

www.oderzopartecipa.it

La gioventù che partecipa

ODERZO PARTECIPA
NUMERO 15-APRILE/MAG-
GIO 2007

VISITA IL BLOG
www.oderzopartecipa.it

ARTICOLI:
15.1
TRACTENT FABRILIA
FABRI

Quest'opera è stata rilasciata sotto la licenza Creative Commons Attribution-Non commerciale-Non opere derivate 2.5. Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/publicdomain/> o spedisci una lettera a Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.

Tractent fabrilia fabri
(pubblicato tra il 3/4/07 e il 2/5/07)

Domanda: vi fareste aggiustare la macchina da un dottore e curare da un meccanico? E vi fareste costruire la casa da un avvocato e difendere in giudizio da un muratore?

Ovviamente in tutti i casi **la risposta è no!** E per la banale ragione che è il meccanico che sa aggiustare la macchina e il dottore che sa come curarvi, così come è il muratore che sa costruire le case e l'avvocato che sa come difendervi in giudizio.

Nulla di più ovvio e scontato, insomma. Eppure **appena si comincia a parlare di diritto tutta questa ovvietà viene meno** e così si fa strada la confusione nei ruoli e nella legislazione.

Vi faccio un altro esempio. Mettiamo che per un qualche motivo abbiate bisogno di ricevere delle cure. Ora a chi mai vi rivolgereste? Andreste da un medico oppure da una persona che medico non è ma che dice di volervi un grande grandissimo bene e che magari ciò lo dice con assoluta sincerità (o magari no)?

La risposta anche qui è assolutamente ovvia, perché la persona competente a curarvi non è chi dice semplicemente di volervi bene, bensì chi ha le competenze medico-scientifiche per assistervi.

Il principio, quindi, è assolutamente logico. Ognuno deve fare ciò di cui ha conoscenza e competenza, non può improvvisarsi esperto di qualcosa di cui esperto non è. Per dirla con un classico detto

latino, **"tractent fabrilia fabri"**, cioè siano i fabbri a maneggiare gli strumenti del proprio mestiere.

Ma, come dicevo, questa cosa non è assolutamente chiara appena si ha a che fare con il diritto. E così si arriva a quei problemi giuridici, se non addirittura a quel caso legislativo, che i tecnici del diritto sono costretti, sbigottiti, ad affrontare ogni giorno e di cui le altre persone hanno ormai un evidente sentore.

Bisogna essere chiari fin da subito: **il diritto è cosa per giuristi**, non ci si può improvvisare esperti di diritto. La formulazione delle norme (e, attenzione, parlo proprio di "formulazione" delle norme non di "contenuto") deve essere affidata a persone che conoscono l'ordinamento legislativo, che conoscono il "sistema di norme" nel suo complesso e che sono dotati di quelle capacità tecnico-linguistiche che permettono di scrivere una legge in maniera chiara, semplice e terminologicamente corretta.

Se non ragioniamo secondo questa via c'è il rischio, che si può ben dire provato, di cadere in un abisso qualitativo nella formulazione delle norme, con tutte le conseguenze che ne discendono i termini di certezza del diritto, libertà, sicurezza.

Insomma è un po' come se un bambino delle elementari decidesse di aggiungere paragrafi a "I promessi sposi": immaginatevi il risultato!

Ora, è triste dover constatare il decadimento legislativo degli ultimi anni, ma va detto che ha raggiunto una evidenza

lupalissiana. Prendete il nostro codice penale. È datato 1930 ed è stato fatto sotto il regime fascista. Ora, io sono tutt'altro che vicino alle idee fasciste, ma devo ammettere che a livello di formulazione è scritto estremamente bene. Certo è perfezionabile, ma non è nemmeno paragonabile ai recenti, e spesso bislacchi, interventi normativi che lo hanno interessato. E questo perché è stato fatto da "signori giuristi" e dopo aver sentito i pareri degli esperti del settore.

Con questo non voglio dire che il legislatore di oggi non sia animato da buoni e sani intenti. **Il punto però è che non sa "tradurre" la buona volontà in buone norme.** E vale la pena ricordare che una cosa è l'"idea" che sta alla base di una norma e un'altra è la "norma stessa", perché solo quest'ultima, in definitiva, è legge e regola la società, per quanto l'"idea" sia indubbiamente utile al fine di interpretarla.

Allora capite che si torna all'esempio di cui vi dicevo all'inizio e cioè della persona che dice di volervi molto bene, che dice di volervi aiutare, ma che in realtà non lo sa fare.

Alcuni esempi possono rendere la cosa ancora più chiara e tangibile.

Qualsiasi persona sana di mente è più che d'accordo nel vietare e reprimere quei comportamenti che violano la libertà sessuale. Quando, cioè, si parla di "violenza sessuale" non si fa questione di destra o di sinistra. Si tratta di fatti obbrobriosi che nessuna società civile può accettare in quanto ledono la dignità e i diritti più elementari della persona. La legge che punisce questi comportamenti perciò è unanimemente condivisa e animata dai migliori intenti. Eppure sappiate che nonostante l'importanza e la deli-

catezza dei valori presi in considerazione, la nostra normativa non brilla quanto a chiarezza e sistematicità.

Ad onor del vero, la legge in considerazione, intervenuta nel 1996, ha degli aspetti positivi. In particolare ha risolto il problema legato all'originaria distinzione tra "violenza carnale" e "atti di libidine" che dava luogo in sede processuale a scene tristissime soprattutto quando la persona offesa era un minore.

Però, per altri versi, reca dei difetti.

Innanzitutto va detto che per tutte le leggi, e a maggior ragione quando si affrontano tali argomenti, ci si aspetta che chi le fa le scriva anche in un italiano corretto.

E invece no. Se prendete il reato di "violenza sessuale di gruppo", peraltro introdotto proprio dalla legge del '96, leggerete che "*Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo è punito con la reclusione da sei a dodici anni*". Ora, se ci pensate bene il fatto che una persona "*commetta atti sessuali di gruppo*" ha tristemente del portentoso, perché è impossibile. Una persona semmai può "**partecipare** ad una violenza sessuale di gruppo". È un errore davvero banale e per questo assolutamente evitabile, seppur si riesca comunque, in via interpretativa, a capire il senso corretto. E dopotutto bastava semplicemente leggere le altre norme del codice (guardate la formulazione del reato di "rissa", per esempio) per capire come andava scritta questa fattispecie.

Ma andiamo avanti. L'art. 609-quater è incentrato sugli "atti sessuali con minorenni". È una norma che vuole tutelare l'*intangibilità sessuale* (perciò l'attuale inserimento del reato all'interno della sezione "dei delitti contro la libertà personale" è sistematicamente sbagliato) degli infraquattordi-

cenni (e in determinate ipotesi degli infrasedicenni), così da assicurare loro una corretta crescita e maturazione psicologica in relazione alla sfera affettiva e sessuale.

Anche qui gli intenti sono molto buoni però al secondo comma leggiamo che "*non è punibile il minorenne che, al fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis (cioè di violenza sessuale, n.d.a.), compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni*".

Ora, a parte il fatto che due ragazzini in calore 1-una norma così non se la ricorderanno mai e 2-difficilmente, prima di divertirsi, si metterebbero con carta, penna e calcolatrice alla mano a fare i conti sull'età di uno e dell'altro, va detto che il disposto contiene un'assurdità logica al suo interno.

Infatti si condiziona la lesione al diritto ad una corretta crescita psicologico-sessuale non all'età della persona tutelata, ma all'età dell'altra persona. Cioè, riprendendo un esempio non mio, è come se si condizionasse il diritto di voto non all'età del votante, ma a quella del candidato.

Arriviamo ora al reato di "violenza sessuale" (art. 609-bis). Ancora una volta l'intento è buonissimo, ma realizzato male.

La norma dice che "*chiunque, con violenza o minaccia o abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni*". A questa fattispecie seguono i casi di violenza sessuale con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica e l'ipotesi, piuttosto boccacesca a dire il vero, di sostituzione di persona con inganno.

Prendiamo comunque in considerazione la prima fattispecie.

Ad un primo sguardo sembra che tutto sia piuttosto chiaro e corretto. Ma appunto ad un primo sguardo. Perché se ci si pensa bene la norma non dice una cosa fondamentale, anzi la cosa che doveva dire prima di tutte le altre. Una cosa che la nostra mente dà per scontata. Ma attenzione: questo è diritto penale e vige un sacrosanto *principio di legalità e di tassatività* a tutela della libertà delle persone. È il comportamento descritto ad essere punito, non gli altri.

Ragioniamo: ciò che si deve vietare è una violazione della "libertà sessuale" che è un valore imprescindibile in una società civile. Il rispetto della libertà sessuale passa attraverso il **consenso** dalla persona. Nel caso invece ci sia un dissenso della persona questo può essere superato con il semplice "non rispetto" dello stesso. Tale mancato rispetto rappresenta una condotta più che sufficiente a ledere la libertà sessuale della persona. Se, poi, a tale mancato rispetto si aggiunge anche una condotta violenta o minacciosa allora la situazione non fa che diventare ancora più grave di quanto già non lo sia.

La norma in questione invece si concentra solo sui casi di violenza e minaccia e ci si dimentica perciò la cosa più ovvia. **E cioè che la libertà sessuale è lesa per il semplice fatto che la persona è dissenziente.** La violenza e la minaccia sono perciò delle aggravanti, non dei presupposti.

La norma dovrebbe essere quindi costruita in termini di "atti sessuali compiuti in presenza del dissenso della persona" e aggravati dalla violenza e dalla minaccia.

Non vi sembri poi strano che possa esserci una violenza sessuale senza resistenza da parte della persona offesa. Provate a pensare ad una povera donna assolutamente

scioccata per quello che gli sta accadendo e incapace di reagire, magari in un fiume di lacrime. O ad una donna che assalita da un branco di stupratori rimane immobile e terrorizzata o che addirittura si trova costretta a sopportare tutto temendo mali ancora peggiori.

Stando così le cose, i giudici allora come dovrebbero comportarsi in questi casi? Le soluzioni sono due: o non puniscono perché il fatto non è previsto dalla legge; o puniscono in base ad una analogia *in malam partem*, passando sopra al principio di legalità.

La prima soluzione offende la coscienza comune perché non è accettabile che comportamenti così offensivi e indicibili rimangano senza punizione. La seconda soluzione invece abbatte un principio che è un monumento di civiltà a tutela della libertà delle persone.

E tutto questo perché? Perché non si sanno fare le leggi. Capite perciò l'importanza di una buona tecnica legislativa.

Ho voluto farvi questi esempi perché riguardano argomenti delicatissimi e anche molto tristi invero, così che sia chiara la portata del problema. Problema che non è affatto teorico, lontano o burocratico, ma assolutamente pratico e attuale.

Per risollevare un po' l'umore ora vi faccio un altro esempio, sempre all'interno del codice penale, che è molto divertente (ma come sempre si ride per non piangere).

L'art. 316-ter (norma sulla cui utilità si sono interrogati in molti essendo già prevista la truffa) punisce l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Al secondo comma il legislatore ci dice che: "Quando la somma indebitamente percepita è pari o inferiore a euro 3.999 si applica soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro

5.164 a euro 25.822.". E poi subito dopo dice: "Tale sanzione non può comunque superare il triplo del beneficio conseguito". Ora, fate due conti... e riderete di sicuro!

Passiamo ora al diritto tributario di cui negli ultimi anni mi sono occupato parecchio. Fermo il fatto che si tratta di un ramo del diritto davvero molto particolare perché ci si capisce davvero poco e cambia in continuazione, voglio soffermarmi su due istituti: uno molto noto e l'altro meno conosciuto.

Il primo è il condono fiscale. Dal punto di vista costituzionale sia ben chiaro che rappresenta un vero e proprio monstrum giuridico che fa saltare tutti i principi costituzionali in materia tributaria (ed è interessante come uno degli artefici degli ultimi condoni si sia pubblicamente preso il... merito(!) di averli introdotti, quando per me invece rappresenterebbe solo una fonte di umiliazione a vita).

Ma a parte questo, di cui peraltro abbiamo già parlato, vale la pena soffermarsi sulla formulazione di queste norme.

Scrivevo così nel 2005 a proposito delle sanatorie della legge 289/2002: "[...]Il panorama che si presenta davanti agli occhi di chi voglia studiare la legislazione condonistica reca abbastanza sconforto. Si tratta di una selva sterminata di norme oscure e confuse. Sembra davvero incredibile come il legislatore sia riuscito a raggiungere vette di incoerenza e complessità tali da rendere punti lontani nella nebbia gli ideali illuministici (utopici, certo, ma pur sempre da considerare quali obbiettivi) di chiarezza e semplicità delle norme. Senza poi considerare che l'Agenzia delle Entrate, con l'obbiettivo di "mettere ordine" a quel caos normativo, ha dovuto emana-

re varie circolari per un ammontare complessivo di svariate centinaia di pagine che nell'insieme, però, altro non hanno fatto che rendere tutto più intricato e complesso. Ed è abbastanza ovvio che muoversi e districarsi all'interno di queste norme sia risultato assai difficoltoso per i professionisti e pressoché impossibile per gli altri.”

E ancora: “Ribadiamo poi, soffermandoci ancora un momento sulle norme contenute nel l. 212/2000 (il famoso Statuto del contribuente, n.d.a.), come pure l'art. 2 non esca affatto incolume da un confronto con la l. 289/2002. Ed in particolare le modifiche che sono state apportate nel corso del tempo sembrano uscire da una dimensione in cui il comma 4 di suddetto articolo non esiste. Ed a conferma di quanto diciamo si veda, per esempio, il testo del DL 282/2002, che invece di riportare il testo di legge modificato, contiene una mole di frasi modificative sparse capaci di provocare forti mal di testa più che chiarezza. Ma quello che sembra un vero e proprio rifiuto della comprensibilità e della trasparenza delle disposizioni tributarie, non si ferma qui. Già abbiamo visto, infatti, come l'incertezza creata dalle norme abbia costretto l'Agenzia ad emanare circolari sopra circolari complicando non poco la già intricata situazione. Resta qui da evidenziare come le varie e numerose lacune lasciate dal legislatore siano state tali che l'intervento dell'Agenzia si sia a volte spinto ben oltre la chiarificazione con buona pace dell'art. 23 Cost. e del principio di legalità [...]”

Ora, il discorso sul “mal di testa” e sulle centinaia di pagine di circolari dell'Agenzia delle Entrate, non l'ho usato per enfatizzare la mia tesi, ma perché è vero. Anzi, vi invito a raccogliere e dare una veloce

letta a tutto quel materiale, così potrete vedere con i vostri occhi ciò di cui parlavo e a quel punto potrete anche raccontarmi dei vostri mal di testa.

Mi sia poi permesso di fare una piccola notazione tanto di correttezza terminologica quanto, e soprattutto direi, di onestà intellettuale.

Dovete sapere che il termine “condono” non è mai stato usato dal legislatore che ha sempre preferita il più insipido termine “definizione” dell'imposta. Qualcuno può sostenere che la parola “condono” non faccia parte del linguaggio tecnico, ma ciò non è vero. Questa motivazione, infatti, si scontra con la constatazione che ormai sia i giudici che gli studiosi fanno della parola un uso frequente e comune. Qualcuno allora ha voluto ricavare una possibile spiegazione dal fatto che il principale artefice della legge in questione, l'allora ministro dell'Economia e delle Finanze, si fosse da sempre schierato tra coloro che condannavano i condoni quali istituti iniqui e criminogeni. Altri invece hanno sostenuto che in tal modo si intendesse nascondere che il condono, nella fattispecie, era un'amnistia e così aggirare l'art. 79 della Costituzione che richiede la deliberazione a maggioranza dei due terzi. Altri ancora hanno detto che “neppure il Parlamento si è sentito di usare una terminologia che urta con l'etica, prima che con i principi costituzionali”(Ferlazzo Natoli).

Ecco forse quest'ultima spiegazione si avvicina di più a quello che penso.

A me, infatti, sembra più probabile che questa insistenza del legislatore nel non chiamare le cose con il loro nome sia dovuta all'intenzione di nascondere a chi non è un tecnico la vera natura di queste norme o comunque di far sembrare l'istituto, lavorando

ad un livello più che altro psicologico, un “male” minore di quello che realmente è. E dopotutto i nostri tempi ci hanno ampiamente abituati a simili astuzie, tant'è, ad esempio, che in relazione alla più brutale e irrazionale delle manifestazioni della natura animalesca dell'uomo, cioè la guerra, si suole parlare di “caduti”(non morti ammazzati), di “fuoco amico”, di “bombe intelligenti” e via delirando.

Sempre rimanendo, poi, all'interno del diritto tributario, voglio dirvi due parole su un istituto poco noto, ma che risulta un esempio emblematico per i nostri fini.

L'istituto si chiama “transazione sui ruoli” (d.l. 138/2002). Non ve lo spiego nel dettaglio perché il testo rasenta l'incomprensibilità. Io stesso per dargli una interpretazione sensata (e comunque non del tutto convincente per mia stessa ammissione) ho fatto i salti mortali. In sostanza, comunque, dice questo: che l'Agenzia delle Entrate può ridurre l'ammontare dovuto dal contribuente (sottoposto ad esecuzione coattiva), quando ciò dovesse risultare “proficuo”. Chiaro no? Perciò anche voi la prossima volta che andate a fare la spesa fatelo questo discorso alla cassiera. Cioè le dite di pensarci bene prima di farvi pagare il contro per intero, perché se le conviene, se lo ritiene più “proficuo”, voi siete bene disposti anche a pagare metà!

Dal campo del diritto tributario ora ci spostiamo al quello del diritto civile. Vi faccio un piccolo esempio molto recente, semplificando al massimo. Se una persona compra una cosa da un'altra la quale l'ha avuto per donazione e che allo stesso tempo è erede (più correttamente “legittimario”) del donante, c'è il rischio che chi ha comprato debba resti-

tuire la cosa agli altri eredi lesi che dovrebbero attivarsi. Il problema allora è tutelare l'acquirente che la cosa l'ha comprata e non vuole vedersi costretto a restituirla. Allora cosa si poteva fare? Per esempio eliminare questa "tutela reale" e prevedere che i legittimari venissero soddisfatti con beni diversi da quello donato, come succede in Francia e in Germania.

Invece no. Il legislatore con la legge 80/2005 ha introdotto un onere a carico del legittimario contro la donazione lesiva dei suoi diritti. Cioè deve notificare e trascrivere un atto di opposizione alla donazione al donatario entro venti anni dalla donazione. Come questa cosa riesca a tutelare chi compra è tutto da capire! A questo punto con gli esempi mi fermo.

Mi preme sottolineare che tutto quello che ho detto non me lo sono inventato io.

Gli studiosi di diritto questi problemi li hanno ben presenti, come hanno presente le possibili soluzioni. E io conosco qualcosa perché l'ho studiato.

Inoltre è bene chiarire che si tratta di problemi tecnici di formulazione, coerenza e logicità delle norme. Non di opportunità.

Non si tratta di sostituire il Parlamento con un gruppo di tecnici del diritto, ma di porre questi ultimi e le loro competenze al servizio del primo, che solo può decidere il contenuto delle leggi e che in ogni caso ha sempre "l'ultima parola".

Lo spirito democratico che mi anima non può che delineare questa soluzione in cui la centralità circa la produzione legislativa è sempre e comunque del Parlamento eletto dal popolo che, come dice la Costituzione, è sovrano.

Lungi da me, perciò, qualsiasi concezione di elitismo pedagogico e per il semplice moti-

vo che, come la storia ci insegna, da lì al paternalismo o addirittura all'autoritarismo il passo è terribilmente breve.

Il punto allora diventa ridefinire il "principio di legalità", nel senso, già anticipato, di affiancare a chi decide le leggi in quanto eletto dai cittadini, coloro che sanno scriverle e sanno indicare proposte, osservazioni e critiche tecnicamente qualificate.

Ciò a mio parere passa attraverso l'istituzione di un nuovo organo costituzionale che possiamo chiamare "**consiglio dei giuristi**".

A questo nuovo organo andrebbe assegnata innanzitutto una funzione consultiva. Il suo compito principale, perciò, sarebbe quello di dare **pareri tecnici** sulle norme. Inoltre, per assicurare il buon funzionamento dell'organo in relazione alle finalità per cui è istituito, tale funzione consultiva dovrebbero essere **esercitabile d'ufficio**, quindi anche al di fuori di una richiesta espressa del Parlamento.

Il presidente del "consiglio dei giuristi" dovrebbe poi poter parlare in Parlamento per la discussione dei rilievi tecnici emersi durante le sedute del consiglio. Banalmente, cioè, gli si deve dare voce, fermo restando, comunque, che "l'ultima parola" spetta sempre al Parlamento, il quale se non dovesse seguire il parere, si assumerebbe davanti al Paese la responsabilità politica della sua scelta, specie se questa dovesse rivelarsi sbagliata (della serie "tu lo sapevi, perché te l'avevano detto!")

A completamento, ma non solo, della funzione consultiva andrebbe previsto in capo al "consiglio" un potere di iniziativa legislativa. Quindi il "consiglio" potrebbe **proporre le leggi**, non approvarle, le quali come sempre andrebbero poi discusse in Parlamento, accompagnate dalla relazione del presidente.

Accanto a ciò dovrebbe assumere anche il ruolo di organo a presidio dei valori costituzionali, svolgendo una sorta di tutela anticipata rispetto a quella ben più forte e definitiva della Corte Costituzionale (che è giudice della civiltà delle leggi). Così, in caso di questioni di legittimità costituzionale rilevate in sede consultiva, sarebbe opportuna una norma che prevede il trasferimento dell'osservazione del consiglio direttamente alla Corte Costituzionale alla quale, poi, dovrebbe essere dato il potere di annullamento d'ufficio delle leggi incostituzionali (si introduce così una terza via oltre a quelle del ricorso in via incidentale e quello in via principale, che per di più boccia la legge sul nascere). La logica è di evitare danni e perdite di tempo quando una legge è fin dall'inizio evidentemente illegittima.

Passando ora alla regolamentazione delle discussioni interne al "consiglio", è necessaria una premessa logica.

Non esiste un diritto. Esistono vari rami del diritto, ognuno con i suoi specialisti. Perciò non può esserci un solo "consiglio dei giuristi" competente per tutto, ma deve essere istituito un consiglio per ogni grande ramo del diritto. Così, ci sarebbe il consiglio dei giuristi di diritto civile, di diritto penale, di procedura civile, di procedura penale, di diritto costituzionale, di diritto amministrativo, di diritto tributario, di diritto internazionale.

I problemi, però, possono nascere quando una legge tocca vari rami del diritto o è particolarmente complessa. In tal caso va prevista la possibilità di riunione dei vari consigli.

Da chi dovrebbero essere nominati i membri dei vari consigli? Essendo il loro ruolo tecnico non possono che essere scelti dai tecnici. Perciò va previsto un sistema elettivo

che prevede la partecipazione al voto dei professori universitari di diritto. E questi voteranno per quel consiglio in relazione al quale hanno competenza. Perciò i professori di diritto civile voteranno per il consiglio di diritto civile, quelli di diritto penale per il consiglio di diritto penale e così via.

Va detto, in ultima, che tutte le norme riguardanti il ruolo e il funzionamento del consiglio dovrebbero essere integrate nella costituzione in modo da dare un peso reale agli organi in questione. Altrimenti c'è il rischio che da un giorno all'altro questi organi vengano spazzati via con una normale legge ordinaria.

Ora, queste sono le mie idee e le mie proposte. Non ho la presunzione che siano giuste, ma spero siano un punto di partenza da cui iniziare a ragionare. In ogni caso una discussione, data l'importanza e anche la gravosità dell'argomento, è assolutamente necessaria.

Perciò quello che posso fare è invitarvi a pensarci sopra e capire se questa strada vi sembra condivisibile, o se va migliorata, o se addirittura sia un'altra la strada da percorrere.

Alessandro Marchetti