

L'OPINIONE

MARCELLO GALLO

La chiave di vetro

Al centro dello scritto i problemi che sorgono dalle fattispecie a struttura cosiddetta aperta, dalle fattispecie costruite su termini di relazione ma prive del necessario riferimento, narrative che possono essere completate solo dall'invenzione del lettore, al quale il testo normativo non fornisce sufficienti elementi per una interpretazione sicura. Precisato che interpretare è attività nettamente diversa da esercitare un potere discrezionale, ad esempio è preso l'articolo 133 c.p. sventagliata di criteri operativi che non precisa però a quale scopo l'utilizzo di tali criteri è diretto: chiave di vetro, appunto, che non regge all'uso.

The glass key

At the center of the paper are the problems that arise from cases with a so-called open structure, from cases built on terms of relationship but lacking the necessary reference, narratives that can only be completed by the invention of the reader, for whom the regulatory text does not provide sufficient elements for a safe interpretation. I specified that interpreting is a distinctly different activity from exercising a discretionary power, for example, Article 133 of the Criminal Code is taken. scattered of operational criteria that does not specify, however, for what purpose the use of these criteria is directed: a glass key, in fact, which does not stand up to use.

1. Dico subito che il titolo mi è suggerito da un romanzo di Dashiell Hammett, giudicato nei primi anni Trenta del secolo scorso da André Gide come uno dei migliori racconti del decennio. Di vetro, la chiave inidonea a svolgere il compito destinatole: va in frantumi al primo tentativo di usarla. Quante volte ci troviamo di fronte ad arnesi, congegni, soprattutto a soluzioni presentate e vantate come risolutive, chiavi appunto, di un certo problema. Quante volte, poi, ci troviamo a contemplare delusi i frantumi dello strumento, che usato, si è rivelato inadatto alla funzione che avrebbe dovuto svolgere.

Per comprendere le ragioni del fallimento, partiamo dal principio e cerchiamo di chiarirci quale sia la funzione che dovrebbe svolgersi all'insegna dei criteri enunciati dall'articolo 133.

Il testo base, a riguardo, è l'articolo 132, dizione precisa, anche se alla lettera riduttiva. In forza di questa norma, il giudice applica discrezionalmente la pena nei limiti fissati dalla legge. Si tiene conto, insomma, che nella stragrande maggioranza le pene sono comminate entro un arco che da un minimo va a un massimo, lo chiamiamo, appunto, arco edittale. Discrezionale è la scelta che il giudice deve operare e che deve condurre alla stregua dei criteri fissati dal successivo articolo 133. Preso così, parola per parola, il dettato fa coincidere l'esercizio del potere discrezionale con la individuazione del quantum di pena irrogabile in concreto - naturalmente facendosi carico anche dell'incidenza delle circostanze aggravanti o attenuanti nonché, in presenza di

elementi eventuali dell'uno e dell'altro segno, del loro bilanciamento. Ma la scelta si impone anche a proposito di previsioni normative diverse da quella richiesta dall'arco edittale: per tutte, si pensi alla scelta imposta da un reato sanzionato alternativamente, con pena che limita la libertà personale o con pena pecuniaria. In estrema sintesi, scegliere è inevitabile quando il verbo che regge la proposizione normativa non è "deve" o quando, e più semplicemente, si utilizza l'indicativo bensì "può". Inevitabile allora, di fronte all'opzione, il ricorso alla disciplina enunciata dalle due regole che espressamente fondano e regolano l'esercizio della discrezionalità. A questo punto, una obiezione di notevole peso: scegliere, avvalersi delle possibilità date dalla ragionevolezza, dal sentimento, da propensione, da simpatie o antipatie, è affare che caratterizza ogni affacciarsi ad una frase cui è riconosciuta efficacia regolatrice. Osservazione difficilmente contestabile: ci sono però differenze che non possono essere messe da parte, ne dobbiamo tener conto perché nascono da un'esigenza di buona e precisa nomenclatura. C'è, poi, qualcosa di assai più impegnativo. A sorvolare su certe distinzioni, si corre il rischio di considerare operazioni di primaria importanza nel mestiere delle leggi come governate dalle stesse regole – quando, e lo vedremo subito, sono disciplinate in maniera fortemente diversa. L'incontro con segni, nel caso nostro: parole, di chi si accinge a coglierne il senso, è incontro che si svolge, può svolgersi, lungo percorsi distinti e distanti. Così capiterà di avere a che fare con processi, situazioni di fatto, con realtà cioè che non vanno confuse con regole, ma preludono, addirittura sono, condizioni che determinano il farsi di queste regole - storia del diritto, insomma: l'oggetto della ricerca, da una prima embrionale assunzione di un certo dato come riconosciuto nei fatti e nella riflessione sui fatti quale diritto, si incentra su rapporti di forza, interessi, dati economici che, come dicevo, apparentemente con le regole non hanno nulla in comune. Piani tanto diversi, quello della regola e quello delle cose che la producono, da essere spesso intesi in opposizione non solo euristica ma anche concettuale. Si arriverà a trascurare la regola per porre l'accento sul fatto che la cagiona o, per converso, a soffermarsi sulla regola sostanzialmente ignorando le ragioni per le quali un insieme linguistico, scritto o orale che sia, viene riconosciuto, stipulato, prima modello al fare e al non fare, poi criterio di giudizio positivo o negativo su ciò che si è fatto o non fatto. Percorsi che sembrano estranei gli uni agli altri, in realtà però tutti indirizzati, alla fine, ad un unico obiettivo. E questo

obiettivo è il senso, la portata della frase che assumiamo essere diritto quando conveniamo che più segni indicano il comportamento, positivo o negativo, che dobbiamo tenere. Patto che una intera generazione e i singoli che la compongono stipula indipendentemente dal contenuto di ciò che è qualificato diritto: si potrà cercare di cambiarle, perfino di rovesciarle, ma tutto parte dal riconoscimento che determinate proposizioni sono diritto. Buono o cattivo, diritto, poi ci toccherà di valutarlo: lo designeremo giusto o ingiusto e daremo vita alla tensione fra diritto e giustizia, sempre che si ammetta, però, che il primo è un fatto realmente storico o, almeno, come tale pensato, la seconda un valore rimesso a criteri appesi a ciò che non è ma che ci piacerebbe fosse. Messa di fronte alla regola riconosciuta diritto, registreremo reazioni, stati d'animo, processi mentali diversi a seconda che ci proponiamo puramente e semplicemente di cogliere che cosa voglia dire la presenza di una certa proposizione in un sistema di regole, o se, all'euristica faccia seguito, debba far seguito, l'applicazione del modello ad un caso concreto.

Comincio da un'ovvietà, vero che la lettura di una proposizione normativa lascia campo abbastanza ampio alla soggettività del lettore: a seconda che l'operazione che si rende necessaria sia fine a se stessa o utilizzata per regolare un caso concreto, sarà modulata da criteri che distinguono la prima dalla seconda. Interpretare e applicare sono operazioni che si svolgono, ciascuna, sotto un particolare segno. All'interpretazione provvede l'articolo 12 delle disposizioni preliminari. Assolutamente corretta l'intitolazione di questa norma: interpretazione della legge, meno invece l'incipit del testo che inizia con parole che alla lettera paiono smentire quanto sopra ho esposto. L'operazione disciplinata è definita "applicare la legge". Sembra che, almeno per quanto ci insegna questo piccolo corpus legislativo, nelle sue parti non legate al corporativismo fascista, nelle parti insomma che sono sopravvissute al mutamento di regime, interpretazione e applicazione siano la stessa cosa. Impresione però che svanisce quando ci si avvede che, apparentemente unitario, l'articolo 12 consta di due distinti dettati in successione, prima che giuridica, logica.

Innanzitutto è detto che alla legge non si può attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione e l'intenzione del legislatore. È disegnata, così, l'operazione meramente intellettuale che guarda solo a quel che la proposizione esaminata deve comunicare: nessun accenno ad un caso concreto cui la regola sia, o possa essere, riferita. I

singoli casi, in astratto rilevanti, sono molti, e tutti insieme coprono l'area disciplinata dalla norma.

Nel secondo disposto invece, il caso concreto si fa avanti perentoriamente anche se profilato negativamente. La possibilità qui evocata è che una certa controversia non trovi soluzione da una precisa disposizione: bisogna allora ricorrere, salvo che risulti chiaramente proibito, a disposizioni che contemplano casi simili o materie analoghe. L'operazione in tal modo delineata è complessa: muove dalla interpretazione di un certo disposto e, constatata l'inidoneità a funzionare per un certo caso concreto, si rivolge all'individuazione all'interpretazione di regole che riguardino casi simili o materie analoghe a quelli non risolti dalla norma in esame. C'è, poi, qualora anche la considerazione di come sono trattati casi simili lasci dubbiosi, il ricorso ai principi generali: che significa, in primo luogo, lettura ed interpretazione dei segni scritti o no cui, per astrazione generalizzatrice, attribuiamo valenza estesa a tutto l'ordine giuridico, o quanto meno, a singoli e ben individuati settori dell'ordine stesso.

Ritorno brevemente ad una osservazione, frettolosamente anticipata in via parentetica nelle righe precedenti: la rilevanza del caso concreto, presupposto dell'utilizzazione dello strumento analogico, è racchiusa, nel corso dell'articolo 12, in un asserto negativo senza che le ragioni della negazione siano in qualunque modo indicate. Per contro, l'applicazione di una regola si svolge invece tutta sul filo delle caratteristiche positive del dato in discussione - quasi il rovescio della situazione presupposta dal ragionamento per analogia. Nel penale ciò è colto e trasmesso con singolare efficacia dall'articolo 133, la chiave di vetro del titolo di questo scritto.

2. Fortemente limitato, e quindi limitativo, il testo di questo 133. Il riferimento a quanto lo precede è chiaro e netto: non lascia adito a dubbi. Il governo della discrezionalità è proposto e raccontato solo con riferimento alla potestà di cui al 132: si svolge, cioè, riguardo al solo arco edittale. Si tratta però di una delimitazione che non va oltre una prima presa di contatto. Alla lettera risultano dettati i criteri per l'esercizio del potere discrezionale stabilito dall'art. 132: determinazione della pena in concreto entro i confini del minimo e del massimo previsti per ogni singola figura criminosa. L'applicazione della regola, però, è andata ben oltre - ed era inevitabile. Il sistema, infatti, conosce numerosi casi di esercizio di potere discrezionale. Mi accorgo, a questo pun-

to, di discorrere di “potere discrezionale” senza aver prima precisato che cosa intendo con questa espressione: un chiarimento si impone, altrimenti si corre il rischio di fare un tutt’uno tra interpretazione e discrezionalità. Anche la lettura che ci dà il senso di una proposizione, richiede, addirittura esige, scelte soggettive pur se contenute entro certi confini. In primo luogo, vanno contestualizzate le parole che formano la frase: il medesimo segno può avere significati distinti, qualche volta fra di loro incompatibili. L’adozione dell’uno o dell’altro valore semantico dipende dall’insieme o dall’occasione che ci mettono davanti alla frase. Poi, ci sono le possibilità che, sempre rispettando il contesto, si offrono all’operatore: pensiamo, per fare un esempio facile e a portata di mano, al termine “giusta” riferito ad una qualche causa. Scelte che concernono tutte le situazioni, gli eventi, ciò che chiamiamo “fatti giuridici”, condizioni di determinate conseguenze di diritto. Premesso che anche dei segni che descrivono tali effetti è necessaria l’interpretazione, un particolare della disciplina che li riguarda si fa subito evidente: il più delle volte le conseguenze giuridiche di certi fatti condizionanti discendono direttamente e immediatamente da questi fatti, realmente verificatisi nel mondo esterno all’osservatore o, comunque, pensati come tali. Ci sono, però, conseguenze, effetti giuridici, previsti in via alternativa: sta al lettore la scelta, e la possibilità si rafforza, diventa potere di quel lettore specialmente qualificato che è il giudice - questo, il campo della discrezionalità. Non voglio andare al di là dell’orizzonte di questo scritto e mi limito, perciò, a ricordare quello che è stato ed è il primo e più frequente caso di estensione del disposto - per un momento, consideriamolo unitario - degli articoli 132 e 133: la previsione di reati con conseguenze sanzionatorie alternativamente dettate - reclusione o multa, arresto o ammenda. Dopo qualche iniziale esitazione, e ne fan prova ripetute pronunce della S.C.¹, il dubbio è svanito. Con gli adattamenti dovuti alle particolarità dei singoli disposti, il ricorso al 133, ai criteri che questa regola pone al lettore e soprattutto a chi è chiamato ad applicare una determinata regola, è diventato *ius receptum*. E va detto che questo era approdo non solo scontato, ma addirittura voluto dai giuristi che hanno ideato e scritto il Codice penale del 1930. Orientamento culturale e operativo che spiega l’importanza attribuita alla regola del 133: scritta come disciplina delle scelte

¹ Cass., Sez. VII, (ord.) 18 novembre 2020, in *Mass. Uff.*, n. 32381; Id., Sez. II, 4 luglio 2013, *ivz*, n. 28707; Id., Sez. V, 16 marzo 2011, *ivz*, n. 10941; Id., Sez. I, 4 aprile 1994, *ivz*, n. 3632.

imposte dall'arco edittale, destinata però anche alla scelta fra pene alternativamente previste e, infine, ad ogni disposto che lasci all'interprete il potere di applicare una conseguenza giuridica piuttosto che altra prevista in opzione. L'ambizione, dichiarata e più volte ripetuta, di dar vita a soluzioni che costituissero un punto di incontro fra gli ordini di pensiero dominanti nella cultura penalistica, scuola classica e scuola positiva, trovava nel 133 sintesi e simbolo. Imporre a guida dell'esercizio del potere discrezionale tanto la gravità del fatto quanto la capacità a delinquere del colpevole, suonava, appunto, accettazione di quanto di meglio si riteneva ci fosse di due insegnamenti, assunti non come esclusivi l'uno dell'altro, ma armonizzati in un insieme effettivo, pur se risultante da dati e riflessione sui dati inizialmente prospettati in contraddizione. E fin qui il discorso tiene: l'intento dei padri del codice sembra realizzato. Sembra: se non c'è niente che stoni nella presa di posizione del legislatore, c'è qualcosa che manca. I criteri dettati stanno bene assieme, direi anzi che formano una combinazione felice, ma - e la chiave si rivela di vetro - ci è detto solo che vanno utilizzati: niente ci vien detto sul risultato al quale, utilizzandoli, si intende arrivare.

3. Più sopra ho anticipato ciò che penso dell'art. 133: non espone tutto quanto sarebbe più che utile, necessario, ad un appropriato dispiego degli stessi criteri che l'articolo enuncia. Basta un esempio a convincerci che la norma ammutolisce quando sarebbe più che opportuno, necessario, enunciare come, a quale scopo, dei criteri espressamente considerati si debba tener conto. Silenzio non casuale ma inevitabile, stante l'assenza di premesse concettuali, più propriamente e deliberatamente scrivo una parola che oggi come oggi passa quasi per oscena: ideologiche.

Al numero 4 del secondo comma dell'art. 133 si dispone che la capacità a delinquere del colpevole si desume anche "dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo". A prima vista, un'innovazione decisa ed importante: impegna il giudice ad analisi sociologiche, a trattare l'imputato non come numero, entità disincarnata, ma come persona umana con tutto un suo retroterra familiare e sociale. E non solo a prima vista, ma lungo tutto il farsi della vicenda processuale, tanto cognitiva quanto esecutiva. All'esangue anonimato del soggetto, caratteristica della codificazione di origine napoleonica, a sua volta erede della formale égalité rivoluzionaria, si sostituisce l'intento di prendere in considerazione, per quanto possibile alla schematizzazione giuri-

dica, l'agente reale, con tutto ciò che lo caratterizza e che è stimato rilevante ai fini del giudizio – un ponte fra le due scuole e in aggiunta un passo avanti verso verdetti penali ispirati a principi etici, almeno a principi etici minimi.

Come spesso accade al legislatore latino, lo spunto iniziale persuasivamente caro e ben motivato è tradito dalla scarsa cura, spesso dall'incuria, per tutto ciò che dovrebbe realizzare, trasformare in fattualità, l'idea proclamata. Ed è a questo compito che chi ha voluto e pensato il 133 si è sottratto. La norma sarebbe stata di importanza decisiva se fosse chiara, e con chiarezza comunicata, la funzione che il sistema assegna alla sanzione penale. Profonde e ricche di motivi le discussioni sullo scopo della pena, a condizione, però, di prenderle come un desiderato: un qualcosa che sarebbe bello che ci fosse e per il quale bisogna pur darsi da fare, ma che non è detto che sia diritto positivo, legge in forza della quale si va in galera, se questa legge non si prende la briga di assumere posizione sul fine della pena. Naturalmente c'è la prevenzione generale che, comunque la si voglia ammantare, difesa sociale o altre consimili formule, fa un tutt'uno con l'essenza stessa della pena. Ma purtroppo l'effetto preventivo generale è raggiunto in pieno solo in assai pochi casi: quando ciò non avviene, a che cosa la sanzione penale deve tendere nei confronti della persona cui è irrogata?

La Costituzione repubblicana tenta lodevolmente di rispondere alla domanda. Prima di tutto, ed è di grandissimo rilievo, non esita a respingere l'idea della pena, forma ideale, concetto assoluto presente ed operante con i medesimi caratteri in ciascun ordine giuridico, dal più semplice ed embrionale al più complesso ed articolato. Scontato che è conseguenza giuridica comminata per indurre i destinatari della regola a non porre in essere certi comportamenti, la pena assume senso profondamente diverso quando, fallita la funzione preventiva, va applicata. Momento, questo, in cui ciò che è pena ci si rivela in tutta la sua realtà. E la Carta ci dice che non può essere una realtà crudele, non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità – connotazione negativa alla quale la legislazione ordinaria dovrebbe sempre attenersi, accantonata però tutte le volte che sono previste modalità di esecuzione del trattamento sanzionatorio puramente e semplicemente afflittive, volte a cagionare sofferenze nella persona che le patisce senza ragioni specifiche che possano in qualche modo spiegarle. Si dirà che certi divieti, certe privazioni, sono dettate dalla necessità di prevenire prima, di reagire dopo, a mancanze del condannato: giustificazione che non regge quando è disposto in via assolutamente

astratta, facendo leva esclusivamente sul tipo di reato ritenuto in condanna. Primo e decisivo passo verso il diritto penale d'autore. Pura illusione, infatti, considerare assorbente la tipologia dell'illecito realizzato e non scadere nella considerazione della tipologia dell'autore. Ed è sospetto, questo, avvalorato dalla frase che segue, della quale solo il deliberato proposito di leggere ogni parola della Carta inforcando occhiali che fan vedere tutto rosa, può farci tollerare la pericolosa indeterminatezza. "Rieducare" è parola che si adatta ad ogni fine, l'obiettivo può essere tanto un soggetto consapevole dei propri diritti e dei propri doveri, quanto un suddito prono, sollecito all'obbedienza incondizionata, come si diceva: ceca, pronta, assoluta - al cappello di Gessler, insomma.

I Costituenti erano senza dubbio animati da intenzioni forti e civili: facciamo i conti però con l'insidia di parole che possono legittimare condotte antitetiche a quelle che il legislatore vagheggiava. E poi guai a ritenere incisi a caratteri indelebili sulla mente e sul cuore dell'uomo idee e sentimenti che al momento sembrano contestabili solo da scellerati o da folli.

Un rilievo, di portata generale, che ci serve anche per capire la fragilità dell'articolo 133. I pochi affezionati lettori avranno già notato come l'indeterminatezza di certe formulazioni sia dovuta alle relazioni che queste espressioni sott'intendono, e non possono farne a meno, ma che restano soltanto suggerite, prive di un termine essenziale. Relazioni di cui ci vien detto solo che ci sono e da quale capo partono - assoluto silenzio, però, sull'altro capo. Linguaggio assai frequente e ricorre anche all'articolo 133. Cosa che potrebbe essere dimostrata quasi in ciascuno dei precetti lungo i quali la norma si snoda. Ma poiché non mi propongo la lettura esplicita di questa norma nel suo complesso, bensì soltanto di cercare di farne emergere l'incompletezza che la rende strumento inevitabilmente destinato a spezzarsi al tentativo di usarlo, mi limito all'onere posto all'interprete che deve tener conto delle condizioni di vita individuale familiare e sociale dell'imputato. Facciamo il caso che due infra-diciottenni, giudicati capaci di intendere e di volere, siano chiamati a rispondere ciascuno di un fatto commesso in esecuzione monosoggettiva al di fuori di concorso o connivenza, riconducibile alla medesima figura criminosa, ciascuno caratterizzato da identiche modalità di realizzazione e gravità del danno cagionato. Dei due, uno appartiene ad una famiglia del tutto irreprensibile, segue con profitto un regolare corso di studi, non frequenta compagnie di dubbia moralità, bravo ragazzo, insomma, se-

condo l'ordinario modo di intendere; l'altro, rampollo di compagine dedita al reato come a normale mezzo di sussistenza, ha abbandonato da tempo la scuola, non si prepara ad alcun onesto lavoro. Il giudice deve quantificare la pena: che peso attribuirà alla provenienza da ambienti familiari così diversi e al diverso stile di vita individuale che i rispettivi ambienti hanno impresso sui due giovani? La risposta dipende dal fine perseguito attraverso la sanzione penale. Se lo scopo è la retribuzione del male arrecato al soggetto passivo dell'illecito e alla società, non par dubbio che più severa dovrà essere la pena irrogata al giovane nato e cresciuto in un contesto irreprensibile, gli si aprivano strade tutte onorevoli e ha scelto quella del crimine: la reazione del gruppo sociale giuridicamente ordinato non potrà essere che particolarmente severa. Per contro, il giudizio sarà meno pesante nei confronti del ragazzo al quale, fuori di imprevedibili ed eccezionali colpi di fortuna accompagnati dalla volontà di uscire a tutti i costi dalle sabbie mobili di pensieri ed esempi quotidianamente incombenti, al risolvere il problema di come indirizzare la vita si presentava prepotente e a portata di mano il malcostume e l'illecito. Questo, ripeto, se il giudicante ritiene che la pena sia il giusto risvolto qualitativo e quantitativo di ciò per cui si è "personalmente" responsabili.

Diversamente opererà il giudice che scorge nella pena il mezzo per impedire al giudicando di commettere nuovi reati. Senza bisogno di calcoli e previsioni fuori dalle possibilità di una persona normale ed avveduta, più che giustificato il convincimento che assai probabilmente questo giovane, scontata la pena, ricadrà nell'illecito: stile personale di vita, famiglia, contesto sociale, gli lasciano assai poco da scegliere. Più che possibile, assai probabile, che il giovane ricada nel reato, costretto come è da circostanze che poche altre soluzioni gli offrono.

Due punti di vista entrambi sostenuti da ragioni serie che nulla hanno in comune con tollerante pietismo o con sadica gioia di far del male a chi male ha fatto. Si impone una scelta: ed è ovvio che questa scelta sarà motivata da onnicomprensive visioni del mondo, da sentimenti, riflessioni e giudizi originati dall'aria socioculturale che respiriamo - non è scelta insomma del giurista, al quale dovrebbe toccare solo anticipare e far luce sulle conseguenze dell'adozione dell'una o dell'altra via. Uno dei più pericolosi crocevia che ogni individuo, ogni gruppo realizzato in società governata da regole deve affrontare. Come l'impresa è attuata, lungo quali percorsi, ecco la vera filosofia di una comunità - vera perché non si propone di conoscere, né tantomeno di

cambiare, l'esistente: prende atto di questo esistente e gli fornisce la lampada necessaria, più ancora che per andare avanti, per guardarsi attorno e semplicemente essere e precisamente continuare ad essere.

4. Hic Rhodus, hic salta: cerchiamo di capire perché, frasi che dovrebbero enunciare tutto ciò che occorre per raccontare una relazione, si fermano proprio quando dovrebbero indicare il termine rispetto al quale la relazione è pensata – affermano che va fatto uso di certi parametri, ma rimangono silenti per tutto quanto concerne ciò a cui tende l'uso che se ne deve fare. Mi chiedo, allora, in base a che cosa sia possibile rispondere a questa domanda: non riesco ad andare oltre una risposta che, sono certo, suonerà sbagliata e comunque fuori posto, incurante della lezione che ci verrebbe dalla storia. Per farla breve, per non ripararmi dietro cortine magari appariscenti ma assai fragili, mi faccio coraggio e ripeto una parola che oggi è considerata proibita: ideologia. L'ho già detto due pagine addietro: adesso cercherò di chiarire, prima di tutto a me stesso, perché ricorro a idee e sentimenti confusi ed estranei alla nitida visione del mondo sulla scorta della quale la filosofia di chi fa il mestiere delle leggi ordina concetti e procedure. Ideologia è l'insieme di tutto quanto rappresenta clima culturale: molti dei materiali sono impuri, c'è gesso sporco al posto di solida pietra di luccicante marmo, è un collante impuro, ma è un collante, regge e a questo modo ci fa pensare e leggere cose che si dispongono verso il fine che emotivamente ma realisticamente intravediamo. E qui mi si obietterà che raramente sono dette cose più contrarie alla storia di quelle che tento di esporre. Siamo seri, mi si dirà: si rimprovera vuoto ideologico ad una legislazione che più ideologica di quella fascista non si saprebbe immaginare. Certo, i cantori del passato regime non esitavano a vantarsi di prese di posizione ideologiche: era però parvenza, gesto di ideologia ma non ideologia forte e fortemente operante, nemmeno simbolica, solo gestuale. La riassume la battuta di Mussolini che, mi pare in "Colloqui" con Ludwig, richiesto di una sintesi del pensiero fascista, se ne esce con un "noi siamo contro la vita comoda". Naturalmente non pensava ai suoi giuristi, parecchi dei quali, bisogna riconoscerlo, di assai notevole statura; dava loro però motivo per evitare il comodo che origina da assunzioni ben scandite e precise: meglio il rifiuto di responsabilità e delegarle caso per caso ad operatori, del foro e della cattedra, e sperare nella loro disponibilità ad offrire sapere e tecnica spesso parecchio raffinati, per decidere di un certo caso a seconda

della volontà del momento. Si mirava di fatto, condannandola a parole, ad una comodità miope che, fingendo forza, nascondeva la debolezza della rinuncia a idee dure ma precise, sviluppate sul filo della coerenza. Sul piano legislativo, l'illusione che fossero prese per audaci e conclusive, formule inconcludenti, monche, prive di enunciazioni che le dessero contenuto. Che sollievo scansare idee compatte ed esigenti: quelle che maestri nell'arte di evitare un pensiero che li costringesse ad un agire retto da principi spinti oltre il limite del mero successo immediato, maestri come Napoleone e Bismarck, chiamavano, appunto, ideologie. E il gioco spesso finisce in modo che i giocatori non sospettano: la pura e semplice volontà di potenza scambiata e marchiata quale ideologia.

Torno all'articolo 133: insufficiente guida all'esercizio di potere discrezionale, perché pensato e scritto senza il fondale di un pensiero preciso, senza operare una scelta necessaria, quale sia la funzione che si intende assegnare alla pena; troppo impegnativo farlo come, in clima politico sociale fortunatamente diverso, avviene perfino all'articolo 27 della Carta. Chiaro che questo non è compito di chi fa il mestiere delle leggi, ma di chi è deputato a produrre diritto. Chiaro, e mi pare di grande importanza: anche quando sembra che i soggetti cui è imputato l'atto normativo si limitino a registrare opinioni, simpatie o antipatie proprie di quanti saranno destinatari della regola, questo momento non è mero ornamento, mossa di un balletto inscenato per compiacere il pubblico, ma clausola essenziale del patto che stipula e decide che cosa, fino a nuova e diversa stipula, in un paese è diritto.