



Martedì 13/12/2011

## 10 COSE DA SAPERE SULLA LEGGE

A cura di: Studio Solignani

Quasi tutte le persone fanno riferimento, spesso, nella loro vita, alla «legge». Molti dicono che vogliono solo quello che gli spetta per legge, che vogliono osservare la legge e così via. Ma non tutti sanno bene che cos'è la legge.

Ce ne accorgiamo noi avvocati, quando arrivano utenti con domande che rivelano una concezione non corrispondente alla realtà della famosa «legge». Ecco 10 cose che vale la pena di sapere al riguardo.

1 la legge è una rete a maglie quasi sempre larghe. Una volta un utente mi ha chiesto cosa prevedeva la legge in merito al suo caso, se cioè, in qualità di padre separato, avrebbe dovuto rimborsare anche le spese sostenute dalla moglie per acquistare il mangime per le gatte delle sue figlie, collocate presso la moglie stessa. È chiaro che, pur avendo il nostro Paese migliaia di leggi, non ce ne può assolutamente essere una che prevede un caso del genere, anche facendo una ricerca minuziosa e approfondita. La legge, di solito, infatti non funziona così, ma prevede solo principi generali, che vanno applicati al caso concreto tramite l'opera degli interpreti, generalmente gli avvocati, ma anche, in caso di contenzioso, dei giudici. Ecco perché è importante l'intervento dei giuristi, il cui lavoro consiste proprio per lo più nell'andare dal principio generale al caso della vita particolare, calando le previsioni della legge nelle vicende di tutti i giorni, che possono essere le più varie e imprevedibili da parte di chi ha scritto la legge originaria. Anche per quell'utente c'è una risposta, e la si deve ottenere studiando la sua situazione concreta, le leggi generali e il provvedimento che ha regolato la sua separazione, per individuare la soluzione che sembra più conforme al diritto e all'interesse della famiglia. Questo è il motivo per cui un avvocato non riesce a darti una risposta come quando chiedi a qualcuno una indicazione stradale, semplicemente perché una risposta, finché non gli hai spiegato per intero il tuo caso, e finché non si sono fatti alcuni ragionamenti, non si ha e bisogna appunto trovarla.

2 la legge può in alcuni casi essere a maglie strettissime. Nonostante quanto ricordato nel punto precedente, a volte, in casi molto minoritari come numero, la legge può essere molto specifica. Ad esempio: se su di una casa c'è un diritto di usufrutto ed è necessario rifare il tetto, chi deve pagare la spesa relativa, l'usufruttuario o il proprietario? La risposta ce la fornisce l'art. 1005, comma 2°, cod. civ.. Ma quand'è che alle persone oggi serve sapere una cosa del genere? Abbastanza raramente. E perché la legge è specifica su materie meno importanti e generica su quelle più ricorrenti nella pratica, come quella del numero precedente? È una questione di tradizione: il diritto affronta i problemi man mano che si pongono, e diventa sempre più specifico con il passare del tempo e il numero dei casi che si presentano nella pratica. L'usufrutto è un istituto che esiste da oltre venti secoli - è stato definito dagli antichi romani - per cui il nostro codice civile contiene una disciplina minuziosa. Il fenomeno delle separazioni in aumento esponenziale è invece una caratteristica della nostra società degli ultimi 30-40 anni, che sono pochi per una scienza come il diritto.



3 la legge non è sempre chiara. Questo è un grosso problema, specialmente dell'ultimo periodo dove la «tecnica» legislativa è gradualmente peggiorata. Come abbiamo visto ai numeri precedenti, la legge è destinata a valere per un numero indeterminato di casi della vita e quindi andrebbe concepita sia come concetto che come termini utilizzati cercando di capire quali possano essere le sue implicazioni ed evitando di ingenerare dubbi applicativi. Così, purtroppo, non è, per tanti motivi che purtroppo qui non c'è tempo di spiegare. Il fatto che la legge offre solo criteri di base, assommato al fatto che non sempre le prescrizioni legislative sono chiare, offre un buon margine di discrezionalità a chi la deve applicare e quindi, nel campo che ci occupa, ai giudici. Questo è uno dei motivi per cui l'avvocato cui si richiede di dire come andrà a finire una causa, può quasi sempre solo fare valutazioni di massima ed esprimersi in termini di probabilità. Noi, come studio, facciamo volentieri valutazioni di questo tipo, e le mettiamo anche per iscritto, perché crediamo siano un diritto dell'utente, ma non ci esprimiamo mai in termini di certezza: ci limitiamo a dire come può, a nostro giudizio, essere intesa la legge in un determinato caso o quale tesi si può sostenere tra le varie possibili.

4 la legge non è sempre giusta per il caso concreto. La gente comune pensa alla legge come ad un «distillato» di giustizia ed equità, come se aprendo il codice civile fosse possibile capire cosa è più giusto fare in un determinato caso. In realtà, non è così. La legge non così di rado tutela, anche quando si applica ad un caso concreto, esigenze più generali e di sistema di quelle dei due contendenti. Ad esempio, se a me rubano un computer che poi finisce in un negozio dove viene acquistato da un'altra persona, nel momento in cui io ritrovassi il mio computer potrei averlo indietro da chi l'acquistato? Il computer è mio, me l'hanno rubato, quindi sarebbe giusto che lo potessi riavere indietro. In realtà, il codice civile prevede una regola opposta, all'art. 1153, comma 1° (famosa regola per cui «possesso vale titolo»), per cui la proprietà del computer è oramai di quello che l'ha acquistato e io posso solo, al massimo, chiedere il risarcimento del danno. Questo non è giusto, perché il computer era mio, ma la legge prevede questo per tutelare l'affidamento di chi acquista in buona fede in un negozio, in modo da far marciare l'economia, e anche per la verità gli interessi dei commercianti, ma lasciamo perdere. Per questo la legge non è quasi mai intuitiva o secondo «buon senso», specialmente nel civile, dove motivazioni storiche, sociali, generalmente di sistema possono aver fatto propendere il legislatore per scelte non sentite giuste nel caso concreto.

5 la legge non è l'unico contenitore di regole per la società. La legge è solo una delle tanti «fonti del diritto», cioè documenti che regolano una determinata materia. Accanto alla legge dello Stato ci sono la Costituzione, i trattati europei, le fonti di diritto comunitario (regolamenti, direttive, ecc.), i regolamenti, la legge regionale, la consuetudine, gli usi, e chi più ne ha più ne metta. Poi ci possono essere regole che si applicano solo ad un determinato caso concreto, come ad esempio un contratto stipulato tra i vecchi proprietari di due immobili che, essendo trascritto o richiamato, si applica anche ai proprietari attuali. Tutto questo per dire che spesso non è semplice anche solo trovare la «legge» da applicare, che magari può essere nascosta in una fonte di secondo grado, poco conosciuta. Anche in questo sta l'importanza del lavoro dell'avvocato, sapere effettuare ricerche efficaci all'interno di tutte le fonti del nostro diritto.

6 la legge può essere incostituzionale. Abbiamo visto che la legge può non essere giusta. Essa deve però essere conforme ai valori contenuti nella Costituzione italiana. Se non è conforme, può essere denunciata



alla Corte costituzionale, un giudice che ha il compito di dichiarare quando una norma di legge è costituzionalmente illegittima, con conseguente abrogazione della stessa. Sotto questo profilo, quando una legge è «ingiusta» in relazione ad un caso concreto, c'è in qualche modo la possibilità di evitarne l'applicazione. Per fare questo, naturalmente, non è sufficiente dire che questa legge, applicata al caso in questione, è «ingiusta», ma bisogna evidenziarne la contrarietà ad una legge superiore, la Costituzione. Ad esempio, molte leggi sono dichiarate incostituzionali perchè violatrici del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Denunciare l'incostituzionalità di una legge non è un momento semplice, ma questo è un discorso che magari approfondiremo in altra occasione.

7 la legge regola anche il processo al cui interno deve essere applicata. Le leggi sono come le idee di cui parlava George Orwell: camminano sulle gambe degli uomini. Questo significa che una disposizione di legge bisogna farla valere, altrimenti è destinata a rimanere sulla carta. La legge, per lo più, si fa valere all'interno del processo, che è anch'esso regolamentato dalla legge. Per questo non è sufficiente che la legge ci riconosca di «avere ragione» in una determinata materia, ma è anche necessario impostare il processo, soprattutto quello civile, in modo da poterla dimostrare e vedersela riconoscere. Come avremo occasione di approfondire in un'altra rubrica dedicata al processo, il procedimento civile in particolar modo non è teso alla ricerca della verità e all'applicazione della legge intesa come bene comune, ma semplicemente a mettere a disposizione alle parti uno strumento per regolare i conflitti: se le parti non usano bene questo strumento, allo Stato non interessa. Lo Stato ti offre un'occasione, se sbagli il processo non chiedendo le prove che ti servono, lasciando decadere i tuoi diritti non puoi lamentarti di aver subito un'«ingiustizia» o che la legge non è stata applicata nel tuo caso. Farla applicare è a carico tuo. Anche per questo è importante avere un buon avvocato.

8 la legge può essere civile, penale, amministrativa. Le leggi possono intervenire in materie molto diverse tra di loro. Generalmente si distingue tra leggi civili, penali e amministrative. Le prime sono quelle che, di solito, riguardano i rapporti tra privati o comunque tra soggetti che si pongono in posizioni di parità, come può fare una pubblica amministrazione quando sceglie di operare non tramite poteri amministrativi ma nelle forme comuni, ad esempio quando un Comune concede in locazione un appartamento per motivi sociali o anche commerciali ad un inquilino. Le leggi penali sono quelle che riguardano la persecuzione dei fatti che lo Stato vuole impedire siano realizzati; esse fanno parte più in generale del diritto «punitivo», comprendente anche le sanzioni amministrative. Qui non ci sono due soggetti in posizione di parità, ma ce n'è uno, lo Stato, che impone una punizione, cioè una conseguenza che dovrebbe in teoria essere afflittiva per chi la riceva, quando viene commesso un fatto che la società non vuole, dal furto, all'omicidio, alla sosta vietata. Le leggi amministrative sono quelle che regolano il funzionamento dell'apparato dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni o il rapporto tra questi e i privati quando si svolgono tramite l'esercizio di pubblici poteri, come ad es. quando un cittadino viene espropriato per la realizzazione di un'opera.

9 la legge può essere interpretata. Come abbiamo visto al punto 1, la legge contiene di solito principi generali. Il nostro sistema giuridico inoltre ha bisogno di essere completo, cioè di dare una risposta a tutti quelli che si rivolgono alla magistratura affinché il loro caso sia giudicato. Un giudice non può rifiutarsi di emettere una sentenza (divieto del non liquet), dicendo che non esiste una legge che regola il caso, ma



deve comunque deciderlo applicando se non esiste una legge diretta una legge che regola un caso analogo o interpretando estensivamente un'altra legge. Questa cosa serve perché nel momento in cui uno si rivolge ad un giudice ha diritto a che il suo caso sia risolto, altrimenti la funzione della giustizia sarebbe gravemente compromessa. In passato, alcuni volevano fare dei giudici la mera «bocca della legge», delle specie di macchine destinati semplicemente a limitarsi a dire la norma applicabile al caso che gli veniva presentato. È una impostazione sbagliata e destinata a fallire alla prova dei fatti. Ci sono ampi spazi creativi in diritto ed è giusto ed opportuno che vi siano, perché il diritto non può essere considerato con logica matematica, pena applicazioni ancora più inique. La cosa importante è che qualsiasi interpretazione sia condotta in buona fede, in modo imparziale e da un giurista preparato e conscio delle conseguenze dell'adozione dell'uno piuttosto che dell'altro indirizzo. Personalmente, il mio criterio di riferimento è quello teleologico, cioè di considerare lo scopo della legge da applicare, dal momento che il diritto è uno strumento dell'uomo e non - come a volte purtroppo accade - viceversa. È chiaro che così facendo ne risente la certezza del diritto, ma la completezza della legge è probabilmente un bene più importante.

10 la legge da applicare in Italia a volte può essere quella di uno Stato estero. Esistono leggi, dello Stato italiano, che prevedono che, in alcuni casi, non vengano applicate le leggi italiane, ma quelle di un altro Stato. Sono le norme di conflitto, conosciute anche come di diritto internazionale privato. Ad es. due coniugi tedeschi che vivessero in Italia sarebbero soggetti, per legge italiana, all'applicazione del diritto tedesco per quanto riguarda ad esempio l'ipotesi di una loro separazione. Lo prevede l'art. 31 della legge 31 maggio 1995, n. 218, che contempla anche molti altri casi in cui i giudici italiani sono tenuti ad applicare le leggi di altri Stati. Generalmente, si tratta di casi che presentano elementi di collegamento con Stati esteri. Nel caso del nostro esempio, l'elemento è rappresentato dalla cittadinanza tedesca dei coniugi. Le norme di conflitto sono previste da quasi tutti gli Stati del mondo e hanno lo scopo di consentire alle persone di far affidamento sull'applicazione delle «proprie» leggi anche quando si trovano all'estero. Naturalmente, ci sono dei limiti all'applicazione delle leggi straniere. Sicuramente, ad es., non si applica in Italia la legge di quegli Stati islamici che prevede il ripudio della moglie. Ma anche questo è un argomento che va al di là di quanto consentito in questa sede, e su cui ritorneremo magari in seguito.

Avv. Tiziano Solignani

Fonte: <http://blog.solignani.it>