mi sono occupato. Se, infatti, in America il momento del voto è uno dei tanti che caratterizzano la vita democratica, e anzi l'elevato astensionismo tradizionale (quanto meno nelle elezioni federali) mostra come non sia neppure visto come "il" momento decisivo della partecipazione popolare all'esercizio della sovranità, in Europa e in Italia il voto sembra essere invece l'unico vero momento di confronto tra il rappresentante e l'elettorato e, simbolicamente, l'unico momento in cui la sovranità, e con essa la volontà generale, si trasferisce dal popolo, che ne è depositario, alle istituzioni rappresentative.

Questa funzione quasi sacrale del voto stride però sempre più con il dato di realtà, dove l'assenza di vincolo di mandato, più che lo strumento per la garanzia dell'assoluta dedizione all'interesse generale, rischia di finire piuttosto strumentalizzata per giustificare l'ascolto dei soli interessi delle minoranze organizzate più efficienti sia in chiave dell'ottenimento del supporto elettorale sia di finanziamento.

Negli Stati Uniti, invece, il sistema elettorale focalizzato, come detto, sul territorio, frutto della stratificazione e dell'articolazione del processo federale, porta da un lato ad una minore importanza del momento del voto in sé, come testimoniato appunto dal basso tasso di affluenza alle elezioni a livello federale, e dall'altro ad una maggiore interazione con i propri rappresentanti, ben identificati territorialmente, e piuttosto frequentemente oggetto di *lobbying* individuale da parte dei propri elettori.

Mentre dunque in Europa il voto gode ancora di un ruolo di priorità, se non addirittura di esclusività, come mezzo di espressione della volontà politica, rendendo difficile l'accettazione, a livello sociale prima ancora che di ordinamento, del *lobbying* come ordinaria e fisiologica prassi democrazia, al punto che, come si è visto, esso viene funzionalizzato a quest'ultima, in America il voto è de-sacralizzato, rappresentando solo uno strumento tra i tanti disponibili per giungere ai risultati di *policy* auspicati. In questa impostazione, il *lobbying* è una forma di rappresentanza complementare, alternativa sia al voto che, per questioni e temporali e di suoi limiti intrinseci ben individuati dagli studi di *public choice*, ha dimostrato raramente di saper mantenere in maniera continuativa il legame elettore-eletto, sia ai partiti che, seppur considerati come corpi intermedi tra elettorato e rappresentanti, sempre più scivolano un po' ovunque verso l'autoreferenzialità, essendo sempre meno in grado di rappresentare in modo adeguato le molteplici e variegata istanze del corpo sociale.

In questo contesto, la scarsa partecipazione popolare americana non deve dunque affatto essere confusa con scarso civismo, dove l'astensione viene categorizzata come un prodotto dell'antipolitica, bensì, al contrario, può essere interpretata come il segno della maturità civica di un popolo che richiede un continuo processo dialettico tra elettori (anche a livello individuale) ed eletti volto ad influenzare i processi politici con lettere, raccolte di firme, contatti diretti via telefono e email, senza dimenticare il finanziamento elettorale (tema su cui in effetti, non a caso, la Corte EDU ha ancora in anni recenti confermato la netta diversità di approccio continentale rispetto al quasi completo *laissez-faire* americano⁵⁵⁴).

Arriviamo così all'ultimo tema di questo paragrafo, ovvero il cosiddetto *grassroots lobbying*, che spesso è una forma di *lobbying* privilegiata da coloro che sostengono cause di tipo idealistico e non economico, un *lobbying* che non a caso allora è più sviluppato negli Usa

⁵⁵⁴ In *Animal Defenders International*, cu cui v. *supra*, Cap. VII, § 6.2..

rispetto all'Europa⁵⁵⁵. A me pare che una spiegazione plausibile per questo dal punto di vista istituzionale e costituzionale sia che il sistema americano lascia più spazio per il *lobbying* praticato a diversi livelli, frammentando maggiormente, nonostante tutto il formidabile processo di accentramento iniziato col New Deal e mai arrestatosi, il potere politico in più centri decisionali, all'insegna dei celeberrimi pesi e contrappesi: il fatto che il *lobbying* possa essere condotto in diversi luoghi decisionali dà più opportunità di praticarlo, e in questo "mercato" l'opportunità per il *lobbying* idealistico e "di base" aumenta, mentre nell'ambiente istituzionale europeo dai confini maggiormente stretti, il "mercato" per il *lobbying* finisce per essere monopolizzato dai soggetti spinti da motivazioni economiche.

Peraltro, con riferimento al *grassroots lobbying* si può ancora osservare che una visione negativa del *lobbying*, che istituisca forti barriere per questa pratica al fine di isolare il pubblico decisore da pressioni corporative ritenute indebite, finisce con il colpire inevitabilmente anche il *lobbying* da parte di piccoli soggetti ed associazioni, sino ad arrivare a rendere impossibile proprio il *grassroots lobbying*, sempre più importante negli Usa anche grazie alle possibilità offerte dalle nuove tecnologie. Ogni nuova regolamentazione in senso restrittivo dovrà dunque porsi il problema di evitare di sopprimere nuove e vecchie forme di civismo: eventuali tentativi di innalzare "Chinese walls", per usare un termine della regolamentazione finanziaria, tra il legislatore ed il mondo economico e sociale, può arrivare ad essere perfino controproducente, finendo col rafforzare quelle tendenze oligarchiche e corporative che si volevano combattere in prima istanza. Questo elemento si aggiunge alle considerazioni fatte con riferimento all'Europa e all'Italia circa la questione dell'opportunità o meno di regolamentare la materia, su cui torno brevemente nel paragrafo che segue.

3. Gli spunti per l'Italia (e l'Europa). Regolamentare (in modo rigido) o no?

Quando ci si pone effettivamente la questione ora ricordata, a me pare che le basi costituzionali all'interno delle quali inquadrare ed eventualmente proteggere il *lobbying* siano cruciali nel determinare quanto lontano può giungere la regolamentazione.

Ebbene, il lavoro di comparazione svolto mi conduce a sostenere in primo luogo che i diversi fondamenti costituzionali per la protezione del *lobbying* consentirebbero all'Unione europea e agli Stati europei, a cominciare dall'Italia, di andare ben più lontano degli Stati Uniti nel regolamentarlo. Infatti il ruolo giocato negli Stati Uniti dai diritti del Primo Emendamento non può tollerare restrizioni ad un livello più elevato di quello dichiarato legittimo in *Harriss*, mentre in Europa il *lobbying*, pur partecipando della posizione in parte analoga svolta negli ordinamenti europei dal principio democratico, è pur sempre ad esso subordinato e funzionalizzato.

Addirittura, perfino la legittimazione tradizionale per la *disclosure* enunciata in *Harriss* potrebbe non essere più valida: il *Lobbying Disclosure Act* già fondò la giustificazione delle restrizioni da esso stabilite sulla necessità di informare il pubblico, piuttosto che il Congresso (come invece nel ragionamento di *Harriss*)⁵⁵⁶; e in effetti i due casi della *progeny* di *Citizens*

⁵⁵⁵ Almeno fino ad ora: le restrizioni introdotte dall'amministrazione Obama (su cui v. *supra*, Cap. V, § 2.) hanno creato delle difficoltà alla *nonprofit advocacy*, come spiegato da un report del Center for Lobbying in the Public Interest, *Collateral Damage. How the Obama Administration's Ethics Restrictions on Public Service Have Harmed Nonprofit Advocacy and the Public Interest* (Center for Lobbying in the Public Interest, Settembre 2011).

⁵⁵⁶ R.L. Hasen, *Lobbying, Rent Seeking and the Constitution*, 64 *Stanford Law R.* 191, 18-19 (2012), che richiama 2 USC 1601 e E. Garrett, R.M. Levin, T. Ruger, *Constitutional Issues Raised by the*

United citati al Capitolo III, § 4.5., erano stati visti da uno degli studiosi più noti del diritto elettorale americano «*like a canary in the coal mine, signalling that lobbying laws that were once seen as easily passing constitutional muster now face a potentially difficult path*»⁵⁵⁷. Il legislatore americano dovrà quindi essere sempre molto cauto nel limitare il *lobbying* selezionando l'alternativa meno restrittiva, altrimenti la Corte Suprema potrebbe infine dichiarare le eventuali ulteriori restrizioni introdotte illegittime per contrasto con le garanzie del Primo Emendamento.

In Europa, invece, i diritti individuali, e in particolare quelli di espressione, vengono in secondo piano in questo ambito, dove predominano nettamente le considerazioni attinenti al principio democratico, all'interno del cui ambito rientrano sia le ragioni per la protezione sia quelle per la restrizione del *lobbying*. Per questa ragione, ritengo che la regolamentazione potrebbe potenzialmente giungere persino a vietare talune attività di *lobbying*, se si ritenesse che questo serva al meglio il principio democratico: nessun ostacolo "costituzionale" lo impedirebbe. Occorre in effetti tener sempre presenti le radici storiche sottese alle scelte regolatorie dei due ordinamenti in esame⁵⁵⁸: come ho cercato di mostrare, la storia del diritto spiega moltissimo dell'attuale impianto regolatorio nell'ambito del *lobbying*, e mette in guardia l'Europa dall'importare semplicemente regole da oltreoceano.

Questo pur cruciale avvertimento, tuttavia, non significa che il diritto americano del *lobbying* non potrebbe essere preso utilmente a modello dalle istituzioni europee ed italiane, e quindi che paragonare le due strutture costituzionali e regolatorie sia un esercizio privo di utilità. Anzi, se si guarda anche ad altri Paesi che hanno regolamentato il *lobbying*⁵⁵⁹, vi sono certamente molte importanti variabili, soprattutto nelle regole di contorno, ma la struttura fondamentale tende ad essere molto simile, con la presenza costante di obblighi di registrazione e *disclosure*, variamente articolati, oltre a qualche forma di limite di *revolving-door*, e questo è dovuto al fatto che, a prescindere dalle differenze, l'essenza del *lobbying* tende ad essere ovunque, come detto, la funzione di "stabile intermediazione" tra gli interessi particolari e i *policy-makers*. La legge americana ha in effetti funto da modello per diversi altri Paesi, per cui guardare al *Lobbying Disclosure Act* come fonte di ispirazione sarebbe anche per l'Europa e l'Italia la scelta più naturale.

In effetti, come si è visto, il Parlamento europeo ha preso espressamente posizione a favore dell'introduzione di alcune restrizioni a questa attività, nella forma di regole obbligatorie di registrazione, di trasparenza e di condotta. Sinora, le ragioni per la protezione, o comunque per l'assenza di regolamentazione (che abbiamo visto essere una scelta precisa di *policy*, non un fatto contingente) hanno pesato di più di quelle per la restrizione, ma apparentemente la necessità di tracciare un diverso equilibrio, come invocato dal Parlamento europeo e dalla Commissione di Venezia, inizia a farsi sentire con forza, così come del resto

Lobbying Disclosure Act, in *The Lobbying Manual*, 197-222, 198.

⁵⁵⁷ R. Hasen, *Lobbying*, cit., 24.

⁵⁵⁸ Per dirla con una frase che mi piace molto citare, vale nel comparare il diritto del *lobbying* dei due ordinamenti, e nel valutare la praticabilità di un'imitazione della regolamentazione americana da parte degli europei (e degli italiani), l'ammonimento generale per cui «*much more than legal rules needs to be subject to comparison*»: così R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, Uk, 2006, 709-737, 710.

⁵⁵⁹ Come già ricordato, il lavoro più approfondito è quello che ruota attorno al sito <http://regulatelobbying.com/>, e che qualche anno fa fu condensato nel volume di R. Chari, J. Hogan, G. Murphy, *Regulating Lobbying*, cit..

negli Stati Uniti acquista consenso crescente il movimento per rendere (ancor) più stringenti le regole esistenti (non solo in ambito di *lobbying* ma anche e soprattutto in quello del finanziamento elettorale).

Analogamente, in Italia si assiste ad una curiosa convergenza di opinioni sul punto tra la comunità dei lobbisti e i nemici (o quanto meno gli scettici) del *lobbying*, i quali invocano entrambi una legge sulla materia, i primi perché convinti che aiuterebbe a legittimare la professione e dissiparne i contorni oscuri, migliorandone la reputazione, i secondi perché persuasi della necessità di far luce e imbrigliare il più possibile l'operato dei nostri "stabili intermediari". Diversi studiosi si sono espressi in più occasioni a favore della necessità di regolamentare il *lobbying*⁵⁶⁰, così come si è visto hanno fatto più governi e molteplici parlamentari, nonché l'OCSE⁵⁶¹.

Dal canto mio, l'impostazione propria di questo lavoro mi conduce invece a considerare relativamente secondaria la questione dal punto di vista del diritto costituzionale. Come ho già detto, certamente una nuova regolamentazione, in Europa come in Italia, potrebbe avere un impatto molto rilevante sul lavoro dei lobbisti, e magari raggiungere gli obiettivi auspicati, come dicevo un momento fa, da coloro che svolgono questo mestiere nel nostro Paese⁵⁶². Naturalmente, ciò non conseguirebbe in modo automatico all'approvazione di una legge purchessia, perché naturalmente contano i contenuti e soprattutto rileva la volontà politica di attuarla, come dimostra ad esempio la vicenda dei consulenti finanziari indipendenti, il cui albo fu previsto in Italia per legge più di cinque anni fa, senza però mai vedere la luce almeno fino al momento in cui scrivo⁵⁶³; ma certamente si tratterebbe di un'innovazione rilevante.

Tuttavia, rimango convinto del fatto che la cosa più rilevante da indagare sia il quadro costituzionale di contorno, che non verrà modificato da una legge per quanto significativa. La domanda se regolamentare o no il *lobbying* non mi appare quindi così decisiva come potrebbe sembrare a prima vista, e ciò un po' per le ragioni appena esposte, e un po' anche per il sospetto che, come avrò modo di illustrare nel paragrafo finale, dovrebbe probabilmente circondare qualunque invocazione di "una nuova legge": anticipando il ragionamento che svolgerò nei prossimi paragrafi, credo cioè che si debba condividere l'osservazione fatta da Bruno Leoni in *Freedom and the Law*: «*there are people who think that all we need to be happy are new laws. On the contrary, we have impressive historical evidence to support the conclusion that even legislation in many cases, after centuries and generations, has reflected much more a spontaneous process of law-making than the arbitrary will of a majority*

⁵⁶⁰ V. su tutti P.L. Petrillo, di cui v., oltre al citato *Democrazie sotto pressione*, cit., v. ad es. l'intervento *Democrazie e lobbies: è tempo di regolare la pressione*, in *Forum Costituzionale*, 10 luglio 2015, disponibile su <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/petrillo.pdf>; in precedenza, l'Autore aveva messo in evidenza come in verità esistessero già molteplici norme, bisognose però di applicazione, e come in ogni caso fossero sufficienti un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o una risoluzione parlamentare per introdurre le auspiccate nuove norme, nell'intervento *Lobbies. Le norme ci sono, basterebbe applicarle*, IBL Focus 185, 5 luglio 2011, disponibile su http://www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_185_Petrillo.pdf.

⁵⁶¹ http://www.oecd-ilibrary.org/governance/lobbyists-governments-and-public-trust-volume-3_9789264214224-en.

⁵⁶² E ciò in modo particolare se venisse introdotta in parallelo una disciplina sul finanziamento elettorale strettamente collegata, per la quale invece i progetti e i dibattiti sembrano essere meno numerosi ed intensi.

⁵⁶³ In argomento, mi permetto di rinviare al mio *Regulating independent financial advisers: current trends and reform proposals, between the EU and the national level*, in *Federalismi.it*, n. 4/2012.

decision by a group of legislators».

Io credo che anche l'apparente negazione del diritto consuetudinario, che conseguirebbe all'approvazione di una legge sul *lobbying* come accade con qualunque atto di nuova positivizzazione, non sfuggirebbe a questa regola, e che dunque il contesto che ho chiamato istituzionale e costituzionale di un ordinamento, e cui forse potremmo riferirci con una nota terminologia sacchiana anche come all'insieme di crittotipi, si prenderebbe una rivincita in ogni caso, influenzando l'applicazione della legge in questione, oserei dire quasi a prescindere dai suoi contenuti, per quanto dettagliati, e per quanto afferenti maggiormente all'uno o all'altro dei molteplici modelli positivi di disciplina della materia. Ed è per questo che a me è parso più appassionante provare ad indagare soprattutto quel contesto, quei crittotipi.

4. Il lobbying come effetto (e al contempo causa) della crisi della democrazia e la sua concettualizzazione come autodifesa

In ogni caso, quale che sia la conclusione che si trae con riferimento alla questione del paragrafo precedente, ovvero se regolare o no il *lobbying* in modo vincolante, e se sì in che modo alla luce del contesto istituzionale e costituzionale di riferimento, un punto rimane incontrovertibile: perfino negli Stati Uniti, nelle analisi della maggior parte degli studiosi, quanto meno in quelle più recenti, il *lobbying* viene visto come un fattore che ha contribuito alla crisi della democrazia, e quindi una pratica che occorrerebbe limitare per recuperare il genuino funzionamento di quest'ultima. Tanto negli Usa quanto in Europa, cioè, i cosiddetti *reformers* fanno leva sul fatto che la democrazia nasce per perseguire l'interesse generale, mentre i lobbisti, più o meno legittimati sul piano del diritto costituzionale e positivo a svolgere la propria attività, rischiano viceversa di far prevalere l'interesse particolare solo di alcuni, mettendo così in pericolo l'intero edificio democratico con il minacciarne l'obiettivo fondamentale.

Eppure, sulla scorta della disincantata analisi fatta dalla scuola di *public choice* (su cui v. nell'Introduzione), a me pare sia possibile dare una lettura almeno in parte diversa del fenomeno, come effetto e non come causa principale della crisi della democrazia: la democrazia è cioè in crisi per sue ragioni intrinseche, e il lamentato strapotere dei lobbisti è se mai un sintomo di tale crisi già esistente, non la sua ragione.

A mio avviso, è in difficoltà più di tutto l'idea, su cui è predicata tutta la costruzione democratica, del disinteresse personale da parte dei rappresentanti del popolo. In altri termini, per funzionare, sul piano teorico come su quello effettuale, la democrazia (rappresentativa) ha bisogno che i rappresentanti si attengano fedelmente alla volontà dei rappresentati, e perseguano esclusivamente gli interessi di questi ultimi. Da questo punto di vista, il dibattito circa l'esistenza o meno di un interesse generale appare perfino secondario: che si acceda alla tesi della possibilità di sintesi da parte dei rappresentanti (anzi, di ciascun rappresentante) di un interesse generale, o che viceversa si prediliga una visione più conflittuale delle politiche pubbliche, il vero problema che stiamo considerando non cambia: comunque i rappresentanti debbono, pur senza vincolo di mandato, perseguire l'interesse dei loro rappresentati, visti più nel loro complesso o invece come singoli a seconda che si propenda maggiormente per la visione più franco-rousseauviana o quella più americano-madisoniana delle scelte pubbliche.

Il problema, però, è che – come ha mostrato magistralmente appunto la teoria della scelta pubblica – non v'è motivo per cui il problema classico dell'analisi economica del rapporto di agenzia non debba riproporsi in ambito pubblicistico. Il fatto è che non v'è bisogno di postulare le ipotesi patologiche, di disallineamento consapevole e volontario degli interessi di rappresentanti e rappresentati, manifestantisi tipicamente in episodi di corruzione:

il fenomeno è infatti del tutto fisiologico e connaturato a qualunque rapporto tra *principal* ed *agent*, e a mio avviso è il vero nodo problematico che sfida il sistema democratico, e ciò in maniera tanto più marcata quanto più larghi sono i confini di operatività della democrazia, sia in termini geografici sia di ambiti intermediati.

Sotto il primo aspetto, più il centro decisionale è distante dal corpo elettorale, ovvero maggiore è l'accentramento istituzionale e più strada ha compiuto il *federalizing process* di tipo centripeto⁵⁶⁴, tanto minore è il controllo dei rappresentati (i *principal*) sui loro rappresentanti (*agent*), e quindi tanto minori sono i freni per i secondi dal perseguire interessi propri in contrasto con quelli dei primi, cedendo agli incentivi prospettati dai lobbisti.

Sotto il secondo versante, tanto maggiore è la sfera di influenza del sistema democratico, tanto più ampio cioè è l'ambito delle decisioni rimesse alla volontà della maggioranza, tanto maggiori saranno gli incentivi ad influenzare tale volontà, incidendo sui processi decisionali pubblici, nonché tanto più numerose saranno le opportunità di nascondere tra gli anfratti di leggi e regolamenti quello che gli americani chiamano *pork-barrel*, ovvero spesa pubblica improduttiva volta ad acquistare consenso elettorale. In effetti, volendo ricorrere ad un altro paragone alimentare piuttosto comune, più è grande la torta del settore pubblico, più cresce l'interesse e la possibilità di accaparrarsene una fetta anche minima, meno è difficile controllarne la distribuzione, e più è facile infilare qualche ingrediente nascosto, che non si noterà ma che sarà utile a chi lo ha aggiunto di soppiatto⁵⁶⁵.

Chiaramente, lo scatenarsi degli interessi particolari può condurre ad esiti parossistici e niente affatto desiderabili, come quelli additati dai “*reformers*” di tutte le latitudini e come emerso nei molteplici scandali che hanno riguardato i lobbisti anche in questo caso un po' a tutte le latitudini: pertanto, a sua volta il *lobbying* può contribuire effettivamente ad aggravare la crisi della democrazia, causandone cioè un peggioramento. Ma il *lobbying* non mi pare possa essere correttamente ritenuto la causa prima della crisi, che ha origine altrove.

Questo altrove, come aveva già compreso l'economista, pensatore e uomo politico francese Frédéric Bastiat a metà del diciannovesimo secolo, poco prima che una morte prematura lo strappasse alla comunità degli studi e al beneficio dei posteri, sta in un carattere intrinseco troppo spesso dimenticato della democrazia (Bastiat scrive dello Stato, e ai fini del nostro discorso i due termini sono intercambiabili): «Gli [allo Stato, *NdR*] è radicalmente impossibile attribuire un vantaggio particolare ad alcune delle individualità che costituiscono la comunità, senza infliggere un danno superiore alla comunità intera»⁵⁶⁶. Lo Stato, cioè, scriveva Bastiat, non moltiplica, ma distribuisce, e quindi, per dare agli uni, non può che togliere agli altri. È questo carattere intrinseco della statualità a creare un incentivo poderoso

⁵⁶⁴ Su questa nozione elaborata da C.J. Friedrich, v. M. Comba, *Lo studio dinamico dello Stato federale: il Federalizing process di Friedrich*, in E. Palici di Suni, *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2011², 90-93.

⁵⁶⁵ Restano a questo proposito validissime, come di consueto (ed anzi erano se mai nella fattispecie fin troppo ottimiste), le parole di G. Bognetti nella sua premessa al suo lavoro citato su *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*: a p. X, con riferimento all'Italia, ma la considerazione può tranquillamente applicarsi per tutte le democrazie occidentali: «i nostri gruppi di interesse non premono più – perché non ne hanno la forza – per ottenere un pericoloso espandersi, in varie direzioni, della componente pubblicistica. Ma sono ancora sufficientemente forti per rallentare sensibilmente il processo di ridimensionamento di quella componente, che è invece necessario per mettere l'Italia in condizione di restare con dignità in Europa e per vincere le sfide che porrà il secolo XXI».

⁵⁶⁶ F. Bastiat, *Lo Stato*; le citazioni di questa e delle altre opere sono tratte dall'edizione presente sulla *Online Library of Liberty* (<http://oll.libertyfund.org/titles/2450>), e – ove del caso – da me tradotte.

per il *lobbying*, ovvero per fare tutto il possibile per finire nel gruppo degli uni, ovvero i *tax-consumers* netti, e non degli altri, ovvero i *tax-payers* netti.

Da qui discende anche la celebre definizione-provocazione di Stato proposta dallo stesso Bastiat, ovvero «la grande finzione attraverso la quale tutti si sforzano di vivere alle spese di tutti». Questa «guerra legale di tutti contro tutti», come, circa un secolo dopo, riprendendo espressamente Bastiat, la chiamerà il filosofo del diritto Bruno Leoni, è in effetti l'inevitabile conseguenza dell'essere divenuto lo Stato «tra tutti i cittadini uno strumento di oppressione e di spoliazione reciproca». La “spoliazione legale”, termine che accompagna come un filo rosso tutto il ragionamento di un altro celebre saggio di Bastiat, *La legge* (su cui v. ampiamente al *prossimo paragrafo*), è in effetti il motivo ultimo per cui si sviluppa il *lobbying*: la spoliazione o la perpetri o la subisci, essendo molto difficile rimanerne immuni, ma allora è inevitabile che gli individui si organizzino in gruppi per non subirla e ribaltarla invece su altri.

A sua volta, poi, questo meccanismo genera una tendenza a chiedere sempre di più dalla democrazia, a credere che essa possa e debba soddisfare sempre più bisogni, e l'impossibilità di far fronte a tali aspettative finisce con l'aggravare una crisi per l'appunto già scritta nelle premesse stesse. All'inizio del saggio sullo Stato, con una pagina memorabile, una delle tante di straordinaria attualità di questo autore, Bastiat così mette a nudo questo profluvio di richieste del corpo sociale, potremmo dire dei gruppi d'interesse, ai rappresentanti del popolo:

Ma ahimè il poveretto, come Figaro, non sa né chi ascoltare, né da che lato voltarsi. Le centomila bocche della stampa e della tribuna gli [allo Stato, *NdR*] gridano allo stesso tempo:

«Organizza il lavoro e i lavoratori.

Estirpa l'egoismo.

Reprimi l'insolenza e la tirannia del capitale.

Fai degli esperimenti sul letame e sulle uova.

Ricopri il Paese di ferrovie.

Irriga le pianure.

Rimboschisci le montagne.

Fonda delle fabbriche modello.

Fonda delle officine ben organizzate.

Colonizza l'Algeria.

Dai il latte i neonati.

Istruisci i giovani.

Assisti i vecchi.

Manda nelle campagne gli abitanti delle città.

Riequilibra i profitti di tutte le industrie.

Presta denaro, e senza interesse, a coloro che ne vogliono.

Libera l'Italia, la Polonia e l'Ungheria.

Alleva e rafforza i cavalli da sella.

Incoraggia l'arte, forma per noi dei musicisti e dei danzatori.

Vieta il commercio e, allo stesso tempo, crea una marina mercantile».

La mia conclusione su questo punto, ed è una delle conclusioni del presente lavoro, è quindi che, fintantoché gli ordinamenti democratici moderni manterranno l'attuale fisionomia, risponda ad un condivisibile senso di giustizia l'impostazione americana di far prevalere nel *lobbying* l'accezione di autodifesa (organizzata) rispetto al potere pubblico, e farne così un diritto fondamentale, onde dare a tutti l'opportunità di giocare al meglio le proprie carte in questo grande gioco di “spoliazione legale” e distribuzione, per non soccombere e anzi cercare di trovarsi dal lato dei vincitori.

Il diritto al *lobbying*, pur nella sua diversa matrice riconducibile come si è visto alla libertà di espressione, ha quindi una vicinanza molto forte al diritto alla difesa legale: quanto

meno se adottiamo come paradigma l'individualismo metodologico di marca hayekiana o anche solo liberale classica, limitare eccessivamente e anzi funzionalizzare il *lobbying* come tendono a fare gli europei appare infatti estremamente simile a ciò che sarebbe la funzionalizzazione della difesa legale agli interessi dell'ordinamento democratico, qualcosa di cui a chiunque dovrebbero essere chiari i rischi.

Va da sé che anche della difesa legale è possibile abusare a danno della collettività, ma a me pare uno degli (accettabili) prezzi da pagare di una società libera (almeno nelle possibilità di reazione alle interferenze dei pubblici poteri), quanto meno se si intende la libertà, alla maniera di Bruno Leoni, come «l'assenza di costrizioni» («*the absence of constraint*»)⁵⁶⁷. E come lo stesso Leoni scrisse nell'Introduzione al suo capolavoro, e com'è ancor più vero oggi, «*[t]oday freedom and constraint pivot more and more on legislation*»⁵⁶⁸. Il che mi porta al prossimo e ultimo paragrafo.

5. Il lobbying come effetto (e al contempo causa) della natura, evoluzione (e crisi) di un sistema giuridico

Sul finire, vorrei in effetti proporre un ultimo passaggio argomentativo, che consente di allargare lo sguardo fino ad abbracciare un orizzonte più ampio con lo studio della materia: in qualunque ordinamento in cui si manifesti, dagli Usa all'Europa all'Italia, il *lobbying*, come ho discusso al paragrafo precedente, ha certamente a che fare con la democrazia e con la sua crisi; ma il *lobbying* ha ancor più in generale a che fare con il modo in cui è e quello in cui evolve un sistema giuridico. Anche in questo caso, mi pare si possa ravvisare un rapporto di causa-effetto: il modo in cui il *lobbying* viene svolto e regolamentato dipende dal contesto giuridico-istituzionale di un dato ordinamento, e a propria volta ne influenza gli ulteriori modi di sviluppo.

In parte, ho già affrontato questo argomento al paragrafo 2 di questo capitolo, dove ho messo in luce alcuni caratteri di un ordinamento che possono creare occasioni più o meno propizie per la diffusione del *lobbying* e di una "cultura" del *lobbying*. Qui, svolgendo delle considerazioni conclusive unitarie valide a mio avviso per tutti e tre gli ordinamenti considerati, a dispetto di tutte le differenze evidenziate, mi soffermerò sulla natura stessa di un sistema giuridico e sulla sua evoluzione, e su come tale natura e tale evoluzione possano porre le premesse per l'affermazione di questa pratica.

È vero infatti che l'approccio realista ed empirista storicamente tipico della *common law*, ed in particolare dell'ordinamento americano, tende a guardare al diritto come ad uno strumento, umano e perfettibile, atto a facilitare la convivenza sociale e, soprattutto, come un fenomeno emergente rispetto ad una società creata dall'interazione tra individui-agenti, mentre l'Europa di ascendenza rousseauviana vede il corpo sociale come un'entità monolitica dotata di volontà propria ed unica, con rango superiore rispetto alle scelte e agli interessi individuali. Tuttavia, il *lobbying* ha su entrambe le sponde dell'Atlantico effetti analoghi sul piano del diritto, portando ad un notevole avvicinamento da questo punto di vista, come già intuito da due autori di incredibile lungimiranza, rispettivamente circa mezzo secolo fa e alla metà del XIX secolo.

Poco dopo il brano riportato al termine del precedente paragrafo, Leoni così prosegue:

⁵⁶⁷ *Freedom and the Law*. Le citazioni sono tratte dall'edizione presente sulla *Online Library of Liberty* (<http://oll.libertyfund.org/titles/920>) e – ove del caso – da me tradotte.

⁵⁶⁸ *Freedom and the Law*. Sul pensiero di questo autore, v. il pregevole saggio di T.E. Frosini, *Il costituzionalismo di Bruno Leoni*, in *Rivista AIC*, 1/2014 (2014)

«the increasing significance of legislation in almost all the legal systems of the world is probably the most striking feature of our era, besides technological and scientific progress. While in the Anglo-Saxon countries common law and ordinary courts of judicature are constantly losing ground to statutory law and administrative authorities, in the Continental countries civil law is undergoing a parallel process of submersion as a result of the thousands of laws that fill the statute books each year».

Leoni scriveva nel 1961, ma tutte le tendenze da lui individuate non hanno fatto altro che confermarsi ed accentuarsi nei decenni successivi. La sua riflessione, in *Freedom and the Law* ma anche in altri suoi saggi, è tutta incentrata sul ruolo della legislazione come modalità di produzione del diritto che tende sempre più ad essere considerata, tanto nell'Europa continentale quanto perfino negli Usa, come l'unica possibile, o comunque quella di gran lunga e sempre più predominante, ma che invece la storia dimostra essere, nelle sue attuali dimensioni, solo un fenomeno recente⁵⁶⁹, parallelo alla comparsa degli Stati nazionali⁵⁷⁰.

Il problema del diritto di produzione legislativa è che «a remedy by way of legislation may be too quick to be efficacious, too unpredictably far-reaching to be wholly beneficial, and too directly connected with the contingent views and interests of a handful of people (the legislators), whoever they may be, to be, in fact, a remedy for all concerned». Ecco emergere da subito la questione della generalità o particolarità del diritto: la legislazione è il frutto delle scelte contingenti di un gruppo ristretto di persone, al cui interno prevale necessariamente una maggioranza e soccombe una minoranza, e che quindi non possono per definizione fare l'interesse generale, ma al più quello dei gruppi che hanno espresso la maggioranza in questione: «legislation, especially today, always reflects the will of a contingent majority within a committee of legislators who are not necessarily more learned or enlightened than the dissenters. Where authorities and majorities prevail, as in legislation, individuals must yield, regardless of whether they are right or wrong»⁵⁷¹.

L'attenzione si sposta quindi per forza di cose sulla rappresentanza come fondamento teorico alla base della legislazione⁵⁷²: «legislators are assumed to represent their citizens in the legislative process», un meccanismo che ha un qualcosa di magico, almeno negli intendimenti dei suoi promotori. Infatti, le esigenze dell'elettorato di "partecipare" al processo politico e di formazione del diritto «seem to be met by ceremonial and almost magical procedures such as elections of "representatives" who are supposed to know by some mysterious inspiration what their constituents really want and to be able to decide accordingly»: questa "manciata di persone", che gli elettori «raramente conoscono di persona», ha così il potere «to decide what everybody must do, and this within very vaguely defined limits or practically without limits at all».

⁵⁶⁹ In un'altra sua celebre opera, *Il diritto come pretesa*, Leoni chiarisce come la produzione legislativa sia solo uno dei tre possibili modi di creazione del diritto (gli altri essendo la creazione ad opera dei giureconsulti, o *lawyers-law*, o da parte dei giudici, o *judge-made-law*). Egli così la descrive la produzione del diritto attraverso il processo legislativo: «This is a process that has become so frequent in present days that in many countries the man in the street cannot even imagine another kind of production of what we call the law. Legislation is conceived as the product of the will of some people called legislators, the underlying idea being that what the legislators will is ultimately to be considered as the law of the country».

⁵⁷⁰ Rinvio qui nuovamente a L.M. Bassani, A. Mingardi, *Dalla Polis allo Stato*, cit., 35-48.

⁵⁷¹ Rimangono attuali, a questo proposito, le riflessioni di G. Sartori, *Tecniche decisionali e sistema dei comitati*, 4 *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 5 (1974).

⁵⁷² Per uno studio compiuto di questo istituto in ambito pubblicistico v., tra i molti, F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, Jovene, Napoli, 1997.

Non è sempre stato così, e a me pare che qui sia il contributo più originale del pensiero Leoni. Mentre Hayek, con cui pure Leoni era in contatto personale e le cui opere conosceva bene, nella sua opera uscita l'anno precedente rispetto a *Freedom and the Law*, ovvero *The Constitution of Liberty (La società libera)*, rimaneva ancorato ad una nozione di stato di diritto e di legge generale e astratta (intesa appunto come non a favore di singoli individui o gruppi⁵⁷³) come presidio sufficiente di libertà individuale, Leoni formula una critica agli ordinamenti democratici più profonda e radicale.

Ma prima di guardare al passato, partiamo dalla situazione attuale: tanto negli ordinamenti anglosassoni quanto in quelli dell'Europa continentale, scrive Leoni, oggi «*Ordinary legislation and even constitutions and codes are more and more presented as the direct expression of the contingent will of the people who enact them, while often the underlying idea is that their function is to state, not what the law is as a result of a secular process, but what the law should be as a result of a completely new approach and of unprecedented decisions*».

Questa trasformazione volontaristica del diritto lo porta ad essere sempre meno espressione di una volontà comune di un popolo, e sempre più invece frutto di un preciso atto di volontà di alcuni particolari individui o gruppi «*who were lucky enough to have a contingent majority of legislators on their side at a given moment*»⁵⁷⁴. In questo modo, il diritto, o meglio la legislazione che ne è divenuta la fonte principale, «*has come to resemble more and more a sort of diktat that the winning majorities in the legislative assemblies impose upon the minorities*»⁵⁷⁵.

Ecco che il procedimento legislativo assume sempre più i connotati di un gioco che, a differenza del procedimento economico⁵⁷⁶, è a somma zero, con vincitori e vinti, strategie,

⁵⁷³ Nelle parole di Leoni, che più avanti ne ricostruisce il pensiero, correttamente Hayek «*points out that the law must never concern particular individuals or be enacted when, at the moment of enactment, it can be predicted which particular individuals it will help or damage*». Tuttavia, ciò non basta perché – ed è qui il punto – «*we can [...] have three or four or thousands of laws of the land—one for landlords, one for tenants, one for employers, one for employees, etc. This is exactly what is happening today in many Western countries where lip service is still paid to the principle of “the rule of law” and hence of “equality before the law”*».

⁵⁷⁴ Si sarà notato quanto spesso ricorra il termine “contingente” con riferimento al diritto di fonte legislativa: si tratta di una delle grandi intuizioni di Leoni, che, contrariamente all'opinione più comune, sostiene che il diritto legislativo è assai più incerto del diritto giudiziario o consuetudinario, proprio perché esposto a ribaltamenti anche totali nel volgere di una giornata (v. ancora poco più avanti nel testo).

⁵⁷⁵ Nel saggio sul *Diritto come pretesa*, Leoni esprime analogo concetto: «*The very idea of legislation encourages the hopes of all those who imagine that legislation, as a result of the unconditioned will of some people, will be able to reach ends that could never be reached by ordinary procedures adopted by ordinary men; that is, by judges and lawyers. The usual phrase by the man in the street today, “There ought to be a law” for this or for that, is the naive expression of that faith in legislation. While the processes conducive to lawyers’-law and judge-made-law appear as conditioned ways of producing law, the legislative process appears, or tends to appear, to be unconditioned and a pure matter of will*». L'affermazione ben si attaglia anche alla comune invocazione di una legge di regolamentazione del proprio lavoro formulata da parte degli stessi lobbisti.

⁵⁷⁶ A proposito di questa differenza, in un passaggio successivo Leoni scrive: «*there is a possible coercion in voting which does not occur in the market. The voter chooses only between potential alternatives; he may lose his vote and be compelled to accept a result contrary to his expressed preference, whereas a similar sort of coercion is never present in market choice, at least on the assumption of production divisibility*».

tattiche e anche scorrettezze per essere nel gruppo dei primi e non dei secondi, o per passare dal gruppo dei secondi a quello dei primi: «*The succumbing minorities, in their turn, adjust themselves to their defeat only because they hope to become sooner or later a winning majority and be in the position of treating in a similar way the people belonging to the contingent majority of today*»⁵⁷⁷.

E qui arriva uno spunto fondamentale per la materia che abbiamo esaminato: «*In fact, majorities may be built and pulled down within legislatures according to a regular procedure that is now being methodically analyzed by certain American scholars—a procedure that American politicians call “log-rolling” and that we should call “vote-trading.” Whenever groups are insufficiently represented in the legislature to impose their own will on some other dissenting group, they resort to vote-trading with as many neutral groups as possible within the legislature in order to place their intended “victim” in a minority position. Each of the “neutral” groups bribed today is in its turn prepared to bribe other groups in order to impose its own will on other intended “victims” tomorrow. In this way, majorities change within the legislature, but there are always “victims,” as there are always beneficiaries of the sacrifice of these “victims”*». Il *logrolling* o scambio di voti è in effetti proprio la chiave dell’operato dei lobbisti, che puntano a costruire alleanze a vantaggio degli interessi che rappresentano creando occasioni per scambi di favori tra “rappresentanti” del popolo, ed è uno dei bersagli polemici principali dei sostenitori della necessità di maggiore regolamentazione. Il *logrolling* non piace evidentemente neanche a Leoni, ma per ragioni molto diverse⁵⁷⁸.

In effetti, la caratteristica del procedimento legislativo è che non solo prevede vincitori, i quali vincono tutto, e sconfitti, i quali non vincono nulla, ma per giunta la finzione fondamentale per cui «*What the winning part of the group decides is deemed to be decided by the group itself; and unless they leave the group, the losing members are not even free to reject the result of a choice when they do not like it*»⁵⁷⁹: la minoranza, cioè, viene considerata

⁵⁷⁷ Cfr. anche quanto scrive Leoni in *Voting Versus the Market*: «*Legislation is a result of an all-or-none decision. Either you win and get exactly what you want, or you lose and get exactly nothing. Even worse, you get something that you do not want and you have to pay for it just as if you had wanted it*». A propria volta, Bastiat in *La Loi* aveva scritto, ribadendo un concetto che ho riportato nel testo al paragrafo precedente, come già ai suoi tempi «La chimera del giorno è arricchire tutte le classi alle spese le une delle altre; è di generalizzare la Spoliazione dietro il pretesto di *organizzarla*»: la somma è zero, ma ciascuno s’illude di (poter) guadagnare alle spalle degli altri, ed ecco il *lobbying* nella versione maggiormente criticata.

⁵⁷⁸ A dire il vero, l’analisi di Tullock e Buchanan, muovendo da un’analogia tra mercato in senso proprio e “mercato delle leggi”, li conduce ad esprimere una posizione diversa al riguardo, ritenendo lo scambio benefico anche nell’ambito della produzione di regole giuridiche. Nel suo saggio *The Economic Approach to the Political*, Bruno Leoni critica questo approccio, se pur su basi molto diverse e anzi opposte a quelle dell’ortodossia democratica, che vede con estremo sospetto l’introduzione di considerazioni di carattere economico nell’analisi delle procedure di creazione del diritto perché ciò rischierebbe di minare l’assunto dell’interesse generale. Per Leoni questa impostazione è utile, tuttavia non bisogna mai perdere di vista l’irriducibile differenza tra un fenomeno volontario come lo scambio e uno coercitivo come la legislazione.

⁵⁷⁹ Nel descrivere l’uscita come unica alternativa all’impossibilità di farsi ascoltare, Leoni anticipa qui la dicotomia tra *exit* e *voice* elaborata da Albert O. Hirschman: A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, MA., 1970. Il problema è che, in ambito statale, la *exit* è particolarmente difficile: come scrive più avanti lo stesso Leoni, infatti, «*political decisions are reached through a procedure that implies coercion*» e quindi, se la *voice* non funziona, la *exit* risulta una possibilità più teorica che concreta.

anch'essa come concorde⁵⁸⁰, anche se sarebbe più corretto ammettere che «*There is no such thing as "social opinion" in many cases, nor is there any convincing reason to dignify as "social opinion" the private opinions of groups and individuals who happen to be in a position to enact the law in those cases, often at the expense of other groups and individuals*».

Peraltro, paradossalmente la regola di maggioranza (semplice) non è neppure una garanzia contro il prevalere in realtà di minoranze ben organizzate: «*The adoption of simple majority rule does not prevent strongly organized minorities from telling all the other members of the political community what to do. The Italian theory of elites presented by Mosca, Pareto, and to a certain extent by Roberto Michels has always strongly emphasized this possibility. In their recent essay, The Calculus of Consent, John Buchanan and Gordon Tullock, while trying to reject the elite point of view, have rather unconsciously adopted it in their analysis of vote trading as a real phenomenon taking place in representative democracies of our times.*

Unless I am wrong, Buchanan and Tullock managed to demonstrate in a probably irrefutable way that whenever a minority is well organized and determined to bribe as many voters as necessary in order to have a majority ready to pass a desired decision, the majority rule works much more in favor of such minorities than is commonly supposed»⁵⁸¹.

Tutto ciò avviene tramite il meccanismo della rappresentanza, che assume quindi nello stesso tempo il ruolo di architrave ma anche di punto debole dell'intero edificio democratico: la nostra epoca, scrive Leoni con parole che appaiono a maggior ragione valide oggi, ha ormai assimilato la fede «*in the virtues of "representative" democracy, notwithstanding the fact that "representation" appears to be a very dubious process even to those experts on politics who would not go so far as to say with Schumpeter that representative democracy today is a "sham." This faith may prevent one from recognizing that the more numerous the people are whom one tries to "represent" through the legislative process and the more numerous the matters in which one tries to represent them, the less the word "representation" has a meaning referable to the actual will of actual people other than that of the persons named as their "representatives"*»⁵⁸².

Se questa critica fondamentale alla democrazia rappresentativa è fondata e difficilmente eludibile, come a me pare, l'unica conseguenza che è possibile trarne è che, «*in order to restore to the word "representation" its original, reasonable meaning, there should be a drastic reduction either in the number of those "represented" or in the number of matters in regard to which they are allegedly represented, or in both*». Poiché la prima via, però, non è praticabile, ne segue che, come, sulle spalle di Leoni, io stesso suggerivo al paragrafo precedente, «*The latter reduction thus seems to be the only path left for individual freedom to take at the present time. I do not deny that those who are accustomed to taking advantage of the process of representation, either as representatives or as members of represented groups, have something to lose by such a reduction. However, it is obvious that they also have much to*

⁵⁸⁰ Ciò fa dire a Leoni che «*It seems to be unquestionable that we should, on this basis, reject the resort to legislation whenever it is used merely as a means of subjecting minorities in order to treat them as losers in the field*».

⁵⁸¹ Questo passaggio è tratto da *Voting Versus the Market*. Da qui parte un'approfondita analisi di Leoni sul rapporto tra regole decisionali e operato delle minoranze organizzate, che potremmo tranquillamente definire *lobby*, la cui conclusione si potrebbe agevolmente sintetizzare nella regola che più sale il numero di voti da conquistare per assumere una decisione, maggiore è il costo per una minoranza interessata a quella decisione di acquisto dei voti necessari ad ottenerla. Tuttavia, a mano a mano che una soglia di maggioranza qualificata si avvicina all'unanimità, aumenta l'incentivo a comportarsi da *rent-seeker* per i singoli, il cui voto diventa sempre più decisivo per poter prendere delle decisioni.

gain from it in all those cases in which they would have been the intended “victims” of an unrestricted legislative process»: è questo l’unico modo di evitare una neo-hobbesiana “guerra legale di tutti contro tutti” (cfr. *supra*, § 4), portata avanti con le armi della legislazione e della rappresentanza.

A questo punto si apre la parte di indagine storico-giuridica: se questo è il quadro che ha sotto gli occhi Leoni mentre scrive, e che come detto abbiamo ancor più sotto gli occhi oggi a qualche decennio di distanza, la storia del diritto ci consegna una vicenda molto diversa. Tanto nel *common law* inglese, quanto nel diritto romano e poi comune, il diritto, o quanto meno il diritto privato, non era espressione di un comando, di un atto di imperio, della volontà, discrezionale o financo arbitraria, di un legislatore singolo o di un’assemblea, che potessero modificare a proprio piacimento, dalla sera alla mattina, il quadro giuridico in cui si muovevano gli individui, come invece accade oggi nell’epoca del trionfo della legislazione (scritta)⁵⁸³.

Il problema è che oggi perfino le classi colte hanno pressoché completamente dimenticato che *«the process of lawmaking is, or was, essentially a private affair concerning millions of people throughout dozens of generations and stretching across several centuries»*. Così, anche in Inghilterra si assiste al progressivo superamento della *common law*, un fenomeno avvenuto già da molto tempo in Europa continentale e tipico anche dell’ordinamento americano: *«A revolution is occurring in England by virtue of the gradual overturning of the law of the land by way of statutory law and through the conversion of the rule of law into something that is now increasingly coming to resemble the Continental état de droit, that is, a series of rules that are certain only because they are written, and general, not because of a common belief on the part of the citizens about them, but because they have been decreed by a handful of legislators»*⁵⁸⁴.

Questo problema della rappresentanza in senso moderno, ovvero con riferimento alla quale il mandato si distingue nettamente da quello di tipo privatistico e perde il carattere di

⁵⁸² Anche più avanti Leoni torna su questa nozione di fede nel mito della rappresentanza: *«The mythology of our age is not religious, but political, and its chief myths seem to be “representation” of the people, on the one hand, and the charismatic pretension of political leaders to be in possession of the truth and to act accordingly, on the other»*. Più avanti nel testo, Leoni stesso riprende in parte il concetto descrivendo la partecipazione degli individui al processo legislativo come *«a sort of empty ceremony taking place periodically in the general election of a country»*. In *Voting Versus the Market*, Leoni ricorda anche la riflessione di Herbert Spencer sull’assunto sottostante all’assunzione di decisioni politiche a maggioranza, ovvero la “superstizione” del *«divine right of majorities»* (H. Spencer, *The Man Versus the State* [1884], in particolare il saggio *The Great Political Superstition*; di quest’opera merita richiamare ai nostri fini altresì il saggio *The Sins of Legislators*, ma si vedano anche altri due articoli dello stesso Autore, *Over-Legislation* [1853] e *Representative Government—What is it Good For?* [1857], raccolti nel volume *The Man Versus The State, with Six Essays on Government, Society, and Freedom*, Liberty Fund, Inc., Indianapolis, IN, 1992). In epoca moderna, il tema è stato affrontato magistralmente da C. Lottieri, *Credero nello Stato*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011.

⁵⁸³ Si pensi, tanto per fare un esempio tratto dalla cronaca legislativa italiana recente, alla vicenda delle sigarette elettroniche, il cui mercato è stato soffocato da un improvviso inasprimento fiscale che ha comportato un prelievo del 58,5% del prezzo di vendita (poi dichiarato illegittimo, ma con inevitabile ritardo, dalla Corte Costituzionale).

⁵⁸⁴ Più avanti, Leoni ribadisce: *«increasing weight that is being given in common-law systems like the English and the American not only to statutes and decrees, but also to the very idea that a legal system is, after all, a legislative system and that “certainty” is the short-run certainty of written law»*.

imperatività⁵⁸⁵, è insito nella sua stessa costruzione, e sarebbe illusorio ritenere che la democrazia diretta o comunque istituti di democrazia diretta potrebbero modificare la situazione: il fatto che nelle decisioni di un gruppo ci siano vincitori e vinti, e i vinti debbano sottostare alle decisioni dei vincitori, vale infatti egualmente anche in questo caso⁵⁸⁶.

Da ciò discende anche un attacco frontale a quella che abbiamo visto essere la concezione europea del *lobbying*, istituto – almeno nella concezione europea, per l'appunto – potenzialmente atto a determinare una maggior partecipazione popolare alle decisioni pubbliche: «*This warns us also of the comparative futility of all attempts to secure more freedom or more certainty for the individuals in a country as far as the law of the land is concerned by letting them participate as frequently and as directly as possible in the law-making process through legislation by universal adult suffrage, proportional representation, referendum, initiative, recall of representatives, or even by other organizations or institutions revealing the so-called public opinion about as many subjects as possible and making the people more efficient in influencing the political behavior of the rulers*».

Con atto di realismo, comunque, Leoni riconosce che, nelle condizioni di onnipervasività cui è giunto il diritto legislativo, il ritorno al passato sarebbe estremamente complesso e – scriverà sul finire del saggio che sto esaminando – richiederebbe molto tempo. Tuttavia, egli soggiunge, «*I am convinced that the more we manage to reduce the large area occupied at present by group decisions in politics and in the law, with all their paraphernalia of elections, legislation,⁵⁸⁷ and so on, the more we shall succeed in establishing a state of affairs similar to that which prevails in the domain of language, of common law, of the free market, of fashion, of customs, etc., where all individual choices adjust themselves to one another and no individual choice is ever overruled*».

Certo, si tratterebbe di una rivoluzione, di una «*great revolution in the field of present-day constitutions and of legislative and administrative law. This revolution would for the most part consist in the displacement of rules from the area of the written to the area of the unwritten law*».

In sostanza, «*The law-making process ought to be reformed by making it mainly, if not only, a spontaneous process, like that of trading or of speaking or of keeping other compatible and complementary relations on the part of individuals with other individuals*»: ma una rivoluzione che non appartiene al mondo dell'utopia, proprio perché «*such a world was, taken all in all, certainly not utopian in several countries and at several historical times, some of which have not yet vanished altogether from the memory of living generations*».

In questo modo, è anche possibile recuperare un senso autentico all'espressione volontà generale, che Schumpeter aveva ragione a considerare una finzione (“*sham*”) nel contesto

⁵⁸⁵ Un tempo, infatti, la situazione era opposta: «*political representation was closely connected in its origin with the idea that the representatives act as agents of other people and according to the latter's will*». La verità è quindi che «*“representative” systems as usually conceived of, in which election and representation are connected, are incompatible with individual freedom, in the sense of freedom to choose, empower, and instruct a representative. Nevertheless, “representation” has been retained to the present day as one of the alleged characteristic features of our political system by simply emptying the word of its historical meaning and using it as a catchword*». Alcuni decenni prima, il filosofo americano Lysander Spooner aveva usato accenti simili, parlando addirittura di “impossibilità” giuridica della delega di potere arbitrario in cui si risolverebbe il potere pubblico: cfr. L. Spooner, *Contro il potere legislativo*, IBL Occasional Paper 96, 4 gennaio 2014 [1882], http://www.brunoleonimedia.it/public/OP/IBL-OP_96-Spooner.pdf.

⁵⁸⁶ Il concetto viene ripreso da Leoni nel saggio *Voting Versus the Market*.

⁵⁸⁷ *Lobbying*, potremmo aggiungere.

delle moderne comunità politiche, dove essa si identifica semplicemente con il volere della maggioranza propagandato come interesse generale, ma che ha invece una sua valenza profonda se la si intende come «*the will that emerges from the collaboration of all the people concerned, without any recourse to group decisions and decision groups. [...] This will is “common” in the sense that all those individuals who participate in manifesting and exercising it in a community are free to do so, while all those who eventually do not agree are equally free to do so in their turn without being forced by other people to accept their decision*»⁵⁸⁸.

Un simile scenario consentirebbe di superare la guerra legale dei gruppi contro gli altri gruppi, di cui il *lobbying*, nella sua accezione maggiormente oggetto di critiche, è manifestazione: ed ecco quindi il senso dell'affermazione che facevo al paragrafo precedente per cui il *lobbying* è una pratica problematica non perché corrompe un altrimenti esistente interesse generale, ma semplicemente come conseguenza e spia di un problema esistente a monte, che è il problema della rappresentanza e della democrazia.

Con una riduzione netta degli spazi delle decisioni vincolanti di gruppo e del diritto legislativo (e con essi, per definizione, delle occasioni di *lobbying*), ed un recupero degli spazi di decisione individuale, anche nel diritto, con ogni probabilità i legami sociali ne uscirebbero anch'essi rinsaldati. Infatti «*An aggressive concept of legislation to serve sectional interest has subverted the ideal of political society as a homogeneous entity, nay, as a society at all. Minorities constrained to accept the results of legislation they would never agree to under other conditions feel unjustly treated and accept their situation only in order to avoid worse or consider it as an excuse for obtaining on their behalf other laws that in turn injure still other people*».

Leoni riflette a questo punto sugli Usa, chiedendosi se questo quadro si applichi in misura minore a quell'ordinamento rispetto a quelli europei, «*in which socialistic ideals have covered so many sectional interests of transitory as well as of lasting majorities within each country*», tuttavia afferma che almeno in parte questa involuzione è avvenuta a suo avviso anche in America. Negli Stati Uniti, peraltro, vi è a suo avviso una differenza, ovvero il fatto che i «*legal privileges in favor of particular groups are usually paid for, not by another particular group, as is the case in European countries, but by all the citizens in their capacity as taxpayers*».

Successivamente, riprendendo una distinzione già in precedenza tracciata, Leoni puntualizza un aspetto importante, ovvero che i gruppi di pressione esistono e operano certamente anche sul piano economico, approfondendo vasti sforzi di convincimento della collettività a tenere un comportamento o a prendere una decisione da essi auspicata. Ma la fondamentale differenza, troppo spesso dimenticata, è che il *lobbying* in senso proprio, ovvero volto ad influenzare il processo legislativo o comunque le politiche pubbliche, mira a incidere su un processo coercitivo, mentre le altre forme di pressione sull'opinione pubblica, come ad esempio la pubblicità, salvi casi estremi di effettivo condizionamento occulto della volontà del soggetto destinatario tramite una manipolazione subliminale della sua attività cerebrale, non hanno mai un potere di coercizione paragonabile al monopolio weberiano della forza proprio dell'apparato pubblico⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Del tutto similmente, aveva scritto Bastiat in *La Loi*: «l'elettore non decide per sé, ma per tutti. [...] [O]gni voto impegna e incide sulla comunità tutta intera».

⁵⁸⁹ Questo *caveat* peraltro andrebbe sempre ricordato quando ci si dedica al pur interessante esercizio di applicare gli strumenti dell'analisi economica al diritto pubblico. Su questo tema, rinvio nuovamente alle interessanti riflessioni sempre di Bruno Leoni nei due saggi già citati *The Economic Approach to the Political* e *Voting Versus the Market*.

Insomma, l'analisi storica e lo studio della condizione presente delle democrazie moderne, da quella americana a quelle europee, concorrono a determinare una conclusione: «*Law-making is much more a theoretical process than an act of will, and as a theoretical process it cannot be the result of decisions issued by power groups at the expense of dissenting minorities*».

La lezione di Leoni ai nostri fini è dunque quella di un recupero, per quanto lento e graduale, del diritto di formazione non legislativa, che, anche se non mirato di per sé ad arginare il fenomeno del *lobbying*, consentirebbe senz'altro, per le ragioni ampiamente illustrate dal filosofo torinese, di neutralizzarne le manifestazioni maggiormente oggetto di obiezioni e critiche, così come di ridurre gli incentivi e gli spazi stessi per la sua pratica.

Fintantoché il diritto rimarrà di fonte essenzialmente legislativa, invece, il *lobbying* continuerà ad avere molte ragioni per essere praticato, e come ho suggerito più in alto, a me pare condivisibile l'impostazione americana di farne un diritto fondamentale e garantirne la praticabilità, in quanto pratica di autodifesa individuale e soprattutto collettiva nei confronti del potere politico.

Certamente, però, il *lobbying* è stato sì conseguenza, ma ha al contempo aggravato la crisi del diritto diagnosticata da Leoni, e che già un secolo prima di lui aveva identificato con estrema lucidità Bastiat, un autore da cui, come abbiamo visto, Leoni trasse importante ispirazione. Concluderò questo lavoro ripercorrendo il ragionamento di una delle opere più importanti dell'autore francese, il saggio *La loi*, con particolare attenzione al tema che è stato oggetto della presente ricerca.

Con lo stesso spirito di Leoni, Bastiat stigmatizza quella che definisce «la legge pervertita», ovvero corrotta perché divenuta «lo strumento di tutte le cupidigie anziché esserne il freno». Il ragionamento di Bastiat, come già abbiamo accennato poco sopra a proposito del suo saggio *L'État*, ruota tutto attorno alla nozione di “*Spoliation*”, che una Legge per l'appunto pervertita rispetto ai propri compiti originari ha fatto diventare “Diritto”, quando invece il Diritto propriamente inteso doveva esserne l'argine.

La Spoliazione è figlia della tendenza innata di ciascuno a vivere, se può, alle spalle degli altri, e viene praticata tutte le volte in cui provochi un vantaggio superiore ai costi per metterla in atto. Il problema, ed è qui che il discorso ci riguarda in modo diretto, è che la Legge è stata messa al servizio di questa pratica.

La lungimirante intuizione di Bastiat è notare come la legge sia fatta da uomini o da classi di uomini, e pertanto l'uso della forza che ad essa si accompagna per assicurarne il rispetto equivale all'uso della forza da parte di quelle persone o classi.

Il fatto che la legge sia divenuta uno strumento di spoliazione (tendenza che peraltro non ha fatto che acuirsi) determina a sua volta una conseguenza estremamente importante: «Quando dunque la Spoliazione è organizzata dalla Legge, a vantaggio delle classi che la mettono in atto, tutte le classi spogliate tendono, tramite vie pacifiche o rivoluzionarie, ad entrare per qualcosa nel processo di creazione delle Leggi. Queste classi, a seconda del grado di illuminazione a cui sono giunte, possono proporsi due obiettivi ben diversi quando perseguono in questo modo la conquista dei loro diritti politici: o vogliono far cessare la spoliazione legale, o aspirano a prendervi parte». In altri termini, si genera l'interesse per tutti i gruppi sociali, e anche in questo caso potremmo dire tranquillamente *lobby*, a partecipare al grande “gioco” della spoliazione reciproca, nel tentativo, come dirà Leoni, di uscire beneficiari netti da questa guerra legale di tutti contro tutti, in cui – per tornare alla già ricordata espressione di Bastiat – tutti s'illudono di poter vivere alle spalle degli altri.

Con una nota parzialmente diversa su questo da Leoni, Bastiat scriveva che in verità la spoliazione ad opera del diritto è sempre avvenuta, o comunque non è un fenomeno soltanto

recente, ma in precedenza era fatta dai pochi a danno dei molti. Con l'avvento della democrazia, si è passati a cercare un equilibrio nella spoliazione universale: «Aniché estirpare ciò che di ingiusto la società conteneva, lo si generalizza. Non appena le classi diseredate hanno recuperato i propri diritti politici, il primo pensiero che li assale non è di liberarsi della spoliazione (questo presupporrebbe in loro un'illuminazione che non possono avere), ma di organizzare, contro le altre classi e a loro stesso danno, un sistema di rappresaglie».

Questo fenomeno ha delle conseguenze: in primo luogo, cancella «nelle coscienze la nozione del giusto e dell'ingiusto», mettendo il Diritto in contraddizione con la Morale. Si tratta di un fenomeno certamente non nuovo, ma il progressivo avvento del giuspositivismo ha accentuato profondamente questa tensione tra legge e giustizia, tra legale e legittimo. In secondo luogo, la perversione della legge finisce inevitabilmente con il dare «alle passioni e alle lotte politiche e, in generale, alla politica propriamente detta, una preponderanza esagerata». Di nuovo, Bastiat sembra parlare del *lobbying* del ventesimo secolo inoltrato, confermando ancora una volta come sia lo snaturamento del diritto a condurre al *lobbying*, e non viceversa (almeno in origine).

Poco dopo, compare un passo ancora più esplicito: «com'è funesto questo principio che viene ad introdursi per cui, dietro pretesto di organizzazione, di regolamentazione, di protezione, di sostegno, la Legge può *prendere agli uni per dare agli altri*, attingere alla ricchezza acquisita da tutte le classi per aumentare quella di una classe, talvolta quella degli agricoltori, talaltra quella dei produttori, dei negozianti, degli armatori, degli artisti, degli attori; oh certo, in questo caso, non c'è classe che non pretenda, e a ragione, di mettere anch'essa le mani sulla Legge, che non rivendichi con furore il proprio diritto di elezione e di eleggibilità, che non sconvolga la società piuttosto che non ottenerlo».

Ogni gruppo sociale, cioè, si sente legittimato a partecipare alla spartizione ai danni degli altri e a mettere «le mani sulla Legge», e in questo modo la società nel suo complesso ne esce sconvolta, i legami sociali sfilacciati, e in definitiva i gruppi «l'un contro l'altro armati»⁵⁹⁰.

Tutto ciò, però, è inevitabile, scrive Bastiat, esprimendo una tesi che questo lavoro ha fatta propria: «finché sarà ammesso in principio che la Legge possa essere sviata dalla sua vera missione, che essa può violare le proprietà anziché garantirle, ogni classe vorrà fare la Legge, o per difendersi contro la spoliazione, o per organizzarla anche a proprio profitto. La questione politica sarà sempre pregiudiziale, dominante, assorbente; in una parola, ci si batterà alle porte del Palazzo legislativo. La lotta non sarà meno accanita all'interno» (il *lobbying*, diremmo oggi, sarà feroce).

Con un ulteriore passaggio di particolare interesse ai nostri fini, poi, Bastiat guarda agli Stati Uniti, descrivendolo come il Paese nel mondo dove «la Legge resta maggiormente nel proprio ruolo, che è di garantire a ciascuno la propria libertà e proprietà [...] [e] dove l'ordine sociale sembra riposare sulle basi più stabili». Eppure, anche negli Stati Uniti, l'ordine politico è stato messo in pericolo dalla schiavitù e dai dazi doganali, ovvero le due principali manifestazioni di Legge che, «contrariamente allo spirito generale di questa repubblica, [...] ha assunto il carattere spoliatore». E si chiede al riguardo Bastiat, e io sommestamente con lui: «se questo fatto genera delle conseguenze così formidabili negli Stati Uniti, dove non è che un'eccezione, che cosa dev'essere nella nostra Europa, dove è un Principio, un Sistema?».

Segue il passo forse più attuale di tutti, che descrive la Spoliazione legale: continua

⁵⁹⁰ Si chiede retoricamente Bastiat poco oltre: «C'è forse bisogno di dimostrare che questa odiosa perversione della Legge è una causa perpetua di odio, di discordia, potendo arrivare fino alla disorganizzazione della società?».

infatti ad esistere quella extra-legale, ma per effetto di questa perversione del diritto vi sono alcuni atti di spoliazione, concettualmente analoghi a quelli che rimangono vietati, che divengono invece legittimati e protetti da un «apparato di magistratura, polizia, gendarmeria e prigione al servizio dello spoliatore». Così facendo, si giunge ad un completo ribaltamento della realtà e a trattare da criminale lo spogliato che si difende.

Ebbene, per comprendere quando si sia di fronte alla spoliazione legale, «[o]ccorre esaminare se la Legge prende agli uni ciò che appartiene loro per dare agli altri quello che loro non appartiene. Occorre esaminare se la Legge compie, a vantaggio di un cittadino e a danno degli altri, un atto che questo cittadino non potrebbe compiere lui stesso senza commettere un crimine. Affrettatevi ad abrogare questa Legge; essa non è solo un'iniquità, è una fonte feconda di iniquità; perché chiama le rappresaglie, e se non fate attenzione, il fatto eccezionale si estenderà, si moltiplicherà e diventerà sistematico. Senza dubbio, il beneficiario innalzerà alte grida di protesta; invocherà i diritti acquisiti. Dirà che lo Stato deve Protezione e Sostegno alla sua industria; sosterrà che è bene che lo Stato lo arricchisca, perché essendo più ricco spende di più, e così riversa una pioggia di salari sui poveri operai. Guardatevi bene dall'ascoltare questo sofista, perché è proprio con la sistematizzazione di questi argomenti che si sistematizzerà la spoliazione legale»: e basta sfogliare un quotidiano oggi, ma perfino riviste giuridiche tra le più autorevoli, per trovare questo argomento dei diritti acquisiti generalizzato ad opera di gruppi di interesse a difesa delle prerogative faticosamente conquistate.

In effetti, questo tentativo di perseguire il “*Bien général*” attraverso la “*Spoliation générale*”, allora come oggi, viene sempre più giustificato anche sul piano teorico. Non solo dagli uomini politici, che pur sono troppo “moderati” e troppo “filantropi” per invocare per sé direttamente poteri dispotici, e si limitano a propugnare un assetto «dispotismo, assolutismo e onnipotenza della Legge». Salvo poi voler fare loro la Legge, e così imporre i propri voleri con la sua forza.

Ma – ed è qui il problema maggiore – la Spoliazione generalizzata viene sempre più invocata anche dagli studiosi, senza avvedersi dei rischi che queste buone intenzioni lastrichino la via della servitù, per dirla qui sì hayekianamente: «rendete la Legge religiosa, fraterna, egualitaria, filantropica, industriale, letteraria, artistica, e presto vi ritrovate nell'infinito, nell'incerto, nello sconosciuto, nell'utopia imposta o, il che è peggio, nella moltitudine delle utopie che combattono per impadronirsi della Legge e importi; perché la fraternità, la filantropia non hanno come la giustizia dei limiti fissi. Dove vi fermerete? Dove si fermerà la Legge? L'uno [...] non estenderà la propria filantropia che ad alcune classi di industriali, e domanderà alla Legge che *disponga dei consumatori a favore dei produttori*. L'altra [...] prenderà in mano la causa dei lavoratori e reclamerà per loro dalla Legge un *Minimo garantito, i vestiti, la casa, il cibo e tutte le cose necessarie al mantenimento della vita*. Un terzo [...] dirà, e a ragione, che qui vi è soltanto una fraternità abbozzata e che la Legge deve dare a tutti gli strumenti di lavoro e l'istruzione. Un quarto farà osservare che una simile disposizione lascia ancora spazio alla disuguaglianza e che la Legge deve far penetrare, negli anfratti più reconditi, il lusso, la letteratura e le arti». L'esito finale di questo percorso non può che essere una situazione in cui «la legislazione sarà... ciò che essa è già: il campo di battaglia di tutte le fantasticherie e di tutte le cupidità».

La profezia pare essersi avverata: una Legge ridotta a campo di battaglia degli interessi particolari da un'opera incessante di *lobbying* nella sua accezione non più di autodifesa, ma di contrattacco, in perfetta aderenza alla dinamica descritta da Bastiat, pare essere la fotografia più accurata del diritto attuale, tanto in Europa quanto ormai anche negli Stati Uniti, secondo una linea di tendenza già individuata dallo stesso Bastiat. Davanti a questo scenario, io credo

che sia quanto mai opportuno riaffermare le ragioni del Diritto, individuando le autentiche cause della sua crisi per evitare di assumere tentativi di rimedio in fatto analoghi al problema stesso che si tentava di risolvere.

A dispetto del consenso prevalente tra gli studiosi della materia, con Leoni e con Bastiat credo quindi si debba ritenere, come già discusso al paragrafo 3, che una legge sul *lobbying* su modello americano, nell'Ue come in Italia, sia un'urgenza solo apparente, la vera urgenza essendo, se non la "rivoluzione" auspicata da Leoni, di cui si scorgono forse perfino meno tracce oggi di quanto non ne potesse scorgere il filosofo torinese quando scriveva, quanto meno un'assai più sfaccettata analisi delle ragioni della crisi del diritto. Tale analisi dovrebbe a mio avviso andare ben oltre anche alla pur rilevante difesa (primo-)hayekiana della legge generale e astratta e della *rule of law*, e quanto meno esplorare autori come i due che hanno fatto oggetto dell'analisi di questo paragrafo conclusivo, che oggi invece si trovano per lo più ai margini degli studi giuridici e sociali.

Quello che precede ha voluto essere un tentativo di riportare attenzione sulla loro opera, che a me è parsa fondamentale nel leggere un fenomeno rilevante come il *lobbying* e, attraverso di esso, trarre spunto per riflettere sullo stato dell'arte del diritto e delle sue modalità di produzione. L'auspicio è che qualche voce assai più autorevole nella comunità degli studiosi possa raccogliere con curiosità lo stimolo ed avviare una riscoperta di autori e pensieri che qualcosa sul presente hanno da dirci, potendo davvero essere quel «fantasma che [c]i salva», aiutandoci a scovare l'agognata «maglia rotta nella rete che ci stringe».

BIBLIOGRAFIA

- F. Abrams, *Citizens United and Its Critics*, in 120 *Yale L.J. Online* 77 (2010)
- B. Ackerman, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, England 1991
- G.A. Almond, *Sistemi politici e gruppi di pressione*, in G. Sartori (a cura di), *Antologia di scienza politica*, 337-342
- A. Alonso Piñeiro, *El Quinto Poder: Teoría y Práctica del Lobbying*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, Argentina 1992
- A. Alonso Piñeiro, *Lobbying: La Trama Secreta*, Valletta Ediciones, Buenos Aires, Argentina 2000
- A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven, Connecticut-London, England 1998
- A.R. Amar, *America's Constitution: A Biography*, Random House, New York, New York 2005
- A.R. Amar, *How America's Constitution Affirmed Freedom of Speech Even Before the First Amendment*, 38 *Cap. U. L. Rev.* 503 (2010)
- A. Andreatta, E. Baldini (a cura di), *Il pensiero politico dell'età moderna. Da Machiavelli a Kant*, UTET, Torino 1999
- M.C. Antonucci, *Rappresentanza degli interessi oggi. Il lobbying nelle istituzioni politiche europee e italiane*, Carocci, Roma, 2012
- E.P. Aprill, *Regulating the Political Speech of Noncharitable Exempt Organizations After Citizens United* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1727565>
- W.D. Araiza, *Citizens United, Stevens and Humanitarian Law Project: First Amendment Rules and Standards in Three Acts* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1717049>
- J. Atieh, *Foreign Agents: Updating FARA to Protect American Democracy*, 31 *U. Pa. J. Int'l L.* 1051 (2010)
- AA.VV., *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, CEDAM, Padova 1986
- AA.VV., *Democratic Audit: Georgian Parliament*, disponibile su <http://leader.viitorul.org/public/603/en/psidisdemocratic%20audit%20georgian%20parliament.pdf>
- D. Axelman, *Citizens United: How the New Campaign Finance Jurisprudence Has Been Shaped by Previous Dissents*, 65 *U. Miami L. Rev.* 293 (2010)
- R.C. Bailey, *Popular Influence Upon Public Policy: Petitioning in Eighteenth Century Virginia*, Greenwood Press, Westport, Connecticut 1979
- R.F. Bauer, R.H. Gordon, *Congressional Ethics: Gifts, Travel, Income, and Post-Employment Restrictions*, capitolo 23 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 477-512
- F.R. Baumgartner, J. M. Berry, M. Hojnacki, D.C. Kimball, B.L. Leech, *Lobbying and Policy Change. Who Wins, Who Loses, and Why*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 2009
- L.A. Bebchuk, R.J. Jackson, Jr., *Corporate Political Speech: Who Decides?*, in 124 *Harv. L. Rev.* 83 (2010)
- A.F. Bentley, *The Process of Government: a Study of Social Pressures*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois 19081 [trad. it. *Il processo di governo: uno studio delle pressioni sociali*, Giuffrè, Milano 1983]
- J.M. Berry, *Lobbying for the people: the political behavior of public interest groups*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1977
- R.P. Bezanson, *No Middle Ground? Reflections on the Citizens United Decision* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1669358>
- R.C. Black, C.L. Boyd, *US Supreme Court Agenda Setting and the Role of Litigant Status*, *J. Law Econ. Organ.* (Advance Access, 19 febbraio 2010)
- Black's Law Dictionary (20048), voce *Public Policy*
- G. Bognetti, *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, Giuffrè, Milano 1998
- G. Bognetti, *Il pensiero federalista*, in A. Andreatta, E. Baldini (a cura di), *Il pensiero politico dell'età moderna. Da Machiavelli a Kant*, 401-423
- G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. I, *La Costituzione liberale*, Giappichelli, Torino 1998

- M.W. Bowers, R.C. Cortner, *Financing Constitutional Litigation: Pursuing the Watergate Principle*, 10 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 573 (1987)
- R. Brancoli, *In nome della lobby. Politica e denaro in una democrazia*, Garzanti, Milano 1990
- S.M. Brand, *Federal Lobbying and the Criminal Law: New Arrows in the Prosecutor's Anti-Corruption Quiver*, capitolo 27 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 571-580
- L. Brandeis, *What Publicity Can Do*, in *Harper's Weekly* (1913)
- R. Briffault, *Lobbying and Campaign Finance: Separate and Together*, 19 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 105 (2008)
- R. Briffault, *Public Funding and Democratic Elections*, in 148 *U. Pa. L. Rev.* 563 (1999)
- R. Briffault, *The 527 Problem... and the Buckley Problem*, 73 *Geo. Wash. L. Rev.* 949 (2005)
- G.D. Brown, *The Gratuities Debate and Campaign Reform – How Strong is the Link?*, Boston College Law School Faculty Papers, Paper 139 (2006), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/lspf/139>
- S.A. Browne, *The Constitutionality of Lobby Reform: Implicating Associational Privacy and the Right to Petition the Government*, 4 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 717 (1995)
- U. Bullmann, *Austria: The End of Proportionate Government?*, in J. Loughlin (a cura di), *Subnational Democracy in the European Union: Challenges and Opportunities*, 117-142
- R.C. Byrd, *The Senate, 1789-1989*, vol. II, United States Senate, Washington, D.C. 1991
- M. Caligiuri (a cura di), *Le lobbies: queste "conosciute"*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2001
- G. Capano, M. Giuliani, *Dizionario di politiche pubbliche*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1996
- M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984
- M.A. Capps, *Note, "Gouging the Government": Why a Federal Contingency Fee Lobbying Prohibition Is Consistent with First Amendment Freedoms*, 58 *Vand. L. Rev.* 1885 (2005)
- R. Caranta (a cura di), *Interest representation in administrative proceedings*, Jovene, Napoli 2008
- T.P. Carr, Congress Research Service, *Hearings in the House of Representatives: A Guide for Preparation and Procedure*, http://www.rules.house.gov/CRS_Rpt/RL30539.pdf (2006)
- F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, Jovene, Napoli 1997
- R. Chari, J. Hogan, G. Murphy, *Regulating Lobbying: a Global Comparison*, Manchester University Press, Manchester, England 2010
- R. Chari, G. Murphy, *Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU institutions, and Germany: A Report for the Department of the Environment, Heritage and Local Government*, <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload.14572.en.pdf>
- T. Checcoli, *Il fenomeno del lobbying negli Stati Uniti e nell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2006, f. 4, 719-742
- A.J. Cigler, B.A. Loomis (a cura di), *Interest Group Politics*, CQ Press, Washington, D.C. 1986, 2006, 2011
- R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, cap. 21 di M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 709-737
- J.B. Christian, Jr., J. Hilton, *Criminal Prosecution of Lobbyists for Bribery and Offering Gratuities to Legislators*, capitolo 26 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 555-570
- K. Clark, B. Nolan, *Restrictions on Gifts and Outside Compensation for Executive Branch Employees*, capitolo 24 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 513-524
- D. Coen, J. Richardson (a cura di), *Lobbying in the European Union: Institutions, Actors, and Issues*, Oxford University Press, Oxford, England-New York, New York 2009
- G. Colavitti, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffè, Milano 2005
- R. Colinvaux, *Citizens United and the Political Speech of Charities* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1726407>
- P.M. Collins, Jr., *Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs*, 60 *Political Research Quarterly* 55 (2007)
- Commissione Europea, *An open and structured dialogue between the Commission and interest groups*, http://ec.europa.eu/civil_society/interest_groups/docs/v_en.pdf
- Commissione Europea, *White Paper sulla European Governance*, COM(2001) 428, 25 luglio 2001,

- http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf
- Commissione Europea, *General Principles and Minimum Standards for the Consultation of Interested Parties*, COM(2002) 704, 11 dicembre 2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0704:FIN:EN:PDF>
 - Commissione Europea, *European Transparency Initiative*, SEC(2005) 1300, 9 novembre 2005
 - Commissione Europea, *Green Paper sulla European Transparency Initiative*, COM(2006) 194, 3 maggio 2006, http://ec.europa.eu/transparency/eti/docs/gp_en.pdf
 - Commissione Europea, *Follow-up to the Green Paper 'European Transparency Initiative'*, COM(2007) 127 (SEC(2007) 360), 21 marzo 2007 http://ec.europa.eu/transparency/eti/docs/com_2007_127_final_en.pdf
 - Commissione Europea, *A framework for relations with interest representatives (Register and Code of Conduct)*, COM(2008) 313 (SEC(2008) 1926), 27 maggio 2008, http://ec.europa.eu/transparency/docs/323_en.pdf
 - S.A. Comparato, *Amici Curiae and Strategic Behavior in State Supreme Courts*, Greenwood Publishing Group, Westport, Connecticut 2003
 - R. Coman, *Towards regulating lobbying in Romania: a multi-faceted coin*, in *7 Perspectives on European Politics and Society* 155 (2006)
 - Congress Research Service, *Congress and Pressure Groups: Lobbying in a Modern Democracy*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C. 1986
 - K.G. Crawford, *The Pressure Boys: The Inside Story of Lobbying in America*, Julian Messner, New York, New York 1939
 - F.B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355 (1999)
 - M.K. Curtis, *Citizens United and Davis v. FEC: Lochner on Steroids and Democracy on Life Support* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1685459>
 - M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, CEDAM, Padova 1990
 - G. de Caprariis, G. Vesperiini (a cura di), *L'Italia da Semplificare*, vol. 2, *Le regole e le procedure*, il Mulino, Bologna 1998
 - R. de Caria, *Lobbying e finanziamento elettorale negli Stati Uniti al tempo di Obama*, in E. Palici di Suni, *La presidenza Obama nel sistema costituzionale statunitense: novità e riconferme*, 97-139
 - E. De Marco, *Negoziazione legislativa e centri di influenza*, in M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, 181 ss.
 - E. De Marco, *Gruppi di pressione, procedimento legislativo e realizzabilità delle leggi*, in *Rass. parl.*, 1996, f. 4, 940 ss.
 - E. De Marco, *La «negoziazione legislativa»*, CEDAM, Padova 1984
 - G. De Vergottini (a cura di), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Maggioli, Rimini 1985
 - R. Di Maria, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed interferenze del modello statunitense*, FrancoAngeli, Milano, 2013
 - A. Downs, *Teoria economica della democrazia*, il Mulino, Bologna 1988
 - H. Eastman, *Lobbying: A Constitutionally Protected Right*, American Enterprise Institute, Washington, D.C. 1977
 - H. Eckstein, *La politica dei gruppi di pressione*, in G. Sartori (a cura di), *Antologia di scienza politica*, 325-336
 - L. Elia, *Forma di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano 1961
 - R.L. Engstrom, T.G. Walker, *Statutory Restraints on Administrative Lobbying-"Legal Fiction"*, 19 *J. Pub. L.* 89 (1970)
 - L. Epstein, C.K. Rowland, *Interest Groups in the Courts: Do Groups Fare Better?*, in A.J. Cigler, B.A. Loomis (a cura di), *Interest Group Politics* (1986), 275-288
 - W. Eskridge, Jr., *Federal Lobbying Regulation: History Through 1954*, capitolo 1 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 5-21
 - W.N. Eskridge, P.P. Frickey, E. Garrett, *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota 20074
 - B. Facchetti, *Lobby, una riforma istituzionale*, in *Biblioteca della libertà*, lug.-sett. 1990, n. 110, 79
 - D.A. Farber, A.J. O Connell, *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, Edwar Elgar Publishing, Northampton, Massachusetts 2010
 - D.A. Farber, P.P. Frickey, *Law and public choice: a critical introduction*, University of Chicago Press,

- Chicago, Illinois 1991
- S.L. Fatka, J.M. Levien, *Protecting the Right to Petition: Why a Lobbying Contingency Fee Prohibition Violates the Constitution*, 35 *Harv. J. on Legis.* 559 (1998)
 - Federal Election Commission, *Public Funding of Presidential Elections*, <http://www.fec.gov/pages/brochures/pubfund.shtml#General>
 - D. Fisichella, *L'altro potere. Tecnocrazia e gruppi di pressione*, Laterza, Roma-Bari 1997
 - D. Fisichella (a cura di), *Partiti e gruppi di pressione*, il Mulino, Bologna 1972
 - D. Fisichella, *Partiti politici e gruppi di pressione*, in G. Sartori (a cura di), *Antologia di scienza politica*, 271-284
 - E.B. Foley, D. Tobin, *The New Loophole?: 527s, Political Committees, and McCain-Feingold*, *BNA Money & Pol. Rep.*, Jan. 7, 2004
 - M. Fotia, *Le lobby in Italia. Gruppi di pressione e potere*, Dedalo, Bari 1997
 - M. Franco, *Lobby. Il parlamento invisibile: candidati, gruppi di pressione e finanziamenti elettorali nell'America degli anni '80*, il Sole 24 Ore, Milano 1988
 - J. Galkowski, *Polish Lobbying Law - Towards Transparency*, <http://www.oecd.org/dataoecd/63/9/41831780.pdf>
 - C. Gamboa Montejano, S. Valdés Robledo, *Cabildeo. Marco teórico conceptual, estudio y análisis de derecho comparado en diversos Países del mundo*, <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SPI-ISS-03-06.pdf>
 - J.F. García, *Lobby ¿Qué se debe regular?*, in *Serie Informe Político* N. 86 (2004), disponibile su http://www.lobbyingitalia.com/_P_U_B_L_I_C_/ItemsUploaded/File/Lobby%20-%20Que%20se%20debe%20regular%20-%20Septiembre%202004.pdf
 - J.A. Gardner, *Anti-Regulatory Absolutism in the Campaign Arena: Citizens United and the Implied Slippery Slope (2010)*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1664555>
 - F. Garella, *I gruppi di pressione nel parlamento italiano*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 4*, Milano 1994, 85 ss.
 - E. Garrett, R.M. Levin, T. Ruger, *Constitutional Issues Raised by the Lobbying Disclosure Act*, capitolo 7 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 197-222
 - D. Gelak, *Lobbying and Advocacy*, TheCapitol.Net, Washington, D.C. 2008
 - K.M. Goldstein, *Interest Groups, Lobbying, and Participation in America*, Cambridge University Press, New York, New York 1999
 - J.S. Gonen, *Litigation as Lobbying. Reproductive Hazards and Interest Aggregation*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio 2003
 - G. González Chávez, *El Cabildeo*, <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CVI-04-08.pdf> (2008)
 - G. Graziano, *Le lobbies*, Laterza, Roma-Bari 20072
 - G. Graziano, *Lobbying, Pluralism and Democracy*, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hants, England-New York, New York 2001 [ed. it. *Lobbying, pluralismo, democrazia*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995]
 - G. Graziano, *Partiti e lobbies: riflessioni sul caso americano*, in M. Vaudagna (a cura di), *Il partito politico americano e l'Europa*, 194-210
 - G. Griffith, *The Regulation of Lobbying*, New Parliamentary Library Research Service, Briefing Paper No 5/08 (2008), disponibile su [www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/publications.nsf/key/-TheRegulationofLobbying/\\$File/The+regulation+of+lobbying+No+5-2008+and+index.pdf](http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/publications.nsf/key/-TheRegulationofLobbying/$File/The+regulation+of+lobbying+No+5-2008+and+index.pdf)
 - J.D. Gwartney, R.E. Wagner (a cura di), *Public choice and constitutional economics*, Jai Press, Greenwich, Connecticut-London, England 1988
 - C. Hall (a cura di), *The New Politics of Judicial Elections 2000-2009: Decade of Change*, http://brennan.3cdn.net/d091dc911bd67ff73b_09m6yvpv.pdf
 - A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist*, disponibile su <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/> (prima ed. McLean, New York, New York 1788)
 - J. Harrington, *Note, Amici Curiae in the Federal Courts of Appeal: How Friendly Are They?*, 55 *Case W. Res. L. Rev.* 667 (2005)
 - R.L. Hasen, *Citizens United and the Illusion of Coherence*, 109 *Mich. L. Rev.* 581 (2011)
 - A.R. Hayward, *What Changes Do Recent Supreme Court Decisions Require for Federal Campaign Finance Statutes and Regulations?*, in 44 *Ind. L. Rev.* 285 (2010)
 - J.P. Heinz, E.O. Laumann, R.L. Nelson, R.H. Salisbury, *The Hollow Core. Private Interests in National*

- Policy Making*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, England 1993
- D. Hellman, *Money Talks but it Isn't Speech*, 95 *Minn. L. Rev.* ____ (2011)
 - S.J. Heyman, *The Dark Side of the Force: The Legacy of Justice Holmes for First Amendment Jurisprudence*, in 19 *William & Mary Bill Rts. J.* ____ (2011)
 - L. Hitoshi Mayer, *Disclosures About Disclosure*, in 44 *Ind. L. Rev.* 255 (2010)
 - R.J. Hrebenar, B.B. Morgan, *Lobbying in America: A Reference Handbook*, ABC-CLIO, Santa Barbara, California 2009
 - W.R. Huhn, *Three Giant Steps Backward for the First Amendment* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1715102>
 - S. Issacharoff, *On Political Corruption*, in 124 *Harv. L. Rev.* 118 (2010); M.S. Kang, *After Citizens United*, in 44 *Ind. L. Rev.* 243 (2010)
 - K. Jasiecki, *Regulating lobbying in Poland: Background, scope and expectations*, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20activity%20interface2006/143%20_2006_-if-rep%20jasie.pdf
 - D.E. Johnson, *Continuity and change in Argentine interest group activity and lobbying practices*, in 8 *J. Public Affairs* 83 (2008)
 - E. Jones, S. Vassallo (a cura di), *L'America di Obama. Le elezioni del 2008 e le implicazioni per l'Europa*, il Mulino, Bologna 2010
 - J.H. Kaiser, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Giuffrè, Milano 1993 (Presentazione di S. Mangiameli)
 - J.D. Kearney, T.W. Merrill, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, 148 *U. Pa. L. Rev.* 743 (2000)
 - E. Kontorovich, *What Standing Is Good For*, 93 *Va. L. Rev.* 1663 (2007)
 - A.J. Koshner, *Solving the Puzzle of Interest Group Litigation*, Praeger Press, Westport, Connecticut 1998
 - A.S. Krishnakumar, *Towards a Madisonian, Interest-Group-Based, Approach to Lobbying Regulation*, 58 *Ala. L. Rev.* 513 (2007)
 - S. Krislov, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 *Yale L. J.* 694 (1963)
 - A.O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, in 64 *Am. Econ. Rev.* 291 (1974)
 - J.J. Laffont, J. Tirole, *The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture*, in 106 *Quart. J. Econ.* 1089 (1991)
 - E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, M. Giard & C., Paris, France 1921
 - F. Lanchester, *«Drafting» e procedimento legislativo in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Bulzoni, Roma 1990
 - G.P. Land, *Note, Federal Lobbying Disclosure Reform Legislation*, 17 *Harv. J. on Legis.*, 295 (1980)
 - W. Landes, R. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 *J.L. & Econ.* 875 (1975)
 - E. Lane, *Lobbying and the Law*, University of California Press, Berkeley, California 1964
 - L. Lanzalaco, *Gruppi di pressione*, in G. Capano, M. Giuliani, *Dizionario di politiche pubbliche*, 168-174.
 - J. La Palombara, *Interest Groups in Italian Politics*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1964 (tr. it. *Cientela e parentela: studio sui gruppi d'interesse in Italia*, Edizioni di Comunità, Milano 1967)
 - R.J. La Raja, *Will Citizens United v. FEC give more political power to corporations?*, APSA 2010 *Annual Meeting Paper*, disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1642175>
 - W. Lehmann, L. Bosche, *Lobbying in the European Union: Current Rules and Practices*, AFCO 104 EN, 04-2003, http://ec.europa.eu/civil_society/interest_groups/docs/workingdocparl.pdf
 - M.E. Levine, J.L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, in 6 *J. L. Econ. Org.* 167 (1990)
 - E. Lichtblau, *Rivals Reach Consensus on New Earmark Rules*, in *New York Times*, 29 settembre 2010, A19
 - T.J. Lowi, *The End of Liberalism. The Second Republic of the United States*, W. W. Norton & Company, New York, New York 1979 (1969)

- K. Kollman, *Outside Lobbying: Public Opinion and Interest Group Strategies*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1998
- J. Leiper Freeman, *The Political Process: Executive Bureau-Legislative Committee Relations*, Random House, New York, New York 19652 (19551)
- J. Levitt, *Confronting the Impact of Citizens United*, in 29 *Yale L. & Pol'y Rev.* ____ (2010)
- J. Loughlin (a cura di), *Subnational Democracy in the European Union: Challenges and Opportunities*, Oxford University Press, Oxford, England-New York, New York 2001
- W. Luneburg, *The Evolution of Federal Lobbying Regulation: Where We Are Now and Where We Should Be Going*, 41 *McGeorge L. Rev.* 85 (2009)
- W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, American Bar Association, Chicago, Illinois 20094
- W.V. Luneburg, A.L. Spitzer, *The Lobbying Disclosure Act of 1995: Scope of Coverage*, capitolo 3 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 43-104
- W.V. Luneburg, A.L. Spitzer, *Registration, Quarterly Reporting, and Related Requirements*, capitolo 4 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 105-160
- W.V. Luneburg, *Semiannual Reports on Contributions and Disbursements by Registrants and Lobbyists*, capitolo 5 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 161-182
- W.V. Luneburg, *Administration and Enforcement of the LDA and Miscellaneous Lobbying Restrictions*, capitolo 6 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 183-196
- N. Lupo, *Verso una regolamentazione del lobbying anche in Italia? Qualche osservazione preliminare*, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/?p=8492>
- J.R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 *Colum. L. Rev.* 223 (1986)
- L.S. Maisel, J.M. Berry, G.C. Edwards III (a cura di), *The Oxford Handbook of American Political Parties and Interest Groups*, Oxford University Press, Oxford, England-New York, New York 2010
- M.M. Malone, *Regulation of Lobbyists in Developed Countries. Current Rules and Practices*, disponibile su <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload.2048.en.pdf> (2004)
- S. Mangiameli, *Gli "interessi organizzati" tra fenomenologia sociale e Costituzione. Presentazione alla traduzione di J.H. Kaiser, La rappresentanza degli interessi organizzati*
- J.A. Marcantel, *Originalism and the Myth of the Corporate Constitutional Person* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1620993>
- J.L. Marshaw, *Greed, chaos, and governance: using public choice to improve public law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut-London, England 1997
- J. Maskell, Congress Research Service, *Grassroots Lobbying: Constitutionality of Disclosure Requirements*, aggiornato al 26 febbraio 2008, http://assets.opencrs.com/rpts/RL33794_20080226.pdf (2008)
- T.M. Massaro, *Foreign Nationals, Electoral Spending, and the First Amendment*, in 34 *Harv. J.L. Publ. Pol'y* ____ (2011)
- S. Mazey, J. Richardson (a cura di), *Lobbying in the European Community*, Oxford University Press, Oxford, England-New York, New York 1993
- G. Mazzei, *Lobby della trasparenza. Manuale di relazioni istituzionali*, Centro di Documentazione Giornalistica, Roma 2009
- C. McGrath (a cura di), *Interest Groups and Lobbying in Europe*, Edwin Mellen Press, Lewiston, New York-Lampeter, England 2009
- C. McGrath, *The development and regulation of lobbying in the new member states of the European Union*, in 8 *J. Public Affairs*, 15-32 (2008)
- C. McGrath, *Transparency, Access and Influence: Regulating Lobbying in the Uk* (2009), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1450819> (APSA 2009 Toronto Meeting Paper)
- I. McLean, *Public Choice: an Introduction*, Blackwell, Oxford, England 1987
- R.I. Meltzer, *Foreign Agents Registration Act*, capitolo 12 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 307-320
- L. Mezzetti, *Finanziamenti e condizionamenti del partito politico*, http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200810/mezzetti_AIC2008.pdf
- A. Mikva, E. Lane, *Legislative Process*, Aspen Publishers, New York, New York 20093

- J. Milyo, *Mowing Down the Grassroots. How Grassroots Lobbying Disclosure Suppresses Political Participation*, http://ij.org/images/pdf_folder/washington/mowing_down_the-grassroots.pdf
- I. Moreschini, *Lobby: le regole negli Stati Uniti e in Italia*, in *Democrazia e Diritto*, 1995, f. 2, 231-266
- L. Morlino (a cura di), *Costruire la democrazia: gruppi e partiti in Italia*, il Mulino, Bologna 1991
- D.P. Mulhollan, Congress Research Service, *History of House Consideration, 1852-1927* (1985)
- G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna 2009
- A. Natalini, *Il management della regolazione*, in G. de Caprariis, G. Vesperini (a cura di), *L'Italia da Semplificare*, vol. 2, *Le regole e le procedure*, 233 ss.
- C. Nicholson, P.M. Collins, Jr., *The Solicitor General's Amicus Curiae Strategies in the Supreme Court*, 36 *American Politics Research* 382 (2008)
- OCSE, *Legislation on Lobbying in Europe*, <http://www.oecd.org/dataoecd/18/15/38944200.pdf>
- OCSE, *Transparency and Integrity in Lobbying* (gennaio 2010), <http://www.oecd.org/dataoecd/14/57/44641288.pdf>
- M. Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-London, England 1965¹, 1971²
- K. Orren, *Standing to Sue: Interest Group Conflict in the Federal Courts*, in 70 *Am. Pol. Sci. Rev.* 723 (1976)
- L. Paige Whitaker, *The Constitutionality of Campaign Finance Regulation: Buckley v. Valeo and Its Supreme Court Progeny*, CRS Report for Congress, disponibile su <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL30669.pdf> (2008)
- E. Palici di Suni, F. Cassella, M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione europea*, CEDAM, Padova 1998¹, 2001²
- E. Palici di Suni (a cura di), *La presidenza Obama nel sistema costituzionale statunitense: novità e riconferme*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010
- G. Pasquino, *Gruppi di pressione* (voce), in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il dizionario di politica*, UTET, Torino 1983, 496-505
- G. Pasquino, *Istituzioni, partiti, lobbies*, Laterza, Roma-Bari, 1988
- L. Pegoraro, *La parabola delle hearings regionali: dalla partecipazione al lobbying*, in G. De Vergottini (a cura di), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, 267 ss.
- P.L. Petrillo, *La disciplina dei gruppi di pressione a livello regionale: il caso della Regione Toscana (e, senza originalità, quello del Molise)*, http://amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2010/04/15604_petrillo.pdf
- P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011
- G. Pirzio Ammassari, *Elites e processi decisionali tra politica ed economia: analisi di casi*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008
- E.E. Poliakoff, J.Y. Dyer, *Lobbying, PACs, and Campaign Finance: 50 State Handbook*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 2011 Edition
- E. Pollman, *Reconceiving Corporate Personhood* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1732910>
- G.D. Polsky, G.-U.E. Charles, *Regulating Section 527 Organizations*, 73 *Geo. Wash. L. Rev.* 1000 (2005)
- M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, England-New York, New York 2006
- S.K. Ripken, *Corporate First Amendment Rights after Citizens United: An Analysis of the Popular Movement to End the Constitutional Personhood of Corporations* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1702520>
- R. Robins, *Why the Honest Leadership and Open Government Act of 2007 Falls Short, and How It Could Be Improved*, in *Legislation and Policy Brief: Vol. 2: Iss. 2, Article 4*, 2010
- M.A. Rogoff, *Riflessioni sul sistema elettorale presidenziale statunitense e sull'elezione presidenziale del 4 novembre 2008*, in E. Palici di Suni (a cura di), *La presidenza Obama nel sistema costituzionale statunitense: novità e riconferme*, 11-59
- K. Ronit, V. Schneider, *The Strange Case of Regulating Lobbying in Germany*, in 51 *Parliam. Aff.* 559 (1998)
- A. Rosenthal, *The Third House*, CQ Press, Washington, D.C. 2002, 19931

- R.C. Sachs, Congress Research Service, *Hearings in the U.S. Senate: A Guide for Preparation and Procedure*, <http://lieberman.senate.gov/assets/pdf/crs/senatehearings.pdf> (2004)
- J. Samples, *The DISCLOSE Act, Deliberation, and the First Amendment*, in *Policy Analysis*, No. 664, 28 giugno 2010, disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1710803>
- G. Sartori (a cura di), *Antologia di scienza politica*, il Mulino, Bologna 1970
- Scottish Office, *Parliamentary Practices in Devolved Parliaments*, 5. *Lobbying practice*, <http://www.scotland.gov.uk/government/devolution/ppdp-06.asp>
- J. Scourfield McLauchlan, *Congressional Participation as Amicus Curiae Before the U.S. Supreme Court*, LFB Scholarly Publishing, New York, New York 2005
- J.A. Sekulow, E.M. Zimmerman, *Weeding Them Out by the Roots: the Unconstitutionality of Regulating Grassroots Issue Advocacy*, 19 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 164 (2008)
- M.R. Siebecker, *A New Discourse Theory of the Firm After Citizens United*, in 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 161 (2010)
- G. Silvia D'Aiotti, *Individuo, Istituzioni, scelte pubbliche*, CEDAM, Padova 1990
- A. Smith, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Mondadori, Milano 1977 (ed. orig. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Strahan and T. Cadell, London, England 1776)
- B.A. Smith, *Some Problems with Taxpayer-Funded Political Campaigns*, in 148 *U. Pa. L. Rev.* 591 (1999)
- B.A. Smith, *Unfree Speech: The Folly of Campaign Finance Reform*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey-Woodstock, England 2001
- L.A. Solowiej, P.M. Collins, Jr., *Counteractive Lobbying in the U.S. Supreme Court*, 37 *American Politics Research* 670 (2009)
- I.S. Speir, *In Search of an Originalist View of the Corporation* (2010), disponibile su SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1619510>
- M. Steth, *The Scarlet "L": Lobbying Reform and the First Amendment*, in *Legislation and Policy Brief: Vol. 2: Iss. 1, Article 1* (2010)
- G.J. Stigler, *The Citizen and the State: Essays on Regulation*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois 1975
- G.J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell J. Econ. & Mgmt. Sci.* 3 (1971)
- K.M. Sullivan, *Two Concepts of Freedom of Speech*, in 124 *Harv. L. Rev.* 143 (2010)
- K.M. Sullivan, G. Gunther, *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, New York 2010¹⁷
- C. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 *Stan. L. Rev.* 29, 29 (1985)
- T.M. Susman, *Lobbying by Executive Branch Officials*, cap. 14 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 337-348
- T.M. Susman, W.V. Luneburg, *History of Lobbying Reform Proposals Since 1955*, cap. 2 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 23-42
- T.M. Susman, M.H. Martin, *Contingent Fee Lobbying*, capitolo 33 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 669-688
- T.M. Susman, *The Byrd Amendment*, capitolo 15 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 349-364
- T.M. Susman, *Federal Acquisition Regulation Governing Lobbying*, capitolo 16 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 365-370
- A.P. Thomas, *Easing the Pressure on Pressure Groups: Toward a Constitutional Right to Lobby*, 16 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 149 (1993)
- A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, UTET, Torino 2007 (ed. orig. *De la démocratie en Amérique*, Louis Hauman Et Comp. 1835-1840)
- L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, New York 1999, 1982, 1978
- P. Trupia, *La democrazia degli interessi: lobby e decisione collettiva*, il Sole 24 Ore, Milano 1989
- P. Trupia, *Negoziazione legislativa e centri di influenza*, in M. D'Antonio (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-89*, 725 ss.
- G. Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, in 5 *West. Econ. J.* 224 (1967)
- G. Tullock, *The Rent-Seeking Society*, Liberty Fund, Indianapolis, Indiana 2005
- U.K. House of Commons, Public Administration Committee, *Lobbying: Access and influence in*

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmselect/cmpublicadm/36/3602.htm>

- M.K. Vanderbeck, *Note, First Amendment Constraints on Reform of the Federal Regulation of Lobbying Act*, 57 *Tex. L. Rev.* 1219 (1979)
- M. Vaudagna (a cura di), *Il partito politico americano e l'Europa*, Feltrinelli, Milano 1991
- R.G. Vaughn, *Post-Employment Restrictions and the Regulation of Lobbying by Former Employees*, capitolo 25 di W.V. Luneburg, T.M. Susman, R. Gordon (a cura di), *The Lobbying Manual*, 525-554
- M. Viroli, *Dalla politica alla ragion di stato. La scienza del governo tra XIII e XVII secolo*, Roma, 1994
- M.J. Walker Wilson, *Too Much of a Good Thing: Campaign Speech After Citizens United*, in 31 *Cardozo L. Rev.* 2365 (2010)
- J. Warhurst, *Locating the Target: Regulating Lobbying in Australia*, in 51 *Parliam. Aff.* 538 (1998)
- D. Winik, *Citizens Informed: Broader Disclosure and Disclaimer for Corporate Electoral Advocacy in the Wake of Citizens United*, in 120 *Yale L.J.* 622 (2010)
- M.M. Wiszowaty, *Legal Regulation of Lobbying in New Member States of the European Union*, in H. Pleines (a cura di), *Participation of Civil Society in New Modes of Governance. The Case of the New EU Member States. Part 2: Questions of Accountability (Forschungsstelle Osteuropa Bremen. Arbeitspapiere und Materialien*, n. 74 - febbraio 2006), 46-56, disponibile su <http://www.forschungsstelle.uni-bremen.de/images/stories/pdf/ap/fsoAP74.pdf>
- M. Youn, *Citizens United: The Aftermath* (2010), *American Constitution Society Issue Brief*, disponibile su <http://www.acslaw.org/pdf/C21/Issue%20Briefs/ACS%20Issue%20Brief%20-%20Youn%20Citizens%20United.pdf>

INDICE

Introduzione. LO STUDIO DEL <i>LOBBYING</i> IN USA, EUROPA E ITALIA TRA LIBERTÀ (DI ESPRESSIONE), (CRISI DELLA) DEMOCRAZIA E (MODI DI PRODUZIONE DEL) DIRITTO.....	4
Capitolo I. IL <i>LOBBYING</i> NELLE DEFINIZIONI NORMATIVE (E NON).....	15
1. Il <i>lobbying</i> nella sua accezione più generale.....	15
2. La definizione normativa di <i>lobbying</i> negli Stati Uniti.....	16
3. La definizione normativa di <i>lobbying</i> in Europa.....	19
4. La definizione di <i>lobbying</i> nelle leggi regionali italiane.....	21
Capitolo II. IL QUADRO COSTITUZIONALE E REGOLATORIO AMERICANO DALLE ORIGINI ALLE PRIME LEGGI SUL <i>LOBBYING</i>	23
1. Il <i>lobbying</i> : « <i>as American as apple pie</i> ».....	23
2. Le prime forme di regolamentazione.....	25
Capitolo III. LA GIURISPRUDENZA AMERICANA IN MATERIA DI <i>LOBBYING</i> (E FINANZIAMENTO ELETTORALE).....	30
1. Brevi note di diritto costituzionale americano, con particolare riguardo alla <i>First Amendment Jurisprudence</i>	30
2. Regole importanti del procedimento legislativo.....	33
3. La giurisprudenza rilevante in materia di Primo Emendamento e dintorni.....	34
3.1. Il <i>leading-case</i> : <i>United States v. Harriss</i> (1954). Il <i>lobbying</i> è protetto dal Primo Emendamento, ciò che conta è la <i>disclosure</i>	35
3.2. Il diritto di rivolgere petizioni al governo è tutelato anche se esercitato con scopo anticoncorrenziale: la c.d. <i>Noerr-Pennington doctrine</i>	39
3.3. La liceità dei contratti volti al conseguimento di una determinata decisione pubblica: <i>Steele v. Drummond</i> (1927).....	41
3.4. Il <i>contingent fee lobbying</i> come modalità vietata di <i>lobbying</i> in quanto minaccia all'interesse generale.....	42
3.5. I principi giurisprudenziali sugli obblighi di <i>disclosure</i> : da <i>NAACP v. Alabama</i> (1958) a <i>Doe #1 v. Reed</i> (2010).....	48
3.6. Il <i>lobbying</i> dell'opinione pubblica: da <i>United States v. Rumely</i> (1953) al cosiddetto <i>grassroots lobbying</i>	52
3.7. Finanziamento pubblico delle attività di <i>lobbying</i> e divieto di uso di fondi pubblici per finanziare attività di <i>lobbying</i>	56
3.8. Una questione di dettaglio: l'illegittimità del divieto di ricevere <i>honoraria</i> per i dipendenti dell'esecutivo di rango inferiore.....	62
4. I principi fondamentali sul finanziamento elettorale.....	62
4.1. Il landmark case <i>Buckley v. Valeo</i> (1976), tra libertà di finanziamento e obblighi di <i>disclosure</i>	62
4.2. La libertà di finanziamento nei principali casi precedenti a <i>Citizens United: Beaumont</i> (2003), <i>McConnell</i> (2003), <i>WRTL II</i> (2007).....	66
4.3. La <i>progeny</i> di <i>Buckley</i> in materia di <i>disclosure</i>	68
4.4. <i>Citizens United</i> (2010): massima libertà di finanziamento, ma conferma degli obblighi di <i>disclosure</i> . 70	
4.5. La <i>progeny</i> di <i>Citizens United</i> fino alla caduta dell'ultimo (sinora) limite al finanziamento elettorale, <i>McCutcheon v. FEC</i> (2014).....	75
Capitolo IV. L'IMPIANTO NORMATIVO AMERICANO ATTUALE.....	82

1. Il <i>Lobbying Disclosure Act</i> : gli obblighi per i lobbisti di rendere pubbliche informazioni sul proprio operato.....	82
2. Limiti alle possibilità dei lobbisti di acquisire influenza: le regole sui conflitti d'interesse dei pubblici funzionari.....	84
2.1. <i>Ratio</i> delle disposizioni considerate, fonti e sanzioni.....	84
2.2. Limiti applicabili durante l'esercizio della pubblica funzione.....	87
2.2.1. Incarichi incompatibili (attività vietate, divieto di <i>honoraria</i> , restrizioni ad altri redditi e divieto di <i>lobbying contacts</i> con il coniuge di un parlamentare).....	87
2.2.2. Regole sugli omaggi ai pubblici funzionari (disposizioni penali contro la corruzione, regole di condotta dei pubblici funzionari).....	90
2.3. Limiti successivi alla cessazione dell'incarico pubblico: il c.d. divieto di <i>revolving door</i> (e la perdita del <i>privilege of the floor</i>).....	94
3. Regime fiscale delle spese (private) per attività di <i>lobbying</i>	98
Capitolo V. LE RIFORME PIÙ RECENTI (APPROVATE E NON) NEGLI USA.....	99
1. Le principali proposte di riforma recenti rimaste senza esito.....	99
2. Le nuove regole stabilite sotto l'Amministrazione Obama.....	102
Capitolo VI. IL <i>LOBBYING</i> NEGLI USA COME ESPRESSIONE DI LIBERTÀ INDIVIDUALE.....	111
1. Il <i>lobbying</i> (e il finanziamento elettorale) come diritto individuale, nel quadro della <i>First Amendment jurisprudence</i> e della storia di questa disposizione.....	111
2. « <i>Sunlight is [...] the best disinfectant</i> »: l'importanza della <i>disclosure</i> nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione americana sul <i>lobbying</i> (e sul finanziamento elettorale).....	116
Capitolo VII. LA DISCIPLINA DEL <i>LOBBYING</i> A LIVELLO EUROPEO (UE E CONSIGLIO D'EUROPA): UNO STRUMENTO PER PROMUOVERE LA DEMOCRAZIA.....	119
1. Una comparazione asimmetrica (anche sul piano linguistico).....	119
2. Giurisprudenza Ue.....	121
2.1. L'inesistenza di un diritto a partecipare a un procedimento legislativo in capo a individui e gruppi (e i limitati spazi ad essi disponibili per l'accesso diretto alla giustizia dell'Ue).....	121
2.2. Due casi in cui affiora indirettamente una visione negativa del <i>lobbying</i>	133
2.3. Il <i>lobbying</i> in alcune argomentazioni delle parti (senza risposta sul punto dai giudici europei).....	134
2.4. Il quadro attuale della giurisprudenza dell'Ue.....	137
3. I primi passi verso una regolamentazione (non vincolante) del <i>lobbying</i> nell'Unione europea.....	138
3.1. I primi atti ufficiali sulla rappresentanza di interessi.....	138
3.2. Il libro bianco del 2001 sulla <i>governance</i> europea.....	142
3.3. “Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo”: la comunicazione del 2002.....	143
3.4. La svolta: la <i>European Transparency Initiative</i> del 2005.....	144
4. I Trattati europei, in particolare dopo Lisbona.....	147
4.1. La possibile rivoluzione dell'articolo 11 TUE.....	147
4.2. Il Comitato Economico e Sociale.....	150
4.3. Altre disposizioni.....	152
5. La disciplina attuale nell'Unione europea.....	155
5.1. L'accordo interistituzionale del 2014 e i suoi allegati.....	155
5.2. Regole di accesso al Parlamento europeo e codice di condotta per i parlamentari europei.....	159
5.3. Altre norme rilevanti nel regolamento del Parlamento europeo.....	160

5.4. Il pacchetto “legiferare meglio” della Commissione (2015).....	162
5.5. Lo statuto dei funzionari.....	165
5.6. Le regole sul finanziamento elettorale.....	166
6. <i>Lobbying</i> e finanziamento elettorale nel sistema del Consiglio d’Europa.....	168
6.1. Corte EDU e <i>lobbying</i>	168
6.2. Corte (e Commissione) EDU e finanziamento elettorale.....	172
6.3. Gli atti di <i>soft law</i> del Consiglio d’Europa in materia di <i>lobbying</i>	177
6.4. Conclusione su gruppi di pressione e sistema CEDU.....	188
7. Il <i>lobbying</i> in Europa come strumento di promozione della democrazia (rappresentativa).....	190
Capitolo VIII. LA (PRESSOCHÉ ASSENTE) DISCIPLINA DEL <i>LOBBYING</i> IN ITALIA E LE POSSIBILI RAGIONI DELLA MANCATA REGOLAMENTAZIONE.....	193
1. Il <i>lobbying</i> in Italia tra assenza di disciplina vincolante e concertazione.....	193
2. Le indicazioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in materia di <i>lobbying</i>	195
3. Le leggi regionali di Toscana, Molise e Abruzzo.....	198
3.1. Toscana (e Molise).....	198
3.2. Abruzzo.....	199
4. Il quadro nazionale.....	200
4.1. Regolamenti parlamentari.....	201
4.2. Il registro del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.....	202
4.3. Altre disposizioni: l’analisi d’impatto della regolamentazione e il traffico di influenze illecite.....	203
4.4. Le proposte di legge.....	204
5. Il modello italiano di (mancata) disciplina del <i>lobbying</i> in prospettiva comparata.....	208
Conclusione. LA REGOLAMENTAZIONE (O MENO) DEL <i>LOBBYING</i> : TRA LIBERTÀ, DEMOCRAZIA E DIRITTO.....	210
1. Il <i>lobbying</i> : un’eccezione in materia di <i>free speech</i> ?.....	210
2. Libertà o democrazia? Due diversi modi di concettualizzare e proteggere la “stabile intermediazione” tra economia-società e politica.....	215
3. Gli spunti per l’Italia (e l’Europa). Regolamentare (in modo rigido) o no?.....	220
4. Il <i>lobbying</i> come effetto (e al contempo causa) della crisi della democrazia e la sua concettualizzazione come autodifesa.....	223
5. Il <i>lobbying</i> come effetto (e al contempo causa) della natura, evoluzione (e crisi) di un sistema giuridico.....	226
BIBLIOGRAFIA.....	238
INDICE.....	247



The European and Comparative Law Issues (ECLI) Series of the University Institute of European Studies (IUSE) was established in 2015 on the basis of the ECLI Working Papers already published by the IUSE since 2011.

Since its establishment in 1952, the Institute has focused its research on European and international studies, investigating issues at the intersection between law, economics and political studies.

The ECLI Series builds on this experience and expands it, by publishing works by scholars of any affiliation typically in the form of monographs or long scientific essays, that go beyond the working paper dimension. Its objective is to contribute to and disseminate the studies of European legal integration, using a cross-sectoral approach, and encouraging the practical use of the theoretical research performed, by influencing the decisions of private and public international organisations.

The privileged method of the ECLI Series works is a comparative one, that contrasts European problems and solutions to similar issues faced in other legal systems.

IUSE Press, an online publication by the University Institute of European Studies (IUSE) of Turin, is devoted to publishing top-quality, cutting-edge academic works on topics involving European studies.

Its areas of interest cover law, political science, and economics.

All the e-books published are peer-reviewed.

The scholarship hosted by IUSE Press aims at usefully contributing to European studies and to the debate on the more relevant and current issues in this area.

IUSE Press welcomes original, unpublished submissions by both young and experienced scholars.