

QUALITÀ DELLA LEGISLAZIONE TRA SCIENZA, TECNICA E
TECNOLOGIA: PRIME RIFLESSIONI*

MARIA DE BENEDETTO**

Sommario

1. Premessa. – 2. Qualità della legislazione, in sé e per sé. – 3. Qualità della legislazione tra scienza e tecnica. – 4. Legislazione e tecnologia: quantità o qualità? – 5. Qualità della legislazione e tecnologia: un approccio di processo. – 6. Considerazioni conclusive.

Abstract

Legislation has been long time subject of a dedicated science (science of legislation) and of a specific technique (legislative drafting). While in both perspectives quality of legislation has been considered relevant, nowadays the problem seems how achieving quality of legislation in a context characterized by highly accelerated technological innovation. From this point of view, quality vs quantity of legislation may be a real criterion in order to choose among technological solutions as well as to manage them effectively in the legislative process. Moreover, the article shortly analyze, in a procedural and critical way, some of the technological solutions with potential impact on quality of legislation by concluding that the artisanal dimension in the legislative process (based on the primacy of the human) should be strengthened, as far as possible, to maximize the contribution of technological innovation to legislative quality.

Suggerimento di citazione

M. DE BENEDETTO, *Qualità della legislazione tra scienza, tecnica e tecnologia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2022. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto in occasione della giornata di studi *Tecnica legislativa ed innovazione tecnologica* svoltasi a Firenze il 12 maggio 2022 e organizzata nell'ambito del progetto *Assemblee rappresentative ed innovazione tecnologica dopo la pandemia: la "reingegnerizzazione" delle procedure parlamentari e del drafting legislativo* (Legitech).

** Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Roma Tre.
Contatto: maria.debenedetto@uniroma3.it

1. Premessa

Per affrontare il tema della qualità della legislazione in una prospettiva tecnologica occorre procedere per gradi, chiarendo progressivamente i termini del ragionamento. Si tratta di un percorso tutt'altro che ozioso, che si snoderà in quattro paragrafi e in qualche considerazione conclusiva. Sarà, infatti, dapprima indispensabile precisare la *nozione di qualità della legislazione* utilizzata, per quanto si possa cedere alla tentazione di darla per implicita (par. 2). Poi si darà conto del fatto che la legislazione è stata in qualche modo considerata ambito di riferimento di una *scienza* (la scienza della legislazione) e di una specifica *tecnica* (la tecnica legislativa) e che sia la scienza che la tecnica della legislazione si sono poste il problema della qualità della legislazione (par. 3). Ancora, si tenterà di chiarire cosa si debba intendere per *qualità della legislazione in una prospettiva tecnologica*, evidenziando taluni punti di criticità (par. 4). Infine, si proporrà l'adozione a fini descrittivi di una logica di processo, con la prospettiva di valutare opportunità e rischi del ricorso alla *tecnologia nelle diverse fasi del ciclo della legislazione* (par. 5), anche al fine di trarre qualche considerazione conclusiva in esito al ragionamento svolto (par. 6).

2. Qualità della legislazione in sé e per sé

Quando si parla di qualità della legislazione occorre primariamente sottolineare che la nozione di legislazione che si intende utilizzare è una nozione ampia. Anche nella letteratura internazionale è frequente il ricorso al termine legislazione “*in a broader sense*”, vale a dire si adotta una prospettiva che include non solo le fonti primarie ma anche tutta l'attività normativa dell'esecutivo (“primary and secondary legislation”¹). Peraltro, occorre considerare che in un processo non dissimile nei diversi ordinamenti, il ruolo dei Governi nella produzione legislativa di rango primario è crescente². Inoltre, nella nozione di legislazione vanno senz'altro ricomprese anche la legislazione di matrice europea e la legislazione adottata ad altri livelli di governo (come quella delle Regioni). Quanto alla regolazione delle autorità indipendenti, sarebbe necessario svolgere considerazioni *ad hoc*, per giungere alla conclusione che anche questa potrebbe inquadarsi nella categoria della legislazione se la nozione di

¹ U. KARPEN, *Introduction*, in U. KARPEN, H. XANTAKI (eds.), *Legislation and Legisprudence in Europe. A Comprehensive Guide*, Hart Publishing, 2017, p. 2.

² M. CARTABIA, ‘Il Governo ‘Signore delle fonti’?’, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (eds), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del convegno annuale dell'Associazione ‘Gruppo di Pisa’, Università degli Studi di Milano Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. IX. V. anche Camera dei deputati, *Dati e tendenze della legislazione statale nella XVI e nella XVII Legislatura*, Estratto dal Rapporto sulla legislazione 2017–2018, n 7, 6 June 2018, p. 21.

legislazione assumesse una configurazione amplissima, ma per la verità lo svolgimento di tale questione non è essenziale ai fini dell'argomentazione che qui si svolge³.

Parliamo ora della *qualità della legislazione*⁴. Vi è ampio accordo sul fatto che questa consista in *qualità formale* (comprensibilità, chiarezza, coerenza, attuabilità delle regole) e in *qualità sostanziale* (regole osservate, attuate e produttive di effetti coerenti con gli obiettivi che le hanno giustificate). Vi è ampio accordo, inoltre, sul fatto che la qualità della legislazione sia strettamente correlata all'istruttoria legislativa e che, anzi, ne costituisca aspetto qualificante richiedendo che nel corso dell'istruttoria si svolgano valutazioni *ex ante* e si preparino quelle *ex post*, si tengano consultazioni, si predispongano attività di monitoraggio, etc.

La *qualità formale* della legge viene concepita tradizionalmente come questione di pertinenza del cd. *ciclo della legislazione*, affermandosi nella pratica istituzionale prima della qualità sostanziale: in buona sostanza, la ricerca della qualità formale ha richiesto che nel procedimento legislativo fossero disponibili professionalità e competenze specifiche di legistica, quello che nell'esperienza dei paesi anglofoni si definisce *drafting*⁵ e in Francia *legistique formelle*. La *qualità sostanziale* è, invece, categoria più tardiva e più complessa e, sia perché implica la disponibilità di competenze interdisciplinari (quelle necessarie, di volta in volta, a regolare le più diverse materie), sia perché richiede di ampliare l'orizzonte della legislazione, aprendolo anche a monte e a valle del procedimento legislativo. Il cd. *ciclo della regolazione* è caratterizzato dal fatto che le singole iniziative legislative sono considerate anche quali regolazioni attuative delle politiche pubbliche perseguite dai Governi, le quali richiedono (per essere qualificate come *better regulation*) una valutazione *ex ante* degli effetti che dovrebbero produrre ed *ex post* di quelli che hanno effettivamente prodotto. Insomma, l'idea che il contenuto della legge esprima anche una sostanza regolatoria (nata negli Stati Uniti a partire dagli anni '70 del secolo scorso e consolidata in alcuni sistemi più che altri⁶) ha contribuito alla diffusione di una prospettiva più ampia, quella appunto del ciclo della regolazione, in cui non

³ Uno svolgimento più approfondito è in M. DE BENEDETTO, *La motivazione delle regole*, in "Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale", n. 185-186/2014, p. 7.

⁴ Sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, il Mulino, 2011.

⁵ Per una ricostruzione v. R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano 2004.

⁶ Sul punto interessante il rapporto Australian Government, Productivity Commission Research Report, *Identifying and Evaluating Regulation Reforms*, Appendix K, How do different countries manage regulation?, December 2011. V. anche C.M. RADAELLI, *The diffusion of Regulatory Impact Analysis in OECD countries: best practices or lesson-drawing?*, in "European Journal of Political Research", 2004, p. 725.

rileva solo il procedimento che conduce all'adozione della legge (come nel ciclo della legislazione) ma anche il contenuto (e la bontà) sostanziale della legge, in quanto capace di conseguire obiettivi, nella sua portata di catalizzatore di effetti. Dal 1999 sono, così, introdotte anche in Italia tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria normativa del governo, poi per la regolazione delle autorità indipendenti e nella legislazione delle regioni, sviluppando uno strumento per verificare che la legislazione (*ex ante*, analisi d'impatto della regolazione-AIR) sia in grado di produrre oppure che (*ex post*, valutazione d'impatto della regolazione-VIR) abbia prodotto gli effetti attesi⁷.

Una ricaduta rilevante del cambiamento di prospettiva riguarda l'attività dei parlamenti. Sul presupposto che la legislazione debba essere anche qualitativamente buona, cioè in grado di produrre effetti sociali ed economici ricercati e desiderabili, i parlamenti sono chiamati a guardare sempre più di frequente anche alla valutazione delle politiche pubbliche, dovendosi così orientare non più solo alla produzione di nuove leggi ma anche (di fatto) alla manutenzione dello *stock* di legislazione: si pensi, a tale riguardo, alla riforma costituzionale francese del 2008 (con cui si è previsto che una settimana su quattro dell'attività del Senato deve essere dedicata alla valutazione delle politiche pubbliche⁸) o al tentativo di riforma costituzionale italiana del 2016 che avrebbe attribuito la valutazione delle politiche pubbliche ad un riformato Senato⁹.

L'esigenza di semplificare, razionalizzare, migliorare la qualità della legislazione è poi da tempo oggetto di indicazioni da parte dell'OCSE, richiesta dalle istituzioni europee (si pensi al programma *EU Regulatory Fitness* che fissa un principio di previa valutazione dell'assetto normativo vigente - *evaluation first* - in vista dell'adozione di nuove regole¹⁰) ed è stata considerata, seppur con

⁷ Sull'argomento v. A. NATALINI-G. VESPERINI, *L'analisi d'impatto della regolazione. Il caso delle autorità indipendenti*, Roma 2012.

⁸ La loi constitutionnelle du 23 Juillet 2008, art. 24 ha stabilito che "Le Parlement vote les lois, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques". Sull'aspetto dell'introduzione degli études d'impact, v. J. MAIA, *Outline of the French Practice of Regulatory Impact Assessment (RIA) System Preliminary to the Legislative Process, One Year After the Enactment of the New 2008 Constitutional Framework*, in J.B. AUBY, T. PERROUD (eds.), *Regulatory Impact Assessment/La evaluación de impacto regulatorio*, Seville 2013, p. 167.

⁹ L'art. 1 del disegno di legge di riforma costituzionale pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 2016 (*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*) ridisegnava l'art. 55 Cost., prevedendo che «il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica. [...] Valuta le politiche pubbliche e l'attività delle pubbliche amministrazioni e verifica l'impatto delle politiche dell'Unione europea sui territori». Sull'argomento si veda N. RANGONE, *La valutazione delle politiche pubbliche nella riforma del Senato tra tecnica e politica*, in "Studi parlamentari e di politica costituzionale", n. 187/188, 2015, p. 73 ss.

¹⁰ European Commission, Communication "EU Regulatory fitness", COM (2012) 746 final, p. 4, dove si afferma che, a partire dal 2014 "the Commission will not examine proposals in areas of existing

approccio episodico, a livello nazionale, anche di recente, nel quadro delle politiche di ripresa e resilienza¹¹.

Eppure, l'uso degli strumenti per il miglioramento della qualità della legislazione italiana (ad oggi considerati "spuri"¹²) è ancora sostanzialmente fittizio. Le analisi d'impatto della regolazione che dovrebbero accompagnare gli atti normativi del Governo (quando presenti) non sono sempre adeguate, comunque difficili da reperire, poco utili per preparare la legislazione (prima) e per guidarne la fase attuativa (poi). Così, non è eccessivo sostenere che ad oggi – nonostante l'apprezzabile sforzo di singoli attori istituzionali – la qualità della legislazione costituisca in Italia una "*symbolic politics*"¹³.

3. Qualità della legislazione tra scienza e tecnica

Il problema di come conseguire una buona legislazione non è nuovo, anzi nel passato è stato considerato anche alla luce di un approccio dichiaratamente scientifico. Nella "Scienza della legislazione"¹⁴ Gaetano Filangeri elaborò tra il 1780 e il 1785 una riflessione teorica e sistematica su come conseguire la "bontà" della legislazione, mentre di lì a poco Jeremy Bentham – con le altre opere in materia di legislazione¹⁵ e con la *Nomography*¹⁶ – individuava il principio della *greatest happiness of the greatest number* come criterio guida della

legislation until the regulatory mapping and appropriate subsequent evaluation work has been conducted"

¹¹ A questo riguardo, si richiama l'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (prevista dall'art. 5 del decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021), struttura di missione ubicata nell'ambito del DAGL (Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) della Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'Unità elabora un programma di azioni prioritarie ai fini della razionalizzazione e revisione normativa; promuove iniziative di sperimentazione normativa; coordina, anche sulla base delle VIR (verifica di impatto regolatorio), la formulazione di proposte per superare le disfunzioni derivanti dalla normativa vigente; riceve e considera ipotesi e proposte di razionalizzazione e sperimentazione normativa formulate da soggetti pubblici e privati.

¹² Così, G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 50.

¹³ Cfr. C.M. RADAELLI, *What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment*, paper presentato alla XV Conference of the Nordic Political Science Association, Tromsø, Norway, 6-9 agosto 2008, p. 3. Sul punto v. anche A. NATALINI-F. SARPI, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR*, in "Giornale di diritto amministrativo", 2009, p. 233

¹⁴ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione. Benjamin Constant, Comento sulla scienza della legislazione*, a cura di V. FROSINI, revisione critica dei testi di F. Riccobono, Roma 1984, 2 voll.

¹⁵ A partire da J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, trad. it., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789), a cura di E. LECALDANO, Torino 1998.

¹⁶ J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, London 1838-1843, reprinted New York 1962, Volume 3, *Nomography or the Art of Inditing Laws*. Per una ricostruzione v. P. DE LUCIA, *Il termine "Nomografia"*, in P. DE LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi. Contributi al seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano (19 novembre 1991)*, Milano 1995, p. I, dove si ricorda che i manoscritti della *Nomografia* recano date comprese tra il 1811 e il 1831.

legislazione (così) perorando il ricorso ad una valutazione di tipo economico nella decisione legislativa¹⁷.

Il tema della scienza della legislazione venne ripreso in Italia da un certo numero di scritti pubblicati sulla rivista «Il diritto dell'economia» nel 1960, in cui si pose la questione se per la legislazione si dovesse parlare di scienza ovvero di tecnica (o ancora di "arte"¹⁸), comunque convenendo che la legislazione richiedesse lo "studio degli effetti pratici delle norme concretamente in atto e di quelle ipoteticamente formulabili" avendo riguardo alla "rilevazione di fatti e ad uno studio dei rapporti causali fra detti fatti e le norme" e con la prospettiva di una "ben più difficile opera di previsione di effetti probabili"¹⁹.

In realtà, nella pratica istituzionale e nel dibattito scientifico degli anni successivi prevalse una visione dell'attività di produzione legislativa imperniata sulla *tecnica*, cioè su un certo modo di svolgere l'attività condiviso dai professionisti del settore. La tecnica legislativa – che venne acutamente definita un «artigianato»²⁰ - non includeva ancora le cd. tecniche di analisi della regolazione (che si sarebbero affermate oltreoceano da lì a poco) e si venne a consolidare una divaricazione fatale per la qualità della legislazione: quella tra la definizione del contenuto delle regole (sempre più spesso costruite dai portatori di interessi) e la formulazione dei testi normativi. Insomma, nella tecnica legislativa era dominante l'attenzione al *drafting* formale delle leggi mentre la progettazione della legge è stata considerata «estranea all'essenza del diritto»²¹.

4. Tecnologia e legislazione: quantità o qualità?

Parliamo ora, finalmente, di tecnologia, di come la tecnologia influenzi e se la tecnologia migliori, di per sé sola o a quali condizioni, la qualità della legislazione. Si consideri che la tecnologia è conoscenza scientifica applicata a scopi pratici, alla soluzione di problemi, oppure al modo in cui facciamo le cose²² che ne dovrebbe risultare rafforzato per l'uso di macchine e strumenti nello svolgimento delle più diverse attività²³. L'innovazione tecnologica ha avuto

¹⁷ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* cit., cap. I, 1-7, p. 89 ss. e cap. IV, 1-8, p. 122 ss.

¹⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *Tecnica e arte legislativa*, in "Il diritto dell'economia", 1957, p. 263

¹⁹ M. LONGO, *Per la fondazione di una "scienza della legislazione"*, in "Il diritto dell'economia", 1960, p. 590

²⁰ Al riguardo si vedano i numerosi contributi in *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in "Il Foro italiano", 1985, V, coll. 282 ss.

²¹ S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1992, p. 309

²² R. MAYNTZ, *Tecnica e tecnologia*, in "Enciclopedia delle scienze sociali", 1998.

²³ Sul punto, in chiave più ampia, è di certo interesse il lavoro di M. FOUCAULT, *Tecnologie del sé. Un seminario con Michel Foucault*, a cura di L.H. MARTIN, H. GUTMAN, P. HUTTON (tit. or. *Technologies of the self. A seminar with Michel Foucault*, 1988, The University of Massachusetts Press), Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

negli ultimi decenni una tale accelerazione da toccare e sconvolgere molti aspetti dell'umano²⁴: per ciò che qui ci riguarda, i consolidati paradigmi di conoscenza, di incontro, di interazione, di decisione tipici del procedimento legislativo.

Primariamente, però, occorre considerare che la tecnologia si è proposta molto spesso come potenziamento della capacità di produzione, contribuendo a semplificare, ad accelerare e a trasformare molti dei modi in cui le cose vengono fatte. Insomma, la tecnologia entra anche nella pratica artigianale della legislazione preparandola alla trasformazione in processo di tipo industriale. Si pensi ad alcune delle attività che rilevano nel funzionamento della «grande macchina»²⁵ della legislazione (o della «fabbrica delle leggi»²⁶): acquisire documenti, presentare emendamenti, svolgere riunioni o audizioni da remoto, votare elettronicamente sono solo alcuni degli esempi in cui è certa la semplificazione e accelerazione di attività consentite da innovazioni tecnologiche già introdotte nel procedimento legislativo. D'altro canto, occorre chiedersi se vi sia un vero bisogno di produrre più leggi, se cioè l'accresciuta produttività di questa fabbrica così speciale e rilevante sia in sé necessaria, desiderabile e dunque giustificata il ricorso massivo a qualsiasi tipo di innovazione tecnologica si renda disponibile.

La risposta è però negativa giacché le leggi sono troppe: il nostro sistema è, infatti, caratterizzato da una inflazione legislativa (e più in generale, regolatoria) di tipo patologico. Questa è mossa dallo stesso programma di interventi disegnato dalla Costituzione²⁷, dall'assimilazione nell'ordinamento nazionale della regolazione economica di derivazione europea, dalla tendenza alla degenerazione dei sistemi parlamentari²⁸, dal ricorso inarrestabile a politiche pubbliche che generano benefici concentrati e costi diffusi per effetto della presenza degli interessi organizzati nella produzione legislativa²⁹, dal ricorso a legislazione in chiave simbolica o per scopi di comunicazione politica³⁰. Gli

²⁴ Si veda S. CIVITARESE MATTEUCCL, "Umano troppo umano". *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in "Diritto pubblico", 1/2019, p. 5.

²⁵ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione (1780-1785). Benjamin Constant, Comento sulla scienza della legislazione*, Roma, IPZS, 1984, p. 27: «Noi cominceremo dunque a scomporre la gran macchina della legislazione».

²⁶ F. PATRONI GRIFFI, *La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia*, in "Diritto amministrativo", 1, 2000, p. 97.

²⁷ Cfr. G. CORSO, *Perché la «complicazione»?*, in "Nuove autonomie", 2008, 3-4, p. 326. V. anche S. CASSESE-B.G. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in *L'Italia da semplificare, I: Le istituzioni*, a cura di S. CASSESE-G. GALLI, Bologna 1998.

²⁸ Cfr. già G. ARANGIO RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, Firenze 1898, ed. 1985, p. 264-265. V. anche G. PASQUINO, *Nuovo corso di scienza politica*, Bologna 2009, p. 193.

²⁹ Cfr. A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano 1989, p. 371

³⁰ Sul punto, v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 151-152. V. anche F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in "Nuove

effetti del disordine normativo correlato all'inflazione legislativa sono gravi, generano un contesto di *insecurité juridique*³¹, difficoltà di *enforcement*, alimentano opportunità di elusione delle norme (la *creative compliance*)³², premiano prevalentemente gli interessi capaci di darsi un'organizzazione³³, contribuiscono ad un contenzioso di portata abnorme che accresce i costi di transazione³⁴ e incide negativamente sulla competitività del paese. L'inflazione legislativa (alla stregua di tutti i fenomeni inflattivi) produce, in buona sostanza, un incremento quantitativo che si correla strutturalmente ad una diminuita qualità della legislazione, di modo che questa è votata a produrre effetti casuali³⁵.

Insomma, non vi è proprio bisogno di aumentare quantitativamente la produzione delle leggi mentre vi sarebbe, invece, un gran bisogno di leggi di migliore qualità, che si dispongano ad essere interpretate senza risolversi in perpetui conflitti, ad essere attuate fisiologicamente dall'amministrazione, ampiamente osservate dai cittadini e che conseguano (per quanto possibile) gli obiettivi sociali ed economici per cui sono state adottate senza produrre troppi effetti collaterali.

Dunque, la tecnologia che si proponga in chiave di mera accelerazione produttivistica del procedimento legislativo, rendendo possibile acquisire più documentazione, svolgere più riunioni (perché a distanza), tenere più votazioni, condurre più audizioni, non necessariamente risponde al bisogno di migliorare la qualità della legislazione. Con ciò non si vuole negare l'utilità dell'accelerazione o della semplificazione consentita dalle diverse soluzioni tecnologiche. Si vuole semplicemente chiarire che il ragionamento sul valore aggiunto procurato dal ricorso alla tecnologia nell'attività legislativa debba svolgersi su un piano diverso, quello della qualità sostanziale della legislazione (per come l'abbiamo ricostruita *supra*). Questa dovrebbe costituire criterio selettore sia della domanda istituzionale di tecnologia per la produzione legislativa (rispetto

autonomie", 2008, 3-4, p. 337 e M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli per la crescita economica*, in "Quaderni costituzionali", 2010, p. 816

³¹ La *securité juridique* riguarda sia la qualità della legge che la sua prevedibilità; sul punto v. Conseil d'Etat francese, *La securité juridique et la complexité du droit*, febbraio 2006, in particolare, 281 ss.

³² R. BALDWIN, *Rules and Government: Non-Statutory Rules and Administrative Law*, Oxford 1995, p. 185

³³ Sul punto è fondamentale il contributo di M. OLSON, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Group*, Cambridge 1965, trad. it. *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano 1983.

³⁴ Sul punto v. O.E. WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, Oxford 1996, trad. it. *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano 1998.

³⁵ Già nel 1930 si sosteneva che "l'accrescimento quantitativo determina lo scadimento qualitativo anche nel campo della legislazione", F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, Cedam, p. 178.

all'offerta già disponibile sul mercato) sia delle potenziali commesse di tecnologia da parte degli attori del procedimento legislativo (stimolando l'approntamento di prodotti e soluzioni che ancora non siano presenti sul mercato, ad esempio banche dati del contenzioso).

Insomma, l'idea che la tecnologia sia certamente in grado di sostenere e/o migliorare la qualità del prodotto legislativo potrebbe essere assai meno scontata di quella che la tecnologia consentirà di produrre più leggi.

Una ulteriore questione che sarebbe bene porsi (e che riprenderemo nelle considerazioni conclusive) riguarda il rapporto tra tecnica e tecnologia. L'incremento della disponibilità di tecnologia supera il bisogno di tecnica della legislazione? In altri termini, le soluzioni tecnologiche che entrano dentro il procedimento legislativo sostituiscono la dimensione "artigianale" della legislazione, imperniata sull'umano?

Una prima, provvisoria risposta viene suggerita dalla rilettura di Marshall McLuhan, il quale propone una rappresentazione dell'evoluzione tecnologica come *progressiva estensione del corpo umano* che, al contempo, produrrebbe forme di *auto-amputazione*³⁶. Si pensi, in questa logica, al potenziamento della capacità umana di incontro grazie alla tecnologia di *remote hearing*. Ebbene, andrebbe attentamente ricostruito, con l'estensione della capacità umana d'incontro, anche il grado di inabilitazione sociale che il ricorso alle forme remotizzate di incontro produce: sapere se abbiano aumentato (o no) il conflitto, reso più difficoltosi (o no) i processi decisionali, se li abbiano resi più o meno superficiali non è irrilevante. Insomma, occorre capire se il ricorso alla tecnologia (ad ogni specifica tecnologia) generi un effetto che si muove nella direzione del miglioramento della qualità delle relazioni istituzionali e di quella della legislazione.

Inoltre, sempre partendo dall'idea di innovazione tecnologica come estensione delle capacità umane, non è peregrino osservare che così come si può estendere l'intelligenza e potenziare l'azione, si certamente può estendere anche la stupidità quando la tecnica a monte non sia già da sola in grado di garantire relazioni istituzionali o legislazione di buona qualità. L'estensione, cioè, riguarda nel bene e nel male l'azione dei pubblici poteri *telle quelle*, così che quando si ricorre ad una tecnologia occorre attentamente considerare con le opportunità che sono offerte anche i rischi di generare (e non saper gestire) conseguenze abnormi ed idiocratiche.

³⁶ M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare* (tit. orig. *Understanding media. The extension of men*, McGraw-Hill, 1967), il Saggiatore, Milano, 1979, p. 55 "Ogni invenzione o tecnologia è un'estensione o un'autoamputazione del nostro corpo, che impone nuovi rapporti o nuovi equilibri tra gli altri organi e le altre estensioni del corpo".

5. Qualità della legislazione e tecnologia: un approccio di processo

Dunque, se il bisogno è oggi produrre meno legislazione ma di migliore qualità e se la tecnologia deve contribuire ad estendere la capacità umana/istituzionale di produrre legislazione di qualità, l'*approccio* che ci pare più promettente per chiarire se e come la tecnologia costituisca un fattore di miglioramento della qualità della legislazione è quello *di processo*, anche perché ci consente di riprendere l'idea di ciclo della legislazione nell'accezione regolatoria e più ampia che abbiamo adottato. In altri termini, bisogna considerare se e come le molteplici opportunità, offerte dalle numerose tecnologie, nei diversi momenti del ciclo della legislazione, operino rispetto all'obiettivo della qualità. Non è questa la sede per svolgere una ricognizione approfondita. Ma è importante porre al centro della riflessione la questione della tecnologia nel procedimento legislativo in termini di opportunità e rischi, con le conseguenze che ne derivano in termini di ricorso a scelte istituzionali informate al principio di precauzione³⁷. L'impatto attuale e potenziale della tecnologia (internet su telefono, social media, e-mail, banche dati, cloud, algoritmi decisionali etc.)³⁸ sulla decisione legislativa potrebbe, pertanto, essere valutato in uno scrutinio di stretta funzionalità delle innovazioni tecnologiche all'obiettivo di qualità della legislazione.

Si consideri, ad esempio, quanto rilevi la possibilità di svolgere proposte (prima) o emendamenti (poi) in forma elettronica³⁹ e di quanto questo renda potenzialmente più ampio (in termini di universo di riferimento, in termini spaziali e temporali) il contesto in cui si possa inquadrare l'iniziativa legislativa. Ebbene, il *crowdsourcing legislation*⁴⁰, però, deve essere ragionato con grande cautela e resistendo all'euforia partecipatoria (che ne costituisce di certo la principale opportunità). Pur senza toccare le questioni relevantissime concernenti il presidio dei tratti caratterizzanti della democrazia rappresentativa (una "sfida di carattere esistenziale"⁴¹), vi sono, infatti, palesi rischi nella gestione di processi partecipatori manipolabili, nelle possibili distorsioni della

³⁷ Sul punto, per una ricostruzione generale, si veda M. IACCARINO, *Precauzione, principio di*, in "Enciclopedia italiana", VII Appendice, 2007

³⁸ <https://statetechmagazine.com/article/2016/07/technology-plays-essential-role-modern-legislation-process>.

³⁹ Ivi.

⁴⁰ W. VOERMANS, *Crowdsourcing legislation: new ways of engaging the public*, in "The theory and practice of legislation", n. 1, 2017. In generale, v. anche P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in "Diritto pubblico", 2019, n. 1, p. 71.

⁴¹ N. LUPO, *Lo Stato digitale – Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", n. 2/2021, p. 502. Sull'argomento cfr. anche A. PAJNO, *Democrazia e governo della Pandemia*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale – Vol. I Problemi di governo*, Fondazione Leonardo Civiltà delle Macchine, Bologna, il Mulino, 2021, p. 12.

partecipazione in conseguenza del *digital divide*, per il possibile sovraccarico del procedimento legislativo.

Quanto alla fase dell'istruttoria del procedimento legislativo, la dimensione *paperless* e la tecnologia *cloud* permettono senza limiti la condivisione di documenti e materiali. Non è però chiaro se la conoscenza costruita sulla base di questa tecnologia consenta una formazione di opinioni migliore o peggiore rispetto a quella costruita sul cartaceo. Le capacità di lettura a video non sono le medesime, il rapporto fisico con i contenuti si svolge in azioni e comandi differenti. Il contenuto della decisione legislativa in termini sostanziali potrebbe così essere toccato in aspetti qualitativi. Peraltro, sempre nella prospettiva istruttoria, alcune opportunità offerte dalla tecnologia sono decisamente sottoutilizzate. Si pensi ai dati statistici, insostituibile fattore conoscitivo della decisione legislativa (e della decisione pubblica, più in generale) anche in vista del contributo argomentativo che possono dare al corredo motivazionale della legge: qui forse la capacità di commessa delle istituzioni potrebbe essere più robusta nella promozione di banche dati che consentano una conoscenza statistica pienamente fruibile per l'attività di governo.

Si pensi, ancora, al lavoro parlamentare, sia a quello svolto dalle commissioni che al dibattito parlamentare in assemblea. Le esperienze occasionate dal contesto pandemico sono state di certo interesse (come nel caso del Parlamento europeo⁴²). In generale, però, occorre osservare che le tecnologie di *remote hearing and debate*, pur capaci di semplificare e moltiplicare le occasioni di incontro, possono determinare una alterazione della relazione istituzionale: questa, infatti, non si struttura più nella distribuzione spaziale (dell'aula, del tavolo, del luogo in generale) che è concepita in funzione dei ruoli; oblitera l'esperienza del viaggio (che disegna un tempo dedicato all'incontro istituzionale); virtualizza le dinamiche conflittuali ed influenza quelle di confronto, potendo così cambiare il contenuto della decisione legislativa in una direzione che andrebbe ragionata anche in termini di qualità della legislazione e della relazione istituzionale.

Nella fase della decisione più profili possono essere toccati da tecnologie.

Un primo, più scontato, riguarda il metodo di votazione elettronica e/o a distanza che tende a produrre un innalzamento del dato quantitativo della partecipazione.

Un secondo profilo riguarda la trasparenza del dibattito parlamentare e delle votazioni che possono essere seguite grazie a tecnologie di *live webcasts of legislative floor proceedings*. Il cittadino, però, che teoricamente ha accesso ad una produzione video imponente, difficilmente riesce a selezionarne i momenti

⁴² R. PIOL, *Il Parlamento europeo vota a distanza: è la prima volta al mondo, partecipazione da record*, in "Huffington Post", 27 marzo 2020.

rilevanti e salienti⁴³, mentre paradossalmente non ha sempre accesso a documentazione rilevante e saliente per l'istruttoria legislativa, quali l'analisi d'impatto della regolazione di disegni di legge governativi o di emendamenti.

Un cenno, infine, deve essere fatto anche alla fase in cui – dopo essere stata adottata - la legge viene applicata (o non applicata) dalle amministrazioni, osservata (o non osservata) da cittadini ed imprese oppure è attuata (o non attuata) dalle amministrazioni preposte ai controlli⁴⁴. Anche nel disegno della *compliance* o dell'*enforcement* amministrativo sono sempre più presenti tecnologie di tipo diverso (si pensi alla dichiarazione fiscale telematica, al ricorso alla videosorveglianza, all'invio informatizzato di sanzioni da parte delle amministrazioni, alla pianificazione dei controlli basata su *data matching* o algoritmi) le quali vanno attentamente governate. Non è, infatti, detto che i più sofisticati mezzi di adempimento o di accertamento dell'inadempimento saranno in grado di far conseguire risultati compatibili con l'idea di qualità sostanziale della legislazione che abbiamo delineato. Non sono rari casi in cui la tecnologia, mal governata, amplifica con la capacità esponenziale di prodotto anche l'errore connesso al prodotto: si pensi alle disfunzionalità dei sistemi di adempimento informatizzato, alle cd. cartelle pazze o ancora ai casi di sanzioni reiterate nei riguardi di destinatari che hanno storie di *compliance* impeccabili.

Insomma, la maggiore efficienza consentita dal potenziamento tecnologico dello strumentario amministrativo non sempre si risolve in maggiore effettività della legge e può finanche produrre riduzione della fiducia nelle istituzioni. Proprio qui risiede il pericolo maggiore di un ricorso poco accorto alla tecnologia nel procedimento legislativo: sottostimare l'importanza del fattore fiducia per la qualità e l'effettività della legislazione⁴⁵.

⁴³ Sul punto cfr. N. LUPO, *Lo Stato digitale – Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione* cit., p. 508

⁴⁴ In generale, per una ricostruzione, cfr. A. MASUCCI, *L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri*, in "Diritto pubblico", 3/2020, p. 943. Si veda anche J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in "Le istituzioni del federalismo", n. 3/2019, p. 619. Si veda anche R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in "Diritto amministrativo", 2/2020, p. 305, E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in "Diritto pubblico", n. 2/2019, p. 363 e D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in "Federalismi", 6 febbraio 2019, p. 1.

⁴⁵ Per uno svolgimento della questione sia consentito il rinvio a M. DE BENEDETTO, N. LUPO, N. RANGONE (eds.), *The crisis of Confidence in Legislation*, Nomos/Hart Publishing, 2020 e G. CORSO, M. DE BENEDETTO, N. RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2022, p. 115 ss.

6. Considerazioni conclusive

Insomma, una lettura retrospettiva del nostro sistema di produzione legislativa evidenzia che la tecnica legislativa è stata configurata prevalentemente in chiave di qualità formale, mentre la qualità sostanziale della legislazione non si è mai affermata del tutto.

In questo contesto, le soluzioni tecnologiche disponibili sul mercato e potenzialmente utilizzabili nel ciclo della legislazione hanno penetrato l'attività legislativa e i percorsi amministrativi di attuazione della legge, con una speciale accelerazione per effetto della crisi pandemica. Non tutte le tecnologie servono però il fine della qualità della legislazione: occorre così un criterio per il governo dell'innovazione tecnologica finalizzata alla legislazione giacché - si è detto - la mera capacità di aumentare la produzione di leggi non può costituire un obiettivo.

Così, mentre è indubbio che la *tecnologia* rendere più efficiente l'attività di produzione legislativa⁴⁶, la *tecnica* (*in cui rimane prevalente il tratto umano*) si rivela alla fine insostituibile per la qualità della legislazione. Si tratta di riconoscere l'importanza di un artigianato di nuova generazione, che vede professionisti con competenze multidisciplinari operare insieme, che include non solo *expertise* di stretta redazione normativa ma anche tecniche di misurazione e valutazione della regolazione in senso sostanziale.

In questo artigianato lo *human algorithms*⁴⁷ mantiene la primazia⁴⁸, anche nella scelta di avvalersi del nuovo strumentario. L'obiettivo nell'attività legislativa non è, infatti, quello dell'innovazione per l'innovazione ma è la qualità del prodotto legislativo, perché la legge è chiamata a prescrivere per prevenire rischi, proteggere interessi o consentire prestazioni. La legge, in altri termini, è solo lo *starter* di un processo istituzionale che deve portare a conseguire obiettivi nella realtà, a valle di percorsi attuativi, i quali devono essere preparati⁴⁹. Certamente le innovazioni tecnologiche sfidano le fondamenta della democrazia rappresentativa, messa in crisi da un governo dei processi sempre più complesso⁵⁰. In questo contesto, però, la capacità di scelta (e di commessa) della tecnologia in funzione di strumentalità rispetto all'obiettivo istituzionale della qualità della legislazione potrebbe essere il vero nodo: infatti, la tecnologia che

⁴⁶ <https://www.c-span.org/video/?c4482076/user-clip-technology-legislative-process>

⁴⁷ Sul tema cfr. C. COGLIANESE, A. LAI, ALICIA, *Algorithm vs. Algorithm*, in "Duke Law Journal", Vol. 72, 2022, p. 1281 e *Digital Versus Human Algorithms*, in "The Regulatory Review", 25 April 2022.

⁴⁸ Cfr. E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, "Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política", n. 30 (Marzo, 2020), p. 4 ss.

⁴⁹ Per una riflessione generale, cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2019, n. 4, p. 1149.

⁵⁰ Sul punto si vedano i contributi nel volume S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, in *A 150 anni dall'Unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. IV, Firenze University Press, 2016.

non serve davvero al fine della qualità potrebbe costituire un inutile peso ed ostacolare l'effettività della legge⁵¹.

⁵¹ L'affermazione "Ciò che non mi serve mi pesa" è attribuita a Madre Teresa di Calcutta, cfr. A. COMASTRI, *Madre Teresa. Una goccia di acqua pulita*, Paoline, 2003, p. 39.