

MEMORIA

del prof. Tommaso Edoardo Frosini, ordinario di diritto pubblico comparato nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, per l'AUDIZIONE, del 5 febbraio 2024, al Comitato per la legislazione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, in occasione della indagine conoscitiva sui "Profili critici della produzione normativa"

1. Ringrazio i Presidenti e i componenti dei due Comitati per l'invito. È questa la terza volta che ho l'onore di essere audito, per presentare e rappresentare il mio pensiero riguardo le criticità della legislazione. La volta scorsa, il problema era quello dell'impatto della pandemia sulle fonti del diritto. Ci trovavamo in un contesto ordinamentale in cui la necessità, ovvero l'emergenza, era di per sé la fonte da cui si faceva sgorgare il diritto, creando però delle asimmetrie nel sistema delle fonti, così come concepito secondo la criteriologia gerarchica.

Oggi, il tema è quello relativo alla criticità della produzione normativa, come declinato nel programma previsto per questa indagine conoscitiva. Tema antico, mi verrebbe da dire. Da anni, infatti, si parla di legge oscura e si studiano rimedi per renderla chiara. Tra cui l'istituzione parlamentare del Comitato per la legislazione, da questa legislatura previsto anche al Senato della Repubblica. Il groviglio normativo, spesso derivante dall'eccesso della decretazione d'urgenza, emerge dal Rapporto 2022-2023 che questo Comitato ha prodotto, dove si può verificare come in un anno di legislatura (l'attuale: XIX) siano state approvate 83 leggi, di cui 40 di conversione di decreti legge. Mentre gli atti normativi governativi sono stati: 48 decreti legge e 36 decreti legislativi. Questo *trend* in favore degli atti aventi valore di legge è sempre presente nelle legislature precedenti, anche in maniera

significativamente accentuata. Il problema, poi, è che in molti (ormai troppi) casi sono stati varati atti normativi, leggi e decreti, composti da pochi articoli e centinaia di commi. Con continui e complessi rinvii a precedenti leggi, senza però esplicitarne il contenuto delle stesse, ridotte cioè a un numero e un anno (della pubblicazione): rendendo così inintelligibile il messaggio legislativo destinato ai cittadini. Sul punto, voglio richiamare l'attenzione del Comitato sulla sentenza n. 110 del 2023 della Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale una legge regionale perché "irrimediabilmente oscura", adottando quale parametro di costituzionalità l'art. 3 cost., nella sua declinazione di principio di ragionevolezza. È la prima volta che la Corte affronta e risolve con un giudizio di incostituzionalità il tema della legge oscura. Non credo che questa pronuncia rimarrà isolata. Quindi, il parlamento deve prendere consapevolezza delle ricadute in punto di costituzionalità, ogni qualvolta approvasse delle leggi che avessero una loro palese oscurità. In questo contesto, credo, che il ruolo dei Comitati per la legislazione dovrà essere quello di svolgere una maggiore vigilanza, dotandosi anche di significativi poteri quantomeno sul *drafting* formale. Vi sarebbe poi l'ipotesi di trasformare i due Comitati in un Comitato bicamerale, così da rafforzare le sue funzioni e monitorare meglio e in maniera più incisiva il percorso legislativo.

2. Vorrei provare, inizialmente, a svolgere un ragionamento più generale per poi andare sul particolare e indicare qualche suggerimento per contribuire al miglioramento della qualità della legislazione.

Mi sia consentito esordire con una domanda retorica: ha ancora valore la legge nelle democrazie costituzionali? È ancora l'atto attraverso il quale

si determinano i rapporti giuridici all'interno delle società? La legge è entrata in una fase di dissolvenza: prima, nell'era moderna, era dura (*"dura lex sed lex"*), rigida, presuntuosa. La legge post moderna, invece, è mite, flessibile, scivolosa. Uguale la parola - legge -, assai diverso l'uso, che sconta altresì una continua opera di interpretazione, che può arrivare a ribaltarne la lettera per favorire lo spirito. La legge, questa realtà rocciosa, è unitaria, è statica, è identica a sé stessa nella sua enunciazione e nella sua applicazione - ma soltanto in apparenza. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra.

La legge, che una volta era ritenuta *l'expression de la volonté générale*, ha perso parte della sua forza e della sua capacità di regolare i rapporti giuridici. Non riesce a governare la complessità del reale, non riesce a seguire e guidare l'accelerazione dei processi sociali. La legge oggi appare sempre più come un mero simulacro. Innanzitutto e soprattutto perché non ha più l'esclusività, ovvero non è più il solo atto con il quale si prescrivono le regole per la cittadinanza. Assistiamo al sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto - norme tecniche, delibere, linee guida, *"soft law"* - che si vanno sempre più espandendo senza confini e quindi prive di frontiere giuridiche. Che sono frutto di una prassi giuridica, che altera la gerarchia normativa e che sottrae agli stati la titolarità del diritto consentendo ad altri soggetti, soprattutto privati, di partecipare attivamente alla produzione del diritto. Vi è un incontenibile sviluppo del diritto dei privati, ovvero un diritto fatto dai

privati, che genera diritti non più riferiti allo Stato ma alle persone, ai singoli soggetti.

Quindi, si sostiene, che il baricentro della produzione giuridica si sta spostando sui regimi privati, ovvero su accordi stipulati da attori globali, su regolamenti commerciali delle imprese multinazionali, su normative interne alle organizzazioni internazionali, su sistemi di negoziato interorganizzativi e su processi mondiali di standardizzazione.

La legge, inoltre, è stata in buona parte sostituita dalla sentenza. Sono i giudici con le loro decisioni che svolgono una supplenza legislativa, che viola il principio fondante della separazione dei poteri e quindi si mostra come lesivo del costituzionalismo. Non è interpretazione giurisprudenziale, piuttosto un vero e proprio trapianto normativo. La Corte costituzionale, per esempio, che dovrebbe, quale suo originario compito, eliminare le leggi in contrasto con la costituzione, oramai, e da tempo, le riscrive lei stessa, con la tecnica delle sentenze cd. "additive"; oppure impone al legislatore di farlo seguendo il proprio indirizzo giurisprudenziale. Eppure, rimane scolpito all'art. 101 cost., che "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Non solo a una singola legge ma soprattutto a quella in generale, quale complesso delle leggi che compongono l'ordinamento giuridico.

Nella vicenda italiana, poi, la legge è diventata decreto: ovvero atto del governo, per via emergenziale o su delega parlamentare. Privato, pertanto, dal confronto fra maggioranza e opposizione, e quindi frutto di una scelta univoca. Forse complice un bicameralismo paritario obsoleto, che impone ritmi e tempi lunghi e complessi, nonostante i recenti tentativi di procedere con una sorta di "monocameralismo alternato".

3. I decreti legge governativi sono croce e delizia del sistema istituzionale italiano. Pensati per intervenire nei casi di straordinaria necessità e urgenza - come terremoti o altre calamità naturali - sono diventati un modo alternativo di legiferare, rispetto a quello parlamentare. I governi del passato ne hanno abusato, anche perché non avevano maggioranze stabili a cui affidarsi, e di cui fidarsi, per potere attuare, con legge parlamentare, il programma di indirizzo politico. Pertanto, si procedeva a colpi di decreto. Poi nel 1996 intervenne la Corte costituzionale. Venne emanata una sentenza (la n. 360) che vietava la reiterazione dei decreti che, in numerosi casi, si erano protratti per oltre un anno, attraverso la tecnica della ripresentazione prima della scadenza dei sessanta giorni, al fine di ottenerne altri sessanta e così via. Altri significativi interventi per limitare l'abuso dei decreti sono stati compiuti, nel corso degli anni, dalla Corte costituzionale. Tra cui: verificare se davvero ci sono i casi di straordinaria necessità e urgenza al momento del varo del decreto; dichiarare incostituzionale la legge di conversione, se è espressione di un decreto deliberato senza i presupposti costituzionali della necessità e urgenza; annullare le norme disomogenee inserite nei decreti, che nulla hanno a che vedere con la titolazione e il contenuto degli stessi. Insomma, è stato merito della Corte costituzionale avere ricondotto a un percorso costituzionalmente corretto l'uso della decretazione d'urgenza. Non sempre però il governo cammina lungo questo percorso, perché si fa prendere dalla tentazione di legiferare per decreto, anziché presentare disegni di legge e chiedere alla sua maggioranza di approvarli. È questo un punto rilevante: il governo dovrebbe affidarsi e fidarsi di più della sua maggioranza parlamentare e lasciare fare che sia questa a fare le leggi. D'altronde, nello schema della separazione dei poteri, punto

archimedeo del costituzionalismo liberale, il parlamento è il legislatore mentre il governo è l'esecutivo. Salvo la possibilità governativa, quale eccezione alla regola, di emanare "atti aventi forza di legge", quali decreti legge o decreti legislativi (su delega parlamentare). Bisognerebbe ricondurre a normalità il funzionamento dei due poteri - legislativo ed esecutivo - i quali devono collaborare attraverso un continuo rapporto fiduciario, che si esplicita durante l'intera durata della legislatura.

Cosa fare? C'è la proposta di un parlamentare della maggioranza (AS n. 574) di allungare i tempi della durata del decreto, portandola da sessanta a novanta giorni, così da consentire al parlamento di esaminare meglio le norme del decreto prima di convertirle in legge. L'idea è tutt'altro che peregrina, salvo che è necessaria una modifica costituzionale. Quindi, tempi lunghi e difficoltà di approvazione. Si dovrebbe semmai ripensare una legge importante, varata nel lontano 1988, che non è stata pienamente valorizzata. Si tratta della legge n. 400, che disciplina la presidenza del consiglio dei ministri, affidando ruoli e competenze, anche in materia di decreti legge e decreti legislativi. Peraltro, la stessa legge prevede una norma, l'art. 13 *bis*, che fa riferimento, in modo chiaro e puntuale, alla chiarezza dei testi normativi. Una norma che andrebbe presa sul serio. Nella legge si possono introdurre altre tecniche per un uso della decretazione d'urgenza, che sia costituzionalmente conforme, come per esempio il voto sul decreto a tempi certi. Così una norma su cui lavorare può essere quella che prevede i disegni di legge del governo a data fissa, cioè prescrivere un termine entro il quale il parlamento deve votarli, altrimenti si intendono approvati alla scadenza del termine. Questo procedimento avrebbe lo scopo di ridurre l'abuso dei decreti legge, perché il governo godrebbe comunque di una sua corsia

privilegiata per approvare i propri disegni di legge, senza dover ricorrere alla decretazione d'urgenza.

4. Uno dei maggiori problemi che da tempo affligge le democrazie liberali è l'eccessivo, e non più tollerabile, disordine della legislazione. Sono gli errori e gli orrori legislativi, di cui è possibile fare una ricca e documentata casistica. Questo fenomeno degenerativo di cattiva legislazione va a colpire il cittadino, quale principale destinatario del provvedimento legislativo; perché non lo mette in condizione di capire e, pertanto di applicare correttamente la legge, che risulta oscura, in quanto scritta male e infarcita di continui richiami a precedenti leggi e norme, di cui si ignora il contenuto. Aggiungo, che si è diffuso un'insopportabile prassi tra le forze politiche, che consiste nell'invocare la incostituzionalità di una legge, con lo scopo di delegittimarla e strumentalizzarla. Invece, c'è solo un organo nell'ordinamento giuridico che può sentenziare se una legge è incostituzionale oppure no: la Corte costituzionale. La quale, come ricordato all'inizio, ha inaugurato, con la sentenza n. 120 del 2023, un indirizzo giurisprudenziale volto a sindacare le leggi oscure, dichiarandone la incostituzionalità sulla base del principio di ragionevolezza *ex art. 3 cost.*

Si possono immaginare rimedi a tutto ciò? Ci sono idee e suggerimenti che consentano di praticare una legislazione chiara, precisa, puntuale e privata di possibili vizi di incostituzionalità? Certo, c'è la tecnica legislativa, ovvero modi e metodi per legiferare meglio. Ma non è sufficiente. Allora, ci sarebbe la tecnologia in soccorso del parlamento. In particolare, l'intelligenza artificiale. Che oggi risulta decisiva in tanti settori dell'agire umano e scientifico, specialmente nella ricerca medica

di cura delle malattie. Il parlamento italiano, invece, pare mostrarsi restio e disinteressato ad avvalersi dell'intelligenza artificiale per migliorare le sue funzioni istituzionali. Va tuttavia salutata con interesse quanto prodotto dal "Comitato di vigilanza sull'attività di documentazione" della Camera dei deputati, che ha predisposto un primo Rapporto dedicato a come *Utilizzare l'intelligenza artificiale a supporto del lavoro parlamentare* (febbraio 2024).

Quello dell'intelligenza artificiale sarebbe un contributo che non andrebbe a sostituire la sovranità decisionale del parlamento, piuttosto servirebbe per supportare la sua attività legislativa e non solo (sul punto, sia consentito segnalare un recente libro dedicato al tema: A. Cardone, *"Decisione algoritmica" vs. Decisione politica?*). In Francia e in Germania sono state create apposite strutture parlamentari con il compito di utilizzare gli algoritmi per elaborare dati, che siano in grado di offrire all'iniziativa legislativa e alla sua procedimentalizzazione la migliore scelta normativa, che risulti lessicalmente chiara, non ripetitiva di altre leggi e norme e che verifichi l'impatto di sostenibilità con la giurisprudenza costituzionale.

Si tratterebbe, quindi, di elaborare un programma algoritmico, che sia in grado di monitorare l'atto legislativo, prima ancora della sua approvazione, per individuare quanto di inquinante vi sia nell'atto stesso. Ripulendolo dalle parole incomprensibili, dall'eccesso di articoli e commi; suggerendo l'eliminazione di quelle norme contrastanti con quanto si sta normando, segnalando i possibili contrasti con norme già oggetto di pronunce di incostituzionalità.

E lo stesso dovrebbe valere per i decreti legge in sede di conversione: al fine di evitare la reiterazione degli stessi e impedire lo svolgimento

disomogeneo del decreto, non più consentito dalla giurisprudenza costituzionale. Poi ci sarebbero gli emendamenti alle leggi, ammissibili sulla base di una verifica algoritmica. Evitando di arrivare al paradosso, verificato nel 2015 sul progetto costituzionale Renzi-Boschi, della presentazione di 82 milioni di emendamenti prodotti sulla base di un algoritmo, che ha elaborato all'infinito proposte di modifica testuale delle disposizioni in esame.

Certo, non si tratta di "commissariare" il parlamento e la politica: piuttosto di provare a risolvere un grande e grave problema, quale quello dell'ipertrofica e pasticciata legislazione. Un sostegno, un aiuto alla istituzione parlamento. Al quale rimarrebbe la decisione politica finale, anche laddove contrastante con i suggerimenti provenienti dall'intelligenza artificiale.