



Legislazione e comparazione

Legislation and comparison

TOMMASO EDOARDO FROSINI*

Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (Itália)
tefrosini@gmail.com

Recebido/Received: 02.08.2015 / August 2nd, 2015

Aprovado/Approved: 30.08.2015 / August 30th, 2015

Riassunto

Il saggio considera il rapporto tra la legislazione e l'attività di confronto, e la sua evoluzione da quando l'era di giuridico dell'Illuminismo – come scienza delle legislazioni a confronto – fino a quando le dinamiche giuridiche contemporanee della globalizzazione. Ancora la globalizzazione non ha influenzato il metodo comparativo che è ancora identificato da analogie e differenze che segnano e valutare la funzione del diritto comparato. Trasformazioni di legislazioni riguardano il profilo della qualità della legislazione, sia attraverso redazione e attraverso analisi e la valutazione dell'impatto della sentenza. In particolare, le tecniche legate alla formula interessante di una migliore regolamentazione sembrano essere troppo legato a logiche economiche e determinata da una interpretazione orientata economica, che rischia di considerare la legge come un buon commerciale da inserire nel "libero mercato" della ordine giuridica globale.

Parole chiave: legge; legislazione; comparazione; globalizzazione; regole; tecnica legislativa; migliore legislazione.

Abstract

The essay considers the relationship between legislation and comparative activity, and its evolution since the era of juridical Enlightenment – as science of compared legislations – until the contemporary juridical dynamics of globalization. Still globalization has not influenced the comparative method which is still identified by analogies and differences which mark and appraise the function of comparative law. Transformations of legislations concern the profile of quality of legislation, both through drafting and through analysis and evaluation of the impact of ruling. In particular, techniques connected to the attractive formula of better regulation seem to be too tied to economic logics and determined by an economic oriented interpretation, which risks to consider the law as a commercial good to insert in the "free market" of global juridical order.

Keywords: statute; legislation; comparison; globalization; rules; drafting; better regulation.

Como citar esse artigo/How to cite this article: FROSINI, Tommaso Edoardo. Legislazione e comparazione. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 83-110, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44530>

Ordinario di Diritto pubblico comparato della Facoltà di giurisprudenza – Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (Napoli, Italia). Dottore di ricerca in Teoria dello Stato – Università La Sapienza di Roma. Condirettore della Rivista "Diritto pubblico comparato ed europeo" e della Rivista "Percorsi costituzionali".

SOMMARIO

1. Non si può legiferare senza prima comparare; **2.** Legge, legislazione, globalizzazione; **3.** Dalla legge alla legistica: teoria e prassi; **4.** Chi inquina le leggi, paga. La pulizia della legislazione; **5.** Analisi e valutazione del "prodotto" legislativo; **6.** Conclusioni (provvisorie); **7.** Riferimenti.

1. NON SI PUÒ LEGIFERARE SENZA PRIMA COMPARARE

Diceva Giorgio Federico Hegel, che non si può filosofare senza prima spinozare: riconoscendo in Baruch Spinoza il filosofo decisivo per lo sviluppo della filosofia. Parafrasando Hegel, possiamo dire che non si può legiferare senza prima comparare: riconoscendo così alla comparazione giuridica un ruolo decisivo per la scelta della legislazione. Così era fin dagli albori del diritto comparato: Emerico Amari, pioniere degli studi comparatistici, scrisse, nel 1857, un libro intitolato *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*¹, inteso a valorizzare proprio il rapporto fra legislazione e comparazione, per migliorare la prima con l'ausilio della seconda. Animato da un criterio storico, che l'A. esprime attraverso l'affermazione «leggi e storia di leggi sono due idee inseparabili dalla semplice parola di legislazione comparata»; l'obiettivo a cui mira è proprio quello di comparare, paragonare le "leggi straniere", quale prodotto necessitato dello studio storico delle esperienze giuridiche delle varie nazioni². Sostiene Amari: «La scienza della legislazione comparata adunque è quella, che raccoglie e paragona metodicamente le leggi dei popoli, per ricavarne la dottrina giuridica della civiltà universale, e provvedere mediante studiati confronti ai bisogni politici economici e storici delle nazioni; alla imitazione delle leggi da farsi, ed alla interpretazione di quelle già imitate; alla esperienza dei legislatori colla notizia delle vicende della fortuna delle leggi; alla dimostrazione d'un diritto universale della ragione, e del progresso provvidenziale del genere umano sulla idea di una natura comune delle genti, e per mezzo della trasmissione preordinata della civiltà [...]»³.

Meno di una decina d'anni dopo la pubblicazione della *Critica* di Amari, ovvero nel 1869, viene creata, a Parigi, la *Société de législation comparée*, il cui scopo principale divenne "l'étude des législations étrangères et de recherche des moyens susceptibles d'améliorer la législation". Ancora, comparazione e legislazione, come una sorta di eniadi unita e quindi imprescindibile. La stessa *Société* organizzò, nel 1900, il *Premier*

¹ AMARI, Emerico. **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, 2 voll. Genova: Rubbettino Editore, 1857. A cura e con intr. di V. Frosini, Palermo, 1969 (l'intr. è ora rist. nel vol. FRONSINI, Vittorio. **La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi**. Torino: Giappichelli Editore, 2001, 77 ss.). Va ricordato che già nel 1805 Vincenzo Cuoco aveva scritto un *Corso di legislazione comparata*, fortemente debitore della filosofia di G.B. Vico.

² Cfr. SERIO, Mario. Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Emerico Amari. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**, 411-449, 2012. A questo scritto di Mario Serio si rinvia per la esauriente e approfondita analisi del pensiero di Amari con riferimento alla *Critica*.

³ AMARI, Emerico. **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, 2 voll. Genova: Rubbettino Editore, 1857, par. CLXII.

Congrès international de droit comparé, dove si affermò l'autonomia del diritto comparato inteso quale "discipline distincte, indépendante et autonome", il cui metodo si sviluppa e consiste nel "comparer que de chose comparables"⁴.

Queste brevi cenni sulle origini della comparazione giuridica, indicano come fosse essenzialmente la legislazione il "formante", come oggi si dice, da sottoporre ad analisi comparativa per consentire, altresì, un miglioramento della legislazione nazionale. Se questo era il programma di ieri, si può ritenerlo ancora valido per oggi? Direi senz'altro di sì, salvo volere meglio contestualizzare la problematica e tenendo conto degli sviluppi che si sono venuti a manifestare nel tempo.

2. LEGGE, LEGISLAZIONE, GLOBALIZZAZIONE

Certo, diverse questioni vanno chiarite al fine di circoscrivere al meglio le potenzialità del diritto comparato nell'uso della legislazione. E quindi: *a)* occorre verificare come e cosa si compara; *b)* se la comparazione è svolta solo a fini dell'attività istruttoria legislativa ovvero se incide sulla scelta finale dell'atto; *c)* se l'uso della comparazione è frutto di una sorta di dialogo fra parlamenti, ovvero se ci sono dei veri propri trapianti di norme; *d)* se la differenziazione dei procedimenti legislativi attenua l'eventuale portata del metodo comparativo; *e)* se vi è un rapporto fra la cd. globalizzazione e la tendenziale somiglianza tra le leggi; *f)* se il valore della legge rimane comunque un punto fermo delle democrazie costituzionali.

In the end is the beginning, vuol dire che l'ultima delle questioni presentate è propedeutica a tutte le precedenti. Ha ancora valore la legge nelle democrazie costituzionali? E' ancora l'atto attraverso il quale si determinano i rapporti giuridici all'interno delle società? Certo, non è discussione il principio di legalità, punto archimedeo del costituzionalismo; bisogna piuttosto misurare l'impatto della fonte legge all'interno della cittadinanza, e specialmente in settori strategici come l'economia e il mercato, per verificare se è ancora il legislatore che decide oppure no. Proprio questo tema, oggi, appare centrale negli stati costituzionali: il mercato, ovvero l'economia "materiale", è governata da principi discrezionalmente imposti dal legislatore, oppure è quest'ultimo che deve finire con l'agire entro limiti derivanti dai principi posti dall'economia? Intorno a questa domanda si possono però sviluppare ragionamenti diversificati a seconda delle fonti. Allora, la possibile tensione fra economia e diritto si può venire a manifestare attraverso i provvedimenti di natura legislativa che Parlamento e Governo pongono in essere. Attraverso i quali il legislatore anticipa scelte di indirizzo economico, ovvero si limita a recepire e normare quanto già prodotto dal mercato economico. Si pensi poi,

⁴ Cenni in RECCHIA, Giorgio. **Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato**, Padova: Cedam 2000, p. 5. Sulle origini della comparazione giuridica, v. l'affresco storico di FERRARI, Giuseppe Franco. Le origini storiche della comparazione pubblicistica. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 1, 2012.

in particolare, a periodi caratterizzati dalla c.d. crisi economica, che impongono misure d'urgenza, adottabili con provvedimenti legislativi, con lo scopo di arginare gli effetti negativi della crisi. E quindi, una produzione legislativa tutta protesa a normare azioni e strategie per fronteggiare l'emergenza economica (e finanziaria)⁵. Anche se proprio le (recenti) crisi economico-finanziarie fanno emergere la consapevolezza che la globalizzazione dell'economia richiede una disciplina giuridica pubblica anch'essa globale, e quindi regole di diritto certe e controlli severi sul loro rispetto⁶. Le crisi, al di là delle problematiche da cui scatenano, non si possono più affrontare solo con misure di carattere meramente economico e nemmeno con misure solo interne ai singoli Stati per il tramite di provvedimenti legislativi. La naturale sfiducia dei mercati, derivata dalla crisi, ha finito col determinare una tendenziale difficoltà dei governi nazionali a finanziare, attraverso provvedimenti legislativi, altra spesa pubblica, ovvero servizi pubblici, soprattutto in presenza di alti livelli di debito pubblico.

Dopo questa breve incursione sul rapporto legislazione e regolazione dell'economia dei mercati, torno al problema relativo al valore odierno della legge. Questa è entrata in una fase di dissolvenza, prima nell'era moderna <<era una legge dura, rigida, presuntuosa. La legge post moderna è mite, flessibile, pacata>>⁷. 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. Si viene così a determinare un rapporto "circolare", per così dire, tra la legislazione e l'interpretazione: i "due volti del diritto", come ebbe a definirli Adolf Merkl⁸. Sul punto, mi sia consentita una citazione che chiarisce la questione e svela il problema: <<La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a se 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>>⁹.

Certo, è pur vero ogni ordinamento recepisce un'idea di legge che deve essere parametrata in relazione al tipo di Stato e alla forma di governo, dal cui modello

⁵ Sulla questione della crisi economica e le risposte giuridiche, v. il vol. CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco. *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*. In CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato: Modelli comparati e prospettive**. Torino: Giappichelli, 2012, p. 3-6.

⁶ In chiave globale e sulle ricadute in punto di assetto costituzionale, v. il vol. CONTIADES, Xenophon. **Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis**. Surrey: Ashgate, 2013.

⁷ MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge**. Sovranità e governo del mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2014, p. 64.

⁸ MERKL, Adolf. **Il duplice volto del diritto**. Il sistema kelseniano e altri saggi, tr.it. di C. Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.

⁹ Così, FROSINI, Vittorio. **La lettera e lo spirito della legge**, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 44; FRONSINI, Vittorio. **Gesetzgebung und Auslegung**. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1995.

possono derivare altri poteri e centri di competenze legislativi che concorrono alla produzione di leggi: si pensi agli Stati federali, che destinano alla periferia una serie di attribuzioni legislative, si pensi al ruolo dell'esecutivo, come in Francia, che ha competenza a legiferare per il tramite dei regolamenti (da ciò ne deriva che è legge in Francia non lo è altrove, per esempio in Italia). E altri e più numerosi esempi si potrebbero fare. Però al di là e oltre i criteri ordinatori delle fonti, della differenziazione dei procedimenti legislativi¹⁰, nonché della normazione europea di diretta applicazione, rimane il fatto che oggi la legge, quella che una volta era ritenuta *l'expression de la volonté général*, secondo la formula di Carré de Malberg, ha perso parte della sua forza e della sua capacità di regolare i rapporti giuridici. Non riesce a regolare la complessità del reale, non riesce a seguire e guidare l'accelerazione dei processi sociali. E quindi, esito di questo ragionare, è che 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. I termini del problema sono noti: la cd. globalizzazione – intesa come “deteritorializzazione”, e quindi <<eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare, la sovranità>>¹¹ – ha favorito il sorgere e l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come la *soft law*¹², *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. Anzi, vi è di più: 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*¹³. *E che favorisce risposte agli sviluppi e alle situazioni che si producono in maniera dinamica, provando a fissare dei vincoli o degli obblighi che tuttavia lasciano possibilità di azione e di scelta ai destinatari. Ciò vale anche per la giustizia, dove si sono accentuate, around the World, le risoluzioni alternative delle controversie affidate ai privati,*

¹⁰ Su cui v. il vol. DICKMANN, Renzo e RINELLA, Angelo (a cura di). **Il processo legislativo negli ordinamenti contemporanei**. Roma: Carocci, 2011.

¹¹ Così, GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. **Il Foro italiano**, n. 5, p.152-164, maggio, 2002. Ora in Id., Così GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato**. Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006 p. 286, il quale prosegue (287 ss.): <<globalizzazione – per il giurista – significa rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto. Se ieri il legame, il vincolo tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione. Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente pronò alle voglie dei partiti politici [...]>>.

¹² Cfr. MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti**: uno studio comparato. Padova: CEDAM, 2008.

¹³ V. quanto argomentato da FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto sconfinato**. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari: Laterza, 2006. Numerosi gli studi sulla globalizzazione giuridica: fra i tanti, recentemente CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Einaudi, 2012; PALOMBELLA, Gianluigi. **E' possibile una legalità globale?** Il Rule of law e la governance del mondo. Bologna: Il Mulino, 2012 e il vol. della Associazione italiana dei costituzionalisti, *Costituzionalismo e globalizzazione (Atti del XXVII Convegno annuale Salerno, 22-24 novembre 2012)*, Napoli, 2014.

vuoi per il tramite delle mediazioni ovvero degli arbitrati, che si fondano sulla base della volontà negoziale delle parti in conflitto¹⁴.

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. Come è stato affermato, <<i> governi privati, i regolamenti privati e la giustizia privata stanno diventando fonti giuridiche centrali, fenomeni intrinsecamente giuridici che nello Stato-nazione erano stati spinti nella zona grigia della fattualità (giuridica) [...]. Nei regimi privati globali sta emergendo una vera e propria auto-decostruzione del diritto che semplicemente mette fuori gioco alcuni principi fondamentali del diritto nazionale>>¹⁵. Argomentare suadente ma non convincente.

Questo nuovo modo di intendere il diritto – qui appena accennato – che produce diritti oltre la funzione legislativa dello stato, sconta a mio avviso una visione fin troppo occidentale di un unico e unificante processo di globalizzazione. Che tale non è: i processi di globalizzazione, infatti, sono diversi e si snodano anche sotto forma di islamizzazione o di orientalizzazione, e quindi <<alla competizione per la globalizzazione concorrono oggi tre principali candidati: l'Occidente, l'Islam e l'Asia orientale. Nessuno è in grado di prevedere il risultato di questa competizione [...] è quindi improbabile che ci stiamo dirigendo verso una singola cultura mondiale e cosmopolita, perché una cultura cosmopolita implica che la cultura di qualcuno sia cosmopolita, mentre quelle degli altri non lo siano>>¹⁶.

Con riferimento, in particolare, al rapporto fra legislazione e globalizzazione, si dubita che vi possa essere un motivo di forte condizionamento dell'una con l'altra. Da un lato, perché, come detto prima, il fenomeno della globalizzazione esalta nuove forme di normazione, che non sono direttamente derivabili dalla volontà del legislatore statale, dall'altro perché la legislazione, per quanto frammentata e indebolita, ha comunque mantenuto un suo intrinseco valore, sia pure come residuo di un baluardo di sovranità. Mi riferisco, soprattutto, ad alcune leggi che, sul piano del contenuto, non sembrano subire forme di contaminazione da parte di altre esperienze giuridiche. Certo, si sottopongono comunque al test della comparazione, per così dire, ma poi si esprimono nella loro originalità, come se fossero marchiate da una sorta di denominazione di origine controllata.

¹⁴ Sul punto, si rinvia a FROSINI, Tommaso Edoardo. Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution. **Analisi giuridica dell'Economia**. n. 1, 2011, 65-84; sull'arbitrato, v. RECCHIA, Giorgio. **L'arbitrato nel diritto comparato**, a cura di FROSINI, Tommaso Edoardo. Padova: Cedam, 2014.

¹⁵ Così, TEUBNER, Gunther. **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione**. L'emergere delle costituzioni civili. Roma: Armando, 2005, p. 61-62.

¹⁶ Così, GLENN, H. Patrick. **Tradizioni giuridiche nel mondo**. La sostenibilità della differenza. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 104.

E' il caso della legge elettorale, per esempio. Ebbene, senza timore di smentite, si può senz'altro dire che ogni Paese, quantomeno fra quelli ascrivibili alla forma di stato di democrazia liberale, ha una legge elettorale che esprime un proprio sistema elettorale, che non ha eguali altrove¹⁷. E' come se in materia elettorale ci fosse una sovranità assoluta, esercitata attraverso l'individuazione di un proprio sistema elettorale che non copia e non riproduce modelli altrui. Si pensi alla Francia del maggioritario a doppio turno, alla Gran Bretagna dell'uninomiale *first past the post*, alla Germania del proporzionale con la clausola di sbarramento del 5%, alla Spagna del proporzionale con i collegi provinciali ristretti, che determinano un effetto maggioritario; e così anche negli Usa, in Australia, in Canada. Addirittura in Italia, l'ultima proposta di riforma della legge elettorale – in avanzato stato di approvazione – è stata definita, dalle stesse forze politiche, "*italicum*": proprio a volere caratterizzare e identificare il "prodotto" legislativo tutto italiano.

Se ciò vale per leggi ad alto contenuto politico, quale la legge elettorale tale da qualificarsi come *Grundnorm* della costituzione in senso materiale, altrettanto per le leggi ad alto contenuto etico. Anche qui, si procede al *test* della comparazione, ovvero si verifica come altrove è stata regolamentata quella determinata materia ma poi si tende a legiferare in proprio, senza cioè emulare quanto è stato fatto altrove. E' il caso della legge sulla procreazione medicalmente assistita¹⁸, ovvero sulle diverse leggi che regolano le unioni civili e anche i matrimoni omosessuali. Certo, qui incide il livello più o meno diffuso della componente etica, ovvero religiosa, presente sul territorio e sulla cittadinanza; altrimenti, l'influenza della religione all'interno della maggioranza politico-parlamentare¹⁹. Sul punto, anche con riferimento a quanto detto prima sui processi di globalizzazione, non si può non richiamare il fattore religioso come fonte del diritto nei paesi islamici. Problema difficile e delicato che non intendo qui affrontare²⁰.

Non credo che l'esempio di queste leggi, a contenuto politico e a contenuto etico-religioso, provi troppo. Anzi, sono leggi attraverso le quali si viene a imprimere una assai significativa caratterizzazione della forma di stato e di governo, che per quanto debitrice di una sorta di "patrimonio costituzionale comune" mantiene comunque una sua specificità nei contesti ordinamentali nazionali. Voglio con ciò dire, che il fenomeno della globalizzazione va inquadrato nella giusta angolazione, che è senz'altro quella

¹⁷ Per i termini di confronto, v. FROSINI, Tommaso Edoardo. Sistemi elettorali e sistemi di partito. In: CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**, Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 746-762.

¹⁸ Cfr. FROSINI, Tommaso Edoardo e CASONATO, Carlo (a cura di). **La fecondazione assistita nel diritto comparato**, Torino: Giappichelli, 2006.

¹⁹ Su questi temi fa il punto ora il fascicolo di **Percorsi costituzionali: Costituzione e Religione**. Padova. n. 2/3, 2013.

²⁰ Della numerosa bibliografia sul tema, voglio ricordare il vol. di PREDIERI, Alberto. **Shari'a e Costituzione**, Roma-Bari: Laterza, 2006.

economica e tecnologica, ma che non ha assorbito, anzi fagocitato, l'assetto istituzionale degli stati e la legislazione degli stessi, in punto di scelte caratterizzanti la forma di stato e di governo. Su quest'ultima, poi, i modelli sono diversi e differenti, che variano dal presidenzialismo nella sua declinazione statunitense ovvero in quella sudamericana, dal parlamentarismo che si manifesta con norme e prassi differenziate in larga parte d'Europa, con il semipresidenzialismo la cui provenienza francese si è alterata nelle altre esperienze europee e dell'Europa orientale. Senza poi considerare le convenzioni costituzionali, che si vengono a formare in punto di forma di governo, che hanno caratteristiche e modalità tutte riferibili ai singoli ordinamenti.

Ecco perché la tesi che la cifra metodologica della comparazione, che è quella delle differenze/somiglianze, sia venuta meno in epoca di globalizzazione, non mi persuade. Si sostiene che con la globalizzazione è aumentata la dose di metodo fondata sulle somiglianze anziché sulle differenze – invertendo il rapporto, dove erano e sono le differenze che esaltano di più e meglio l'analisi comparativa²¹ – e poi, che semmai sono altre le dinamiche che modellano e indirizzano la ricerca del comparatista, quali la convergenza, lo scambio e la contaminazione, attraverso un *dynamic longitudinal project*²². Sarà pur vero che <<viviamo in un'epoca che vede con favore l'unificazione e la incoraggia>>²³ e che l'ordinamento giuridico europeo si muove senz'altro in tal senso, seppure "uniti nella diversità". Ma per il comparative law in book e il comparative law in action – comunque in grado di perseguire allo stesso tempo l'unità e la diversità – rimane e permane il metodo delle differenze, anche nell'età della globalizzazione. Il raffronto fra sistemi e norme giuridiche <<deve esaltare le diversità e farlo con particolare riferimento allo scenario del diritto globale, con il suo carattere transnazionale oltre che nazionale e sovranazionale [...]. Ed eventualmente di evidenziare criticamente le modalità con cui quelle differenze possono essere occultate in chiave unificante, o al

²¹ Da ultimo, sulle problematiche relative al metodo comparativo, anche con riferimento al fenomeno della globalizzazione, v. PEGORARO, Lucio. **Diritto costituzionale comparato**. La scienza e il método. Bologna: Bononia University Press, 2014, spec. 261 ss. e SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato**. Roma-Bari: Laterza, 2014, spec. 167 ss.; MONATERI, Pier Giuseppe. **Methods of Comparative Law**. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2012.

²² E' questa la suggestiva tesi di FERRARESE, Maria Rosaria. Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Rioja, vol. 31, n. 3, p. 369-402, 2013. Ma v. già MUIR-WATT, Horatia. Globalization and Comparative Law. in REIMANN, Matias e ZIMMERMANN, Reinhardt (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2006, 553-583. Il quale pone la questione se la comparazione possa essere ancora possibile nel mondo globalizzato. Valorizza il metodo comparativo nella globalizzazione, MUSY, Alberto M. **La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione**. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano. Milano: Giuffrè, 2004.

²³ Così SACCO, Rodolfo. **Il diritto fra uniformazione e particolarismi**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011, p. 19. Sul tema, con riferimento al diritto pubblico, v. MORBIDELLI, Giuseppe. **Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012. Il quale valorizza il particolarismo della statalizzazione della fonti regionali e locali (si tratta, per entrambe le opere, di lezioni magistrali tenute all'Università Suor Orsola Benincasa)

contrario promosse in termini anche apertamente precettivi. Il che può accadere anche utilizzando metodi di norma destinati a produrre una comparazione che unisce, i quali possono ben possono, di volta in volta, essere parte di strategie argomentative complessivamente volte a realizzare invece una comparazione che non divide>>²⁴. Mi sono avvalso di questa citazione, che condivido in pieno, anche al fine di evidenziare le ragioni metodologiche di una ricerca comparatistica che non può non essere ancora e di più fondata sulle differenze. Bisogna diffidare dalle convergenze, ovvero dalle consonanze, e quindi dall'idea che *tout se tient*: <<sarebbe meglio che il teorico si ostinasse a distinguere sempre, puntigliosamente, anche a costo di fare il bastian contrario, piuttosto di abbandonarsi ad affrettate analogie che scattano con docilità tanto sospetta quanto accondiscendente>>²⁵. Mi sembra che questo si colleghi senz'altro al tema della legislazione e comparazione, come sopra descritto.

Altro tema che qui si accenna: il dialogo fra Parlamenti, che si vuole richiamare a un altro noto "dialogo", ovvero quello fra le Corti. Dialogo quest'ultimo molto studiato e celebrato, nella convinzione di un suo forte impatto giurisprudenziale in grado di suggerire un interscambio, o persino un'interdipendenza fra le varie esperienze giurisdizionali nazionali. Salvo verificare, come è stato fatto, che manca il dialogo fra le Corti statali, e semmai c'è uno scambio per lo più unilaterale di decisioni giurisprudenziali; né tantomeno c'è un ricorso all'uso della comparazione ma piuttosto un approssimativo riferimento al diritto straniero²⁶.

Se delle riserve vanno mosse rispetto al cd. dialogo fra le Corti, a maggior ragione non si ritiene che si sia venuto a sviluppare, utilmente e in chiave comparatistica, un dialogo fra Parlamenti, anche se da intendersi non già come circolazione spontanea dei modelli ma piuttosto come "mettersi in ascolto" di un altro ordinamento²⁷. L'uso della comparazione, o meglio della conoscenza del diritto straniero²⁸, le assemblee legislative lo svolgono nella fase istruttoria, laddove vengono raccolti materiali legislativi e non solo di altri ordinamenti, con lo scopo di conoscere come altrove si è regolamentato quel dato problema, quella certa materia. Ci sono, all'interno delle assemblee legisla-

²⁴ SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato**. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 170.

²⁵ Così, LUZZATI, Claudio. Il giurista che cambia e non cambia. **Diritto pubblico**, Bologna, Vol. 19, n. 2, p. 385-440, 2013, p. 397.

²⁶ Cfr. VERGOTTINI, Giuseppe. **Oltre il dialogo fra le Corti**. Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2010; sulle tesi avanzata dall'A., v. le riflessioni critiche di RIDOLA, Paolo. Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione? **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, 2012, 273-ss.

²⁷ Su cui, v. SCAFFARDI, Lucia (a cura di). **Parlamenti in dialogo**. L'uso della comparazione nella funzione legislative. Napoli: Jovene, 2011. In tema, v. ora ÖRÜCÜ, Esin. Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective. **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, p. 833-844, 2014.

²⁸ E' ovvio che non è la stessa cosa: <<il diritto comparato concerne necessariamente il diritto straniero [ma] studiare un sistema giuridico straniero – come tale – non significa ancora effettuare una comparazione>>, così ZWEIGERT, Konrad e KOTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. ed. it. a cura di A. Di Majo e A. Garbaro. Milano: Giuffrè, 1992, p. 7.

tive, degli uffici parlamentari di diritto comparato, che svolgono il precipuo compito di raccogliere in *dossiers* tutto il materiale legislativo, giurisprudenziale e dottrinale in giro per il mondo, riferito a un dato argomento oggetto di esame per una regolamentazione normativa. Questo lavoro di documentazione viene svolto ogniqualvolta l'assemblea intende avviare l'*iter* legislativo per regolamentare una determinata disciplina. Altrimenti, possono essere di ausilio, ai fini di una maggiore conoscenza comparatistica, le audizioni svolte nelle indagini conoscitive promosse dalle assemblee parlamentari, specialmente quando l'auditore è uno studioso di diritto comparato. Certo, rischia di essere un lavoro acritico, semplice ricognizione delle fonti del diritto positivo e dei testi giuridici stranieri. Ma è fungibile a orientare il legislatore su come si è provveduto a normare altrove, inducendolo così a svolgere un ragionamento per analogie e differenze, dove sono queste ultime a prevalere, almeno nella fase finale dell'approvazione della legge; laddove nella fase iniziale della proposta di legge si riscontra una maggiore tendenza a emulare testi legislativi stranieri. Si può quindi provare a sintetizzare e schematizzare, affermando che la proposta di legge ha un iniziale approccio di diritto straniero per poi svilupparsi, nell'*iter* legislativo, attraverso l'uso del metodo comparativo.

Quindi non si legifera senza prima comparare; ovvero conoscere, apprendere, prendere contezza come altrove si è provveduto a normare una certa materia. Poi, come si è visto sopra, il legislatore agisce prevalentemente per differenze, ovvero senza emulare il legislatore straniero, sia pure conoscendolo. Il cd. "dialogo" fra Corti e, soprattutto, fra Parlamenti appare come un mito, al quale in molti tendono nella convinzione, tutta da verificare in concreto, che si svolgano forme di trapianti di sentenze e, soprattutto, di norme. E che tutto ciò sia un inevitabile derivato del processo di globalizzazione nella sua induzione verso un'uniformità giuridica e una circolazione, "occidentalmente orientata", del diritto e dei diritti.

C'è invece una questione che investe il rapporto fra legislazione e comparazione, in termini di circolazione delle esperienze e dei modelli giuridici, che si sta affermando sempre più negli ordinamenti contemporanei: si tratta del tema riferibile alla "qualità delle leggi", altrimenti detta *better regulation*²⁹. E' su questo tema, oggi, che si incontrano i legislatori nazionali. E' su questo tema, oggi, che si viene a valorizzare la circolazione delle scelte legislative. Non sui contenuti delle norme ma piuttosto sulla corretta forma della redazione delle norme (*drafting*) e ancora sulla analisi dell'impatto della valutazione normativa (AIR), innestando modi e metodi di tecnica legislativa e di analisi economica del diritto. Da qui una prima considerazione, che verrà più avanti sviluppata: e cioè che la legge rischia sempre più di essere considerata alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata. Un "prodotto" che deve essere pulito, ordinato e corretto

²⁹ Su cui, v. WEATHERILL, Stephen. **Better Regulation**. Oxford: Hart Publishing, 2007.

sul piano della forma; che deve essere razionale, economicamente vantaggioso e di sicuro impatto tra gli *stakeholders* sul piano della fattibilità.

Certo, l'esigenza di legiferare meglio nasce da un malessere che da molti, troppi anni affligge le democrazie e i Parlamenti, e che può essere così sintetizzato: troppe numerose le leggi che continuamente si susseguono e non di rado si sovrappongono, si confondono o si contraddicono fra loro; troppo complicato il discorso legislativo, con continui rinvii e frequenti deroghe, e talora sibillino il linguaggio; troppo poco diffusa, anzi strettamente limitata agli addetti ai lavori, la circolazione dei testi legislativi, perché si possa addebitare al cittadino l'obbligo della conoscenza (*ignorantia legis non excusat*): tutti fenomeni che inducono alla considerazione che siamo in presenza di inflazione legislativa, di ipertrofia della legge, di inquinamento legislativo. Questi sono i problemi, specialmente in tempi odierni; ma il tema è antico, e risale all'illuminismo giuridico e alla sua scienza della legislazione³⁰. E quindi da quella esperienza occorre partire.

3. DALLA LEGGE ALLA LEGISTICA: TEORIA E PRASSI

Il problema della educazione del legislatore a compiere bene il suo ufficio ebbe una prima impostazione nel pieno dell'età dell'illuminismo: si può fissarne la data, 1748, anno della pubblicazione a Ginevra di un libro di un autore anonimo, *De l'Esprit des Lois*. Due anni dopo, nella stessa città, venne pubblicato la *Défense de l'Esprit des Lois*, anch'essa priva del nome del suo autore: ma questo nel frattempo si era già rivelato, ed era quello di Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu, nome che venne in seguito universalmente riconosciuto e identificato nella persona del grande giurista francese. Al problema di una corretta redazione delle leggi, *De l'Esprit des Lois* dedica il cap. XVI del libro XXIX, intitolato appunto *Choses a observer dans la composition des lois*. Con mirabile efficacia espositiva, Montesquieu enuncia i seguenti principi: 1) lo stile deve essere conciso e 2) semplice, cioè la legge deve esprimersi in una forma diretta, colloquiale, e non riflessiva. 3) E' essenziale che le parole delle leggi risvegliano in tutti gli uomini le stesse idee. 4) Quando la legge prevede una sanzione (*fissation*) deve evitarsi, quando sia possibile, che essa venga determinata in un certo valore monetario (questo a causa della variazione del valore). 5) Quando in una legge è stata bene fissata l'idea delle cose a cui si riferisce, bisogna evitare di ricorrere ad espressioni vaghe. 6) Le leggi non devono contenere sottigliezze: esse sono fatte per persone di intelligenza medio-cresce; non sono un'arte di logica ma devono esprimere la semplice ragionevolezza di un padre di famiglia. 7) Quando in una legge le eccezioni, le limitazioni, le modificazioni non sono necessarie, è meglio non metterle: i dettagli generano dettagli. 8) Non bisogna apportare modificazioni di una legge senza una ragione sufficiente per introdurla. 9) Quando si rende ragione di una legge (nel suo contesto), bisogna che tale ragione

³⁰ Su cui v. CATTANEO, Mario Alessandro. **Illuminismo e legislazione**. Milano: Comunità, 1966.

sia degna di essere enunciata. 10) Quello che la legge presume vale più di quel che presume l'uomo comune. 11) Le leggi inutili indeboliscono le leggi necessarie; lo stesso avviene con le leggi che consentono facilmente ai soggetti di eluderle. 12) Bisogna aver cura che le leggi siano concepite in modo tale che esse non contrastino con la natura delle cose. 13) E infine, il *fait dans le lois un certain candeur*, devono cioè rispettare la dignità umana: fatte per punire la malvagità umana, esse stesse debbono dimostrare di possedere la massima innocenza³¹.

Dopo Montesquieu, l'italiano Gaetano Filangieri: autore de *La scienza della legislazione*, l'opera che ha segnato il termine d'inizio della letteratura giuridica sulla redazione delle leggi³². L'assunto di Filangieri, enunciato nel titolo del Capo III, Libro I, della sua opera, è che <<la legislazione, non altrimenti che tutte le altre facoltà, deve avere le sue regole; e i suoi errori sono sempre i più gravi flagelli delle nazioni>>. La trattazione, che si stende nel corso dell'opera, ha però un carattere prevalentemente politologico. Sebbene non vi manchino i rilievi d'ordine formale, il proposito di Filangieri non fu propriamente di enunciare una tecnica della produzione legislativa, ma fu piuttosto quello di segnare le linee direttive, conformemente alla ragione illuministica, di una legislazione benefica per l'umanità, ispirata a una visione cosmopolitica, che comprendeva persino le nascenti speranze degli Stati Uniti d'America, dove l'autore avrebbe voluto trasferirsi.

All'ideale illuministico di una "scienza della legislazione", ispirato a principi di razionalità assoluta e dogmatica, subentrò agli inizi dell'Ottocento il metodo operativo moderno di una "tecnica della legislazione", la cui messa in esecuzione venne affidata ad un *corpus* di esperti della produzione normativa per la loro preparazione giuridica: quasi artigiani del diritto, cui viene commissionato il lavoro di conversione della volontà politica in una struttura giuridica, che realizzi l'intento del legislatore in forma obiettiva, reificata in termini di legalità³³. Certo, si tratta di un tema noto, che qui vogliamo ricordare nei suoi tratti essenziali. La riflessione metodologica sulla formazione delle leggi a opera di un gruppo di giuristi tecnici venne iniziata in Gran Bretagna: come mai e perché proprio in quell'isola si spiega con il fatto che lì nasce e si afferma la *Rule of Law*, ovvero un sistema dove è la legge a dominare. Altrimenti, anche a causa della congenita "asistematicità" dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio del Regno Unito (con rilevanti differenze, in punto di legislazione, fra Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord) privo di codici e di costituzione formale, più avvertita è l'esigenza di

³¹ Cit. da MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède e de. **Oeuvres complètes**, a cura di R. Caillois, Paris: Gallimard, 1989, T. II, 876-881. Le parafrasi e la numerazione sono mie.

³² FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione** (1780), con *Introduzione* di Vittorio Frosini, cura dei testi di F. Riccobono, 2 volumi, Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

³³ Si segnala l'opera del tedesco ZACHARIAE, Karl Salomo. **La scienza della legislazione** (1806), a cura di R. Calvo. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010.

un ricorso alla tecnica legislativa, per dare sistema attraverso significative procedure di *drafting* ovvero di progettazione legislativa.

Fu Jeremy Bentham, vissuto a cavaliere tra un secolo e l'altro, a formulare la riflessione sul metodo della legislazione. Erede del razionalismo settecentesco in un clima culturale impervio, come era quello inglese, e risoluto anticipatore dell'utilitarismo e positivismo giuridico, correnti di pensiero tipiche dell'Ottocento, Bentham fu al suo tempo meglio conosciuto in Francia che in Inghilterra, grazie alla traduzione francese dei suoi *Tratés de législation civile et pénale* pubblicati a Parigi nel 1802³⁴. In essi egli assunse una posizione critica avversa al sistema inglese del *judge-made law* ed a favore dell'idea di codificazione, in sintonia (ma non in soggezione mentale) all'esperienza giuridica allora condotta in Francia. Il maggior merito di Bentham, riguardo al nostro argomento, è però di un carattere particolare. La sua dottrina influenzò il pensiero e stimolò l'iniziativa di un suo seguace, Henry Brougham, che nel 1828 pronunciò alla Camera dei Comuni un importante discorso, il *Law Reform Speech*, in cui tracciò un programma di riforma della produzione legislativa ispirato a una concezione chiaramente delineata di un sistema di tecnica legislativa³⁵. Divenuto Lord Cancelliere nel 1830, egli nominò una *Royal Commission on the Consolidation of Statute Laws*, la cui relazione, presentata nel 1835, rappresenta il fondamento della procedura di tecnica legislativa sviluppatasi in Gran Bretagna fino al famoso *Renton Report* del maggio 1975³⁶.

Un caso esemplare di questo rapporto d'integrazione fra la riflessione e la pratica attuazione della tecnica legislativa è quello offerto in Gran Bretagna dal rapporto, che una commissione di dodici esperti, presieduta da Sir David Renton e nominata il 7 maggio 1973, consegnò al Parlamento britannico il 19 maggio 1975³⁷. L'importanza del documento consiste appunto nel fatto, che ha stabilito un modello di lavoro della tecnica legislativa, che come esso stesso enuncia, <<potrà essere utile a tutti coloro che in futuro siano resi responsabili per la presentazione di un disegno di legge ad una qualsiasi assemblea dotata di potere legislativo>>. Il *Renton Report* viene qui dunque preso in considerazione sotto l'aspetto metodologico e problematico, che ne fa un'opera di

³⁴ BENTHAM, Jeremy. *Tratés de législation civile et pénale*. Trd. Etienne Dumont. Paris: Bousange, Masson & Besson, 1802. Su Bentham e la legislazione, nella dottrina italiana, v. D'ALESSANDRO, Lucio. *Utilitarismo morale e scienza della legislazione*. Saggio su Jeremy Bentham. Napoli: Guida, 1981.

³⁵ Su Henry Brougham, v. la biografia di NEW, Chester W. *The life of H. Brougham to 1830*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

³⁶ Per un'analisi della formazione, sviluppo del sistema inglese di tecnica legislativa, v. ZANDER, Michel. *The Law-Making Process*. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1985; e PATCHETT, Keith. *Legislative Drafting in Common Law System*. London: Butterworth and Co., 1989; CRABBE, Vincent Cyril Richard Arthur Charles. *Legislative Drafting*. London: Cavendish Publishing, 1993.

³⁷ Noto come Renton Report, il titolo completo è: Renton Report. *The Preparation of Legislation*. Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council. London: Her Majesty's Stationery Office, 1975. Trd. it.: Renton Report. *La preparazione delle leggi*. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975), intr. e note di R. Pagano. Roma: Camera dei deputati, 1990.

dottrina, in cui il riferimento all'esperienza parlamentare britannica costituisce la base empirica e positiva, che mantiene il discorso immune da astrazioni anche se aperto a una dialettica di riflessione, sicché esso vale come paradigma di riferimento anche al di fuori del suo preciso ambito giuridico e culturale ³⁸.

I motivi tematici in esso contenuti rappresentano infatti gli elementi fondamentali di valutazione per stabilire il significato e la funzionalità del messaggio legislativo in quanto tale: la progettazione di un testo legislativo viene sottoposta a un insieme di principi e di criteri operativi, non dunque opera artigianale di esperti, ma vera e propria scienza e tecnica della legislazione, che può essere insegnata, cioè trasmessa con la sua carica valutativa in quanto opera di razionalità. I suoi principi sono di carattere universale: essi sono quelli di chiarezza discorsiva, di comunicabilità diffusa, di trasparenza procedurale, di controllo razionale, di certezza giuridica.

I temi del *drafting* e del procedimento legislativo inglese sono stati ripresi e studiati da una commissione istituita dalla *Hansard Society*, che ha redatto nel novembre 1992 un rapporto intitolato *Making the Law, the report of the Hansard Society commission on the legislative process*, ma conosciuto come rapporto Rippon dal nome del presidente della commissione, Lord Rippon. Le raccomandazioni elaborate nel rapporto possono essere così riassunte: a) adozione di un linguaggio più chiaro, semplice e conciso, purché questo non vada contro la certezza delle norme; b) eliminazione di qualsiasi dettaglio inutile e complicato dalla legislazione primaria; c) attribuzione della responsabilità ministeriale del *Parliamentary Counsel Office* allo *Attorney General*, in particolare per ciò riguarda la supervisione delle tecniche di *drafting* adoperate e il controllo della redazione di tutti i progetti di legge governativi.

E ancora: dal governo Thatcher fino all'attuale governo Cameron, l'attenzione verso il miglioramento della qualità della regolazione è dimostrata dalla costituzione, all'interno dell'Ufficio del *Prime Minister*, di una Unità – chiamata *Deregulation Unit* nel governo conservatore e *Better Regulation Unit* in quello laburista – deputata al miglioramento della qualità della regolazione, con particolare attenzione all'analisi economica dell'impatto della regolamentazione sui cittadini e sulle imprese e alla fase ascendente della normativa comunitaria. L'Unità, peraltro, ha elaborato delle apposite *Guides*, che sono rivolte a tutti i Ministri e ufficiali pubblici del Regno, le quali, sebbene non abbiano valore vincolante, sono tenute in grande e seria considerazione dai destinatari delle stesse. Tra i più recenti provvedimenti, assunti in Gran Bretagna, vanno senz'altro ricordati il *Legislative and Regulatory Reform Act* del 2006, con il quale si è data attuazione

³⁸ Questo carattere del *Renton Report* è stato riconosciuto in Italia da PIZZORUSSO, Alessandro. Il *Renton Report* e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese. In: GIULIANI, Alessandro e PICARDI, Nicola (a cura di). **L'educazione giuridica**. vol. V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione, t. III: La discussione contemporanea, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1987, p. 139-166; v. anche PAGANO, Rodolfo. Struttura e tecnica della legislazione nell'ordinamento inglese, intr. a *Renton Report*. **La preparazione delle leggi**. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975). Roma: Camera dei deputati, 1990, 3-46.

legislativa ai principi di *good regulation* previsti nel rapporto *Principles of Good Regulation* del 1998, a opera della *Better Regulation Task Force*, che sono stati adottati dal Governo. E poi, il *Law Commission Act* del 2009, che affida alla *Law Commission* (organo collegiale composto da un presidente, già giudice della *High Court*, e quattro componenti scelti tra esperti di diritto) il compito di revisionare, in maniera sistematica, la legislazione vigente, con l'intento di assicurarne la chiarezza e l'attualità nonché l'armonizzazione e il consolidamento della normazione in vigore, e raccomandare altresì al Parlamento l'abrogazione delle norme ridondanti e obsolete³⁹.

4. CHI INQUINA LE LEGGI, PAGA. FARE PULIZIA DELLA LEGISLAZIONE

Si è fatto cenno prima anche al fenomeno dell'inquinamento legislativo: in questo caso il problema è attribuibile sia a difetti "strutturali", quali la pluralità delle fonti normative concorrenti, ovvero fonti prive di una chiara ripartizione delle competenze ed un ben definito rapporto tra le fonti stesse; sia a difetti "soggettivi", che si riferiscono alla qualità del testo, ovvero alla scarsa perizia o attenzione nella redazione o ad insufficiente o mancato coordinamento con il contesto normativo in cui il testo va a collocarsi. Qui basterà soltanto elencare sommariamente alcuni difetti, che determinano il fenomeno dell'inquinamento: *a)* l'ambiguità semantica e sintattica; *b)* la vaghezza della norma; *c)* l'abrogazione innominata; *d)* le norme intruse; *e)* la stratificazione di norme; *f)* il ricorso a leggi *omnibus*; *g)* le antinomie; *h)* i rinvii a catena: ma si tratta soltanto di un elenco aperto, che può essere arricchito da ulteriori tipologie di difetti inquinanti. Così facendo, si viene a creare uno stato di autentico "inquinamento legislativo", che finisce col mettere a rischio valori quali la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge: tutti importanti e fondanti valori di una società liberaldemocratica, che possono essere minati dalla diffusione e circolazione di leggi oscure. Allora, come si è giustamente sostenuto: <<l'impresa di restituire pulizia e chiarezza nell'universo normativo è tra le più urgenti di questa fine del secolo: perché la legge oscura si risolve in una delega in bianco verso gli organi preposti a darle applicazione, e ciò determina a sua volta un'eclissi delle garanzie giuridiche e in ultimo la più generale disaffezione nei confronti delle istituzioni democratiche; e perché insicurezza giuridica e indifferenza civile aprono gioco forza il varco alla legge del più forte, al sopruso, alla prevaricazione>>⁴⁰.

³⁹ Notizie in SCAFFARDI, Lucia e WESTON, Elin. The use of Comparative Law in the Legislative Process at Westminster. In: LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting**. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014, 147 ss.

⁴⁰ Così AINIS, Michele. La chiarezza delle leggi. In: L. Violante (a cura di). **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Einaudi, 1998, p. 913; ma v. già AINIS, Michele. **La legge oscura**. Come e perché non funziona,

Vi è un problema di democrazia, ovvero di partecipazione democratica. E' possibile che il cittadino, naturale destinatario della legge che la deve osservare pena una sanzione, sia messo in condizione di non capire il significato della legge, di non recepire il messaggio legislativo, perché questo è eccessivamente numeroso, oscuro, complicato e contraddittorio? E' di fondamentale importanza per una società libera che il diritto sia facilmente percepibile e ragionevolmente chiaro; laddove la legge non dovesse soddisfare queste condizioni, allora il cittadino verrebbe privato del diritto alla democrazia, inteso anche come diritto alla partecipazione e alla cittadinanza. Certo, problema questo dell'inquinamento legislativo che non conosce confini, se anche in un Paese di *common law* come gli Usa, e quindi con una produzione normativa circoscritta, il Presidente della Corte Suprema ha dichiarato che <<un cittadino deve essere in grado di capire la legge: se non lo è, la legge è invalida>>; dal che ne è derivata una pronuncia di incostituzionalità della legge *Homest services fraud* perché troppo vaga⁴¹. La buona qualità della legislazione è quindi elemento essenziale dello Stato di diritto: <<*Laws of good quality, precise and transparent statutes, are essential elements of rule of law*>>⁴².

Vi è altresì un'esigenza di una costruzione di una metodologia, ossia di una razionalità tecnica rapportata tra fini e mezzi, che acquisti un carattere di comunicatività istruttiva, e si sarebbe tentati di scrivere, che abbia un intento di pedagogia e didattica legislativa. Questo intento era stato proposto da Rudolf von Jhering: <<come deve essere indirizzato e formato il diritto, perché le norme giuridiche da applicare al caso concreto siano il più possibile semplici, chiare e sicure?>>⁴³. L'ideale scientifico di una legislazione, concepita ed espressa secondo regole di coerenza logica, ha radici nella cultura giuridica tedesca, come scienza della legislazione (*Gesetzgebungswissenschaft*) o dottrina della legislazione (*Gesetzgebungslehre*)⁴⁴, e riafferma il principio della razionalità della legge, intesa in senso non originario ma finalistico e funzionale.

Bisogna insegnare a legiferare, quindi. Tenendo conto dei seguenti principi: 1) economicità del discorso; 2) adeguatezza del discorso; 3) comprensibilità e precisione espressiva; 4) pubblicità. Principi che si declinano nelle seguenti regole di legistica: a) la regolamentazione complessiva deve essere effettuata con il minimo possibile di regole; b) dal testo della norma giuridica deve essere facilmente individuabile il destinatario

Roma-Bari: Laterza, 1997. Di recente, v. MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **La trappola delle leggi**. Molte, oscure, complicate. Bologna: Il Mulino, 2011.

⁴¹ MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **La trappola delle leggi**. Molte, oscure, complicate. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 65.

⁴² Così, KARPEN, Ulrich. Law Drafting and the Legislative Process: Outline of a Training Course for Law Drafters. In: MADER, Luzius e MOLL, Chris (eds.). **The Learning Legislator**: Proceedings of the 7th Congress of European Association of Legislation, 31st May-1st June 2006. Baden Baden: Nomos, 2009, p. 9.

⁴³ JHERING, Rudolf Von. **Geist des römischen Recht** (1852-1865). 3. ed. Berlin: Litetarische Zeitung, 1875, p. 322.

⁴⁴ Cfr. KUBES: Vladimir. **Theorie der Gesetzgebung**. Wien-New York: Springer, 1987.

della singola regola e del comportamento prescritto; c) bisogna valersi di parole e di formulazioni linguistiche d'uso comune e le parole vanno utilizzate in maniera precisa e costante; d) nella disposizione sistematica bisogna fare attenzione all'articolazione delle disposizioni con riferimento al loro contesto oggettivo e alla loro comprensibilità⁴⁵.

Queste regole hanno goduto di circolazione giuridica e sono pertanto presenti (anche se non sempre osservate) negli ordinamenti nazionali europei, e non solo. Sebbene variano le fonti che disciplinano le regole (leggi, regolamenti, raccomandazioni, circolari) e le forme di controllo, attraverso le quali si verifica che venga a essere svolta una corretta applicazione delle regole stesse⁴⁶. E proprio con riferimento al controllo della qualità legislativa si fa riferimento qui all'esperienza francese, dove il *Conseil constitutionnel* è prevenuto a configurare quali principi di rango costituzionale la chiarezza (decisione 98-401 DC del 10 giugno 1998), l'accessibilità e l'intelligibilità (decisione 2001-455 DC del 12 gennaio 2002) della legge, utilizzando come parametro l'art. 34 cost. (per la chiarezza) e gli artt. 4, 5, 6 e 16 della Dichiarazione del 1789 (per l'accessibilità e l'intelligibilità). Si segnala anche la decisione 2005-530 DC con la quale il *Conseil* ha annullato alcune norme in ragione della loro inutile complessità: <<L'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile; - qu'il en irait de même si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de la capacité de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée>>. In tal senso, sia pure con dei distinguo anche alla luce dei principi costituzionali, ci sono anche pronunce della giurisprudenza spagnola (TC, n. 212 del 1996) e austriaca (B1514/01)⁴⁷.

Poi, in particolare per quanto riguarda la circolazione, nei Paesi dell'area Europa, delle regole sulla *better regulation*, appare sicuramente significativa, quale primo documento internazionale in materia, la *Recommendation of the Council on Improving*

⁴⁵ Si è preso spunto dalla legislazione austriaca sulle regole di tecnica legislativa, riprodotta in PAGANO, Rodolfo (a cura di). **Normative europeee sulla tecnica legislativa**. Intr. di FROSINI, Vittorio. Roma: Camera dei deputati, 1988, 3-31. Tale legislazione è debitrice della teoria di WALTER, Robert. Die Lehre von der Gesetzestechnik. **Oesterreich Juristen Zeitung**, n.18, p. 85-90, 1963; v. altresì WALTER, Robert. Evoluzione e stato attuale della dottrina dell'interpretazione nella scienza giuridica austriaca. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999, p. 313-346 (ivi, v. anche SCHAEFFER, H. Per una legislazione vicina al cittadino. Le vie per una legge migliore. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999, 261-292).

⁴⁶ V. ora l'indagine comparata svolta in LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting**. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014; su cui v. i rilievi di ÖRÜCÜ, Esin. Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective. **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, p. 833-844, 2014.

⁴⁷ Notizie e commenti in COSTANZO, Pasquale. Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'Ue). In: COSTANZO, Pasquale. **Studi in memoria di Giuseppe G. Florida**. Napoli: Jovene, 2009, p. 177-190, p. 186 ss.

the Quality of Government Regulation dell'Ocse/Oecd del 9 marzo 1995, rivolta istituzionalmente ai governi e che contiene una *checklist* per lo svolgimento dell'analisi della valutazione *ex ante* della regolamentazione. Ai fini di una valorizzazione della qualità della legge, intesa soprattutto quale ricerca di norme chiare e limitate nella loro ampiezza, che ne facilitino l'applicazione, impedendo la creazione di effetti distorsivi sul mercato e, più in generale, sulla tutela dei diritti fondamentali. Da allora, ovvero dalla raccomandazione Ocse/Oecd (a cui ha fatto seguito quella del 2005: *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*), numerose sono state le iniziative per "legiferare meglio" (come titola la relazione annuale della commissione al Consiglio in sede UE), sia nel diritto europeo che nei singoli stati nazionali, Italia compresa⁴⁸. L'invito, in sede Ocse/Oecd, è quello volto a evidenziare che <<*better regulation means to adopt regulations that meet concrete quality standards, avoids unnecessary regulatory burdens and effectively meet clear objectives*>> che si declina, secondo i documenti comunitari, nell'esigenza di creare un <<*regulatory system [...] more effective, efficient and transparent*>>⁴⁹

Insomma, una politica europea indirizzata anche ai singoli stati nazionali tutta rivolta a fare quello che il sommo Poeta fa dire a Giustiniano: <<D'entro alle leggi trassi il troppo e il vano>> (*Divina Commedia*, Par. VI).

E per trarre il "troppo e il vano" dentro le leggi, e ridurre così l'inflazione e l'inquinamento legislativo, soccorre un'antica proposta che mantiene una sua validità metodologica, e che qui si vuole far cenno. Nel suo libro, *Freedom and Law*⁵⁰, Bruno Leoni propone di rimodulare l'assetto delle fonti del diritto valorizzando quelle del tipo "fatto" piuttosto che quelle del tipo "atto"; lasciare cioè maggiore margine di intervento alle convenzioni, consuetudini, prassi, alle norme non scritte, riducendo la portata di regolazione delle norme atto scritte. Una torsione verso il sistema giuridico di *common law*, che dovrebbe così ridimensionare il metodo della codificazione di stampo romano germanico del *civil law*. Una rivoluzione liberale, certo. Finalizzata a espandere la libertà dell'individuo, a privilegiare il costituzionalismo dei diritti rispetto a quello dei poteri. <<In tutti gli ordinamenti politici contemporanei – sostiene Leoni – ci sono assai più legislazione, assai più decisioni collettive, assai più scelte rigide, e assai meno "leggi

⁴⁸ Per gli sviluppi del diritto comunitario, v. VEDASCHI, Arianna. **Istituzioni europee e tecnica legislativa**. Milano: Giuffrè, 2001; TRUCCO, Lara. La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. In: CON-STANZO, Pasquale (org.). **La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento**: Strumenti e tecniche nella XVI legislatura. Napoli: Jovene, 2011. Per il caso italiano, v. PAGANO, Rodolfo. **Introduzione alla legistica**: L'arte di preparare le leggi. Milano: Giuffrè, 2004; ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. Napoli: Editoriale scientifica, 2013. Sulle criticità del caso italiano: OECD. **Better regulation in Europe: Italy**. OECD Publishing, jun. 2013. (su cui v. PICCHI, M. **La qualità della normazione in Italia secondo l'OCSE**. Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2012.

⁴⁹ Cfr. OECD. **Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies**: Guidance for Policy Makers. Paris: OECD, 2009. Commissione europea. **Better Regulation for Growth and Jobs in the European Union** (Communication from the Commission to the Council and the European Parliament). [s.l.], 16 mar. 2005).

⁵⁰ LEONI, Bruno. **Freedom and Law**. Macerata: [s.n.], 2000: libro, come noto, pubblicato inizi anni Sessanta in Usa e tradotto in italiano soltanto a metà degli anni Novanta

scritte su tavole viventi”, assai meno decisioni individuali, assai meno scelte libere di quanto sarebbe necessario per conservare la libertà individuale di scelta. [...] Ma sono convinto – afferma ancora Leoni – che più riusciamo a ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto, con tutti i parafernali delle elezioni, della legislazione e così via, più riusciremo a stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell’ambito del linguaggio, della *common law*, del libero mercato, della moda, del costume, etc., ove tutte le scelte individuali si adattano reciprocamente e nessuna è mai messa in minoranza>>⁵¹.

C’è un altro dato che occorre sottolineare: e cioè che l’eccesso di legislazione svilisce e rattrappisce la crescita economica, perché frena la produttività e la capacità di impresa e di investimento. Troppe leggi, troppe norme, rendono complesso l’avvio di un’attività commerciale o di un’impresa. Diversi studi empirici hanno dimostrato che il sistema di *common law*, invece, è più efficace nel proteggere gli investitori e i creditori. La *common law* è a favore della strategia del controllo sociale, che cerca di sostenere gli esiti del mercato privato, mentre la *civil law* cerca di sostituire tali esiti con allocazioni rispondenti ai desideri dello Stato: la *civil law* è implementatrice di politiche, mentre la *common law* è risolutrice di conflitti⁵². Quindi, l’eccesso di codificazione e di normazione rappresenta un freno, un impedimento allo sviluppo economico, un *vulnus* alla libertà di iniziativa economica privata. Per la ragione che le troppe e vane leggi castrano l’attività di impresa, soffocano il libero dispiegarsi del mercato come ordine spontaneo delle cose. Sparigliano il concetto di costituzionalismo come tecnica della libertà. Il problema, allora, sta nel far sì che lo Stato non abusi del suo potere: ecco perché è necessario controllarlo. O si scrivono poche ed essenziali norme, o si creino le condizioni per far valere pretese, che impongano allo Stato di usare il proprio potere di coercizione, in modo tale che siano rispettati i diritti di proprietà privata. E’ questa la funzione decisiva della *Rule of Law* in economia: sono i diritti di proprietà, ancor più che i diritti umani, a essere fondamentali.

5. ANALISI E VALUTAZIONE DEL “PRODOTTO” LEGISLATIVO

Dalla redazione del testo legislativo, e quindi il *drafting*, si passa alla analisi dell’impatto della regolamentazione. Ovvero si amplia l’intervento sulla qualità della normazione, non riservandolo più solo al modo corretto di scrivere le leggi ma espandendolo alla analisi dell’impatto delle regole sui destinatari, dal punto di vista della semplificazione e della economicità. Si tratta di una tecnica importata in Europa dagli

⁵¹ LEONI, Bruno. **Freedom and Law**. Macerata: [s.n.], 2000, p. 145. Su cui, v. FROSINI, Tommaso Edoardo. **Il costituzionalismo di Bruno Leoni**. Rassegna Parlamentare, [s.l.], n. 4, 2013.

⁵² LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. **The Economic Consequences of Legal Origins**. Journal of Economic Literature, [s.l.], vol. 46, p. 285-332, junho 2008.

Stati Uniti, che hanno introdotto fin dal 1981, con *executive order* n. 12291, l'obbligo di effettuare una *cost-benefit analysis* dei provvedimenti più significativi di *secondary legislation* adottati dalle *federal executive agencies*, con la finalità di razionalizzare il processo decisionale, giustificare l'adozione o il mantenimento di regolazioni, valorizzare il coinvolgimento degli interessati. Dopo gli Usa, si segnala la Gran Bretagna quale Paese che ha saputo valorizzare l'analisi economica della regolazione sotto forma di *compliance cost assessment*, limitata agli *statutory instruments*, per poi prendere le forme di un vero e proprio *impact assessment* (nel 1998), esteso a tutta la regolazione di origine governativa o parlamentare all'origine di un prevedibile impatto sulle imprese e sulle organizzazioni del terzo settore, comprese le proposte di direttive comunitarie e gli interventi di deregolazione⁵³. Quindi, una *better regulation*, che si esprime come una tecnica attraverso la quale gli atti normativi, ovvero le regole che hanno effetto giuridico e quindi non soltanto la legge, devono provare, prima della loro entrata in vigore, di non essere eccessivamente onerose per le persone fisiche e giuridiche: ovvero per la cittadinanza, le imprese e la pubblica amministrazione. Chi scrive e chi approva l'atto regolativo, infatti, deve preventivamente verificare, attraverso un'adeguata analisi dei costi e benefici degli effetti dell'atto sui diversi piani sociale, normativo ed economico, che i benefici derivanti dall'atto siano maggiori dei costi. In tal modo, l'approvazione dell'atto deve risultare più vantaggiosa e preferibile rispetto ad altre decisioni oppure soluzioni. Si assume questa tecnica di analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) quale modo attraverso il quale si possono conoscere le conseguenze prodotte dalle norme, perché si ritiene che ciò sia <<di fondamentale importanza non solo per la comprensione di quelle in vigore, ma anche per decidere quali norme sarebbe opportuno adottare in futuro>>⁵⁴. Anche per non alimentare l'incertezza del diritto, che genera costi economici: in termini di contenzioso giudiziario; in termini di risorse impiegate dalla pubblica amministrazione per ovviare alle disfunzioni derivanti dall'applicazione delle norme giuridiche; in termini di diffusione della corruzione, che trova terreno fertile nella incertezza della legge che favorisce l'eccesso di discrezionalità della pubblica amministrazione e quindi un uso arbitrario del diritto. Inoltre, l'incertezza del diritto – causata dalla cattiva qualità delle leggi – frena, ostacola e disincentiva la crescita economica e gli investimenti delle imprese nazionali ma soprattutto straniere.

Non si vuole qui entrare nello specifico dell'attività e, soprattutto, delle procedure AIR, che presuppongono una programmazione attraverso una "agenda regolatoria", quale supporto agli strumenti funzionali al perseguimento della qualità delle regole. Ci sono *checklists* che scandiscono le tappe della valutazione dell'impatto della

⁵³ Cfr. DE BENEDETTO, Maria; MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 68.

⁵⁴ Così, FRIEDMAN, David D. **L'ordine del diritto**: Perché l'analisi economica può servire al diritto. Bologna: Il Mulino, 2004.

regolamentazione attraverso analisi e verifiche normative, finanziarie, socio-economiche dell'innesto regolatorio che si va effettuare; con la promozione di consultazioni, che possono essere riservate (agli *stakeholders*) oppure aperte alla cittadinanza, favorendo altresì il contributo delle *lobbies*, dei portatori di interessi, secondo criteri di trasparenza e condivisione degli esiti⁵⁵. Insomma, una *road map* tutta protesa ad acquisire informazioni preliminari finalizzate a definire il provvedimento e a seguirne l'istruttoria. Questo, in sintesi, il percorso della decisione regolatoria: *a)* ragioni della regolazione; *b)* esigenze economiche e sociali; *c)* obiettivi della regolazione; *d)* consultazione di destinatari; *e)* opzioni regolatorie; *f)* valutazioni delle opzioni; *g)* giustificazioni; *h)* modalità attuative; *i)* modalità di revisione⁵⁶. Vi sono poi, come detto, le ragioni dell'analisi economica del diritto, e quindi se il provvedimento è conveniente ovvero antieconomico; se è utile oppure costoso; qual è il rapporto tra costi e benefici, e quindi una valutazione delle norme non per quello che esse prescrivono ma per l'applicazione che di esse si fa. Secondo un'interpretazione economicamente orientata⁵⁷.

E' questo il punto, che qui si vuole evidenziare. La legge, e più in generale le regole giuridiche come prima indicate, viene a ridimensionare l'interesse verso quello che è la sua portata prescrittiva esaltando piuttosto la sua fattibilità, da un punto di vista del *drafting* e, soprattutto, dal punto di vista dell'impatto economicamente conforme alle finalità e ai destinatari del provvedimento. Cambia, quindi, l'atteggiamento e l'approccio rispetto alla legge, alla regola. Non più un messaggio in generale e in astratto di una ragione normativa che si applicava ai fatti sociali, ma un "prodotto" da ben confezionare da esporre nella vetrina del diritto per immetterlo nel mercato delle regole, conoscendone (o pensando di conoscere) l'impatto che dispiegherà, i rischi che eviterà, i vantaggi che produrrà. La scelta della regola giuridica prescinde dal luogo del diritto cui quella regola appartiene: il luogo dell'atto economico è anodino rispetto alla regola giuridica. E' stato scritto, che <<la possibilità di scegliere la regola giuridica che si reputa più idonea consente di articolare l'offerta e di arricchire di contenuti la dinamica concorrenziale>>⁵⁸. Per quanto suadente questa proposizione lascia perplessi: si ha l'impressione di assistere a un *revival* in termini liberistici, assai più che liberali, di un uso alternativo del diritto. Il diritto usato come bene di consumo, come merce di scambio;

⁵⁵ Sul punto, PETRILLO, Pier Luigi. **Democrazie sotto pressione: Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato**. Milano, Giuffrè, 2011, 340 ss.

⁵⁶ Cfr. DE BENEDETTO, Maria; MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Il Mulino: Bologna, 2011, p. 113 e ss.; v. altresì, NATALINI, Alessandro; TIBERI, Giulia (a cura di). **La tela di Penelope: Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica**. Bologna: Il Mulino, 2010; ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. Napoli: Editoriale scientifica, 2013, p.169 e ss..

⁵⁷ NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Il Mulino: Bologna, 2009.

⁵⁸ Così, ZOPPINI, Andrea. **La concorrenza tra ordinamenti giuridici**. Roma-Bari: Laterza, 2004. (su cui, v. la mia recensione critica nella Rivista **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 3, 2004)

appiattito e rattrappito per convenienze economiche, sia pure in nome di una concorrenzialità pensata come “capace di generare una corsa verso l'eccellenza”.

6. CONCLUSIONI (PROVVISORIE)

Sono partito da due domande: *a)* la legislazione deve essere sottoposta ad analisi comparativa per consentire un suo miglioramento? *b)* la legge ha ancora un suo valore, ovvero una sua forza cogente, negli stati di democrazia costituzionale? Le risposte sono entrambe affermative, sia pure con intensità argomentative diverse. Nell'età della cd. globalizzazione la comparazione ha sicuramente ancora un suo fondamento, e la legislazione degli stati, per quanto frammentata in nuove e varie fonti, non può e non deve essere privata da un edificante raffronto con le legislazioni straniere. Raffronto che deve insistere sulle differenze, senza cadere nelle accondiscendenti analogie in nome di un processo unificante, che è ben al di là da venire. Quindi, non si può legiferare senza prima comparare; perché chi conosce un solo diritto non conosce nessun diritto. Ho provato a raccontare come e in quale fase deve avvenire il procedimento comparativo nel momento della formulazione legislativa. E questo vale per le cd. micro leggi, che regolano il quotidiano vivere di una comunità, e per le cd. macro leggi, intendendo quest'ultime quelle ad alto contenuto politico oppure etico, che declinano torsioni della forma di stato e di governo. Risultato dell'originalità ed esclusività di queste leggi (come, per esempio, la legge elettorale) è comunque frutto di una comparazione per differenze, che tiene conto della diversità dell'assetto politico-istituzionale di quel dato ordinamento.

Più articolata la risposta, sia pure affermativa, circa il valore e la forza della legge negli stati contemporanei. Certo, significativamente indebolita dall'incapacità di regolare la complessità del reale e le continue trasformazioni dei processi sociali e tecnologici. E quindi in buona parte sostituita da altri modi di normare, dalla *soft law* al diritto dei privati. Ma l'afasia e l'apatia della legge è altresì dovuta alla sua grammatica sgrammaticata, ovvero alla cattiva redazione che determina incomprendimento, ambiguità, vaghezza, oscurità e che minaccia la certezza del diritto, l'equilibrio fra i poteri costituzionali, l'efficienza della giustizia, l'osservanza della legge. Ci vuole una igiene legislativa, che metta ordine e pulizia anche attraverso la tecnica legislativa, ovvero il *drafting* e quindi il modo e il metodo per scrivere bene e chiare le leggi. Più cautela occorre mostrare nei confronti delle tecniche, raccolte sotto l'attraente formula della *better regulation*, dell'analisi e valutazione dell'impatto della regolamentazione, laddove si mostrano fin troppo debitorie della logica economica e quindi modellate intorno a un'interpretazione economicamente orientata, che rischia di ridurre la legge a un prodotto come fosse un bene di consumo da immettere nel *free market* dell'ordinamento giuridico globale. Si rischia di andare oltre i confini della legge, riducendo a fatto economico quello

che dovrebbe rimanere un fatto giuridico, espressione di una volontà politica, sia pure attraverso la mediazione di un gruppo più o meno ristretto, ovvero di una “classe politica”⁵⁹. E il carattere della astrattezza e generalità dovrebbe rimanere prevalente rispetto a una presunta omologazione economica, e in futuro <<di dispositivi, meccanici, elettronici, o biologici>>⁶⁰. Al di là di queste (amare) riflessioni conclusive, resta il fatto che la circolazione della legislazione sulla base della comparazione, oggi si registra in prevalenza proprio sulle tecniche riferite alla qualità della legge e alla *better regulation*. Legiferare meglio, e quindi scrivere (e approvare) le leggi in maniera chiara e semplice, attiene anche alla qualità della democrazia, e quindi a rinsaldare il patto sociale fra governanti e governati. Diceva Giorgio Federico Hegel, che non c’è democrazia se le leggi sono appese tanto in alto da non potere essere lette⁶¹.

7. RIFERIMENTI

AINIS, Michele. La chiarezza delle leggi. In: L. Violante (a cura di). **Storia d’Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Einaudi, 1998, p. 913; ma v. già AINIS, Michele. **La legge oscura**. Come e perché non funziona, Roma-Bari: Laterza, 1997.

ALBANESI, Enrico. **Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale**. Napoli: Editoriale scientifica, 2013.

AMARI, Emerico. **Critica di una scienza delle legislazioni comparate**, 2 voll. Genova: Rubbettino Editore, 1857.

BENTHAM, Jeremy. **Tratés de législation civile et pénale**. Trd. Etienne Dumont. Paris: Bousange, Masson & Besson, 1802.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Einaudi, 2012.

CATTANEO, Mario Alessandro. **Illuminismo e legislazione**. Milano: Comunità, 1966.

CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco. Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. In CERRINA, Feroni Ginevra e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato**: Modelli comparati e prospettive. Torino: Giappichelli, 2012.

CONTIADES, Xenophon. **Constitutions in the Global Financial Crisis**. A Comparative Analysis. Surrey: Ashgate, 2013.

⁵⁹ Il riferimento è, ovviamente, alla teoria di MOSCA, Gaetano. **Teoria dei governi e governo parlamentare**. Milano: Giuffrè, 1968: <<tutto ciò che nel Governo è parte dispositiva, esercizio di autorità, ed implica comando e responsabilità, è sempre l’attribuzione di una classe speciale [...] che chiameremo classe politica>>

⁶⁰ Paventa questa ipotesi, MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge**: Sovranità e governo del mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2014.

⁶¹ HEGEL, Friedrich G. W. **Lineamenti di filosofia del diritto**. Bari: Laterza, 1965.

COSTANZO, Pasquale. Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'Ue). In: COSTANZO, Pasquale. **Studi in memoria di Giuseppe G. Florida**. Napoli: Jovene, 2009, p. 177-190.

CONSTANZO, Pasquale (org.). **La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento**: Strumenti e tecniche nella XVI legislatura. Napoli: Jovene, 2011.

CRABBE, Vincent Cyril Richard Arthur Charles. **Legislative Drafting**. London: Cavendish Publishing, 1993.

D'ALESSANDRO, Lucio. **Utilitarismo morale e scienza della legislazione**. Saggio su Jeremy Bentham. Napoli: Guida, 1981.

DE BENEDETTO, Maria; MARTELLI, Mario; RANGONE, Nicoletta. **La qualità delle regole**. Il Mulino: Bologna, 2011.

DICKMANN, Renzo e RINELLA, Angelo (a cura di). **Il processo legislativo negli ordinamenti contemporanei**. Roma: Carocci, 2011.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto sconfinato**. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari: Laterza, 2006.

FERRARESE, Maria Rosaria. Il diritto comparato e le sfide della globalizzazione. Oltre la forbice differenze/somiglianze. **Rivista Critica del Diritto Privato**, Rioja, vol. 31, n. 3, p. 369-402, 2013.

FERRARI, Giuseppe Franco. Le origini storiche della comparazione pubblicistica. **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 1, 2012.

FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione (1780)**, con *Introduzione* di Vittorio Frosini, cura dei testi di F. Riccobono, 2 volumi, Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

FRIEDMAN, David D. **L'ordine del diritto**: Perché l'analisi economica può servire al diritto. Bologna: Il Mulino, 2004.

FROSINI, Tommaso Edoardo e CASONATO, Carlo (a cura di). **La fecondazione assistita nel diritto comparato**, Torino: Giappichelli, 2006.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Sistemi elettorali e sistemi di partito. In: CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**, Roma-Bari: Laterza, 2009.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution. **Analisi giuridica dell'Economia**. n. 1, 2011.

FROSINI, Tommaso Edoardo. **Il costituzionalismo di Bruno Leoni**. Rassegna Parlamentare, [s.l.], n. 4, 2013.

FROSINI, Vittorio. **Gesetzgebung und Auslegung**. Baden-Baden: Nomos, 1995.

FROSINI, Vittorio. **La coscienza giuridica. Ritratti e ricordi**. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

- FROSINI, Vittorio. **La lettera e lo spirito della legge**, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1998, p. 44.
- GLENN, H. Patrick. **Tradizioni giuridiche nel mondo**. La sostenibilità della differenza. Bologna: Il Mulino, 2010.
- GROSSI, Paolo. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. **Foro italiano**, n. 5, p. 152-164, maggio, 2002.
- GROSSI, Paolo. **Società, Diritto, Stato**. Un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006.
- HEGEL, Friedrich G. W. **Lineamenti di filosofia del diritto**. Bari: Laterza, 1965.
- JHERING, Rudolf Von. **Geist des romischen Recht** (1852-1865). 3. ed. Berlin: Litetarische Zeitung, 1875.
- KARPEN, Ulrich. Law Drafting and the Legislative Process: Outline of a Training Course for Law Drafters. In: MADER, Luzius e MOLL, Chris (eds.). **The Learning Legislator: Proceedings of the 7th Congress of European Association of Legislation**, 31st May-1st June 2006. Baden Baden: Nomos, 2009.
- KUBES: Vladimir. **Theorie der Gesetzgebung**. Wien-New York: Springer, 1987.
- LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. **The Economic Consequences of Legal Origins**. Journal of Economic Literature, [s.], vol. 46, p. 285-332, junho 2008.
- LEONI, Bruno. **Freedom and Law**. Macerata: [s.n.], 2000.
- LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting**. The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014.
- LUZZATI, Claudio. Il giurista che cambia e non cambia. **Diritto pubblico**, Bologna, Vol. 19, n. 2, p. 385-440, 2013, p. 397.
- MATTARELLA, Bernardo Giorgio. **La trappola delle leggi**. Molte, oscure, complicate. Bologna: Il Mulino, 2011.
- MERKL, Adolf. **Il duplice volto del diritto**. Il sistema kelseniano e altri saggi, tr.it. di C. Geraci. Milano: Giuffrè, 1987.
- MONATERI, Pier Giuseppe. **Methods of Comparative Law**. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2012.
- MONATERI, Pier Giuseppe. **I confini della legge**. Sovranità e governo del mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barone de La Brède e de. **Oeuvres complètes**, a cura di R. Caillois, Paris: Gallimard, 1989.

MORBIDELLI, Giuseppe. **Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

MOSCA, Gaetano. **Teorica dei governi e governo parlamentare**. Milano: Giuffrè, 1968.

MOSTACCI, Edmondo. **La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato**. Padova: CEDAM, 2008.

MUIR-WATT, Horatia. Globalization and Comparative Law. in REIMANN, Matias e ZIMMERMANN, Reinhardt (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2006.

MUSY, Alberto M. **La comparazione giuridica nell'età della globalizzazione**. Riflessioni metodologiche e dati empirici sulla circolazione del modello nordamericano. Milano: Giuffrè, 2004.

NAPOLITANO, Giulio; ABRESCIA, Michele. **Analisi economica del diritto pubblico**. Bologna: Il Mulino, 2009.

NATALINI, Alessandro; TIBERI, Giulia (a cura di). **La tela di Penelope: Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica**. Bologna: Il Mulino, 2010.

NEW, Chester W. **The life of H. Brougham to 1830**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

ZANDER, Michel. **The Law-Making Process**. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicolson, 1985.

OECD. **Better regulation in Europe: Italy**. OECD Publishing, jun. 2013.

OECD. **Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers**. Paris: OECD, 2009.

ÖRÜCÜ, Esin. Comparisons and trans-frontier mobility of law: legal transplants in a comparative perspective. **Percorsi costituzionali**, Padova, n. 3, p. 833-844, 2014.

PAGANO, Rodolfo (a cura di). **Normative europee sulla tecnica legislativa**. Intr. di FROSINI, Vittorio. Roma: Camera dei deputati, 1988.

PAGANO, Rodolfo. Struttura e tecnica della legislazione nell'ordinamento inglese, intr. a Renton Report. **La preparazione delle leggi**. Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975). Roma: Camera dei deputati, 1990.

PAGANO, Rodolfo. **Introduzione alla legistica: L'arte di preparare le leggi**. Milano: Giuffrè, 2004.

PALOMBELLA, Gianluigi. **E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo**. Bologna: Il Mulino, 2012.

PATCHETT, Keith. **Legislative Drafting in Common Law System**. London: Butterworth and Co., 1989.

PEGORARO, Lucio. **Diritto costituzionale comparato**. La scienza e il método. Bologna: Bononia University Press, 2014.

Percorsi costituzionali: Costituzione e Religione. Padova: CEDAM. n. 2/3, 2013.

PETRILLO, Pier Luigi. **Democrazie sotto pressione:** Parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato. Milano, Giuffrè, 2011.

PICCHI, M. **La qualità della normazione in Italia secondo l'OCSE.** Osservatorio sulle fonti, n. 2, 2012.

PIZZORUSSO, Alessandro. Il Renton Report e le prospettive di evoluzione del sistema giuridico inglese. In: GIULIANI, Alessandro e PICARDI, Nicola (a cura di). **L'educazione giuridica.** vol. V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione, t. III: La discussione contemporanea, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1987.

PREDIERI, Alberto. **Shari'a e Costituzione,** Roma-Bari: Laterza, 2006.

RECCHIA, Giorgio. **Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato,** Padova: Cedam, 2000.

RECCHIA, Giorgio. **L'arbitrato nel diritto comparato,** a cura di FROSINI, Tommaso Edoardo. Padova: Cedam, 2014.

Renton Report. **La preparazione delle leggi.** Rapporto presentato al Parlamento inglese (1975), intr. e note di R. Pagano. Roma: Camera dei deputati, 1990.

Renton Report. **The Preparation of Legislation.** Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council. London: Her Majesty's Stationery Office, 1975.

RIDOLA, Paolo. Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione? **Percorsi costituzionali,** Padova, n. 3, 273-ss, 2012.

SACCO, Rodolfo. **Il diritto fra uniformazione e particolarismi.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

SCAFFARDI, Lucia (a cura di). **Parlamenti in dialogo.** L'uso della comparazione nella funzione legislative. Napoli: Jovene, 2011.

SCAFFARDI, Lucia e WESTON, Elin. The use of Comparative Law in the Legislative Process at Westminster. In: LUPO, Nicola e SCAFFARDI, Lucia (eds.). **Comparative Law in Legislative Drafting.** The increasing importance of dialogue amongst Parliaments. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2014.

SCHAEFFER, H. Per una legislazione vicina al cittadino. Le vie per una legge migliore. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999, 261-292.

SERIO, Mario. Gli albori della comparazione giuridica nella "Critica di una Scienza delle legislazioni comparate" (1857) di Emerico Amari. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi,** 411-449, 2012.

SOMMA, Alessandro. **Introduzione al diritto comparato.** Roma-Bari: Laterza, 2014.

TEUBNER, Gunther. **La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione**. L'emergere delle costituzioni civili. Roma: Armando, 2005.

TRUCCO, Lara. La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. In:

VEDASCHI, Arianna. **Istituzioni europee e tecnica legislativa**. Milano: Giuffrè, 2001.

VERGOTTINI, Giuseppe. **Oltre il dialogo fra le Corti**. Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2010.

ZACHARIAE, Karl Salomo. **La scienza della legislazione** (1806), a cura di R. Calvo. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2010.

ZOPPINI, Andrea. **La concorrenza tra ordinamenti giuridici**. Roma-Bari: Laterza, 2004.

ZWEIGERT, Konrad e KOTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. ed. it. a cura di A. Di Majo e A. Gambaro. Milano: Giuffrè, 1992, p. 7.

WALTER, Robert. Die Lehre von der Gesetzestechnik. **Oesterreich Juristen Zeitung**, n.18, p. 85-90, 1963.

WALTER, Robert. Evoluzione e stato attuale della dottrina dell'interpretazione nella scienza giuridica austriaca. In: **Liber Amicorum** in onore di Vittorio Frosini, vol. II: Studi giuridici, Milano: Giuffrè, 1999.

WEATHERILL, Stephen. **Better Regulation**. Oxford: Hart Publishing, 2007.