

IL DIRITTO FLESSIBILE

Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla materia della criminalità organizzata

SALVATORE ALEO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La manifestazione dell'aspirazione alla giustizia e i riferimenti alla "crisi della giustizia". – 3. Il modello illuministico e ottocentesco dello stato di diritto e della codificazione. Alcuni aspetti di insufficienza e contraddizione. – 4. Segue. L'aumento progressivo della discrezionalità del giudice. Le spiegazioni possibili della de-formalizzazione del sistema e della stessa concezione del diritto. – 5. L'analisi multifattoriale. La nozione di contributo a una dimensione collettiva o organizzata. – 6. Complessità e causalità. – 7. Anticipazione e *conspiracy*. – 8. L'epistemologia della complessità e la nozione di sistema. Il contributo dell'analisi funzionalistica. – 9. La complessità e l'insufficienza della nozione di "fattispecie". – 10. Il confronto con il sistema anglosassone e alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Le riflessioni che seguono sono rivolte e dedicate a Gianni Tinebra, che qualche tempo fa, durante una passeggiata catanese, mi chiese di esprimergli il mio punto di vista sui modi possibili di affrontare la questione della giustizia nel nostro Paese. La domanda mi sembrò enorme e dissi scherzando che gli avrei risposto più tardi per iscritto. Adesso mi permetto, comunque e per questo, di proporre alcune considerazioni sulle caratteristiche assunte dal nostro sistema penale, e sulle possibili spiegazioni, che possano servire da contributo di carattere metodologico per definire, prima che per affrontare e governare, la questione giustizia nella fase storica attuale del nostro Paese e della nostra società.

Una considerazione di carattere generalissimo è che le ragioni complessivamente definibili della complessità, come caratteristiche della società e della cultura, delle attività umane e della

* Professore straordinario di diritto penale - Università di Catania.

politica, ovvero di queste attività e del modo di leggerle e di governarle, hanno costituito e costituiscono condizioni – diverse, seppure convergenti – di destrutturazione del modello formale classico della legalità, di trasformazione radicale della forma, della funzione e della concezione del diritto. Penso di avere titolo per contribuire a descrivere il problema, delle condizioni del diritto, e della cultura giuridica, nella società contemporanea. Non credo di averne, invece, per indicare una prospettiva, se non di carattere metodologico e molto parziale, perché ritengo che affrontare in concreto questi problemi implichi l'approccio nei termini della dimensione costituzionale, la riflessione quindi sulla forma stessa dello Stato, sul rapporto fra i poteri dello Stato.

La flessibilizzazione del diritto nella società contemporanea corrisponde, a mio avviso, a ragioni tanto epocali quanto ineluttabili. Le parole chiave che prenderò in esame riguardano la democrazia e lo Stato sociale, la dimensione monopolistica dell'economia, l'analisi sistemica e il metodo funzionalistico, l'epistemologia della complessità e (ovvero) l'insufficienza della categoria causale, la teoria dell'organizzazione, il superamento della dimensione nazionale delle attività e della politica e la problematica della globalizzazione.

Nella prospettiva così definita non è irragionevole considerare tanto opportuni quanto sostanzialmente ineluttabili la mediazione e l'incontro tra i diversi sistemi, giuridici e istituzionali, politici e culturali, dei vari Stati, e innanzitutto fra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*. Così, quella che può essere ritenuta una contraddizione, costituita dall'introduzione nel nostro sistema di stretta legalità formale del modello processuale accusatorio, dei riti alternativi e del patteggiamento, oppure delle tecniche di premialità dei collaboratori della giustizia, può essere anche il primo passo per la rappresentazione realistica del problema nella sua entità storica e politica reale.

2. *La manifestazione dell'aspirazione alla giustizia e i riferimenti alla "crisi della giustizia".*

Assistiamo, da una parte, alla manifestazione dell'aspirazione ad un diritto più giusto, ad una giustizia giusta, al "giusto processo". Quelle indicate sono evidenti espressioni – di tipo sostanzialistico, meta- quando non anti-formalistico – dell'idea ovvero dell'opinione che il diritto sia stato e sia spesso "ingiusto", cioè abbia conseguito e consegua risultati comunque non

condivisibili, ma anche contraddittori e distonici rispetto alle stesse premesse adottate.

D'altra parte, assistiamo all'uso molto frequente dell'espressione "crisi della giustizia". Rispetto ai modi in cui questa espressione è usata si possono fare alcune osservazioni.

Non sembra corrispondente al vero che oggi sia realizzata attraverso il diritto una minore giustizia di una volta, o una giustizia "più ingiusta". Dal punto di vista quantitativo, il numero dei processi è sicuramente cresciuto e cresce in modo progressivo. Oggi il diritto e l'amministrazione della giustizia, la giurisdizione, occupano spazi molto più ampi e settori molto più numerosi di quanto avvenisse prima. Ciò ha rilevanza sia qualitativa che quantitativa. Oggi, inoltre, si può essere sottoposti a indagini o a procedimento giudiziario maggiormente a prescindere dal ceto sociale di appartenenza. I dati del rapporto fra numero sociale degli illeciti e numero degli esiti giudiziari non appaiono, viceversa, comparabili secondo criteri di riferimento, ed utilizzabili perciò in funzione dell'uso di immagini come la "crisi della giustizia". Non sembra aver senso, cioè, porsi il problema di quale rapporto tra illeciti ed esiti giudiziari autorizzi ovvero contraddica l'uso di nozioni come la "crisi della giustizia".

Semmai, il riferimento alla "crisi della giustizia" può risultare comprensibile in relazione alla differenza fra la quantità di richiesta di giustizia e le possibilità concrete di soddisfazione. Sono aumentate e aumentano a dismisura le norme giuridiche, le materie regolate giuridicamente, e quindi le vicende giurisdizionali, così la domanda complessiva di giurisdizione. Ciò pone, a mio parere, il problema di semplificare, snellire, elasticizzare, flessibilizzare – in generale – il sistema giuridico, soprattutto riservando le procedure più complesse e sofisticate alla protezione dei beni di maggiore rilevanza. Questo problema riguarda in modo peculiare la funzione penale e il sistema processuale accusatorio.

Sembra legittimo, altresì, parlare di crisi della cultura e delle istituzioni giuridiche, quindi della giustizia, nel senso della distonia rispetto al modo di essere della cultura e della società in generale. Può essere ragionevole, perciò, parlare di crisi – o di trasformazione, e comunque di difficoltà – del modello culturale e istituzionale dello stato di diritto, nel rapporto – e nella differenza – tra le sue premesse soprattutto culturali e le condizioni attuali della società e della cultura. La cultura giuridica sottostante alla codificazione era conforme alla cultura dei ceti dominanti nella società di quel tempo in una misura che oggi

certamente non può dirsi. Questo tipo di difformità, appunto, può essere oggi espresso come crisi – o difficoltà, o come vedremo multiformità – della cultura del diritto e della giustizia. Difformità, per esempio ma significativamente, fra ciò che si insegna nelle facoltà di giurisprudenza e quelle che possono essere ritenute condizioni culturali generali nella società contemporanea. Si tratta della crisi, a mio avviso epocale ed irreversibile, di un modello culturale, quello illuministico e ottocentesco dello Stato di diritto, nel confronto con le caratteristiche di *complessità* della nostra società e della nostra cultura. Il problema mi sembra di carattere generale del fenomeno e della cultura del diritto. Io mi occuperò soprattutto del diritto penale della codificazione.

A mio parere, possono essere fatte rilevare, ed eventualmente vanno esaminate, le seguenti contraddizioni.

In generale, la cultura e la concezione del diritto sono caratterizzate da un accentuato formalismo, dai valori dell'astrattezza e generalità delle norme, mentre la cultura della nostra società tende a formalizzare solo nel modo repentino, transitorio e deperibile della comunicazione, dei *media*. Il codice mi sembra l'opposto concettuale dei nuovi *media*.

Più in particolare, per ciò che riguarda il sistema penale, non può essere trascurata la contraddizione tra la dimensione accentuatamente formalistica del diritto penale sostanziale e l'introduzione del sistema processuale accusatorio, avvenuta nel 1989: così, riassuntivamente, tra il modello della tassatività della norma e della obbligatorietà dell'azione penale e quello del patteggiamento, dei riti alternativi e dei collaboratori della giustizia.

Per ciò che riguarda in generale il sistema giudiziario, può essere fatta rilevare, a fronte delle straordinarie entità e intensità della produzione normativa, una elevata misura d'ineffettività, inefficienza e comunque tardività della risposta giurisdizionale. Ciò vale sia nel settore penale che – in misura forse maggiore – in quello civile e in quello amministrativo.

3. Il modello illuministico e ottocentesco dello Stato di diritto e della codificazione. Alcuni aspetti di insufficienza e contraddizione.

Il modello culturale ovvero la concezione del diritto sottostanti alla codificazione ottocentesca possono essere considerati espressione di componenti diverse, convergenti: il razionalismo soprattutto tedesco e soprattutto seicentesco, la fiducia

nei principi assoluti della ragione e nei diritti naturali, nell'esistenza delle leggi di natura che governano il mondo, di validità universale, e che la scienza ha il compito di scoprire (Leibnitz e Wolff, Newton e Keplero), l'idea della perfettibilità delle cose umane; l'illuminismo, soprattutto francese, ma anche tedesco, lombardo e napoletano, l'analisi kantiana della società come un insieme di individui, di cui il diritto garantisce la libertà, dei cui rapporti e conflitti il diritto e lo Stato hanno funzione regolativa, l'idea di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e quindi la reazione contro i privilegi medievali, l'utilitarismo di Helvétius, il contrattualismo di Rousseau e il pragmatismo umanitaristico di Beccaria; infine, la cultura cattolica.

Carrara riteneva che il diritto penale dovesse essere edificato come dottrina (ovvero come scienza) "matematica", dopo le fasi ch'egli definiva "teologica" e "metafisica", in base ai criteri assoluti e costanti della ragione, emanazione in ultima analisi della volontà divina (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* [1859], vol. I, 11^a ed., Firenze, 1924, pp. 89 ss.).

Nella *Prefazione alla quinta edizione* del suo *Programma del corso di diritto criminale*, Carrara scriveva che «Il delitto è un ente giuridico, perché la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un *diritto*. Ma il diritto è congenito all'uomo perché dato da Dio all'umanità fin dal primo momento della sua creazione onde essa possa compiere i suoi doveri nella vita terrena; dunque il diritto deve avere una vita e dei criterii preesistenti ai placiti degli umani legislatori; criterii impreteribili, costanti, ed indipendenti dai capricci di costoro e dalle utilità da loro avidamente agognate. Così, per primo postulato, la scienza del giure criminale viene a riconoscersi come un ordine di ragione che emana dalla legge morale giuridica, ed è preesistente a tutte le leggi umane, e che impera agli stessi legislatori». «Il diritto è la libertà. La scienza criminale bene intesa è dunque il supremo codice della libertà, che ha per oggetto di sottrarre l'uomo dalla tirannia degli altri, di aiutarlo a sottrarsi dalla tirannia di se stesso e delle proprie passioni». «Definito il delitto come un ente giuridico era stabilito una volta per sempre il perpetuo limite del *divieto*; non potendo ravvisarvi delitto tranne in quelle azioni che offendono o minacciano i diritti dei consociati. E poiché il diritto non può essere aggredito, tranne che per gli atti esteriori procedenti da una volontà libera e intelligente, questo primo concetto veniva a stabilire la necessità costante in ogni delitto delle sue due forze essen-

li: volontà intelligente e libera; fatto esteriore lesivo del diritto, o pericoloso al medesimo. Lo che conduce a definire con sicuri criterii la soggettività e la oggettività di ogni delitto» (CARRARA, *Programma*, 8ª ed., Firenze, 1897, pp. 10-12).

Nei *Prolegomeni* alla prima edizione del *Programma*, Carrara aveva distinto il "magistero penale", costruito come "scienza", dal "magistero di buon governo": «Al magistero di buon governo sta bene si assegni come fondamento del suo diritto la *pubblica necessità*, od anche la *utilità*: al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio, promulgato all'uomo mercé la legge di natura. Gli ordinamenti di quello sono relativi e variabili; il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principii fondamentali». «E di vero se il gius di punire nella mano dell'uomo procede dalla legge eterna dell'ordine, la scienza del giure penale deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana, e diretta soltanto da regole di assoluta ragione». «Se il giure penale avesse la sua radice e la sua norma nella volontà dei legislatori, lo studio di questa scienza sarebbe ristretto all'arido commento del Codice della città: ed i suoi dettati varierebbero col variare di tempi, di luoghi, di bisogni, e di opinioni». «Ma la elasticità perpetua del giure penale fu un sogno del Filangieri, che accettò gli errori dei legislatori pagani come tipo di verità razionale. Cotesta idea è ormai reietta dalla scienza, la quale si suiciderebbe accettandola. Il giure penale ha la sua genesi e la sua norma in una legge che è assoluta, perché costitutiva dell'unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni ed i voleri del creatore. La scienza penale non cerca che l'applicazione alla tutela giuridica di questi principii razionali imposti a noi dalla mente suprema». «Le sue dimostrazioni non si desumono dalla parola dell'uomo; ma devono essere deduzioni logiche della eterna ragione; della quale Dio rivelò agli uomini per mirabile ispirazione quanto occorreva a regolare quaggiù la loro condotta verso i propri simili. Subordinate così ad una norma *assoluta*, le leggi penali sono nei principii cardinali *assolute*: né possono divenire *relative* che nella forma della loro applicazione». «Ecco la scienza penale che noi dobbiamo studiare, astraendo sempre da ciò che può essere piaciuto dettare nei varii codici umani, e rintracciando la verità nel Codice immutabile della ragione. La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza. In coteste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari Codici qual più si adatta all'archetipo del vero assoluto: non già, con viaggio preposterò,

desumere la verità dei principii dal diritto costituito. I dettati umani furono troppo spesso iniqui ed irragionevoli, perché eccitati dalle passioni, o dalle allucinazioni dello intelletto. Se il tipo della legge naturale si volesse desumere da cotesto criterio, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia». «Alla nostra scienza tre fatti porgono argomento – l'uomo che viola la legge – la legge che vuol punito quell'uomo – il magistrato che verifica la violazione, ed irroga la punizione. Delitto – pena – giudizio. L'ordine delle materie nel giure penale discende dalla natura delle cose. È inalterabile». «Questa è la parte *generale* della scienza nostra. La parte *speciale* scende dall'esame dei *singoli fatti* coi quali si viola la legge; ed anche questi esamina secondo i principii di ragione con un criterio tutto ontologico, per definirne i rispettivi caratteri, distinguerne le fisionomie, e misurarne i gradi» (CARRARA, *Programma*, 8ª ed. cit., pp. 38-41).

In particolare, la critica rivolta a Filangieri sembra da questi immeritata. Ne *La scienza della legislazione*, Filangieri sottolineava appunto il carattere ovvero lo sforzo di «universalità» del «sistema delle [sue] idee», che costituirebbe la connotazione della scienza: «Io scrivo la Scienza della legislazione per tutti i popoli e per tutti i tempi. Ricordiamoci della *proprietà* della scienza, stabilita da Aristotile: *Scientia debet esse de universalibus et æternis*» (FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Bruxelles, 1841, vol. I, pp. 539-540).

Dico ai miei studenti che i codici ottocenteschi sono stati edificati con lo stesso spirito e lo stesso tipo di motivazioni che sostenevano i mastri costruttori delle cattedrali, per ciascuna delle quali era necessario il lavoro di tre-quattro-cinque generazioni: i mastri, ovvero i progettisti, che non vedevano la fine del loro lavoro, erano motivati dalle idee che l'opera tendesse alla divinità (si pensi alle forme gotiche) e fosse destinata a durare in eterno.

Possono essere considerate caratteristiche del sistema della codificazione: la fiducia nella possibilità predefinitoria, nella forma della legge (del modello normativo, la *fattispecie*), sia del problema che della soluzione; l'astrattezza e generalità, l'idea di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e il valore della certezza del diritto; le idee di sistematicità, coerenza ed esaustività della forma del codice; il diritto a soggetto unico (chiunque).

Al giudice viene assegnata, in quella concezione, una funzione sostanzialmente *ricognitiva*, del fatto e della legge: secondo Montesquieu, appunto, «i giudici della nazione sono

soltanto [...] la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità» (MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* [1749], libro XI, cap. VI, «Della costituzione dell'Inghilterra», trad. it., Milano, 1989, 3^a ed., 1997, vol. I, p. 317).

Secondo Beccaria, «né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori». (...) «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando un giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza». «Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna considerare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. [...]». «Un disordine, che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale, non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. [...] Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta; quando la norma del giusto o dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto; allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto più crudeli, quanto è minore la distanza fra chi soffre e chi fa soffrire [...]. Questi principii spiaceranno a coloro che si sono fatti un diritto di trasmettere agl'inferiori i colpi della tirannia che hanno ricevuto dai superiori. Dovrei tutto temere, se lo spirito di tirannia fosse componibile collo spirito di lettura» (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], cap. IV, «Interpretazione delle leggi», Milano, 1964, pp. 17-19). «Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione» (*Ivi*, cap. V, «Oscurità delle leggi», p. 21).

Principi essenziali del diritto penale sono considerati, così, quelli di stretta legalità del reato e della pena, di determinatezza e tassatività dei modelli normativi.

Nella concezione liberale sette-ottocentesca, la funzione definitoria dello Stato di diritto è essenzialmente *regolativa* – cioè di fare le leggi e garantirne l'applicazione – e prevalentemente *inibitoria*. Il diritto penale costituisce perciò, in quanto la sanzione più rilevante, il pilastro principale di quella concezione

dello Stato: serve a proteggere i beni fondamentali con il sacrificio di beni di rilevanza essenziale. Ciò contribuisce a spiegare, da un canto, la fortuna avuta dall'opera di Beccaria nella storia della cultura giuridica, d'altro canto, come la crisi del modello illuministico-ottocentesco dello Stato di diritto appaia con maggior evidenza e maggior rilevanza proprio nel settore penale. L'illuminismo esprime in generale una straordinaria capacità di semplificazione delle analisi, così della rappresentazione dei problemi e della ricerca delle soluzioni. Questa considerazione mi sembra essenziale nella spiegazione storica della vicenda della codificazione.

La concezione così sinteticamente rappresentata era espressione di una società caratterizzata da distinzioni cetuali nette e stabili (in classi), con ceti dirigenti di dimensioni ristrette e fortemente omogenei dal punto di vista culturale generale. I soggetti che appartenevano al ceto dei governanti avevano abitudini simili e si riconoscevano negli stessi valori fondamentali, quand'anche professassero idee politiche diverse, e tendevano a ritenere il loro punto di vista come l'unico e comunque il migliore possibile.

Dal punto di vista storico-politico, quella concezione contribuì al superamento del "particolarismo giuridico" e della rilevanza giuridica dei privilegi del medioevo e accompagnò il processo di formazione dello Stato moderno a dimensione e identità nazionale. Con l'espressione «particolarismo giuridico» Tarello ha definito la situazione di pluralità, stratificazione e interferenza dei poteri, quindi delle fonti di produzione del diritto e dell'amministrazione della giustizia, che caratterizzava il medioevo, e che è stata appunto superata dalla formazione dello Stato moderno e dalla codificazione (TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, pp. 28 ss.). Essenziale della concezione dello Stato moderno è l'idea dell'uguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge.

Una considerazione particolare va fatta sulla funzione di razionalizzazione della legge. La legge è definita per lo più come uno strumento di garanzia, in quanto di delimitazione. La legge va considerata in primo luogo come un mezzo di comunicazione. Così, anche con la funzione di comunicazione del sistema della legge può spiegarsi, per esempio, il superamento del modo di esecuzione cruenta delle pene nella piazza principale del paese: perché queste svolgevano soprattutto funzione di

comunicazione, del messaggio intimidativo. Oggi la funzione di comunicazione della legge tende ad essere superata, e appare insufficiente, in confronto alle altre tecniche di comunicazione, in modo precipuo a Internet.

Sono ragionevoli, altresì, sia la correlazione della fortuna avuta dallo strumento del carcere con la sua astratta misurabilità (in giorni, mesi e anni), sia la correlazione dell'idea stessa di proporzionalità della pena con la logica dello scambio (Questa analisi è stata svolta da PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, 3^a ed., 1927, trad. it. in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di Cerroni, Milano, 1964, pp. 216-217). In confronto alla pena detentiva, va fatto rilevare, quella pecuniaria appare molto più disuguale, in relazione infatti alle possibilità economiche di chi la subisce.

Dal punto di vista economico, quella concezione del diritto e dello Stato accompagnò la crisi del latifondo e dell'economia feudale, il processo di formazione del sistema della proprietà privata e del contratto, del mercato e dell'economia capitalistica. La certezza della norma va considerata un importante elemento di razionalità dell'economia di mercato, del sistema della libertà di produzione e di commercio, perché i soggetti hanno la possibilità di conoscere in anticipo – e quindi di calcolare – le conseguenze giuridiche dei loro comportamenti.

Dal punto di vista epistemologico, la teoria stessa della legge poggia sulla presupposta capacità predefinitoria – e per ciò stesso semplificatoria – dei problemi e delle soluzioni, sulla logica formale binaria. Questa concezione è dunque formale nel senso intrinseco della predefinizione astratta e generale dei modelli. A ben vedere ciò riguarda parimenti il sistema anglosassone, con la rilevanza attribuita al precedente giudiziario. Direi che questa è la logica sottostante al modello dello Stato di diritto. Orbene, a me pare che la crisi di quel modello abbia ragioni importanti, epocali e forse storicamente irreversibili.

Il modello culturale che sto tentando di descrivere, anzi di rappresentare per frammenti, poggia largamente sull'idea di "limite", di "soglia": così, il limite tra lecito e illecito, la linea di demarcazione del delitto (della figura ovvero fattispecie delittuosa), come la soglia del peccato; parimenti, la garanzia del cittadino come il limite, la soglia, che il giudice e il poliziotto non devono superare.

In questa concezione, si pretende, o si ritiene, che debbano essere riconducibili alla (verificabili secondo la) coppia di significati alternativi vero/falso non solo l'essere accaduto o meno il

fatto di cui si giudica, e l'averlo commesso o meno il soggetto che viene sottoposto al giudizio, ma le stesse nozioni giuridiche, di illecito e soprattutto di delitto, di sanzione e soprattutto di pena, e quindi di responsabilità, in quanto predefinite. Tali predefinizioni sono concepite infatti come modelli formali.

Una caratteristica della cultura giuridica moderna (nonché una connotazione a mio avviso della stessa "modernità") è la pretesa nettezza della distinzione del diritto dalla politica e dalla morale, proprio mediante la dimensione formale, predefinitoria. Giova ripetere che questa concezione del diritto può essere qualificata come *formale*, ovvero *formalistica*, non solo perché scritta, ma già a monte perché fondata su nozioni predefinite, e sullo sforzo di predefinizione, in forma cioè astratta e generale, e quindi fondata sui valori di astrattezza e generalità.

Nella realtà attuale, sociale e culturale, sono rintracciabili molti profili ed elementi di contraddizione dei valori di astrattezza e generalità, dello stesso processo di astrazione e generalizzazione assunto come fondamentale nella concezione del diritto moderno. Questa analisi contribuisce a evidenziare, perciò, aspetti e ragioni della crisi della cultura giuridica moderna.

La nostra società è caratterizzata dalla molteplicità dei centri di rappresentazione politica degli interessi e quindi degli interessi rappresentati: diversi e anche contraddittori. Da un canto, non ci sono distinzioni nette e stabili, né socio-politiche né culturali. D'altro canto, molto difficilmente ci riconosciamo negli stessi valori. In queste condizioni, è molto difficile fare le leggi; le leggi sono il risultato di compromessi contingenti, quindi hanno un contenuto sia elastico che ambiguo, e sono destinate a durare poco: il tempo che muta la distribuzione del potere nell'ambito d'interessi considerato, che mutano i gruppi dirigenti dei centri di potere a confronto, che muta o "emerge" la sensibilità dei cittadini su un certo tipo di problemi.

Le leggi riguardano sempre più singoli problemi appresi nella loro dimensione sociale e storica concreta, secondo tutte le possibili sfaccettature relative a campi diversi del diritto. Sono leggi *speciali*, o se si vuole particolari, cioè fuori dalla forma del codice, e riguardano tipologie e categorie particolari di soggetti. Non è più il diritto a soggetto unico, in cui sono presi in considerazione il debitore e il creditore, come soggetti astratti di una *fattispecie* (il rapporto debitorio). Si fa la legge sulla casa, quella sulla sanità, quella sull'università, quella sul terrorismo, eccetera, in ciascuna delle quali sono prese in considerazione tutte le categorie dei soggetti interessati, e solo quelle.

La tendenza alla "decodificazione" (IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979), ovvero alla proliferazione e stratificazione delle leggi fuori dalla forma del codice, è generale della produzione giuridica nella nostra società.

Questa tendenza ha riguardato in modo particolare le leggi c.d. "emergenziali", relative alla repressione delle forme e dei fenomeni di criminalità organizzata. Queste leggi speciali sono state giustificate appunto con l'emergenza, con la gravità e urgenza dei problemi correlativi, della necessità di repressione delle forme e dei fenomeni di criminalità organizzata. Queste tecniche di repressione sono considerate difformi e derogatorie rispetto ai principi definiti generali del diritto e della responsabilità penale, sostanzialmente costitutive di un abbassamento del livello delle garanzie del cittadino, data la particolare pericolosità di quelle forme criminose.

Occorre considerare che le leggi "speciali" sono proliferate in tutti i settori del diritto; anzi, tutta la legislazione tende ad essere in tal senso specialistica, ed esterna alla forma del codice. La difformità rispetto ai principi definiti generali riguarda, soprattutto, le carenze di tassatività e determinatezza, cioè delle nozioni ovvero definizioni utilizzate, che possono essere ritenute corollari, in effetti, della complessità dei dati oggetto della considerazione, e della rappresentazione normativa, dei *fenomeni* fatti oggetto delle leggi.

Le leggi riguardano "fenomeni", cioè processi sociali, complessi di fatti considerati in modo aggregato, concreto e dinamico (secondo il modello di analisi dei "flussi"), non solo modelli astratti e generali di singoli fatti rappresentati a dimensione individuale. L'"emergenza" può essere considerata una categoria generale della nostra conoscenza, di tutte le scienze della natura e della società.

La mafia e il terrorismo sono nozioni "sociologiche": riguardano e descrivono fenomeni nella dimensione sociale e storica concreta. Secondo la definizione del terzo comma dell'art. 416 *bis* del nostro codice penale, «L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od

ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». Quale che sia il grado di corrispondenza di questa definizione al fenomeno sociale in oggetto, essa riguarda appunto il fenomeno sociale, non la singola *condotta* del soggetto di cui si tratta di valutare la responsabilità. Invece, la determinatezza e tassatività della nozione di responsabilità penale, che dovrebbe costituire un principio generale ed anzi un valore costituzionale, deve riguardare la singola condotta del soggetto. Qui la determinatezza e tassatività è impossibile per definizione perché la nozione di responsabilità individuale riguarda la relazione del soggetto con ... il fenomeno definito nella norma. Freudiana, della connotazione sociologica della definizione, e della carenza di astrattezza e generalità, appare la precisazione dell'ultimo comma dell'art. 416 *bis*, che «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso».

Nel sistema americano, corrisponde a un indirizzo consolidato della Corte Suprema ritenere incompatibile con i principi costituzionali la nozione di responsabilità per la partecipazione od appartenenza ad una associazione ovvero organizzazione criminale, per la carenza di determinatezza e quindi di tassatività di una simile nozione. D'altro canto, però, in quel sistema, sono adottati criteri processuali e segnatamente di acquisizione della prova di tipo elastico (il patteggiamento, l'azione penale discrezionale, la collaborazione) nonché criteri di contestazione e attribuzione della responsabilità dei singoli delitti abbastanza più flessibili dei nostri (la *conspiracy*, l'attribuzione ai responsabili di una qualsiasi dimensione organizzativa dei delitti realizzati in tal contesto).

La determinatezza e tassatività è possibile, in una certa misura, nella definizione dell'agire individuale, cioè del modello della condotta individuale: perché a struttura semplice, predefinibile in termini di astrattezza e generalità. Nella definizione della condotta collettiva, o di un insieme costituito da una pluralità di elementi, rimane indefinita, e indefinibile in termini di determinatezza e tassatività, la relazione del singolo con l'insieme. Per es., «Chiunque partecipa a una rissa», dell'art. 588 c.p. Una tale nozione, come vedremo, è priva di soglia: la nozione di partecipazione equivale a definire un criterio di valutazione, non un modello di condotta.

La teoria moderna della responsabilità è fondata sulla nozione di "causalità", che tende a definire un criterio, non un modello di condotta, di tipo bensì qualitativo: tende a definire cioè una "soglia" semantica (susceptibile della verifica secondo la coppia di significati alternativi vero/falso).

Secondo l'art. 40 c.p., «*Rapporto di causalità*», «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è *conseguenza* della sua azione od omissione». «Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a *cagionarlo*».

Secondo l'art. 2043 c.c., «*Risarcimento per fatto illecito*», «Qualunque fatto doloso o colposo, che *cagiona* ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Secondo la teoria della *condicio sine qua non* (che fu formulata dal von Buri, procuratore del Regno di Prussia, in scritti pubblicati fra il 1863 e il 1885, e in cui viene utilizzato il metodo della *eliminazione mentale* messo a punto da Stuart Mill nel *Sistema di logica* del 1843) è causa di un evento la condizione a prescindere dalla quale l'evento non si sarebbe verificato. Questa nozione è evidentemente qualitativa, definitoria di una soglia semantica: l'evento non sarebbe accaduto senza il verificarsi della condizione considerata, che viene qualificata come causa. Il metodo della eliminazione mentale è quello che oggi viene definito dei "condizionali controfattuali" (vedi PIZZI, *Eventi e cause*, Milano, 1987): metodo di falsificazione, nel linguaggio di Popper, consistente nella contraddizione ipotetica dell'avvenuto svolgersi dei fatti.

Secondo la teoria della *causalità adeguata* (formulata da von Kries, fisiologo di Friburgo, negli anni 1888-89) è causa di un evento la condizione, indispensabile per il verificarsi dell'evento, al cui verificarsi l'evento si verifica con una certa probabilità. In questa nozione c'è, inoltre, un'evidente componente quantitativa.

L'analisi causale è un'analisi modellistica, astratta, tipologica: secondo cui viene stabilito un rapporto logico-conoscitivo fra una coppia di avvenimenti, mediante il riferimento alle categorie definite di appartenenza di entrambi. Quando dico che A è causa di B comparo in effetti l'insieme degli eventi del tipo definito di A con il tipo degli eventi del tipo definito di B. In tanto si può dire che un evento non si sarebbe verificato se non si fosse verificato l'altro, in quanto si ha, e si fa riferimento alla, espe-

rienza del modo di succedersi degli eventi di questi due tipi (L'osservazione è svolta fra gli altri da Fiandaca, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, vol. II, 1988, p. 122). Le componenti soggettive, "arbitrarie", della comparazione (dell'operazione di astrazione) sono date dal tipo e dalla quantità delle variabili secondo cui definisco gli insiemi (i modelli) considerati, nonché dall'ampiezza del campione di riferimento.

Non è la stessa cosa comparare le malattie di un certo tipo e le morti accadute fra i giovani o fra i vecchi, in Europa o in Africa, nel tempo presente o nel secolo scorso, e così via. Lo stesso per la comparazione fra i sorpassi in curva, gli incidenti e le morti, nella differenza fra le strade e le auto di oggi o di una volta, oppure delle parti del mondo più ricche o dei paesi più poveri.

In effetti, già l'analisi causale presuppone la definizione della "funzione" cui "serve" l'analisi, e la comparazione è comunque di tipo "normativo". L'analisi causale, può dirsi, è come tale - funzionalmente - "normativa". In particolare, la rilevanza assunta nel campo del diritto dal criterio della "*conditio sine qua non*" va considerata correlata all'esigenza di definire "un" responsabile, di trovare "un" colpevole (questa considerazione è equivalente a quella svolta da ENGISCH in *Vom Veltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, pp. 132-133).

L'analisi della responsabilità del medico, e della definizione della condotta di questi come "causa" dell'evento rilevante per il diritto, presuppone la definizione della funzione doverosa del medico, da cui il soggetto di cui trattasi si è discostato. Lo stesso problema è evidente nella responsabilità per omissione, la cui definizione presuppone quella del dovere violato: la guardia giurata rispetto alla rapina verificatasi.

Quella causale è dunque una nozione - e un'operazione - di tipo astratto e generale e - quindi - intrinsecamente normativo: serve a definire una norma, e consiste, invero, nella definizione di una norma. La cultura del razionalismo ancora ottocentesca fidava nell'esistenza di leggi universali; oggi tendiamo a definire norme e criteri la cui validità riteniamo relativa al contesto sia delle attività che svolgiamo che delle conoscenze e risorse che abbiamo a disposizione ed è funzionale agli obiettivi che ci proponiamo di conseguire.

La colpa, comunque, è un criterio di definizione prettamente sociologico: il giudice deve comparare il comportamento tenuto dal soggetto con lo *standard* di cautele adottate per quel

tipo di attività nel contesto spazio-temporale considerato. Così, nella colpa del medico, il comportamento tenuto dal soggetto va comparato con quelli, che possono essere considerati tipici, dei medici che svolgono lo stesso tipo di attività nelle medesime condizioni storiche e geografiche. In una società che accetta la *boxe*, la colpa per la morte del pugilatore è costituita dall'aver violato le regole poste per lo svolgimento di quella pratica sportiva. In una società che rifiutasse la stessa pratica, la colpa per la morte del pugilatore sarebbe costituita dallo stesso svolgimento dell'incontro. La determinazione della colpa professionale non dipende da criteri di accertamento diversi da quelli che riteniamo validi in generale: soltanto, il campione dell'accertamento – ovvero della comparazione – è costituito dai soggetti professionisti che svolgono quello stesso tipo di attività, con i quali ha senso cioè la comparazione di carattere funzionale delle cautele da adottare.

I limiti dell'analisi causale sono progressivamente evidenti nell'analisi delle condotte collettive, delle dimensioni collettive e organizzate; in modo progressivo, in proporzione della complessità dei modelli considerati.

Nella disciplina del concorso di persone, il criterio generale della responsabilità personale è individuato per lo più nell'aver posto in essere un "contributo causale" alla realizzazione del fatto previsto nella legge come reato, con la coscienza e volontà di questo. Il contributo del "palo" nella rapina non è "causale", secondo nessuna delle teorie causali definite in generale: la rapina si può fare anche senza il palo, correndo maggiori rischi e d'altronde dividendo il bottino in un minor numero di parti; e una rapina complicata si può fare meglio con due pali, diminuendo i rischi e aumentando il numero delle parti in cui verrà diviso il bottino. Questa è proprio la problematica della teoria dell'organizzazione e del rapporto fra costi e benefici: l'analisi non è di tipo causale, cioè di astrazione e generalizzazione normativa. Non può essere adottato il criterio della *condicio sine qua non*, né tantomeno quello della *causalità adeguata*. Non avrebbe senso, peraltro, definire il criterio "causale" in modo difforme dalle nozioni generali della causalità: anzi, ciò dimostrerebbe l'insufficienza delle teorie e delle nozioni causali definite. Benché il contributo del palo non sia causale, nessuno ovviamente può dubitare della (legittimità circa il giudizio di) responsabilità del soggetto. Può dirsi in generale che la responsabilità è costituita dalla realizzazione di un contributo di carat-

tere "funzionale" con la consapevolezza della causalità generale della condotta collettiva. L'analisi funzionalistica, e la nozione di funzionalità, costituisce la risposta ad una domanda del tutto diversa da quella causale: non "perché" (si è verificato l'evento), ma "a che cosa [e a chi] serve".

È stato usato viceversa l'argomento che il contributo sia – ovvero debba essere, come criterio della responsabilità – *condicio sine qua non* del fatto così come *in concreto* realizzato. Questo argomento non costituisce in realtà un possibile criterio di verifica empirica, e contraddice il contenuto ovvero la dimensione di astrattezza – di comparazione – del giudizio di causalità. Questo giudizio poggia sulla comparazione fra i modelli astratti cui sono riconducibili, rispettivamente, gli eventi considerati: il mero riferimento all'evento accaduto, considerato nella sua concretezza non può valere a fondare il giudizio – astratto e generale, intrinsecamente normativo – di causalità.

L'approccio e il metodo di analisi funzionalistico allarga gli orizzonti dell'analisi della condotta collettiva.

Nel modello organizzativo stabile hanno indubbiamente rilevanza i contributi funzionali e non necessariamente causali. Il commesso che porta la posta sui tavoli dei funzionari della Fiat contribuisce all'efficienza generale del modello organizzativo senza avere relazione causale con nessuna vettura prodotta.

Nel modello organizzativo stabile di una attività delittuosa, oltre alle responsabilità dei singoli delitti realizzati, rilevano quelle dei contributi dati alla struttura ovvero alla dimensione generale organizzativa. I capi dell'organizzazione, i soggetti che eventualmente finanziano la medesima, non hanno relazione diretta e consapevole con i singoli delitti realizzati. Hanno – devono avere – consapevolezza del tipo generale di attività cui contribuiscono in modo rilevante. All'altro estremo, vanno considerati i soggetti che apportano piccoli contributi, per quanto rilevanti, alla dimensione generale organizzativa, tuttavia distinti dalla responsabilità dei singoli delitti, e dalla relativa consapevolezza. Può dirsi perciò che la problematica generale dell'organizzazione appare assolutamente indispensabile al diritto penale, come ulteriore rispetto alle singole nozioni delittuose, soprattutto con riferimento ai soggetti, di vertice dell'organizzazione o al contrario abbastanza marginali nella struttura di questa, che sono singolarmente più lontani dalla commissione dei crimini che caratterizzano l'organizzazione.

La problematica riguarda come tale la dimensione collettiva, non solo organizzata. Nel contesto di una manifestazione di

piazza, o fra gli spettatori di una partita di calcio, in cui vengono tenuti comportamenti di agitazione, nonché di violenza, di varia natura, ognuno di questi comportamenti può essere considerato *funzionale* rispetto ai comportamenti degli altri e attraverso questi rispetto agli esiti complessivi, senza poterne essere considerato *causale*. Non può essere attribuita a tutti la responsabilità dei singoli episodi di violenza, ma di avere contribuito alla degenerazione del clima in cui poi quei fatti si sono verificati, da poterne essere considerati "tipici", ovvero "prevedibili". Il problema è anche, ovviamente, di tipo e misura della responsabilità.

Nel sistema americano, capita che vengano contestati e attribuiti ai capi dell'organizzazione criminosa stabile tutti i delitti realizzati nell'ambito di tale attività; oppure ai responsabili dell'organizzazione di una manifestazione non autorizzata tutti i fatti di violenza che ne sono derivati, che in qualche modo ne potessero essere previsti. Per i soggetti di minore rilevanza e soprattutto marginali dell'organizzazione criminale, la contestazione della figura autonoma della *conspiracy* ha fra l'altro la funzione di stimolo del patteggiamento, per ottenere la collaborazione della persona indagata, nel sistema della discrezionalità dell'azione penale.

Nell'analisi funzionalistica dei modelli collettivi ed organizzati non vengono definite "soglie" astratte e generali. Può essere rilevante il contributo anche piccolissimo, e in quanto dato a quel concreto modello organizzativo. Cioè non si può predefinire in modo astratto e generale la rilevanza ("tipica") del contributo, se non nei termini di criteri di valutazione (la funzionalità, la consapevolezza). Nel modello collettivo ovvero organizzato il singolo contributo assume rilevanza nel contesto concreto in cui è inserito, viene "valorato" dalla relazione funzionale con gli altri contributi, e secondo l'uso concreto che ne fanno gli altri soggetti.

Nell'organizzazione stabile, la posizione e la responsabilità di *elemento* dell'organizzazione è costituita dal fatto che il soggetto si fa garante di determinate prestazioni, su cui gli altri fanno (possono fare) quindi preventivo affidamento. Ma può essere ovviamente rilevante qualsiasi contributo funzionale alla struttura ed attività dell'organizzazione di chi non ne faccia parte: la problematica del concorso c.d. "esterno". Nel primo caso, il soggetto ha una relazione funzionale stabile con la struttura ed attività dell'organizzazione; nel secondo, hanno carattere di stabilità, sulla struttura ed attività dell'organizzazione, considerata in generale, gli effetti della sua condotta, del suo contributo.

(Mi permetto di rimandare al mio *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 1999).

La carenza di determinatezza può essere considerata, come s'è detto, corollario della complessità dei dati oggetto dell'analisi, della considerazione e della rappresentazione; in misura proporzionale di questa complessità. (Ho svolto questo tema nel volume *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999).

Con il termine *complessità* (su cui vedi anche avanti nel paragrafo 8) designamo l'analisi multifattoriale e contestuale; che è cosa diversa dalla ricerca dell'astrattezza e generalità. Complessità *organizzata* è l'analisi dei *sistemi*, delle organizzazioni. Sistema è un insieme di elementi considerati in relazione di coordinazione. Organizzazione è la coordinazione di un insieme di attività, di soggetti liberi di scelte, «isole di potere cosciente» secondo l'espressione di Coase. Proprio in tal senso, secondo Coase, l'organizzazione può essere distinta dall'organismo, che «funziona da solo». Complessità *non organizzata* è l'analisi dei flussi. (DI COASE, premio Nobel dell'economia del 1991, vedi *The Nature of Firm*, in *Economica*, 4, 1937, trad. it., *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995; per le espressioni qui riportate pp. 74-75. Per la distinzione fra complessità organizzata e complessità non organizzata, la definizione di sistema e la teoria dei sistemi, vedi VON BERTALANFFY, *Robots, Men and Minds. Psychology in the Modern World*, New York, 1967, trad. it., *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno*, Milano, 1971, nonché *General System Theory*, New York, 1968, trad. it., *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 1971 e Milano, 1983. Per l'analisi sistemica e funzionalistica vanno viste le opere di LUHMANN, a cominciare da quelle contenute in *Soziologische Aufklärung I*, 1970, trad. it., *Illuminismo sociologico*, Milano, 1983, e poi *Politische Planung*, Opladen, 1971, trad. it., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978. Sulla complessità vedi NICOLIS E PRIGOGINE, *Exploring Complexity. An Introduction*, München, 1987, trad. it., *La complessità. Esplorazioni nei nuovi campi della scienza*, Torino, 1991. Si vedano anche PRIGOGINE E STENGERS, *La nouvelle Alliance. Métamorphose de la science*, Paris, 1979, trad. it., *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Torino, 1981, nonché le voci *Ordine/disordine*, *Organizzazione* e *Sistema* dell'Enciclopedia Einaudi, Torino, rispettivamente, vol. X, 1980, pp. 87 ss. e 178 ss., vol. XII, 1981, pp. 993 ss.).

Con il termine *funzione* si definisce la relazione di co-variazione fra due grandezze, considerata in un *contesto*. La relazione funzionale definisce un *significato più debole* in confronto a quella causale: perché il contributo – di utilità – non è né indispensabile né adeguato; ma è espressione di un'analisi più ricca, di un modello di analisi più sofisticato: multifattoriale e contestuale. (Va visto in generale DELATTRE, voce *Funzione*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, vol. VI, 1979, pp. 415 ss.; Id., *Théorie des systèmes et épistémologie*, in AA.VV., *La notion de système dans les sciences contemporaines*, a cura di Lesourne, Aix-en-Provence, 1982, trad. it., *Teoria dei sistemi ed epistemologia*, Torino, 1984. Va visto d'altro canto MORIN, *La Méthode. I. La nature de la nature*, Paris, 1977, trad. it., *Il metodo. Ordine disordine organizzazione*, Milano, 1983, e *l'Épistémologie de la complexité*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1984, 1, pp. 47 ss. Ho preso in considerazione le nozioni e i saggi qui indicati nel lavoro su *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003).

Non si può fare a meno delle nozioni di responsabilità peculiari dei modelli organizzati. Si tratta viceversa di recuperare la problematica delle garanzie del cittadino, in modo diverso e ulteriore di quanto non dica il riferimento alle possibilità previsionali del modello normativo, e quindi di tassatività e certezza della previsione.

Alle giustificazioni di tipo "emergenziale", che in effetti costituiscono giustificazioni dell'abbassamento del livello delle garanzie in considerazione della pericolosità particolare delle forme di criminalità organizzata, occorre sostituire argomenti che nella cultura ottocentesca e anche della prima metà del secolo ventesimo sarebbero stati definiti di tipo "ontologico": cioè dipendenti dalla lettura della realtà, allora definita oggettiva e oggi definita consapevolmente in relazione sia agli strumenti di analisi utilizzati che agli scopi perseguiti.

Va fatto rilevare in generale come l'abbassamento del livello delle garanzie giustificato dalle emergenze abbia teso poi a diffondersi ed allargarsi nella pratica e nell'atteggiamento mentale degli operatori anche in settori del tutto diversi. (Questa considerazione è stata svolta fra gli altri da FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990).

La nozione generale organizzativa di un'attività delittuosa complessa va considerata distintamente e in modo peculiare in

confronto alle nozioni dei singoli delitti che concorrono a costituirla. Ovvero, considerarla distintamente e in modo peculiare è funzionale alla risposta istituzionale di prevenzione e repressione.

Lo stesso tipo di delitto non pone il medesimo bisogno di prevenzione se realizzato da un soggetto qualunque oppure nel contesto di una dimensione organizzativa stabile di un'attività criminosa, da un soggetto che fa parte di questa: in questo secondo caso ha esiti oggettivi e soggettivi incomparabilmente dissimili. Per questo, tuttavia, sarebbe sufficiente la tecnica della circostanza aggravante.

Il contributo all'organizzazione va considerato peculiare in quanto fornito e funzionale alla dimensione generale organizzativa dell'associazione criminosa. La funzione precipua delle figure di repressione della criminalità organizzata, così delle figure delittuose associative, può essere definita intanto di *generalizzazione*: di definizione della responsabilità per il contributo fornito alla dimensione generale organizzativa, distintamente e indipendentemente dalla responsabilità dei singoli delitti. Tale funzione è perciò di *distinzione*, della responsabilità per il contributo alla dimensione generale organizzativa da quella per i singoli delitti realizzati in tal contesto. (Per ciò che concerne l'analisi delle figure delittuose associative mi permetto di rinviare al mio *Sistema penale e criminalità organizzata*, sopra citato).

Tale funzione può essere definita altresì di *interdizione*, di tipo concreto e dinamico, dell'esistenza e dell'attività dell'organizzazione, considerata in generale, nella fase stessa del suo svolgimento. La funzione così definita è certo peculiare in confronto a quella considerata ordinaria del diritto penale, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto attraverso la previsione della pena, confermata e rafforzata attraverso l'applicazione e l'esecuzione, che sono quindi corollari della previsione penale e della realizzazione del reato. La nozione funzionale così definita può essere considerata sinonimo delle nozioni di "lotta" e di "contrasto" delle forme e dei fenomeni di criminalità organizzata, che sono state considerate atipiche e difformi rispetto alla funzione del diritto, e del diritto penale, e che oggi sono utilizzate come intitolazioni delle leggi emanate in queste materie. Della funzione così definita, infine, possono essere considerate caratteristiche le tecniche di premialità dei collaboratori della giustizia e le misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali, che sono fondamentali per la repressione delle forme di criminalità organizzata. Queste tecniche e misure tendono infatti a disarticolare la dimensione generale organizzativa negli aspetti

che ne sono essenziali della solidarietà interpersonale e dei mezzi finanziari, quindi rispettivamente delle risorse umane e materiali.

Va fatto rilevare, a questo proposito, come le tecniche di premialità della dissociazione e della collaborazione con la giustizia accompagnino tutta la storia del delitto politico, e la sanzione della confisca dei beni fosse prevista nel codice napoleonico e poi nel codice sardo accanto alla pena di morte per i più gravi crimini contro lo Stato, proprio al fine di privare le forme organizzate delle risorse umane e materiali.

Funzione peculiare delle figure delittuose associative è il contributo alla ricostruzione del complesso delle attività delittuose realizzate nel contesto della dimensione organizzativa stabile, ed al coordinamento delle indagini in tal senso.

Più in generale, le figure di associazione terroristica ed associazione di tipo mafioso sono diventate presupposti e baricentri di veri e propri sottosistemi penali con elementi di marcata differenziazione: riguardanti la disciplina sostanziale e processuale, le misure di prevenzione e quelle di premialità dei collaboratori della giustizia, il coordinamento delle indagini, i modi di acquisizione della prova, l'esecuzione della pena.

Tanto la problematica dell'organizzazione può essere considerata in generale un aspetto della destrutturazione della concezione tradizionale del diritto, quanto la teoria dell'organizzazione e le nozioni fornite in tal senso dalle scienze economica e sociologica possono costituire elementi e profili di razionalizzazione della funzione e della cultura del diritto nella società contemporanea.

Tutta la storia della repressione delle forme criminose organizzate, e del delitto politico, è considerata "derogatoria" dei principi definiti generali del diritto e della responsabilità penale, dei principi considerati universali, "classici". La giustificazione è stata appunto di tipo "emergenziale".

Così, le figure delittuose autonome associative hanno avuto giustificazione assolutamente prevalente, presso la cultura penalistica degli ultimi due secoli, nei termini della funzione di "anticipazione", ovvero "retrocessione", della soglia della risposta e della responsabilità penale, in confronto a quella ordinaria dei delitti, in considerazione della pericolosità particolare costituita dall'associazione, diretta verso finalità di tipo delittuoso: retrocessione al momento dell'accordo o dell'intesa, della promozio-

ne e costituzione dell'associazione, dell'adesione alla medesima ovvero della manifestazione di disponibilità e garanzia circa le proprie intenzioni e prestazioni. Lo stesso tipo di giustificazione, quella precedente, delle figure del complotto e della cospirazione relative ai crimini e delitti contro lo Stato, in considerazione della particolare entità dei beni esposti a rischio e tutelati attraverso la previsione penale. (La precedente analisi delle figure delittuose associative è dovuta già a CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da Mancini, vol. I, Milano, 1884. Da ultimi, DE FRANCESCO, *Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, pp. 888 ss.; Id., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 54 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995; BERNARDI, *La disciplina prevista dal nuovo codice penale francese in tema di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pp. 988 ss.).

In effetti, questa giustificazione delle figure delittuose associative, invero conforme presso la dottrina penalistica, non trova poi riscontro nella realtà. Infatti, le forme organizzate stabili non sono mai scoperte e represses nella dimensione iniziale dell'accordo, e neanche la posizione personale in queste strutture è colpita nel momento e con riferimento al momento dell'accordo. Le forme di criminalità organizzata sono desunte, *ex post*, da un insieme di delitti realizzati, dal collegamento – logico-conoscitivo – di questi con una struttura personale stabile che ne è – considerata – dimensione organizzativa. In concreto, il delitto associativo non riguarda il "fatto" che più persone si sono associate (accordate) al fine di commettere più delitti, come è previsto formalmente nell'art. 416 c.p., in cui è punita l'associazione per delinquere, ma riguarda un complesso di relazioni funzionali tra un insieme di persone e un insieme di delitti, per lo più realizzati. La responsabilità personale riguarda la relazione funzionale – stabile o con effetti di stabilità – dei comportamenti della persona con la dimensione organizzativa stabile di un'attività delittuosa complessa.

Il problema così posto, della differenza fra giustificazioni culturali e realtà, può essere ritenuto un problema di prova, e quindi di tipo processuale: nel senso che le associazioni criminali non vengono scoperte e colpite "a tavolino". In effetti, il problema è di carattere sostanziale, perché le associazioni cri-

minose non nascono "a tavolino", cioè con l'accordo formale anteriore alla realizzazione di reati, bensì nella stessa e attraverso la stessa attività di realizzazione di reati, in concorso di persone, per lo più delle stesse persone, mediante la divisione ed eventuale riutilizzazione dei proventi dei reati.

La contraddizione appena rilevata è formale nella previsione normativa dell'associazione di tipo mafioso, dell'art. 416 *bis* c.p.: «L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti» ecc. La definizione qualifica ulteriormente e invero presuppone l'attività delittuosa realizzata nel contesto della dimensione organizzativa dell'associazione, con caratteristiche e diffusione tali da aver determinato la situazione di condizionamento e controllo ambientale di cui appunto gli associati "si avvalgono". Un'associazione i cui appartenenti rivolgersero – dovessero rivolgere – minacce ai negozianti per realizzare estorsioni sarebbe ancora una comune associazione per delinquere. In tal senso precedente, l'associazione di tipo mafioso è stata definita una figura delittuosa associativa «a struttura mista» ovvero «a struttura complessa», piuttosto che meramente associativa (SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 4^a ed., 1993, pp. 64 ss.; Id., *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987, p. 158); come un'associazione «che delinque», con le caratteristiche rappresentate nell'art. 416 *bis* c.p. (Id., *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 51); per definizione, come il risultato della evoluzione o «trasformazione» di fatto della comune associazione per delinquere (TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, pp. 114-115). L'associazione di tipo mafioso può essere considerata in rapporto di specialità con la figura della comune associazione per delinquere, dove il contenuto di specialità è costituito dal "metodo mafioso" che qualifica e anzi presuppone l'attività delittuosa, con determinate caratteristiche e diffusione, realizzata nel contesto dell'associazione.

Quando è stato emanato l'art. 416 *bis* del codice penale si è detto che vi era rappresentata una nozione "sociologica" (della mafia) più che giuridica. È condivisibile che la nozione sia sociologica, senza che questo conduca ad escludere che la nozione possa essere adottata come giuridica; salvo a doverne conside-

rare, e superare, i limiti. Si è pure sostenuto, e non isolatamente, che questa nozione potesse e dovesse svolgere una funzione di «semplificazione probatoria» (Così testualmente DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.) e problema probatorio*, in *Foro it.*, 1984, p. 246) rispetto alle difficoltà di provare il delitto di associazione per delinquere comune. E invece abbiamo visto che occorrono elementi ulteriori per definire l'esistenza di un'associazione mafiosa, nonché la relativa responsabilità, in confronto alla comune associazione per delinquere. La giustificazione "emergenziale" è comunque relativa ad un abbassamento del livello delle garanzie, e questo problema va certamente attraversato. Anche perché, come si è detto, determina un effetto "moltiplicatore" sul resto del diritto penale.

Come argomento a sostegno dell'uso della categoria del concorso "esterno" nel delitto associativo è stato pure avanzato quello della "utilità" repressiva in confronto alla stessa discutibilità della configurazione (Così sostanzialmente GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993). Come vedremo, questo approccio non può essere condiviso, né dal punto di vista scientifico né da quello politico-criminale.

Nella storia delle figure delittuose autonome associative possono essere fatte rilevare due tendenze diverse, almeno in apparenza contraddittorie; anzi, contraddittorie ma che corrispondono a esigenze, diverse, altrettanto rilevanti. Una tendenza alla definizione con riferimento precipuo ai fenomeni di criminalità organizzata considerati nella loro dimensione sociale e storica concreta. Tendenza, possiamo dire, alla definizione di tipo "criminologico". Così, nel codice napoleonico, la figura dell'associazione "di malfattori", "diretta contro le persone o le proprietà", come crimine autonomo "contro la pace pubblica" (la "*paix publique*") fu prevista e definita con riferimento specifico al fenomeno del banditismo, delle bande armate e violente (degli "*chouffeurs*") che aggredivano e depredavano le persone. La stessa figura di associazione di malfattori fu prevista nei codici parmense, sardo e poi sardo-italiano. Una tendenza opposta è stata quella invece alla generalizzazione, fino alla figura dell'associazione per delinquere, nella sua dimensione attuale, relativa alla finalità di realizzazione di più delitti di qualsiasi tipo. Dopo questa generalizzazione, d'altro canto, sono proliferate, soprattutto nel nostro sistema, le figure delittuose

associative, specifiche delle diverse forme organizzative di attività delittuose.

Secondo l'art. 265 del codice penale napoleonico (1810), «Ogni associazione di malfattori, diretta contro le persone o le proprietà, è un crimine contro la pace pubblica» (Riporto dall'edizione «pel Regno d'Italia», Milano, 1811). La nozione di "*pax publica*" era diffusa presso la cultura giuridica dell'*ancien régime* e designava in generale l'ordine sociale e politico, protetto dal sistema giuridico. Nella medesima sezione del codice napoleonico erano previsti i *delitti* di «Vagabondaggio» e di «Mendicità». Secondo l'art. 266, «Questo crimine [di associazione di malfattori] esiste col solo fatto dell'organizzazione delle bande o di corrispondenza fra esse ed i loro capi o comandanti, o di convenzioni tendenti a render conto, o a distribuire o dividere il prodotto dei misfatti». Secondo gli artt. 267 e 268, «Quando questo crimine non fosse stato accompagnato da alcun altro, gli autori, i direttori dell'associazione, ed i comandanti in capo o sottocomandanti di queste bande, saranno puniti coi lavori forzati a tempo [da cinque a vent'anni, secondo la previsione generale dell'art. 19]». «Saranno punite colla reclusione [in una casa di forza, da cinque a dieci anni, secondo la disposizione generale dell'art. 21] tutte le altre persone incaricate di un servizio qualunque in queste bande, e quelle che avranno scientemente e volontariamente somministrato alle bande o alle loro divisioni delle armi, munizioni, istromenti atti al crimine, alloggio, ritirata o luogo di unione». Quest'ultimo era lo sforzo di tipizzazione dei contributi che oggi nel nostro sistema sono costitutivi, genericamente, del "concorso esterno".

Come si è detto, il crimine autonomo dell'associazione di malfattori diretta contro le persone o le proprietà fu previsto nei codici parmense del 1821, sardo del 1839 e poi sardo-italiano del 1859: in quest'ultimo come «reato contro la pubblica tranquillità», costituito da un «numero non minore di cinque» persone, con l'aggravante inoltre dei reati commessi «previo concerto coll'intera banda».

Nel codice penale toscano del 1853 comparve il titolo dei «Delitti contro l'ordine pubblico», in cui erano sanzionate le «associazioni illecite», in quanto non autorizzate dal Governo, con lo scioglimento e con la multa, con il carcere se «con vincolo di segreto», nel qual caso l'associazione «prende il nome di setta». Inoltre, fra le disposizioni comuni al titolo «Dei delitti contro gli averi altrui», nell'art. 421 era punita la società for-

mata per commettere delitti di alcune tipologie definite: «§ 1. Quando tre o più persone hanno formato una società, per commettere delitti di furto, di estorsione, di pirateria, di truffa, di baratteria marittima, o di frode, benché non ne abbiano ancora determinata la specie, od incominciata l'esecuzione; gl'istigatori e i direttori sono puniti con la carcere da tre mesi a tre anni, e gli altri partecipanti soggiacciono alla medesima pena da un mese ad un anno». «§ 2. E se i membri della detta società hanno, in sequela di essa, tentato o consumato un delitto; la pena di questo concorre con quella stabilita dal § precedente, secondo le norme degli art. 72 e seguenti [del «concorso di più pene», in cui erano determinati i criteri generali di cumulo giuridico per i casi di concorso di reati]». «§ 3. In tutti i casi, contemplati dai precedenti §§ 1 e 2, si applica ancora la pena accessoria della sottoposizione alla vigilanza della polizia».

Questa figura è molto diversa rispetto a quella dell'associazione di malfattori. In primo luogo, le pene sono estremamente più ridotte. Inoltre, i riferimenti alla "società" e alle "persone" che l'hanno formata sono indubbiamente più astratti in confronto a quelli d'impronta criminologica alle "bande" e alla qualità di "malfattori" dei componenti. Vi è accentuata la dimensione "contrattuale" indipendente dall'inizio di esecuzione (costitutivo del tentativo) dei delitti. Le tipologie dei delitti-scopo sono definite – analiticamente – in relazione alle sole finalità di lucro, e con esclusione dei delitti contro la persona, che per lo più hanno dimensione strumentale nelle forme criminose organizzate: la figura delittuosa è collocata appunto fra le disposizioni comuni al titolo dei delitti contro gli averi altrui; in questa misura, è attribuita alla figura associativa una rilevanza ed una funzione di carattere generale. Infine, sono puniti solo i "membri della detta società" (i "soci"), con esclusione cioè dei contributi forniti alla "banda" da chi tuttavia non ne faccia parte.

Carrara sottolineò le profonde differenze fra il crimine di associazione di malfattori dei codici francese, parmense e sardo e «il delitto di *associazione a delinquere*» del codice toscano: «la somiglianza tra figura e figura può illudere. Ma la illusione bisogna che si dilegui quando si vegga che a parallelo della pena del carcere minacciata tra noi contro i capi, da tre mesi a tre anni, e da un mese ad un anno contro tutti gli altri membri, si trova nelle altre legislazioni la galera fino a venti anni». Dopo avere osservato che «noi nella nostra Provincia non abbiamo tradizioni né di *briganti*, né di *bande*, né di *guerille*, né di *con-*

venticole», Carrara rilevava: «Nella figura dell'art. 421 [del codice toscano] la *forza fisica oggettiva* del maleficio tutta si estrinseca nel vincolare a noi la volontà di altre due persone le quali hanno stipulato a favor nostro un patto di commettere usurpazioni sulla proprietà altrui; di commetterle in beneficio comune e di parteciparne il lucro con noi. Qui tutto finisce. La forza fisica oggettiva del reato toscano di *associazione a delinquere* tutta si esaurisce in un *effetto morale*. Nessuno abbandona il domicilio paterno. Non vi è provvista di armi; non vi è riunione di uomini in attitudine minacciosa. È una società in partecipazione nella quale ciascuno opera isolatamente, salvo le facilitazioni e i sussidi che l'occasione potrà richiedere. [...] È una associazione che vuole essere punita eccezionalmente perché la sua costituzione aggredirà i diritti, possibilmente, di tutti i consociati, e non limitativamente i diritti di alcuni determinati cittadini come nell'accordo ad un delitto determinato». (...) «Nelle bande, al contrario, vi è ben altro apparato di forza fisica oggettiva. Si procede uniti in attitudine da soverchiare chiunque s'incontra, da soverchiare qualunque resistenza; ed è questa la forza fisica oggettiva del maleficio che lo denatura e lo rende enormemente più grave e più pauroso» (Carrara, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, cit., pp. 1117-1118).

Proprio in questa posizione di Carrara troviamo, dunque, la giustificazione dell'autonomia del delitto associativo nella sua dimensione "contrattuale", in funzione di "anticipazione" della soglia della risposta e responsabilità penale rispetto a quella ordinaria dei delitti, sostanzialmente derogatoria in confronto ai principi definiti generali del diritto e della responsabilità penale, in considerazione della particolare pericolosità costituita dall'associazione. Viceversa, Carrara contestava l'autonomia della nozione (criminologica) di "banda", in confronto ai delitti realizzati in tal contesto, eventualmente aggravati: «Il delitto di *associazione a delinquere* è un delitto di creazione toscana, e [...] quello che altrove (Francia, Parma, Sardegna) corre sotto il titolo di *associazione di malfattori* è un titolo sostanzialmente differente nelle forze che lo costituiscono; è un titolo di antichissima data, ma che non ha ragione di esistere come titolo speciale bastando all'uopo i titoli di violenza pubblica, di furto violento, ed altri derivanti dalla specialità dei diritti aggrediti i quali vengono per tal guisa a rientrare tutti nelle rispettive nozioni scientifiche aggravabili per le circostanze tutte soggettive od oggettive che ricorrono nei singoli casi». Secondo Carrara, «La

società civile ha la sua ragione di essere nella necessità della difesa dei diritti di tutti. Una società che nel suo seno voglia costituirsi col fine determinato di offendere i diritti di tutti, è in perfetto antagonismo con la società civile, e legittimamente questa ne decreta la repressione, perché nel fatto solo della sua costituzione trova una forza fisica oggettiva sufficiente a rendere legittima la repressione. [...] Il codice toscano [...] in quegli *atti preparatori* non ha già punito un *tentativo*, ma ha punito un delitto consumato e perfetto» (*Ivi*, p. 1118).

In seno alla commissione del 1876 per l'elaborazione del codice penale dell'Italia unita, Carrara contestò la costruzione del delitto autonomo "politico" di *banda armata*: «Non possiamo consentire nelle disposizioni che si riferiscono alle bande. Il codice penale francese, per quanto è a nostra memoria fu il primo a farne una speciale figura di delitto politico, staccandola senza bisogno dal genere suo nel quale era naturalmente compresa. Ma l'Italia non è Francia né ha la Vandea dalla quale guardarsi. E se per avventura si rivolta il pensiero alle provincie meridionali e sicule non fu esatto il giudizio. Il brigantaggio in quelle provincie si metta pure la maschera che crede possa più giovare all'equivoco. Non è un reato politico. Sotto la maschera del brigante vi è l'uomo, e l'uomo brigante è un volgare malfattore. Del resto anche le associazioni dei briganti in quanto volessero e potessero preordinarsi a scopo politico necessariamente rientrerebbero nella nozione generale dell'attentato e ne esaurirebbero gli estremi» (CARRARA, *Osservazioni e proposte delle sottocommissioni*, Roma, 1877, pp. 9-10).

Nel codice Zanardelli è comparsa l'etichetta «*Dell'associazione per delinquere*», nel titolo «*Dei delitti contro l'ordine pubblico*», e il delitto fu costruito con riferimento alle tipologie dei delitti-scopo: secondo l'art. 248 comma primo, «Quando cinque o più persone si associano per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà, ciascuna di esse è punita, per il solo fatto dell'associazione, con la reclusione da uno a cinque anni».

Va fatto rilevare – a proposito del significato tecnico di questa norma – come le tipologie delittuose indicate riproducessero, identicamente e nell'ordine, tutti i titoli del libro secondo del codice, cioè «*Dei delitti in specie*», tranne quelli «*Dei delitti contro la sicurezza dello Stato*», «*contro la libertà*», «*contro la pubblica amministrazione*» e gli stessi «*contro l'ordine pubbli-*

co». In relazione alle attività delittuose, contro l'ordine pubblico (in quanto realizzate pubblicamente), di apologia ed incitamento alla disobbedienza della legge o all'odio fra le classi sociali, fu prevista la figura delittuosa associativa specifica dell'art. 251 (su cui vedi appena più avanti). Piuttosto, in confronto alla precedente generalizzazione, è significativa l'esclusione dei delitti contro la pubblica amministrazione, nel senso cioè del riferimento pur sempre alle forme delittuose tipiche dei ceti subalterni, e comunque dell'esclusione dei delitti più tipici dei "colletti bianchi".

Negli altri commi della norma erano previste: le circostanze aggravanti della scorreria in armi e della disponibilità di armi, con la reclusione da tre a dieci anni; la distinzione della pena per i «promotori o capi», da tre a otto anni, e da cinque a dodici anni con la precedente aggravante; la sottoposizione dei condannati alla vigilanza speciale dell'autorità di pubblica sicurezza. Questa misura ha giustificazione ancora oggi (art. 417 c.p.) nella pericolosità particolare degli associati e nella funzione di impedire il proseguimento della relazione associativa dopo avere scontato la pena detentiva.

Secondo l'art. 249, «Chiunque, fuori dei casi preveduti nell'articolo 64 [della disciplina generale del «concorso di più persone in uno stesso reato»], dà rifugio o assistenza, o somministra vettovaglie agli associati o ad alcuni di essi, è punito con la reclusione sino ad un anno». «Va esente da pena colui che somministra vitto o dia rifugio ad un prossimo congiunto».

Venne così perfezionata la distinzione formale fra il delitto di associazione, il concorso di persone nel delitto associativo (in forma generale) e il delitto di assistenza agli associati. A quest'ultima previsione è corrispondente la figura dell'art. 418 del nostro codice penale, di «Assistenza agli associati» per delinquere (nonché quella dell'art. 307, di «Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata»). Come si vede, è formale il riferimento all'applicabilità della disciplina generale del concorso di persone nel reato, per i contributi forniti all'associazione.

Nell'art. 250 fu stabilito l'aumento «da un sesto ad un terzo» della pena per «i delitti commessi dagli associati, o da alcuni di essi, nel tempo o per occasione dell'associazione». Come si è detto, l'aggravante per i reati commessi «previo concerto coll'intera banda» era stata prevista nell'art. 430 del codice sardo-italiano.

Nell'art. 251 del codice Zanardelli fu dunque stabilita in modo autonomo la pena della detenzione da sei a diciotto mesi e della

multa da cento a tremila lire per chiunque «prende parte ad un'associazione diretta a commettere i delitti preveduti nell'articolo 247», vale a dire i fatti realizzati «pubblicamente» di «apologia di [...] delitto», incitamento «alla disobbedienza della legge, ovvero [...] all'odio fra le varie classi sociali in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Questa figura merita considerazione anche perché costituisce l'antecedente storico di quella di «*Associazioni sovversive*» di cui all'art. 270 del codice Rocco.

Nel codice Rocco la figura dell'«*Associazione per delinquere*» (art. 416), prevista fra i «delitti contro l'ordine pubblico», ha avuto la dimensione di maggiore generalità ed astrattezza: ne è costitutivo lo «scopo di commettere più delitti», dunque di qualsiasi tipo. D'altro canto, sono proliferate nel sistema le figure delittuose associative, speciali in confronto a quella.

4. *Segue. L'aumento progressivo della discrezionalità del giudice. Le spiegazioni possibili della deformalizzazione del sistema e della stessa concezione del diritto.*

Nella codificazione ottocentesca è stato molto cospicuo, e può esserne considerato anzi definitorio, lo sforzo di tipizzazione, cioè definizione astratta e generale, di tutte le caratteristiche che può presentare il reato nella concreta realizzazione: lo sforzo, così, di articolazione della struttura del reato e della misura astratta ovvero prevista della pena.

Progressivamente, soprattutto a partire dalla metà degli anni Settanta, con gli interventi legislativi che si sono succeduti, è stato allargato in misura considerevole il potere discrezionale del giudice penale.

Va osservato, preliminarmente, come il codice Rocco contenga ampi spazi di discrezionalità del giudice, in confronto ai codici ottocenteschi, che possono essere considerati il contraltare delle misure elevate delle pene che vi sono previste e dei criteri rigorosi di definizione e attribuzione della responsabilità che vi sono stabiliti. Così, per esempio, il sistema delle circostanze del reato era previsto, da un canto, secondo il criterio assolutamente oggettivo di attribuzione: eminentemente perché, altrimenti, la necessità, e l'estrema difficoltà, di provare l'aspetto soggettivo in relazione all'elemento di fatto costitutivo della singola circostanza renderebbero di fatto inapplicabile e comunque scarsamente applicabile il sistema delle circostanze;

d'altro canto, il giudice deve compiere il giudizio di comparazione ovvero bilanciamento delle circostanze, applicando solo le variazioni di pena per le circostanze ritenute prevalenti nella valutazione del fatto costitutivo del reato.

All'indomani della caduta del fascismo, a seguito delle polemiche sull'eccessivo rigore delle pene e dei criteri di responsabilità previsti nel codice Rocco, furono introdotte con l'art. 62 *bis* c.p. le circostanze «Attenuanti generiche», sostanzialmente prive di criterio normativo: «Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62». Questo articolo è stato aggiunto con l'art. 2 del decreto luogotenenziale del 14.9.1944, n. 288, recante provvedimenti relativi alla riforma della legislazione penale. Invece di intervenire direttamente sulle misure delle pene e sui criteri di responsabilità, è stato dunque attribuito maggior potere discrezionale al giudice. Nella prassi giurisprudenziale attuale, per lo più, è necessario un motivo valido per negare la concessione delle attenuanti generiche, non per concederle.

Nell'impostazione originaria del codice, in base alla previsione del quarto comma dell'art. 69, il giudizio di bilanciamento era escluso per le circostanze «inerenti alla persona del colpevole», altrimenti definite nell'art. 70 come quelle che riguardano l'imputabilità e la recidiva, e per quelle per le quali «la legge stabilisce una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato». Con la riforma del 1974 (d.l. 11.4.1974, n. 99, recante provvedimenti urgenti sulla giustizia penale, conv. con modif. nella l. 7.6.1974, n. 220), con cui è stata incrementata in notevole misura la discrezionalità del giudice nella valutazione della responsabilità penale e nella determinazione della pena, il giudizio di bilanciamento è stato esteso a tutte le circostanze, e quindi vi sono ammesse anche le attenuanti generiche.

Con questa riforma del 1974 è stata modificata la disciplina dell'art. 81 del codice penale. Nel concorso di reati, il criterio del cumulo giuridico (della pena della violazione più grave aumentata fino al triplo, in luogo della somma delle pene dei singoli reati) è stato esteso all'ipotesi del concorso formale e la figura del reato continuato, per la quale soltanto era stato originaria-

mente previsto il cumulo giuridico, è stata allargata all'ipotesi di violazione di disposizioni di legge anche diverse. Inoltre, è stata aggiunta la precisazione che in tali casi la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile per la somma delle pene dei singoli reati. Con la medesima riforma del 1974 è stata resa facoltativa e ridimensionata nella misura di variazione della pena la disciplina della recidiva, di cui all'art. 99 c.p. Sempre con la riforma del 1974, inoltre, è stato esteso da uno a due anni il limite della pena detentiva che può essere sospesa condizionalmente, a norma dell'art. 163 c.p., e con la legge di conversione n. 220/1974 è stato anche stabilito, nell'art. 164 c.p., che la sospensione condizionale possa essere concessa nuovamente quando la pena cumulata a quella della precedente condanna non superi nel complesso il limite di due anni, stabilito appunto nell'art. 163.

Se le precedenti modifiche riguardano la valutazione del fatto di reato e della responsabilità e la commisurazione giudiziale della pena, le variazioni introdotte con le riforme dell'ordinamento penitenziario riguardano lo stesso schema di predefinitività formale della pena stabilita per il reato, intaccandone il primato. Il principio di «Trattamento e rieducazione», per l'attuazione dell'art. 27 comma terzo Cost., è stato introdotto con la l. 26.7.1975, n. 354, di cui costituisce appunto la rubrica dell'art. 1, e realizzato anche attraverso il regolamento di esecuzione contenuto nel d.P.R. 29.4.1976, n. 431. Con la legge c.d. Gozzini, 10.10.1986, n. 663, contenente «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», il sistema penitenziario è stato ulteriormente riformato nel senso della ricerca delle alternative alla detenzione e dei meccanismi di reinserimento sociale. Con la legge c.d. Simeone-Saraceni, 27.5.1998, n. 165, si è cercato di rendere fruibili le misure alternative alla detenzione al maggior numero possibile di condannati. Con il d.P.R. 30.6.2000, n. 230, è stato introdotto il nuovo regolamento dell'ordinamento penitenziario, in sostituzione di quello del 1976.

Si tratta, complessivamente, degli istituti dell'affidamento in prova al servizio sociale (possibile se la pena inflitta non supera tre anni, secondo l'art. 47 della disciplina dell'ordinamento penitenziario), della detenzione domiciliare (donna incinta, madre o padre solo di prole di età inferiore a dieci anni, gravi condizioni di salute, età superiore a sessanta anni di persona inabile anche parzialmente), del regime di semilibertà, delle licenze ai detenuti, della liberazione anticipata.

Il periodo delle riforme a partire dall'inizio e dalla metà degli anni Settanta va valutato alla stregua del dibattito culturale degli anni Sessanta, della congerie culturale e politica cominciata alla fine degli anni Sessanta, in modo peculiare con i movimenti studenteschi e operai, della fase di profondo nonché repentino rinnovamento culturale degli anni Sessanta e Settanta (si pensi soltanto alla musica leggera, al cinema e alle arti figurative, in Europa e negli Stati Uniti), dell'affermazione e diffusione della problematica dello Stato sociale.

Lo statuto dei lavoratori è del 1970. La riforma del diritto di famiglia è del 1975.

Fra la metà degli anni Sessanta e la metà degli anni Settanta sono state diffusamente teorizzate la politicità e non neutralità del diritto e delle operazioni del giudice. Una considerazione possibile è che la stessa analisi di disvelamento della "politicità" del diritto, ovvero del valore "ideologico" della fiducia nella neutralità del diritto (nel senso, almeno, in cui il concetto di "ideologia" è stato usato da Engels e da Lukács), influisca sullo smottamento verso la politica e (cioè) sulla perdita, o meglio riduzione, di autonomia del diritto e del giurista. Una considerazione necessaria è, d'altro canto, che il processo di deformalizzazione, di destrutturazione formale, da cui è stato ed è attraversato il fenomeno giuridico ha riguardato e riguarda tutta la cultura, sia sociale che scientifica, o viceversa, se si preferisce, tanto scientifica quanto sociale diffusa, perché si tratta dello stesso circuito.

La nostra cultura è caratterizzata in generale da un approccio di tipo sia pragmatistico che quantitativo: si formalizza di meno ovvero si formalizza in modo assai diverso e più complesso, considerando un numero di variabili enormemente superiore, rispetto alla cultura di un tempo; gli elementi della (rappresentazione della) realtà sono considerati appunto come variabili, numeriche, anziché come dati predefinibili, e predefiniti, in nozioni astratte e generali; è espressa e adottata una logica sfumata, detta appunto "fuzzy", che vuol dire sia "sfumata" che "sfilacciata"; vengono prese in considerazione le ipotesi intermedie tra il vero e il falso, precipuamente fra il giusto e l'ingiusto. Questa analisi è stata sviluppata in generale da Morin (di cui vedi i lavori sopra citati), e nel campo del diritto da VAN DE KERCHOVE E OST (*Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988; *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, trad. it., *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano,

1995; *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Sociologia del diritto*, 1997, 1, pp. 5 ss. Si veda altresì, di PRIGOGINE E STENGERS, la voce *Ordine/disordine* dell'*Enciclopedia Einaudi*, sopra citata).

Le ragioni, e cioè le spiegazioni possibili, della de-formalizzazione del diritto, ovvero destrutturazione formale, ovvero ancora deformazione sostanzialistica, del sistema e della stessa concezione del diritto, sono molteplici e tutte importanti; tali, quindi, da non potersi risolvere e superare facilmente i problemi – rilevanti – che vi sono connessi.

Per ciò che riguarda il diritto penale, queste ragioni sono state individuate in misura prevalente nella legislazione speciale, concernente le forme di criminalità organizzata, in modo precipuo terroristica e mafiosa. In effetti, come si è accennato, il processo di cui si discute e le relative ragioni riguardano tutto il sistema nonché la stessa concezione del diritto, e sono perciò di carattere ben più generale di quanto non dica il riferimento alla legislazione di contrasto delle forme di criminalità organizzata: in questo ambito, hanno maggior evidenza, nonché particolare rilevanza sociale; inoltre, non può essere trascurata l'osservazione (in primo luogo di FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.) che le deformazioni di carattere sostanzialistico della legislazione speciale sulla criminalità organizzata, e delle relative prassi giurisprudenziali, si sono diffuse via via all'intero settore penale.

Una parola chiave dell'analisi e della spiegazione del processo di destrutturazione del modello teorico e istituzionale dello Stato di diritto, nel senso ottocentesco, e quindi della codificazione, è certamente la *democrazia*. Come si è detto, nella società attuale, caratterizzata da una molteplicità di centri di rappresentazione politica degli interessi e di interessi rappresentati, anche diversi e contraddittori, le leggi sono il risultato di compromessi contingenti, e sono destinate ad essere messe in discussione dai mutamenti degli assetti e degli equilibri fra le componenti sociali e le forze politiche. Le leggi sono emanate fuori dalla forma del codice e corrispondono al tentativo di rappresentazione di un problema sociale e politico assunto nella sua interezza, cioè in tutti gli aspetti che ne sono coinvolti, e concretezza. La crisi delle forme di codice e anche di legge riguarda le caratteristiche di astrattezza e generalità e quindi del diritto a soggetto unico. Solo in modo schematico è possibile distinguere in questi fenomeni i profili socio-politici e quelli culturali. Non c'è dubbio che il carattere pluralistico riguarda la

cultura in modo pure – apparentemente – autonomo rispetto alle caratteristiche di composizione della società. Mi riferisco alle analisi di tipo multifattoriale, e basti pensare in proposito ai contributi di teoria della scienza provenienti dalla teoria della relatività e dalla meccanica quantistica. Credo, comunque, sia ragionevole ritenere fondamentale l'influenza dei valori e delle caratteristiche della democrazia. E nel mezzo considererei l'influenza delle scienze sociali e della psicologia. Un'osservazione che mi sembra importante è che tutte le operazioni culturali di contestualizzazione mettono in crisi l'assetto culturale tradizionale del diritto, e delle definizioni della responsabilità: mettono in crisi, infatti, il modello dell'astrattezza e generalità, e della predefinizione formale.

Un elemento di contraddizione del modello giuridico dell'astrattezza e generalità è costituito dalla dimensione *monopolistica* dell'economia, secondo l'analisi svolta a suo tempo da NEUMANN (*The Change in the Function of Law in Modern Society*, in AA.VV., *Selected Reading. Second Year Course in the Study of Contemporary Society*, a cura di K. Knorr ed E.A. Shils, Chicago, 1939, versione abbreviata di *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1937, pp. 542 ss., trad. it., *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973, pp. 245 ss.). La funzione regolativa dello "stato-arbitro" e il valore della certezza del diritto vanno considerate coerenti con la logica del mercato, con l'esigenza di conoscibilità preventiva delle conseguenze giuridiche dei comportamenti. Le forze monopolistiche influiscono sul processo sia di formazione che di applicazione delle leggi e costituiscono perciò un elemento rilevante di distorsione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte al diritto, ovvero del diritto a soggetto unico, della stessa funzione di mediazione del diritto: in larga misura, i problemi connessi alle grandi dimensioni economiche e ai grandi flussi economici non passano più davanti al giudice, o rispetto a questi la funzione del giudice appare poco efficace.

Un profilo specifico della crisi del modello classico della legalità formale riguarda le funzioni dello "Stato sociale". È un profilo specifico, ma è strettamente collegato da una parte alla problematica e ai valori della democrazia, d'altra parte alla scoperta e ai contributi delle scienze sociali. Cioè, a mio avviso c'è un rapporto preciso tra l'affermazione del modello dello Stato sociale e quella della sociologia. Le funzioni di segno positivo, e pro-

positivo, o propulsivo, dello Stato sociale non sono formalizzabili al pari, nella stessa misura, di quelle di segno negativo, e prevalentemente inibitorio, dello Stato liberale. Si pensi alla funzione di rieducazione del reo, ma anche al diritto minorile, al diritto di famiglia. La legge definisce, e attribuisce direttamente all'operatore, la funzione da realizzare, in concreto, e stabilisce il procedimento. Le leggi sono sempre più rivolte direttamente agli operatori e sempre meno direttamente ai cittadini. La norma giuridica svolge dunque funzioni ulteriori rispetto a quelle di definizione e sanzione della fattispecie, rispetto a cui valeva in modo esaustivo il modello dell'astrattezza e generalità.

Al diritto vengono oggi attribuiti molti più compiti e compiti molto più complessi rispetto al modello dello Stato regolatore dei rapporti e dei conflitti fra gli individui. Kant rappresentava, appunto, la società come un insieme di individui, i cui rapporti e conflitti sono regolati dalla funzione dello Stato. Lo Stato ottocentesco svolgeva meno compiti, ma inoltre questi compiti non erano tutti regolati in modo peculiare giuridicamente. La *complessità* è una condizione di crisi del modello dell'astrattezza e generalità, della predefinizione formale. Una condizione, direi, epistemologica.

Infatti, sulla crisi del modello che possiamo definire classico influiscono, autonomamente, l'analisi dei gruppi, la problematica e la teoria dell'organizzazione: che sono profili specifici, autonomi e importanti, della complessità. Il modello di cui cerco di rappresentare la crisi può essere indicato anche come il modello della "modernità".

Nell'analisi dei gruppi, come del molteplice, nell'analisi multifattoriale, e quindi nella teoria dell'organizzazione, i nessi non sono definibili come causali, bensì come funzionali. In particolare, nell'analisi dei modelli organizzati, i nessi sono molteplici, indiretti e sbiaditi rispetto a quelli puramente, e tradizionalmente, causali. Il che vuol dire che svolgiamo analisi – in generale e per ciò che concerne anche le definizioni di responsabilità – molto più complesse che quelle della causalità lineare, della logica formale binaria.

La causalità è espressione intrinseca della logica della predefinizione, nonché binaria. Della logica binaria, o duale, perché categoria dell'analisi della realtà in termini di causa ed effetto, come correlazione fra coppie di eventi: analisi, dunque, di tipo segmentato. Della logica della predefinizione, perché la relazione causale contrassegna in realtà la comparazione fra gli insiemi definiti di appartenenza della causa e dell'effetto, fra le tipo-

logie degli eventi considerati. La causalità è coerente come tale con il modello dell'astrattezza e generalità, con la fiducia nell'esistenza ovvero nella definibilità delle leggi di natura: è una categoria intrinsecamente "normativa". La complessità è espressione di un approccio maggiormente "comprensente", e "comprensivo": l'analisi dei flussi, dei fenomeni, colti nel loro divenire concreto, dei movimenti dei gruppi e in generale delle molteplicità.

Un altro profilo specifico della destrutturazione, in quanto della insufficienza, del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto nel senso ottocentesco della codificazione è costituito dalla *globalizzazione*, dal superamento della dimensione nazionale sia delle attività umane sia della politica. Il fenomeno della codificazione è stato corrispondente con il processo di formazione dello Stato moderno, a dimensione nazionale, ovvero fondato sull'identificazione nazionale dei popoli. Le attività umane, e in modo peculiare quelle economiche, hanno dimensioni sempre maggiori, sempre più organizzate, sempre più internazionali e sovranazionali. La dimensione nazionale dello Stato di diritto, dello strumentario di questo, è progressivamente insufficiente alla dimensione geografica reale delle attività umane e dei problemi che vi sono connessi. Ciò vale tanto rispetto al traffico internazionale della droga e delle armi, al terrorismo internazionale, quanto, per esempio, al problema costituito dalla separazione fra coniugi di nazionalità diverse che si contendono l'affidamento dei figli. Sullo sviluppo di questa problematica influisce ovviamente l'aspetto tecnologico dello sviluppo dei mezzi di comunicazione e di trasporto. Può parlarsi, a mio avviso, di progressivo superamento, o se si preferisce integrazione della identità nazionale. Questo fenomeno ha peraltro anche una propaggine verso il basso, che a mio avviso non va trascurata, cioè verso i localismi: la dimensione nazionale dello Stato tende ad essere superata sia nel senso dei rapporti e degli organismi internazionali che in quello dell'identità delle comunità locali, delle strutture e delle competenze istituzionali delle regioni, delle provincie, dei comuni.

La globalizzazione costituisce un profilo dell'insufficienza e del superamento delle forme di codice e di legge. I rapporti fra gli Stati sono fondati sulle convenzioni ma anche sulle possibilità e capacità di comunicazione, delle tecnologie e degli esseri umani concreti chiamati a occuparsi dei problemi. L'ordinamento giuridico sovranazionale sarà fondato sulla *mediazione* delle differenze e delle distanze fra i sistemi e le strutture isti-

tuzionali, gli strumentari giuridici, le popolazioni, le culture, le religioni.

Una considerazione particolare riguarda il fatto che i sistemi più flessibili prevarranno nel confronto con i sistemi più rigidi: per una legge della fisica, possiamo dire, cioè per la capacità dei sistemi più flessibili di essere e diventare intermedi fra le differenze e le distanze con gli altri sistemi istituzionali e culturali. Ciò, se fosse vero, vale a costituire la previsione che in difetto della capacità di pensare e produrre in maniera flessibile, "fuzzy" o anche "flou", rimarremo indietro rispetto agli altri.

Un lavoro della DELMAS-MARTY ha come titolo *Le flou du droit* e come sottotitolo *Du code pénal aux droits de l'homme* (Paris, 1986, trad. it., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992). La problematica della globalizzazione è come tale di superamento della forma di codice e del modello della tassatività formale, e vi è connessa la diffusione progressivamente e recentemente avuta dalla nozione di "diritti dell'uomo". Questa nozione costituisce infatti una categoria di mediazione, di intermediazione, fra le differenze culturali e istituzionali, come nozione dei diritti fondamentali, su cui tutti i diversi uomini appartenenti ai diversi popoli e alle diverse culture e religioni si possono riconoscere.

L'uso attuale di questa nozione ricorda indubbiamente quello delle nozioni di "diritto naturale" e di "diritti naturali" fra il Cinquecento e il Seicento, ed esprime anche esigenze assolutamente paragonabili. Una differenza mi pare possa essere individuata fra la pretesa della cultura razionalistica (cui appartenevano Grotius e Puffendorf, nonché Thomasiaus e Wolff) di individuare valori assoluti, e per questo universali, e l'idea democratica di trovare i denominatori comuni su cui i diversi popoli, le diverse genti, possono trovare accordi convincenti e duraturi.

Un importante corollario del sistema della stretta legalità formale è costituito dal principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale. Questo principio incontra oggi diverse contraddizioni anche nei sistemi come il nostro in cui è sancito e ritenuto fondamentale.

Una contraddizione di fatto dipende dal carico di lavoro dei pubblici ministeri e delle procure. Nel modello della discrezionalità il pubblico ministero dovrebbe motivare il mancato esercizio dell'azione penale. Oggi il pubblico ministero si limita ad occuparsi di indagini diverse.

Contraddizioni sostanziali sono quelle legate al patteggiamento, alle tecniche di premialità dei collaboratori di giustizia, alle forme di non punibilità per la minima entità del fatto e l'occasionalità del comportamento, costitutivo di reato (previste nella disciplina del processo a carico di imputati minorenni e nella competenza penale del giudice di pace). Le tecniche di premialità dell'attività di collaborazione con la giustizia si sono molto diffuse nella pratica dei rapporti fra inquirenti e indagati o imputati, oltre cioè quelle previste formalmente per la repressione delle forme di criminalità organizzata. Il mancato esercizio dell'azione penale per la minima lesività del fatto e l'assenza di pericolosità dell'autore si va diffondendo in misura consistente nella gestione pratica delle vicende giudiziarie.

L'argomento che la discrezionalità dell'azione penale costituirebbe la subordinazione alla politica e segnatamente al potere esecutivo mi pare meriti approfondimento. In primo luogo, occorre considerare che oggi le carriere dei magistrati non sono indipendenti dalle relazioni con la politica. Questo tipo di problemi, in generale, non vanno misconosciuti ed esorcizzati, ma riconosciuti e razionalizzati, mi viene di dire "in avanti", non in controtendenza con la storia. D'altro canto, la discrezionalità di tutti i funzionari pubblici, nei diversi settori della pubblica amministrazione, non comporta certo la subordinazione degli stessi, né come singoli né come ceti, al potere politico. Mi verrebbe di dire che si tratta di un problema generale sia di civiltà che di democrazia, rispetto a cui non costituisce certo un vantaggio il fatto appunto di esorcizzarlo. Ancora, costituisce una grande contraddizione che i capi degli uffici del pubblico ministero, per un verso, considerino intoccabile il principio di obbligatorietà dell'azione penale, per altro verso, rilascino interviste sul rapporto fra i costi e i benefici dell'amministrazione della giustizia penale. Quest'ultima problematica va considerata importantissima, ma i magistrati attuali non hanno le competenze né funzionali (dati appunto i principi della stretta legalità formale, di tassatività della previsione penale e di obbligatorietà dell'azione penale) né culturali e professionali per occuparsene.

In generale, si pone oggi un problema di diversa formazione dei giuristi. La formazione dei giuristi deve far riferimento alle scienze sociali, politiche e internazionali, alla storia moderna e contemporanea, all'economia e alla teoria dell'organizzazione, alla statistica. La rilevanza, in particolare, di quest'ultimo profilo, può cogliersi in confronto al carattere semplicistico delle definizioni di probabilità in relazione alle nozioni di pericolo e di

colpa. Il problema metodologico generale è dotare il giurista di criteri di orientamento e di controllo delle valutazioni, di rilevazione dei dati socio-culturali e quindi di controllo anche sociale empirico delle valutazioni.

La problematica e la teoria dell'organizzazione riguardano tanto le caratteristiche dei fenomeni che vengono regolati giuridicamente quanto le caratteristiche, appunto di organizzazione di funzionalità, che devono avere le strutture e gli uffici delle investigazioni e dell'amministrazione della giustizia. Ben oltre il livello meramente formale, ovvero la dimensione formalistica, l'affermazione concreta della legalità e dello Stato di diritto presuppone e richiede strategie e valutazioni di opportunità, precipuamente in confronto a fenomeni e realtà complessi.

Il medesimo problema della insufficienza della concezione formale del diritto riguarda parimenti le garanzie del cittadino. Ciò, sia nel senso della concezione delle garanzie che possiamo definire "pelosa" che viene spesso affermata in concreto, legata ai cavilli formali e che va a discapito della giustizia, sia nel senso nella necessità d'integrazione ed arricchimento delle garanzie di tipo sostanziale, funzionale: garanzie, appunto, di formazione e di professionalità, di criteri di orientamento e di controllo delle valutazioni, di collegialità e responsabilità dei giudici.

In modo assolutamente particolare, va considerato incomprendibile, irragionevole, che in confronto allo sbiadimento culturale della linea di demarcazione del diritto dalla politica e dalla morale, ovvero alla presa di coscienza culturale della precarietà, e comunque problematicità di questa distinzione, venga affermata in materia penale la competenza monocratica e puramente tecnico-giuridica. In modo proporzionale con la complessità crescente, quale caratteristica tanto dell'approccio culturale e delle analisi, quanto delle dimensioni reali e materiali delle attività umane, quanto delle risposte istituzionali, appare semplicistico e diventa comunque insufficiente lo schema della predefinizione formale della legge e del giudice "bocca della legge".

5. L'analisi multifattoriale. La nozione di contributo a una dimensione collettiva o organizzata.

Un profilo specifico della insufficienza (pre-)definitoria della forma della legge, e quindi della concezione formale del diritto, è costituito dall'analisi multifattoriale.

Nella storia della codificazione è stato costante, quanto infruttuoso, il tentativo di tipizzare la disciplina del concorso di persone nel reato. Ha potuto essere realizzata, eventualmente, la distinzione fra possibili ipotesi di contributo e quindi di responsabilità, non anche, né per questo, la determinatezza e tassatività della fattispecie. Così, nel codice tedesco è operata la distinzione fra «autore» e «coautore» (§ 25), «istigatore» (§ 26) e «complice» (§ 27). Quest'ultimo (la cui pena può essere diminuita ai sensi del § 49 co. 1°) è «chi dolosamente aiuta altri a commettere un fatto antigiusuridico doloso»: dove "aiuta" è un concetto sommamente indeterminato; né potrebbe essere diversamente, cioè per definizione.

Nel nostro codice è stata adottata la soluzione unitaria, della non differenziazione formale: secondo l'art. 110, «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti». "Concorrono" è pure un concetto indeterminato.

Nella cultura giuridica non è posto il problema della tipizzazione del contributo "causale". Uno stesso evento può essere "cagionato" in un'infinità di modi. La nozione di causalità viene ritenuta determinata; anzi, determinatoria di una soglia semantica. In realtà non è così. Quanto più complessa, possiamo dire, è la situazione esaminata, tanto meno determinata, ovvero determinabile, appare la nozione di causa. La ragione principale per cui non viene posto il problema della tipizzazione del contributo causale sembra quella, comunque, che la nozione di causalità fa parte del nostro corredo culturale fondamentale, e quindi non sentiamo molto il bisogno di precisazioni ulteriori, salvi cioè casi particolari.

Nel rapporto *a tre* i problemi si moltiplicano a dismisura. Tizio aiuta Caio a cagionare un dato Evento. I modi in cui un evento (e quindi il dato Evento) può essere cagionato sono infiniti. Infiniti sono i modi in cui Tizio può aiutare Caio (a cagionare l'Evento dato). Dal punto di vista epistemologico, il contributo di Tizio ha rilevanza, ed è definito tale, nella relazione concreta con la condotta di Caio, e secondo l'uso concreto che ne fa Caio: a prescindere da questa relazione, non sarebbe rilevante come "contributo". Queste situazioni non sono predefinibili astrattamente, perché sono possibili un numero elevatissimo di variabili.

Quando il rapporto fosse *a quattro* o *a cinque* o fra un numero più elevato di soggetti ovvero elementi, crescerebbe in modo esponenziale il numero delle variabili possibili. La caren-

za di determinatezza è espressione di questa "complessità" dell'analisi, o se si preferisce della situazione considerata.

La nozione di "contributo" non definisce alcuna "soglia", bensì un "criterio" di valutazione, di misura. Adottato un criterio di misura, sono misurabili in ipotesi l'infinitamente piccolo e l'infinitamente grande.

Il "palo" non è *condicio sine qua non* della rapina, perché la rapina si può fare anche senza palo: correndo maggiori rischi, e però dovendo dividere il bottino in un minor numero di parti. Una rapina più complicata si può fare meglio con due pali, per diminuire i rischi e però aumentando così il numero delle porzioni in cui dovrà dividersi il bottino.

La problematica del concorso di persone nel reato non può essere ridotta, d'altronde, senz'altro a quella dell'organizzazione (Così invece, sostanzialmente, *INSOLERA, Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986), perché nel concorso (ovvero a titolo di concorso) assumono rilevanza anche i contributi (occasionalmente) che non siano stati preventivamente garantiti, e quindi preventivati.

Il contributo ad una dimensione collettiva ovvero organizzata può essere valutato in generale in termini di *funzionalità*, di *rilevanza funzionale*, di *utilità*. Con la nozione di "funzione" si definisce in generale, e nei termini più elementari, la relazione fra due variabili, ovvero la relazione di co-variazione fra due grandezze, alla stregua di un contesto. La relazione è comunque almeno *a tre*. A è funzionale a B nella realizzazione di C, o nel contesto considerato C. La relazione funzionale è considerata fra "grandezze" (matematiche), non fra "eventi".

In confronto alla nozione di causalità, quella di funzionalità, come si è già detto, esprime un significato più "debole", per un verso, che non implica appunto l'indispensabilità, frutto di un'analisi comunque più ricca: multifattoriale – fra molte variabili – e contestuale (la complessità). Per questo implica il significato ulteriore della "persistenza" della relazione (entro il contesto considerato). Quando usiamo la nozione di "causa" nell'analisi multifattoriale e contestuale (e in tal caso precipuamente al plurale: le cause; così, le cause del terremoto, dell'inquinamento, del cancro), esprimiamo significati comunque difformi rispetto alle teorie causali tradizionali. La dimensione formale della nozione di causa è data dalla predefinizione – qualitativa – dei modelli (astratti e generali), cui sono riconducibili gli eventi considerati, fra cui è effettuata la comparazione. La connotazione di astrattezza dell'analisi funzionalistica è data dalla dimensione

numerica, delle grandezze, variabili, fra cui sono definite le relazioni funzionali.

Nell'analisi dell'organizzazione, le nozioni utilizzate non definiscono "soglie", in senso appunto qualitativo, bensì "criteri", più propriamente "relazioni funzionali".

Nell'analisi tradizionale dell'"associazione" delittuosa, si attribuisce rilevanza al "fatto" dell'accordo, sia fra più persone costitutivo dell'associazione, sia relativo alla singola persona costitutivo della "partecipazione". In tal senso è definita una "fattispecie". Ma in concreto, e quando si parla di "organizzazione", le cose vanno diversamente. Viene in realtà considerato un complesso di relazioni funzionali fra una pluralità di persone, e fra ciascuna e il complesso di tutte le altre.

Una persona può avere aderito formalmente all'associazione e poi non avere mai contribuito all'attività di questa. Viceversa, una persona può contribuire alla dimensione organizzativa e all'attività dell'associazione senza avervi mai aderito formalmente, cioè senza avere mai compiuto il fatto dell'adesione formale.

L'organizzazione può essere definita in generale come la coordinazione di un insieme di condotte nella realizzazione di una determinata attività, quindi la coordinazione dell'agire in una struttura produttiva. Ogni "elemento" dell'organizzazione è "garante" di prestazioni su cui gli altri possono fare quindi preventivo "affidamento". L'organizzazione non è definita dalle adesioni formali, ma dal complesso, e dalla stabilità, delle relazioni funzionali: cioè dall'effettività di queste. L'"organigramma" è la rappresentazione formale dell'organizzazione.

Gli elementi dell'organizzazione sono soggetti liberi di scelte, «isole di potere cosciente»: ciò distingue, secondo Coase, l'organizzazione dall'organismo, che invece «funziona da solo» (COASE, *La natura dell'impresa*, cit., pp. 74-75).

Definitorio della relazione funzionale è il senso della "stabilità", della "persistenza", come si è detto, entro il "contesto" considerato. Nella "partecipazione" è stabile la relazione funzionale: cioè la partecipazione è una relazione funzionale stabile con la struttura e quindi con l'attività dell'associazione. Nel "concorso" sono stabili, ovvero funzionali, gli effetti del contributo, rispetto alla dimensione organizzativa e all'attività dell'associazione.

Un significato specifico della nozione di organizzazione è la "ricorsività", la relazione di circolarità dei condizionamenti, fra gli aspetti condizionanti e quelli condizionati.

In Italia la nozione di "criminalità organizzata" ha cominciato ad essere usata intorno alla metà degli anni Settanta, con il fenomeno dei sequestri di persona, la diffusione degli stupefacenti ed i primi gruppi terroristici.

Negli Stati Uniti è del 1970 l'*Organized Crime Control Act* (OCCA), la normativa emanata per la repressione dei fatti tipici dei settori in cui operano le organizzazioni criminali, che vi vengono definiti (tanto l'omicidio, la rapina e l'estorsione quanto il gioco d'azzardo illegale, il traffico di droga e il controllo delle sovvenzioni pubbliche): ove, tuttavia, la qualificazione di "organizzato" riguarda il "crime" (cioè singolo), in un sistema in cui, infatti, viene respinta la nozione autonoma di responsabilità per la partecipazione o appartenenza ad una associazione ovvero organizzazione criminale, per la genericità e mancanza di determinatezza di una simile nozione.

Nel sistema inglese, un'eccezione alla generale irrilevanza delle nozioni delittuose associative è stata prevista nel 1976 per il terrorismo. Nel *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act*, di riforma del *Prevention of Terrorism Act* del 1974, e concepito appunto come strumento sia "preventivo" che "temporaneo", è stata definita la responsabilità penale per la relazione personale, di qualsiasi entità, con una «*proscribed organization*» (organizzazione vietata).

L'uso della nozione di "organizzazione" implica l'attraversamento della teoria generale dell'organizzazione. Da questa operazione, ovviamente, possono venire indicazioni importantissime per la problematica penalistica, tanto della definizione, dell'accertamento e dell'argomentazione della responsabilità, quanto delle garanzie del cittadino.

6. Complessità e causalità.

Con l'analisi della complessità (cioè di tipo multifattoriale e contestuale), e quindi con l'analisi dei modelli collettivi ovvero organizzati, viene superato lo schema causale classico.

Lo schema causale classico è espressione della logica formale binaria, possiamo dire di tipo semplice. L'analisi consiste nel collegamento logico-conoscitivo fra due eventi, realizzato nei termini della comparazione fra l'insieme degli eventi del tipo dell'uno e gli eventi del tipo dell'altro: comparazione astratta e generale. I profili di soggettività, di arbitrarietà, dell'operazione riguardano la costruzione degli insiemi, ovvero le tipologie e le

variabili considerate, e la definizione del contesto entro cui è considerata la comparazione. Queste operazioni sono comunque influenzate dalle ragioni ovvero dagli scopi sottostanti alla valutazione, che giustificano la ricerca.

Nell'analisi del molteplice, nonché di tipo contestuale, i nessi che possono essere considerati rilevanti non possono essere qualificati in generale "causali", nel senso almeno classico, tradizionale. Sono considerati rilevanti contributi a prescindere dai quali l'evento sarebbe stato comunque diverso, ma questa indagine non è di tipo astratto e generale, non è costituita dalla comparazione tra modelli. Il modello definito è considerato nella sua evoluzione concreta (teoria dei flussi). L'analisi è di tipo concreto e dinamico.

Questo tipo di approccio conoscitivo spiega che vengano considerati rilevanti per il diritto "fenomeni" sociali, appresi nella loro dimensione storica e geografica concreta; anzi, che il diritto tenda ad essere prodotto in base alla considerazione dei fenomeni sociali concreti: la mafia e il terrorismo; ma anche la disoccupazione, la crisi di un determinato settore economico, le condizioni della sanità, l'università, e così via.

L'analisi di tipo funzionalistico consente di cogliere e definire sfumature diverse, in confronto a quelle (meramente) causali tradizionali.

Rispetto agli episodi di violenza che si verificano per le condotte dei tifosi durante una partita di calcio, sono "causali" le condotte che hanno immediatamente determinato gli esiti lesivi, sono "funzionali" tutte le condotte che hanno contribuito alla degenerazione del clima normale del tifo di una partita di calcio, con diversa intensità e la consapevolezza dei rischi connessi alla realizzazione di tali situazioni collettive.

Nell'ambito di tutti i partecipanti ad una manifestazione pubblica non autorizzata, un certo numero di persone stabilizza il comportamento di insultare le forze dell'ordine. Nell'ambito di queste, un certo numero stabilizza altresì una fitta sassaiola. Alcuni dei soggetti che si trovano in questo gruppo più violento, lanciano delle bottiglie molotov, e due soggetti sparano dei colpi di pistola. La considerazione del valore "causale" delle condotte rispetto agli esiti procurati non esclude quella della rilevanza "funzionale" delle altre condotte: dei soggetti che, realizzando una situazione complessivamente illecita e pericolosa, non si sono allontanati di fronte alle evidenti e gravi degenerazioni, ed hanno costituito un importante "supporto" per i comportamenti

ed i fatti più gravi accaduti. Dal punto di vista soggettivo, inoltre, si può distinguere fra la volontà di cagionare un evento, l'accettazione del rischio di cagionarlo e la coscienza dei rischi "tipici" della condotta tenuta.

Nella dimensione organizzativa stabile di un'attività delittuosa complessa, costituita da una pluralità indeterminata di delitti realizzati in modo sistematico (per cui può valere la nozione di "sistema criminale"), ogni delitto è stato realizzato da uno o più soggetti. Per il concorso di persone nel singolo delitto, può dirsi che ciascuno deve porre in essere un contributo di carattere funzionale rispetto alla realizzazione (concreta) del delitto, con la consapevolezza della causalità (tipica) di questo. Altri soggetti contribuiscono alla dimensione generale organizzativa, senza la consapevolezza dei nessi causali costitutivi dei singoli delitti. Gli stessi autori dei singoli delitti contribuiscono alla dimensione generale organizzativa senza la consapevolezza dei nessi causali costitutivi degli altri delitti. Può ritenersi essenziale della responsabilità per il contributo personale alla dimensione generale organizzativa di un'attività delittuosa la coscienza di contribuire alla realizzazione di un'attività delittuosa complessa, sistematica, costituita da una pluralità indeterminata di delitti. È normale che il soggetto conosca la tipologia dei delitti che in generale concorrono a costituire questa attività. Anzi, tale consapevolezza, dei delitti che possono essere considerati "tipici" dell'organizzazione di cui si tratta, che ne possono essere considerati cioè la "ragione sociale", dovrebbe essere essenziale della responsabilità per il contributo personale ad un'organizzazione criminosa. Nella misura minima indispensabile a costituire la responsabilità per l'associazione per delinquere, ed in linea di principio, il soggetto sa di contribuire ad un'attività sicuramente delittuosa, di carattere sistematico, di cui tuttavia ignora le caratteristiche peculiari.

Della dimensione generale organizzativa di un'attività delittuosa complessa, di carattere sistematico, può ritenersi definitoria, in primo luogo, la tipologia delittuosa dell'attività: la figura delittuosa o le figure delittuose diverse che possono essere considerate "tipiche" della dimensione organizzativa stabile. Ciò avviene nel linguaggio corrente, sia dei giuristi che dei giornalisti, quando viene definita un'associazione delittuosa come "finalizzata" al compimento di una certa tipologia delittuosa. Questo tipo di definizione è riprodotto peraltro nella intitolazio-

ne della previsione dell'«*Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*», dell'art. 74 d.P.R. 9.10.1990, n. 309, testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti. Il riferimento alla pena dei delitti tipici dell'associazione, quindi la considerazione della misura della pena dei delitti tipici dell'associazione come primo parametro della pena del delitto associativo, per il contributo personale dato alla dimensione generale organizzativa dell'associazione, può costituire un passaggio metodologico per la sistematizzazione di questa materia. In tal modo, infatti, viene adottata la disciplina dell'organizzazione come disciplina di carattere generale del diritto penale, in modo differenziato secondo il tipo di attività cui è funzionale la dimensione organizzativa, e quindi il contributo personale dato a questa. Nel modo precedente può essere risolto, appunto, il problema della proliferazione delle figure delittuose autonome associative, secondo la rilevazione sociale ovvero l'"emergenza", del tipo di attività, e dunque sistematizzato il problema penalistico della definizione della criminalità organizzata, autonoma rispetto a quella dei singoli delitti che concorrono a costituire l'attività. È un modo, quello indicato, che richiede per la responsabilità la consapevolezza – e quindi la prova ovvero l'argomentazione della consapevolezza – circa le caratteristiche delittuose essenziali dell'attività dell'associazione cui si contribuisce.

7. *Anticipazione e conspiracy.*

La funzione sopra definita di "anticipazione", in confronto alla soglia ordinaria della responsabilità penale (quindi del tentativo), è molto più ragionevolmente concepibile in relazione al singolo delitto: per ciò che riguarda la dimensione organizzativa, costituita da una pluralità di persone, del singolo delitto. È con riferimento al singolo delitto che avviene, soprattutto, la fase della progettazione. È questa la problematica del "complotto" e della "cospirazione", che ha avuto maggiore rilevanza penalistica nella materia dei crimini e delitti contro lo Stato. Il termine "*complot*" del codice napoleonico fu tradotto "*cospirazione*" nell'edizione «pel Regno d'Italia» ed è rimasto così nella nostra cultura.

Nel sistema anglosassone, la figura della "*conspiracy*" è alternativa penalmente equivalente del tentativo, relativa alla preparazione di un – singolo – delitto di qualsiasi tipo ad opera

di una pluralità di persone. In quel sistema, la figura della *conspiracy*, giustificata in funzione di anticipazione della soglia della responsabilità, non svolge tuttavia in concreto una simile funzione. Configurata per lo più unitamente ai requisiti di punibilità sia del tentato che del consumato, la figura svolge soprattutto le seguenti funzioni: di aggravamento della responsabilità – del delitto, dunque, sia tentato che consumato – per la dimensione organizzativa di una pluralità di persone; di definizione della responsabilità nelle sole ipotesi di realizzazione plurisoggettiva della fattispecie; di stimolo del patteggiamento, di tale configurazione, per ottenere la collaborazione dell'imputato, nel sistema della discrezionalità dell'azione penale.

Sembra utile precisare come la problematica della dimensione organizzativa del singolo delitto sia stata recuperata nel codice Rocco all'interno della figura del tentativo: con la formula "atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto", dell'art. 56, sostitutiva appunto della distinzione napoleonica fra "preparazione" e "inizio di esecuzione" del delitto. Questa lettura trova conferma nella previsione solo nel nostro codice della formula di cui all'art. 115 comma primo: «Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo». In base al secondo comma, «Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza». La formula precedente ha giustificazione proprio in confronto alla formula generale di punibilità del tentativo dell'art. 56, e come limite inferiore a tale punibilità, nel senso cioè dell'esclusione della punibilità del mero fatto intellettuale dell'accordo, che altrimenti avrebbe potuto essere riconducibile allo schema del tentativo. Le diverse disposizioni di legge, nel codice al momento della sua emanazione, erano quelle degli artt. 304, 305, 306 e 416.

L'evoluzione della figura dell'*association de malfaiteurs* nel sistema francese va considerata in relazione al criterio generale di punibilità del tentativo, in quel sistema, del «*commencement d'exécution*».

Con la legge del 12.12.1893, subito dopo un attentato dinamitardo avvenuto alla Camera dei deputati il 9 dicembre, fu definita la punibilità di qualsiasi complotto relativo alla realizzazione di crimini contro la persona o la proprietà, rinunciando

peraltro alle nozioni criminologiche sia di "bande" che di "malfattori": secondo il testo dell'art. 265 così modificato, «Qualsiasi associazione formata, quali che ne siano la durata o il numero dei membri, qualsiasi intesa stabilita allo scopo di preparare o di commettere dei crimini contro le persone o le proprietà, costituisce un crimine contro la pace pubblica». Nell'art. 266 fu inoltre introdotta la non punibilità per la rivelazione dell'intesa o dell'esistenza dell'associazione.

Lo schema dell'*association de malfaiteurs* è stato poi modificato profondamente con la legge 81-82 del 2.2.1981. Da un canto, è stato definito il riferimento alla preparazione anche di un solo crimine, contro le persone o i beni; d'altro canto, è stato fissato il criterio di materialità della preparazione; la figura è divenuta infine delittuosa, punita infatti con la prigione, la cui entità è stata inoltre dimezzata rispetto a quella precedente della detenzione criminale. Secondo l'art. 265, come modificato, «Chiunque avrà partecipato ad un'associazione formata o ad un'intesa stabilita in vista della preparazione, concretizzata da uno o più fatti materiali, d'uno o più crimini contro le persone o i beni, sarà punito con la prigione da cinque a dieci anni e ne potrà essere interdetto il soggiorno». Per l'esclusione della pena di cui al secondo comma è stato richiesto specificamente che il soggetto abbia «permesso l'identificazione delle persone in questione».

La norma copre, perciò, pure lo spazio occupato nel nostro sistema dalla disciplina del tentativo. Il riferimento alla preparazione di un solo crimine ha avuto giustificazione, fra l'altro, in relazione all'esigenza di repressione dei casi di coinvolgimento degli estranei in singoli fatti criminosi dell'attività delle organizzazioni criminali.

Nel nuovo codice, secondo il medesimo schema, è stato superato il riferimento originario del codice napoleonico alle tipologie dei crimini contro le persone o le proprietà, con quello di «uno o più crimini o d'uno o più delitti» di una certa gravità, «puniti con la prigione fino a dieci anni». La stessa misura della pena è stata stabilita per la partecipazione all'associazione. Secondo l'art. 450-1, «Costituisce un'associazione di malfattori qualsiasi gruppo formato o intesa stabilita in vista della preparazione, caratterizzata da uno o più fatti materiali, d'uno o più crimini o d'uno o più delitti puniti con la prigione fino a dieci anni». «La partecipazione a un'associazione di malfattori è punita fino a dieci anni di prigione e a un milione di franchi d'ammenda». In tal modo è stabilita perciò una proporzione fra

la pena dell'associazione e quella dei delitti-scopo dell'associazione. Secondo l'art. 450-2, «qualsiasi persona che abbia partecipato al gruppo o all'intesa definiti nell'articolo 450-1 è esentata dalla pena se, prima dell'inizio del processo [*avant toute poursuite*], ha rivelato l'esistenza del gruppo o dell'intesa alle autorità competenti e permesso l'identificazione degli altri partecipanti». La disciplina dell'associazione di malfattori è dunque generale in relazione all'attività preparatoria dei crimini e delitti più gravi, puniti fino a dieci anni di prigione, compresi dunque quelli contro lo Stato e degli stupefacenti. Il limite edittale fino a dieci anni è il più elevato previsto nel codice per la pena dell'«*emprisonnement*» (art. 131-4), appunto per i delitti, essendo i crimini puniti con la detenzione criminale.

Nella circolare del 14.5.1993, con cui è stata accompagnata e commentata l'emanazione del codice, si è osservato che «Il nuovo codice penale non distingue più in effetti le associazioni di malfattori in vista di commettere un crimine contro le persone o i beni, attualmente punite fino a dieci anni di prigione dall'articolo 265 [del codice previgente] e le associazioni di malfattori in vista di commettere certi delitti, che l'attuale articolo 266 [del codice previgente] punisce fino a cinque anni di prigione». «Sono in effetti ormai repressi le associazioni aventi per scopo la preparazione di qualsiasi crimine o di qualsiasi delitto punito con la prigione fino a dieci anni, che si tratti d'un crimine o d'un delitto contro le persone, contro i beni o contro la nazione, lo Stato o la pace pubblica. La nuova definizione dell'associazione di malfattori è dunque più larga di quella del diritto attuale, dal momento che ingloba, per esempio, le associazioni in vista di commettere un traffico di false monete». «Questa estensione della definizione ha permesso d'altronde al legislatore di non conservare l'incriminazione specifica dell'intesa od associazione in vista di commettere un traffico di stupefacenti, attualmente repressa dal secondo alinea dell'articolo L. 627 del codice della sanità pubblica» (*Code pénal. Nouveau code pénal*, Paris, 1993-1994, pp. 2203-2204).

Nella stessa circolare si è osservato, in particolare, che «Le disposizioni dell'articolo 267 [del codice precedente] che incriminavano precipuamente la complicità per fornitura di mezzi del delitto di associazione di malfattori non sono state riprese, nella misura in cui esse non presentano alcuna utilità in confronto alle regole generali della complicità» (*Ivi*, p. 2204). Questa è la problematica che da noi viene definita del concorso eventuale o "esterno" nel delitto associativo.

Va ricordato, peraltro, come nel nuovo codice francese sia stato adottato il criterio generale dell'assorbimento fra le pene della stessa natura, entro la misura del massimo edittale più elevato, per il «concorso d'infrazioni» commesse prima della condanna definitiva (artt. 132-2 ss.). Per le infrazioni commesse dopo la condanna definitiva, sono stabiliti viceversa criteri cospicui di recidiva. Così, la pena dell'associazione di malfattori rimane assorbita in quella più elevata dei crimini e delitti realizzati.

Il problema della definizione generale della criminalità organizzata è stato affrontato nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata, firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000.

Nell'art. 1 è definito l'«*Oggetto*» della Convenzione, «di promuovere la cooperazione al fine di prevenire e di combattere più efficacemente la criminalità transnazionale organizzata».

Secondo l'art. 2, «*Terminologia*», «Ai fini della presente convenzione: a) L'espressione "gruppo criminale organizzato" designa un gruppo strutturato di tre o più persone esistente da un certo tempo e che agiscono di concerto con lo scopo di commettere una o più infrazioni gravi o infrazioni stabilite conformemente alla presente Convenzione, per trarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale; b) L'espressione "infrazione grave" designa un atto che costituisce un'infrazione passibile di una pena privativa della libertà di cui il massimo non dev'essere inferiore a quattro anni o di una pena più elevata; c) L'espressione "gruppo strutturato" designa un gruppo che non è costituito occasionalmente per commettere immediatamente una infrazione e che non ha necessariamente ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella sua composizione o struttura elaborata». Seguono altre definizioni.

In questi termini, la problematica della criminalità organizzata viene definita con riferimento, da un canto, alla struttura organizzativa costituita da una pluralità di persone e dotata di stabilità, d'altro canto, ai delitti, ovvero alle nozioni delittuose, che ne costituiscono l'oggetto e lo scopo.

I due protocolli addizionali alla Convenzione riguardano la prevenzione, repressione e punizione della tratta delle persone, in particolare delle donne e dei bambini, e del traffico illecito dei migranti per terra, aria e mare, che richiedono un approccio globale e internazionale.

La dimensione internazionale pone, dunque, meglio amplifica, la necessità di un approccio di carattere generale e sistematico alla problematica della criminalità organizzata. Basti sottolineare, in tal senso, il problema costituito dalla differenza fra i sistemi in cui è ammessa e i sistemi in cui è respinta la nozione di responsabilità penale a titolo associativo.

Il problema centrale mi sembra quello della definizione di carattere generale e sistematico della criminalità organizzata, e quindi delle nozioni di responsabilità per i contributi ai modelli organizzativi, in modo peculiare in confronto ai singoli delitti. (Mi sia permesso di rimandare alle mie riflessioni *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, nella *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, fasc. 1-2, pp. 1 ss.).

La criminalità organizzata può essere definita nei termini più essenziali con riferimento, da un canto, alle nozioni generali dell'organizzazione, quindi innanzitutto come la dimensione organizzativa stabile di un'attività delittuosa, d'altro canto, alle figure delittuose che possono essere considerate tipiche di questa attività, che costituiscono – può dirsi – l'oggetto sociale, la ragione della dimensione organizzativa stabile, cioè verso cui la dimensione organizzativa è diretta in modo sistematico.

In relazione a queste figure delittuose (che possono essere considerate *tipiche* della dimensione organizzativa stabile, che ne costituiscono la *ragione* o *l'oggetto sociale*, cioè verso cui questa è *diretta in modo sistematico*), può essere definito il primo criterio di penalità della responsabilità per il contributo alla dimensione generale organizzativa: solo per fare un esempio, lo stesso massimo della pena. Criteri ulteriori possibili sono quelli della tipologia e dell'entità sia della dimensione generale organizzativa (per es. il numero di persone che la compongono, la disponibilità di armi), sia del contributo personale a quella: così, sotto quest'ultimo profilo, la distinzione fra partecipe, ovvero elemento dell'organizzazione, capo, concorrente, ecc.

Nei termini così accennati, la problematica della criminalità organizzata avrebbe una definizione penalistica di parte generale; una definizione con riferimento a nozioni comuni tanto della teoria dell'organizzazione quanto della cultura penalistica: queste, le comuni nozioni delittuose. Una vicenda analoga ha attraversato, tra la fine del medioevo e la codificazione, la problematica e la disciplina del tentativo e del concorso di persone nel reato. Nella direzione metodologica appena indicata potreb-

bero avere soluzione sia il problema della proliferazione delle figure delittuose associative, nonché quello della dimensione sociologica ovvero criminologica di queste figure, sia lo stesso problema della differenza fra i sistemi che ammettono e quelli che respingono la responsabilità penale a titolo associativo: con una nozione, infatti, sostanzialmente intermedia fra la mera nozione associativa e la comune responsabilità delittuosa; la nozione della *relazione funzionale* con un'attività definibile nei termini di comuni figure delittuose, di cui il soggetto abbia *consapevolezza*. *Relazione funzionale stabile* nel caso della partecipazione; *contributo* comunque *funzionale*, ovvero *con effetti di stabilità*, rispetto alla struttura ed attività dell'organizzazione, nel caso del concorso esterno. Queste nozioni conferirebbero contenuto alle argomentazioni della responsabilità, e quindi costituirebbero un contributo di tipo garantistico.

La nozione di contributo ad una dimensione collettiva – e quindi anche organizzativa – non definisce una “soglia”, un “limite”, bensì soltanto un criterio di valutazione e di commisurazione. Ciò vale in generale per la problematica del concorso di persone nel reato, e vale a maggior ragione per il concorso esterno nel delitto associativo. Il contributo ha rilevanza, è definito come contributo, solo nella relazione concreta con gli altri elementi della dimensione collettiva, e secondo l'uso concreto che ne vien fatto dagli altri soggetti: perciò, non è definibile in modo astratto e generale, non ne è pre-definibile la tipologia rilevante. Il problema così posto ha un preciso riscontro di carattere sociologico, nella problematica della “contiguità” con una qualsiasi forma criminosa organizzata. Tra gli elementi dell'organizzazione criminale e coloro i quali non hanno mai avuto nulla a che fare con la dimensione e l'attività della medesima, esiste una gamma di tipologie possibili di condotte e di attività personali, all'interno della quale non può essere tracciata in modo netto una linea di demarcazione, e la delimitazione corrisponde comunque a scelte, a valutazioni, soggettive, di ragionevolezza ed opportunità. Si tratta dunque di categorie non definibili in termini concreti di certezza ed univocità, e d'altro canto, a mio avviso, non eliminabili, corrispondenti sia a dimensioni e problematiche reali ed importanti, sia alla precipua necessità – e scelta – di prevenzione. Piuttosto, va affrontata diversamente, in termini molto più sofisticati che quelli formali tradizionali, la problematica delle garanzie del cittadino.

Il fatto, cioè, che la problematica della criminalità organizzata ammetta, ed invero implichi, carenze di determinatezza, e quindi livelli maggiori di discrezionalità dei giudizi e delle decisioni, corrispondenti alla dimensione di complessità, non contraddice l'autonomia delle nozioni di criminalità organizzata, ovvero la funzionalità di tale autonomia; costituisce nuovi e specifici problemi da affrontare, al pari di quello della definizione di tale autonomia e funzionalità.

La problematica generale dell'organizzazione non solo costituisce una specificità del delitto politico, ma anzi contribuisce alla stessa definizione autonoma della categoria del delitto politico. I beni della stabilità dell'assetto sociale e istituzionale, tutelati con la previsione dei delitti politici, possono essere esposti a rischio soltanto da una dimensione organizzativa stabile e consistente. A prescindere dalla dimensione organizzativa, sembra solo teorica la rilevanza "politica" del delitto. Lo stesso delitto di propaganda sovversiva, ad esempio, che ha una consistenza ideologica, ha rilevanza sostanziale in quanto atto a suscitare una dimensione organizzativa.

Spingendo più oltre questo ragionamento, può dirsi, pure, che la rilevanza politica del delitto consiste, sostanzialmente, e diviene nella realtà, nella - consistente - dimensione organizzativa di delitti comuni. Così, si risolve la differenza tra la problematica della criminalità organizzata e quella del delitto politico. Per converso, infatti, la diffusività offensiva, ovvero l'offensività diffusa, della criminalità organizzata ha una connotazione politica: la tutela e l'offesa riguardano la collettività in generale, come appunto nelle nozioni di "pace pubblica" ed "ordine pubblico". Può essere utile, a tal proposito, ricordare come nella legge istitutiva della Commissione parlamentare antimafia della XII legislatura (art. 3 comma secondo l. 30.6.1994, n. 430) siano stati definiti «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» quelli di mafia, di camorra e delle altre organizzazioni criminali simili. D'altro canto, nel nuovo codice penale francese, sia l'*attentat* e il *complot*, relativi alla commissione di «uno o più atti di violenza di natura tale da mettere in pericolo le istituzioni della Repubblica o l'integrità del territorio nazionale», che l'*association de malfaiteurs* sono stati collocati insieme nel libro (quarto) «Dei crimini e delitti contro la nazione, lo Stato e la pace pubblica».

Forse, attraversando seriamente la problematica dell'organizzazione, la stessa categoria del delitto politico può avere defi-

nizione negli stessi termini generali – utilizzati per la criminalità organizzata – della dimensione organizzativa stabile di un'attività delittuosa complessa, caratterizzata da determinate figure delittuose. In tal modo troverebbe soluzione sistematica il problema di sempre, della difficile specificità della categoria del delitto politico rispetto alla problematica penalistica generale: in quanto questa venga definita coerentemente con la necessità di prevenzione e repressione della criminalità organizzata.

Piuttosto, in confronto tanto alla dimensione reale della criminalità organizzata e del terrorismo, quanto alla dimensione sia reale che culturale della repressione delle forme di criminalità organizzata e del terrorismo, occorre prendere atto della perdita di nettezza della distinzione, ovvero della consapevolezza della difficile distinzione, del diritto dalla politica, che ha caratterizzato invece la cultura moderna. Così, è una diversa concezione del diritto quella che è possibile intravedere: una concezione del diritto che fa i conti con le caratteristiche reali della società e della politica, ovvero del contesto.

Quando fu emanata la previsione normativa specifica dell'associazione di tipo mafioso, di cui all'art. 416 *bis* del codice penale, un'obiezione diffusa era che la norma aveva una dimensione sociologica, di cui era discutibile la riduzione e rappresentazione giuridica. Che la norma abbia espresso lo sforzo di rappresentazione del fenomeno mafioso nella sua dimensione storica e sociale concreta è confermato, oltre che dal contenuto del terzo comma della stessa, dal richiamo dell'ultimo comma «alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso». Può dirsi, sotto questo profilo, che la previsione originaria dell'*association de malfaiteurs* degli artt. 265 ss. del codice napoleonico, prefigurata con riferimento al fenomeno del banditismo nella sua dimensione sociale e storica concreta, aveva la stessa impronta sociologica.

Non varrebbe, in contrario, l'argomento che tutte le norme giuridiche hanno un riscontro nella realtà sociale e quindi di carattere sociologico. Qui rileva infatti il riferimento ad un "fenomeno", inteso cioè nella sua dimensione aggregata e dinamica, concreta, ed il *deficit* di astrattezza.

Il problema può essere definito anche in altro modo. Non è dubbio che la norma, precipuamente il terzo comma, esprima un

alto grado di descrittività, circa le caratteristiche appunto del fenomeno (sociale concreto) della mafia. E la descrittività potrebbe essere anche molto maggiore, senza riguardare ancora per ciò stesso, tuttavia, la posizione, la condotta e la responsabilità del singolo. Con riferimento a queste la previsione ha certo un *deficit* di tassatività; e invero sfugge allo stesso concetto di "fattispecie": la descrittività riguarda appunto il fenomeno sociale nella sua dimensione aggregata. La responsabilità è definita dalla relazione (funzionale) della posizione e della condotta del singolo con il fenomeno (organizzativo) rappresentato.

Così, il problema della determinatezza si sposta tutto sul terreno della teoria dell'organizzazione, ovvero dell'argomentazione nei termini generali della teoria dell'organizzazione, del contributo personale alla dimensione organizzativa stabile di una attività delittuosa complessa, di carattere sistematico.

In tali ultimi termini, non serve più la nozione (sociologica concreta) di "mafia". La dimensione di astrattezza e generalità è data dalla definizione della nozione di contributo personale, stabile ovvero con effetti di stabilità, funzionale rispetto alla struttura organizzativa stabile di un'attività delittuosa (definita secondo le normali nozioni delittuose) complessa, di carattere sistematico.

In confronto alla problematica generale – e al coefficiente argomentativo – dell'organizzazione, la riduzione della dimensione "associativa" tradizionale al momento dell'"accordo", con la proiezione della stabilità, è come se la problematica del concorso di persone nel reato fosse ricostruita con esclusivo riferimento al momento dell'accordo. L'accordo è rilevante nella problematica del concorso di persone, che non può esservi tuttavia ricondotta puramente e completamente. L'accordo è più rilevante, in confronto, nella problematica dell'organizzazione, che ugualmente non può esservi ricondotta in modo puro e semplice. L'accordo è più rilevante perché la relazione organizzativa è costituita dalla garanzia della prestazione (meglio del tipo della prestazione), da un canto, ovvero da parte dell'elemento dell'organizzazione, e dall'affidamento preventivo su quella prestazione (su quel tipo di prestazione da parte di quel soggetto), affidamento sia di coloro (gli altri soggetti) che fanno parte dell'organizzazione sia di coloro che ne sono beneficiari e utenti. La precisazione circa il tipo di prestazione riguarda la natura stabile e reiterativa della relazione organizzativa; ma di organizzazione può parlarsi, ovviamente, anche con riferimento ad un singolo evento, ad una singola vicenda.

Da un canto, colui che ha fatto parte dell'accordo può poi non avere mantenuto l'impegno assunto, e non avere adempiuto alla garanzia ed alla relativa prestazione. D'altra parte, va considerato elemento dell'organizzazione colui che ha fornito le proprie prestazioni ogni volta che ne sia stato richiesto, in modo tale da stabilizzare appunto la relativa aspettativa.

Viceversa, va tenuto distinto il contributo, sia alla dimensione organizzativa che all'attività di questa, di colui che non ne è stato e non ne può essere considerato garante, cioè su cui non si possa fare preventivo affidamento, nel senso che il contributo va specificamente, e di volta in volta, negoziato: questa mi sembra la problematica essenziale del concorso esterno.

Il *deficit* di tassatività dei delitti associativi mi sembra sostanzialmente ineliminabile, per una ragione che oserei definire di rilevanza epistemologica, ovvero di teoria della scienza, e semmai potrebbe essere solo ridimensionato. La ragione indicata riguarda il fatto che il contributo del singolo riceve rilevanza solo nella relazione concreta con i contributi degli altri soggetti, nel contesto organizzativo concreto di cui si tratti. Questa relazione, almeno a tre elementi, ovvero a tre sponde (il soggetto che presta il contributo, il soggetto o l'insieme dei soggetti che riceve, utilizza e quindi valorizza il contributo, l'attività in funzione della quale il contributo è arrecato), mi sembra non pre-definibile in termini di astrattezza e generalità. La stessa relazione causale, fra due eventi, è definibile nei soli termini di un criterio di valutazione: la causalità non è tipizzabile. Il criterio di valutazione della teoria dell'organizzazione è la funzionalità; le relazioni costitutive della struttura organizzativa sono relazioni funzionali. La relazione funzionale è almeno fra tre elementi, almeno a tre sponde: fra due elementi e un contesto, un ambiente, mutato cioè il quale muta il valore della relazione fra i due elementi considerati. Rispetto all'analisi generale della complessità, cioè di tipo multifattoriale, nella teoria dell'organizzazione rileva inoltre che gli elementi sono soggetti liberi di scelte: il che incrementa la carenza di prevedibilità e pre-definibilità astratta e generale. Il contributo del singolo assume rilevanza – viene valorato – in relazione all'uso concreto che ne fanno gli altri e alle scelte concrete di questi.

Malgrado il complesso, e il senso complessivo, delle considerazioni precedenti, dei delitti associativi non mi sembra si possa fare a meno: in primo luogo, per ragioni di opportunità, perché hanno una funzione importantissima nella repressione

– ed invero nella definizione – delle forme criminose organizzate, che sono sempre più diffuse e cospicue, da rappresentare ormai la porzione più rilevante della funzione di repressione e prevenzione penale; in secondo luogo, perché queste figure corrispondono ad un dato di realtà, di grande rilevanza criminologica, costituito appunto dalle forme organizzative stabili e complesse dirette alla realizzazione di attività delittuose di carattere sistematico.

Sarebbe contraddittorio della realtà, oltre che disfunzionale, limitare questa funzione alle figure (a quella delle figure) delittuose oggetto dell'attività dell'associazione. In maggior misura per i soggetti che stanno a capo della struttura organizzativa, nonché per quelli che occupano posizioni e ruoli marginali, sono spesso assai sfumati e tecnicamente inesistenti i nessi costitutivi delle responsabilità per i singoli delitti realizzati nel contesto dell'attività dell'associazione, conformemente alle sue finalità; quindi, e peraltro, assai più difficilmente dimostrabili.

Quest'ultimo, però, va inteso come un aspetto – logicamente – secondario, perché non si può accettare che le figure delittuose associative svolgano una funzione di supplenza probatoria: servano, cioè, a colmare e superare le difficoltà di prova relative ai singoli delitti.

Il *deficit* di tassatività non è sostanzialmente eliminabile, a maggior ragione, per ciò che riguarda il concorso eventuale o esterno nei delitti associativi: quale risulta dall'applicazione ai delitti associativi della disciplina generale del concorso di persone nel reato, per i contributi diversi da quelli "tipici", costitutivi della figura delittuosa. La storia della codificazione e della cultura penalistica moderna è caratterizzata dal tentativo costante di tipizzare la disciplina generale del concorso di persone nel reato: il tentativo è rimasto infruttoso, e la ragione va rintracciata in quella essenziale sopra indicata che il contributo assume rilevanza e viene qualificato solo nella relazione concreta con gli altri contributi e con il contesto in cui viene inserito. Il problema è ovviamente accresciuto nel concorso eventuale o esterno nel delitto associativo, in modo direi esponenziale. Nel concorso di persone nel singolo reato ha determinatezza la nozione appunto del singolo delitto. Nel concorso eventuale o esterno nel delitto associativo, il problema strutturale della non tipizzabilità della disciplina del concorso di persone va sommato a quello della non determinatezza del programma delittuoso, della eterogeneità dell'attività delittuosa che è oggetto della dimensione organizzativa stabile dell'associazione.

Ciononostante, non credo possa farsi a meno neppure della nozione di concorso nel delitto associativo. Dal punto di vista sostanziale, perché questa riguarda i contributi alla struttura ed attività dell'associazione diversi dalla partecipazione: di chi, cioè, non è elemento della struttura organizzativa, nel senso sopra precisato; contributi tuttavia rilevanti, funzionali, per la struttura ed attività dell'associazione. Dal punto di vista formale, perché la disciplina generale del concorso di persone nel reato è applicabile indistintamente a tutti i modelli delittuosi: compresi quelli a concorso necessario, e fra questi non esclusi quelli associativi.

Con riferimento al primo aspetto, occorre menzionare la soluzione adottata in alcuni codici di annoverare i contributi diversi dalla partecipazione all'interno della previsione del delitto associativo. Nell'art. 518 del codice spagnolo, entrato in vigore nel 1995, sono puniti (come i «membri attivi», da uno a tre anni) «Coloro che con i loro aiuti economici o di qualsiasi altro tipo, comunque rilevante, favoriscono la fondazione, l'organizzazione o l'attività delle associazioni» delittuose di cui ai nn. 1, 3 e 5 dell'art. 515. Nell'art. 299 del codice portoghese, come novellato nel 1995, in cui è previsto il delitto di «Associazione per delinquere», nel secondo comma «È punito [...] chi fa parte di tali gruppi, organizzazioni o associazioni o chi li appoggia, in particolare fornendo armi, munizioni e strumenti del delitto, protezione o locali per le riunioni, o qualsiasi aiuto al fine del reclutamento di nuovi elementi»: la pena è della reclusione da uno a cinque anni, come chi «promuove o fonda» il gruppo, organizzazione o associazione o ne «fa parte», mentre è della reclusione da due a otto anni per chi «capeggia o dirige» il gruppo, organizzazione o associazione. Nell'art. 300 del codice portoghese, in cui è previsto il delitto di «Organizzazioni terroriste», nel primo comma è punito «Chiunque promuove o fonda un gruppo, un'organizzazione o associazione terrorista, aderisce ad essi o li appoggia», con la pena della reclusione da cinque a quindici anni. Nel secondo comma è espressa la definizione del gruppo, organizzazione o associazione terrorista.

Nei lavori della Commissione per la riforma del codice penale nominata dal Ministro Castelli e presieduta dal dott. Nordio, chi scrive ha proposto la previsione in un comma successivo alla partecipazione di chi «altrimenti sostiene la struttura o favorisce l'attività» dell'associazione delittuosa.

In particolare, per ciò che riguarda il concorso eventuale o esterno nel delitto associativo, appare discutibile la previsione del minimo della pena, ovvero la predefinizione di una "soglia"

della nozione di responsabilità. La nozione di contributo del singolo ad una dimensione collettiva va considerata, invero, senza soglia; cioè non è delimitabile nei termini astratti e generali della soglia: si può contribuire in modo piccolissimo, e tuttavia (funzionalmente) rilevante, ad un fatto di dimensioni anche ingenti. Il problema, vero in generale per il concorso di persone, si pone a maggior ragione nel concorso eventuale o esterno nel delitto associativo: data in generale la possibile rilevanza per una struttura organizzativa stabile di un'attività delittuosa complessa, sistematica, di contributi che considerati singolarmente sarebbero insignificanti, o poco significativi.

Nelle materie della criminalità organizzata e del terrorismo, le contraddizioni rispetto ai principi definiti generali dello Stato di diritto, al sistema della legalità formale, riguardano anche tutti gli altri aspetti: le misure di prevenzione, personali e soprattutto patrimoniali; le tecniche di premialità dei collaboratori della giustizia; la stessa funzione di coordinamento della Procura Nazionale Antimafia; la previsione dell'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario concernente la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario per i più pericolosi detenuti mafiosi. Queste misure vanno considerate fondamentali nella repressione delle forme di criminalità organizzata. Le misure di prevenzione personali e le tecniche di premialità dei collaboratori della giustizia e le misure di prevenzione patrimoniali hanno la funzione di disarticolare la dimensione organizzativa negli aspetti essenziali della componente personale e della solidarietà interpersonale e delle risorse economiche. La Direzione Nazionale Antimafia serve a collegare le indagini che si svolgono nelle varie procure contro le formazioni organizzate. La misura dell'art. 41-*bis* serve a evitare i collegamenti con l'esterno dei detenuti che altrimenti sarebbero in grado di impartire ordini e di fornire indicazioni ai gruppi criminali. Queste misure hanno in comune la connotazione sostanzialmente "amministrativa" e la caratterizzazione di elevata discrezionalità: in sintesi, il *deficit* di predefinizione, e predefinibilità, legale. La connotazione amministrativa dipende proprio dalla mancanza di predefinizione legale della fattispecie, del modello di comportamento in cui consiste la regola: la legge definisce, e quindi attribuisce direttamente all'operatore, la funzione da realizzare, in concreto, in termini perciò largamente discrezionali, e stabilisce il procedimento.

Questo problema può essere considerato, in verità, progressivamente generale del diritto, non solo penale; e sposta,

ovviamente, tutto l'asse di definizione e realizzazione delle garanzie del cittadino di fronte all'amministrazione della giustizia. Per fare degli esempi, si pensi alle problematiche della rieducazione, del trattamento, delle alternative alla detenzione e dei servizi sociali, del minorile, del diritto di famiglia, del diritto sia del lavoro che dell'impresa.

8. *L'epistemologia della complessità e la nozione di sistema. Il contributo dell'analisi funzionalistica.*

Il termine "complessità" ha cominciato ad essere usato in America alla fine degli anni Quaranta, a indicare l'analisi multifattoriale e contestuale (WEAVER, *Science and Complexity*, in *American Scientist*, 1948, 36, pp. 536 ss.). VON BERTALANFFY ha distinto fra complessità "organizzata" e complessità "non organizzata" (*La teoria generale dei sistemi. Rassegna critica* [1962], trad. it. in AA.VV., *I sistemi tra scienza e filosofia*, a cura di Agazzi, Torino, 1978, pp. 25 ss.; *Il sistema uomo*, cit.). L'organizzazione può essere definita come un complesso coordinato di relazioni funzionali rispetto allo svolgimento di una determinata attività, al conseguimento di determinati risultati. Coase ha distinto, come si è detto, l'"organizzazione", formata da «isole di potere cosciente», cioè soggetti coscienti e liberi di scelte, dall'"organismo", che «funziona da solo» (*La natura dell'impresa*, cit.). La complessità non organizzata è priva di coordinazione. Nell'analisi della complessità va riconosciuta una rilevanza particolare al concetto di "biforcazione", studiato da Prigogine, con cui viene rappresentata ogni situazione di equiprobabilità del verificarsi di eventi diversi. (In generale, vedi NICOLIS E PRIGOGINE, *La complessità*, cit.; PRIGOGINE E STENGERS, le voci *Ordine/disordine*, *Organizzazione e Sistema* dell'*Enciclopedia Einaudi*, cit.; MORIN, *Il metodo. Ordine disordine organizzazione*, cit. e *l'Epistémologie de la complexité*, cit.).

Un insieme di elementi legati da relazioni funzionali ed esaminati in un contesto viene designato anche con il termine "sistema". In modo estremamente sintetico possiamo dire che un sistema è "aperto" o "chiuso" a seconda della misura delle sue relazioni funzionali con l'esterno, cioè che le sue variabili siano influenzate dal rapporto con l'esterno. Queste qualificazioni vanno intese ovviamente come tendenziali.

La nozione di "funzione" definisce la relazione fra due variabili, la relazione di co-variazione fra due grandezze, alla stregua

di un contesto, cioè considerata in un ambiente. L'analisi, e il significato, sono profondamente diversi da quelli causali.

L'analisi causale riguarda "eventi", "accadimenti". La relazione funzionale è tra "variabili", tra "grandezze". L'analisi causale è il collegamento logico-conoscitivo stabilito fra una coppia di eventi, valutati in base alla comparazione fra le tipologie ovvero gli insiemi definiti di appartenenza dell'uno e dell'altro: l'analisi causale è di tipo intrinsecamente "binario", cioè fra coppie di avvenimenti, e "normativo", fondata cioè sull'astrazione e generalizzazione e sulla ricerca delle regolarità. La relazione funzionale è fra un elemento e tutti gli altri elementi che concorrono a definire il complesso (sistema) esaminato (in un contesto, spazio-temporale). I significati, e i valori, sono correlativi al contesto considerato. La nozione di causa implica, ha implicato, culturalmente, il senso della necessità (ovvero la fiducia nell'esistenza delle leggi universali, e nei criteri assoluti della ragione). La necessità deterministica: se A, allora B. La necessità definitoria della "*condicio sine qua non*": senza A, non si sarebbe verificato B (quindi A è necessario all'esistenza di B). La causalità esprime in tal modo la pretesa e la fiducia di definire un concetto "qualitativo", una "soglia" semantica, un "limite". La logica è quella formale binaria della coppia di significati alternativi vero/falso, sì/no, fondata sui principi d'identità e di non contraddizione. La nozione di funzione esprime un significato di condizionamento più debole, meno impegnativo, di "utilità", di "contributo", alla stregua di un contesto analitico più ricco e variegato: in cui sono considerati un maggior numero di variabili; esprime un criterio argomentativo più ampio, più generale, di quello causale. Può dirsi, infatti, che ogni relazione causale è per ciò stesso funzionale, mentre non è vero il contrario, una relazione funzionale (di utilità) può benissimo non essere anche causale. La nozione di funzionalità esprime in generale la relazione di un elemento, considerato come una variabile, con una pluralità di altri elementi (variabili), in un contesto. Sull'uso di tutti questi termini, ovviamente, è necessario mettersi d'accordo. E può benissimo accadere che il concetto di causa venga usato con le caratteristiche qui considerate tipiche dell'analisi funzionalistica. Storicamente, però, la nozione di causa è stata usata nei modi precedentemente indicati.

Se io dico che Tizio ha causato il tal danno, da doverne rispondere civilmente e penalmente, voglio dire innanzitutto che quel danno non si sarebbe verificato senza la condotta di

Tizio. L'approfondimento che quella condotta implica in generale un certo grado di probabilità del verificarsi dell'evento può essere molto utile, inoltre, nella valutazione della responsabilità, come in generale della necessità preventiva.

Quando dico, invece, che Tizio, agendo insieme con altre persone, ha contribuito alla causazione del dato evento, non dico necessariamente che l'evento non si sarebbe verificato a prescindere dal comportamento di Tizio; dico, più in generale, che quel comportamento è stato utile alla realizzazione, in forma collettiva, dell'evento: nei congrui casi, può dirsi che il tipo di contributo accresca in generale le probabilità del verificarsi del tipo di evento, oppure ne riduca i rischi o i costi di produzione, o ne accresca i vantaggi. Si tratta, insomma, della teoria dell'organizzazione, della problematica del rapporto fra costi e benefici: ulteriore, come tale, rispetto alla semplice logica del vero e falso.

Il contributo del singolo ad una dimensione collettiva non è tipizzabile in forma astratta e generale, perché non ha una valenza – necessariamente – indipendente dal contesto concreto in cui viene inserito. Il contributo assume rilevanza, viene "valorato", nella relazione concreta con la dimensione collettiva, e in base all'uso che ne faranno gli altri protagonisti di questa. Tale rilevanza non è pre-definibile. Questa può essere indicata come la ragione di natura epistemologica della insufficienza della concezione formale del diritto, e della legge, in confronto alle problematiche costituite dalle dimensioni collettiva e organizzativa; ovvero, come la differenza, o la contraddizione, fra la concezione in sé dell'astrattezza e generalità e la teoria dell'organizzazione, nonché del rapporto fra costi e benefici.

La nozione di causa, giova ripetere, definisce (vuole definire) una soglia semantica. La nozione di contributo (di funzionalità, di utilità) è come tale senza soglia, e costituisce un criterio argomentativo affatto diverso. Costituisce la risposta a una domanda diversa, che bisogna pure farsi.

9. La complessità e l'insufficienza della nozione di "fattispecie".

Nella concezione moderna del diritto è fondamentale la nozione di fatto, e di fattispecie (modello di fatto). Il diritto regola fatti, accaduti, cioè eventi cagionati dagli uomini, considerati innanzitutto nella loro oggettività. La regola è costituita da una fattispecie e dalla relativa sanzione, ovvero la conse-

guenza giuridica che è stabilita (che è prevista e che dev'essere applicata) per il verificarsi del tipo di fatto.

La funzione definitoria dello Stato nel senso liberale ottocentesco è essenzialmente regolativa e prevalentemente inibitoria, ed è attribuita come tale in primo luogo alla forma della legge, di cui sono corollari l'applicazione ed esecuzione. Il giudice ("bocca della legge") ha una funzione essenzialmente ricognitiva: del fatto e della legge; trova nella legge la sanzione da applicare al verificarsi del fatto. Sia detto tra parentesi, quanto appena detto contribuisce a spiegare perché il libro di Beccaria sia stato la più famosa espressione dell'illuminismo e della concezione dello Stato di diritto: perché il diritto penale, ovvero la previsione delle sanzioni più cospicue per la violazione dei diritti considerati essenziali, costituisce il pilastro più importante dello stato secondo tale precedente concezione.

Le funzioni definitorie dello Stato sociale, di attività che lo Stato deve svolgere ed obiettivi che devono essere realizzati, non sono tipizzabili nella forma della legge al pari di quelle regolativa ed inibitoria. Le norme che le riguardano non sono rivolte ai cittadini, per regolare fatti, bensì principalmente agli operatori, definendone ed orientandone le attività, i compiti, le funzioni, in relazione agli obiettivi.

Ancora tra parentesi, la crisi del modello liberale ottocentesco del diritto penale risulta più evidente, nonché più rilevante, proprio nel settore penale. Occorre considerare, in primo luogo, la problematica della criminalità organizzata e del terrorismo, la legislazione speciale relativa a queste materie, in secondo luogo, la problematica della rieducazione del reo e delle alternative alla detenzione, in terzo luogo, l'adozione del sistema processuale accusatorio e dei riti alternativi.

Nel caso della criminalità organizzata, della mafia e del terrorismo, parliamo di "fenomeni", considerati nella loro dimensione sociale e storica concreta. Si tratta cioè di complessi aggregati di fatti e accadimenti, considerati in modo sintetico e nel loro concreto divenire. Può essere questo il luogo ove far rilevare come con la nozione organizzazione si definisca, appunto, un *processo*, un *fenomeno*, una *dinamica*.

La definizione dell'associazione di tipo mafioso, del terzo comma dell'art. 416 *bis* c.p., non costituisce una "fattispecie" nel senso classico, cioè un modello astratto e generale di fatto, bensì descrive un "fenomeno" sociale nella sua dimensione concreta e dinamica. Per quanto la norma sia analitica, e certo è molto analitica, nella rappresentazione e quindi nella definizio-

ne della rilevanza giuridica del fenomeno, non si può dire, tuttavia, che soddisfi il requisito della "tassatività", relativamente alla definizione della responsabilità individuale, che costituisce l'oggetto del diritto penale. Tale problema della carenza di tassatività riguarda le nozioni di responsabilità di tutte le figure delittuose associative, ed in maggior misura la nozione del concorso c.d. "esterno". Il problema si pone, infatti, per l'ulteriorità della nozione rispetto a un singolo "fatto" o a più singoli "fatti".

Secondo l'analisi di Ferrajoli sulle figure delittuose associative, «Il fatto, in queste figure normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di status, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente antiggiuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di antiggiuridicità sostanziale anziché formale o convenzionale, che sollecita indagini sui rei anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria: la concezione ontologica – etica o naturalistica – del reato come male quia peccatum e non solo quia prohibitum, e l'idea che si debba punire non per quel che si è fatto ma per quel che si è» (FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 859. MOCCIA, ne *La perenne emergenza*, cit., pp. 39 ss., ha scritto de «La tipicità inafferrabile della fattispecie associativa»).

L'argomentazione della responsabilità per i delitti associativi può essere costituita dalla funzionalità della relazione, ovvero del contributo, personale rispetto alla struttura ed attività dell'associazione, con carattere di stabilità (la partecipazione, di chi è elemento dell'organizzazione) e comunque con effetti di stabilità (del contributo concorsuale) rispetto alla struttura ed attività dell'associazione considerate in generale.

Quando la norma fu emanata, una delle obiezioni cui andò incontro fu appunto che aveva un'impronta marcatamente sociologica. Questo può dirsi, in verità, per la maggior parte delle figure delittuose associative, a partire dalla previsione dell'*association de malfaiteurs*, nel codice napoleonico, con riferimento al fenomeno del banditismo. L'argomento non costituisce una obiezione alla previsione giuridica, ma certo siamo fuori dalle caratteristiche ordinarie del diritto penale, dai criteri definiti generali della responsabilità penale.

Le nozioni di "lotta" e di "contrasto" contro le forme di criminalità organizzata furono ritenute, parimenti, difformi rispetto ai

principi considerati generali e alla funzione ordinaria del diritto penale. Oggi, queste nozioni sono contenute nelle intitolazioni delle leggi relative alla repressione di questi "fenomeni". La funzione peculiare delle figure delittuose associative può essere ritenuta, da un canto, di generalizzazione, cioè di definizione della responsabilità per il contributo personale all'esistenza ed all'attività di una organizzazione criminale, di una struttura personale organizzativa di un'attività delittuosa complessa, di carattere sistematico, d'altro canto, di interdizione dell'esistenza e dell'attività dell'associazione nella fase stessa del suo svolgimento. Questa funzione è certo peculiare in confronto alla funzione ordinaria del diritto penale, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto, mediante la previsione ed applicazione della pena. Di questa funzione appaiono fondamentali le misure di premialità dei collaboratori di giustizia e le misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali. Queste misure, che sono ricorrenti lungo la storia della categoria del delitto politico, servono a disarticolare la struttura organizzativa nei suoi aspetti essenziali della solidarietà interpersonale e delle risorse materiali e finanziarie.

Il problema della carenza di determinatezza può essere considerato una costante che ha caratterizzato l'intera storia della categoria del delitto politico: così importante da far porre in discussione la stessa autonomia di questa nozione rispetto ai delitti comuni, compiuti per ragioni politiche.

Circa, innanzitutto, la difficoltà di tipizzare le nozioni complesse, va fatto rilevare come nel diritto romano i *delicta*, a struttura semplice e tipicamente interindividuale, fossero oggetto del processo civile, formulare, ad iniziativa privata e davanti alle corti permanenti; i *crimina* erano i fatti che coinvolgevano i valori fondamentali della società e in primo luogo i delitti politici, così dal *crimen maiestatis* al parricidio, erano oggetto, invece, del processo comiziale.

Nella *Riforma della legislazione criminale toscana* del 1786, il granduca Pietro Leopoldo, di fronte alla vaghezza dei delitti di lesa maestà e nell'impossibilità di definire questa categoria con sufficiente determinatezza, che non lasciasse spazio agli abusi, aveva deciso radicalmente di abolirla. Nell'art. LXII della riforma leopoldina era ordinato appunto «che siano tolte e cassate tutte le leggi che con abusiva estensione hanno costituito e moltiplicato i delitti di lesa maestà come provenienti la maggior parte dal dispotismo dell'Impero Romano, e non tollerabili in veruna ben regolata società. Ed a togliere un tale abuso, abolito ogni

special titolo di delitto di così detta lesa maestà, abolite come già si è prescritto generalmente di sopra all'art. XXVII tutte le prove privilegiate anco in materia di simili delitti ed abolita affatto la criminalità in tutte quelle azioni, che in sé non delittuose, lo sono diventate in questa materia solo per la legge, tutte le altre dovranno considerarsi come delitti ordinarii nella loro classe rispettiva, più o meno qualificati secondo le circostanze, cioè furti, violenze, ecc. e come tali castigarsi non considerata la gravità maggiore aggiuntavi dalla legge col pretesto della lesa maestà». Questa esperienza è rimasta unica nella storia.

Carrara, nell'ultimo capitolo del suo *Programma del corso di diritto criminale*, intitolato appunto «Perché non espongo questa classe» (*Parte speciale*, vol. VII, Lucca, 1871, pp. 626 ss.) spiegò di non prendere in considerazione la categoria dei delitti politici ritenendoli non riconducibili alla «tela di principii assoluti e costanti, attorno ai quali come carne sulle ossa si avvolge la dottrina del giure punitivo», e definiti, piuttosto che dalle «verità filosofiche», dalla «prevalenza dei partiti e delle forze» ovvero anche dalle «sorti di una battaglia», quindi dalla contingenza e mutevolezza della storia e delle vicende politiche.

Secondo Ferrajoli (*op. cit.*, p. 872), «ogni penalizzazione a titolo di delitto "politico" si risolve nella tutela eccessivamente anticipata di figure di pericolo astratto o presunto in contrasto con il principio di offensività, o anche, come accade nei delitti associativi, in una duplicazione della responsabilità penale già fatta valere per delitti comuni, come la detenzione o il porto di armi, gli atti di violenza commessi o tentati oppure il concorso nella loro commissione o progettazione. [...]». «Lo stesso discorso vale ovviamente anche per le altre figure di delitti e di delinquenti speciali, parimenti riconducibili a complessive fenomenologie criminali – il brigantaggio, la mafia, la camorra – e per di più neppure caratterizzate da una specificità in astratto dei beni protetti. Anche l'espulsione dal diritto penale di simili tipologie d'autore risponde a una garanzia di certezza contro le perversioni sostanzialistiche e inquisitorie, nonché ad un'elementare esigenza di uguaglianza. Si tratta infatti di figure informate al paradigma costitutivo, e quindi contrarie al carattere esclusivamente regolativo che devono avere le norme penali. Naturalmente, anche in questi casi la natura mafiosa o camorristica di un delitto può essere considerata come un connotato particolarmente grave in sede di comprensione e di valutazione equitativa del fatto. Ma neppure in questi casi si giustificano figure di reato speciale, come è tipicamente, nel nostro ordina-

mento, l'associazione di tipo mafioso prevista dall'art. 416 *bis* del codice penale in luogo della normale associazione per delinquere. Anche la mafia, come il terrorismo, deve e può ben essere fronteggiata con i mezzi penali ordinari».

Come si è detto, l'autonomia dei delitti associativi (rispetto ai delitti che costituiscono l'oggetto e lo scopo dell'associazione) riguarda il contributo del singolo alla dimensione (struttura) organizzativa dell'attività considerata in generale, dunque distintamente dai singoli delitti. La specificità è costituita – in sintesi – dalla dimensione generale organizzativa. La stessa non può essere ridotta all'aggravamento della responsabilità dei singoli delitti perché il contributo alla dimensione generale organizzativa può bene non avere connessione diretta e consapevole con i singoli delitti. Il fondamento della responsabilità è costituito tuttavia dalla connessione con un'attività delittuosa delle cui caratteristiche il soggetto abbia consapevolezza pure generica.

Così, la problematica tanto dei delitti associativi, quanto dei delitti politici, può avere la principale dimensione sistematica dal riferimento, da un canto, alla teoria generale dell'organizzazione, dall'altro, alle nozioni delittuose comuni. Nel modo che precede, queste nozioni di responsabilità possono avere argomentazioni non generiche e possono essere assorbite nei diversi ordinamenti giuridici, dalle diverse culture giuridiche. Nel modo che precede, quindi, possono avere soluzione, risposte, sia i problemi di specificità, e di carenze di determinatezza, delle categorie tanto dei delitti politici quanto dei delitti associativi, sia i problemi di assimilazione e generalizzazione di queste nozioni nei diversi ordinamenti.

10. *Il confronto con il sistema anglosassone e alcune considerazioni conclusive.*

Tutta l'analisi che precede postula, come necessario, il confronto con la diversa evoluzione del sistema anglosassone. In mancanza di differenze profonde di carattere politico, sociale ed economico, riguardanti l'analisi del processo di formazione dello stato nazionale e del modo di produzione capitalistico, credo che le differenze più marcate vadano considerate di carattere culturale, in confronto ai Paesi continentali della codificazione. Mi viene in mente innanzitutto Hume, il razionalismo convenzionalista, e poi il protestantesimo. Ma certo questo aspetto andrebbe seriamente approfondito.

Nella globalizzazione, infatti, è ragionevole concepire sia l'opportunità che la previsione dell'incontro, della mediazione, fra le differenze e le distanze fra i diversi sistemi; innanzitutto, perciò, tra il sistema continentale e il sistema anglosassone, ma senza dimenticare ovviamente i sistemi islamici e orientali. Una considerazione più particolare riguarda la maggiore capacità dei sistemi flessibili – e quindi del sistema anglosassone – di colmare e mediare le differenze, in confronto ai sistemi più rigidi: considerazione che va aggiunta, come si è detto, a quella della maggiore potenza economica, politica e militare degli Stati Uniti, per formulare la previsione di ciò che è più probabile accada a livello dell'evoluzione dei sistemi istituzionali, e quindi per argomentare l'urgente necessità di adottare metodologie di approccio flessibile ai problemi del diritto.

Per ciò che riguarda il nostro sistema penale, è stato introdotto nel 1989 il sistema processuale accusatorio per applicare un diritto penale fortemente formalizzato, basato sul principio di stretta legalità formale, sul carattere di tassatività della previsione legale.

Una contraddizione può essere rilevata fra il sistema processuale accusatorio e il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale. Mentre questo principio può essere considerato un corollario di quel sistema di stretta legalità formale, la contraddizione col sistema processuale accusatorio mi pare assai rilevante. Quello accusatorio è tipicamente un processo "di parti", in cui cioè il pubblico ministero è una parte, sia pure pubblica, che svolge cioè una funzione pubblica.

L'introduzione del modello accusatorio poggiava su una scommessa: che la maggior parte dei processi non sarebbero giunti, e non sarebbero dovuti giungere, al dibattimento. Sul piano istituzionale astratto, questa osservazione ribadisce e conferma la rilevazione della contraddizione precedente. In concreto, tuttavia, l'effetto deflattivo dei riti alternativi è stato molto inferiore al previsto; e si è creato un cospicuo ingolfamento, appesantimento, della funzione giurisdizionale penale.

In generale, può dirsi, che il sistema accusatorio è più sofisticato, garantistico e costoso di quello inquisitorio. Può sostenersi perciò la necessità di riservare questo sistema processuale alle vicende di rilevanza criminale, lasciando le altre a procedimenti di tipo diverso: eminentemente a sanzioni pecuniarie, amministrative e comunque alternative e diverse rispetto alla detenzione.

Io non credo, però, che il modello qui ipotizzato di semplificazione possa essere realizzato in sede puramente di previsione legislativa: così, per esempio, con la depenalizzazione. Le problematiche del patteggiamento e dei collaboratori della giustizia – questa fondamentale nella repressione di tutti i fenomeni criminosi a dimensione collettiva e organizzata – non si prestano a essere predefinite, dal punto di vista sostanziale, in termini astratti e generali. La semplificazione del sistema va realizzata soprattutto in concreto, perciò anche secondo criteri di economicità ed efficienza e valutazioni di opportunità: credo, così, che bisogna adottare lo schema della discrezionalità dell'azione penale. La problematica è quella del rapporto fra costi e benefici del processo penale, con riferimento all'entità del fatto conforme a una figura incriminatrice, e quindi dell'esigenza di prevenzione, alle probabilità di conseguimento della condanna dell'imputato, alle risorse umane e materiali che devono essere impiegate.

Una considerazione, critica, sulla disciplina del processo penale introdotta nel 1989 riguarda i rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria. Il pubblico ministero è l'organo dell'azione penale, e a mio avviso le indagini dovrebbero essere riservate invece alle forze di polizia, per ragioni di competenza, professionalità e motivazioni personali necessarie, quindi innanzitutto di efficienza.

A fronte della grande proliferazione legislativa, e della tendenza alla dilatazione della sfera del penalmente rilevante, mi sembra possa essere giudicato assai modesto il grado di effettività della funzione penale, in termini di risultati conseguiti e di tempi. Questa considerazione mi sembra costituisca un argomento autonomo nel senso sia della semplificazione che della maggiore flessibilità del sistema. In particolare, il processo accusatorio celebrato a distanza di molto tempo dal fatto e dalle indagini costituisce indubbiamente una finzione scenica dell'oralità.

Credo che in generale possa dirsi che il nuovo sistema processuale abbia introdotto elementi non solo di novità, bensì di contraddizione, rispetto al sistema della stretta legalità formale, e alla concezione formale del diritto. Per altri versi, elementi di novità ed anche di contraddizione, rispetto a quel sistema e a quella concezione, sono stati introdotti con le riforme realizzate a partire dalla metà degli anni Settanta e con la legislazione speciale contro le forme di criminalità organizzata e di terrorismo. Il processo va spinto e razionalizzato nella direzione della mediazione e dell'incontro con il sistema anglosassone.

I giudici, abbiamo visto, prendono decisioni di carattere fortemente valutativo, espressioni di scelte di opportunità, e compiono atti di natura sostanzialmente amministrativa (della vita altrui, segnatamente). La legge definisce la funzione che deve essere realizzata in concreto, ha una dimensione di indirizzo e orientamento delle valutazioni, nonché regolamentare in ordine al procedimento. Sembrano essenziali, per questo, la dimensione collegiale dei giudici e la pluralità delle competenze, delle culture e delle specializzazioni, con riferimento anche ai diversi settori di cui si tratti.

Fondamentali, della riflessione odierna sulla giustizia, appaiono le problematiche della formazione dei giuristi, del rinnovamento della formazione universitaria (nel senso soprattutto della sociologia, della scienza politica e delle relazioni internazionali, della storia e dell'economia) e dei concorsi, della formazione permanente.

La problematica e la teoria dell'organizzazione non può non riguardare, d'altro canto, le strutture e gli uffici dell'amministrazione della giustizia, come la necessaria valutazione del rapporto fra costi e benefici dell'attività di questi. Le funzioni direttive degli uffici presuppongono le opportune competenze e risorse ausiliarie, professionali e tecnologiche.

La funzione e la cultura del diritto sono fortemente attraversate dalla problematica delle tecnologie, trasformate dalle tecnologie. La funzione della legge è stata storicamente innanzitutto di comunicazione e per questo di razionalizzazione della funzione giuridica. Oggi Internet trasforma di per sé le condizioni della comunicazione e costituisce uno strumento di straordinaria innovazione, delle possibilità di realizzazione dei delitti, della funzione di repressione e prevenzione dei delitti, della conoscenza delle condizioni della giustizia e della cultura giuridica e quindi della democrazia.

L'aspetto più urgente di armonizzazione internazionale deve riguardare la criminalità organizzata e il terrorismo. Per questo appare preliminare la riflessione sulla differenza fra le figure delittuose associative dei sistemi continentali e le tecniche di diluizione dei nessi di responsabilità dei sistemi anglosassoni. Una mediazione alta può essere costituita dalla definizione delle responsabilità per l'organizzazione con riferimento, da un canto, alle figure criminose e quindi alle comuni nozioni penalistiche che possono essere considerate tipiche e per questo definitive dell'organizzazione di cui in concreto si tratti, d'altro canto, alle

nozioni generali della teoria dell'organizzazione, quindi alle categorie dell'analisi sistemica e funzionalistica. L'analisi sistemica e funzionalistica, si badi, deve essere applicata altrettanto alla problematica delle strutture e degli uffici della repressione e dell'amministrazione della giustizia, come complesso di criteri e metodi scientifici di programmazione e monitoraggio.

Questo tipo di approccio può essere definito in generale come la ricerca di un metodo scientifico per la definizione dei problemi, degli aspetti problematici, e quindi in vista della risoluzione dei problemi. Ciò implica la scelta di porre al centro dell'analisi il concetto di problema, costituisce, invero, la scelta di costruire la scienza dei problemi. A tal proposito, mi piace concludere con una considerazione di Luhmann: «La teoria dei sistemi sociali contribuisce a precisare la classe delle alternative funzionalmente equivalenti delle quali si dispone per risolvere un determinato problema, rendendo così possibile la spiegazione o la previsione. Il problema non sta nella possibilità o meno di formulare una previsione, ma nella sua specificazione. Le previsioni devono comprendere per principio l'intera classe delle alternative funzionalmente equivalenti che vengono prese in considerazione come soluzione di un determinato problema» (LUHMANN, *Funktionale Methode und Systemtheorie* (1964), trad. it., *Metodo funzionale e teoria dei sistemi*, in *Illuminismo sociologico*, cit., p. 40).

BIBLIOGRAFIA

ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003.

ALEO, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999.

ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 1999.

ALEO, *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, in questa *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, fasc. 1-2, pp. 1 ss.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1964.

BERNARDI, *La disciplina prevista dal nuovo codice penale francese in tema di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, pp. 988 ss.

CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da Mancini, vol. I, Milano, 1884.

CARRARA, *Osservazioni e proposte delle sottocommissioni*, Roma, 1877.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), vol. I, 8^a ed, 1897, 11^a ed., Firenze, 1924.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. VII, Lucca, 1871, pp. 626 ss.

COASE, *The Nature of Firm*, in *Economica*, 4, 1937, trad. it., *La natura dell'impresa, in Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995.

DE FRANCESCO, Ratio di "garanzia" ed esigenze di "tutela" nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, pp. 888 ss.

DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 54 ss.

DELATTRE, voce *Funzione*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, vol. VI, 1979, pp. 415 ss.

DELATTRE, *Théorie des systèmes et épistémologie*, in AA.VV., *La notion de système dans les sciences contemporaines*, a cura di Lesourne, Aix-en-Provence, 1982, trad. it., *Teoria dei sistemi ed epistemologia*, Torino, 1984.

DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, trad. it., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992.

DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.) e problema probatorio*, in *Foro it.*, 1984.

ENGISCH, *Vom Veltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.

FERRAOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990.

FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, vol. II, 1988.

FILANCIERI, *La scienza della legislazione*, Bruxelles, 1841.

GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993.

INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.

IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

LUHMANN, *Soziologische Aufklärung I*, 1970, trad. it., *Illuminismo sociologico*, Milano, 1983.

LUHMANN, *Politische Planung*, Opladen, 1971, trad. it., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.

MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (1749)*, trad. it., Milano, 1989, 3ª ed., 1997.

MORIN, *La Méthode. I. La nature de la nature*, Paris, 1977, trad. it., *Il metodo. Ordine disordine organizzazione*, Milano, 1983.

MORIN, *Épistémologie de la complexité*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1984.

NEUMANN, *The Change in the Function of Law in Modern Society*, in AA.VV., *Selected Reading. Second Year Course in the Study of Contemporary Society*, a cura di K. Knorr ed E.A. Shils, Chicago, 1939, versione abbreviata di *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in *Zeitschrift für Sozialforschung*, 1937, pp. 542 ss., trad. it., *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese*, in *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, 1973.

NICOLIS E PRIGOGINE, *Exploring Complexity. An Introduction*, München, 1987, trad. it., *La complessità. Esplorazioni nei nuovi campi della scienza*, Torino, 1991.

PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, 3ª ed., 1927, trad. it. in AA.VV., *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di Cerroni, Milano, 1964.

PIZZI, *Eventi e cause*, Milano, 1987.

PRIGOGINE E STENGERS, *La nouvelle Alliance. Métamorphose de la science*, Paris, 1979, trad. It., *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Torino, 1981.

PRIGOGINE E STENGERS, voce *Ordine/disordine*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, vol X, 1980, pp. 87 ss.

- PRIGOGINE E STENGERS, voce *Organizzazione*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, vol. X, 1980, pp. 178 ss.
- PRIGOGINE E STENGERS, voce *Sistema*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, vol. XII, 1981, pp. 993 ss.
- SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 4^a ed., 1993.
- SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Milano, 1987.
- TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995.
- VAN DE KERCHOVE E OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988.
- VAN DE KERCHOVE E OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992, trad. it., *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Milano, 1995.
- VAN DE KERCHOVE E OST, *Pensare la complessità del diritto: per una teoria dialettica*, in *Sociologia del diritto*, 1997, 1, pp. 5 ss.
- VON BERTALANFFY, *La teoria generale dei sistemi. Rassegna critica* [1962], trad. it. in AA.VV., *I sistemi tra scienza e filosofia*, a cura di Agazzi, Torino, 1978, pp. 25 ss.; *Il sistema uomo*, cit.
- VON BERTALANFFY, *Robots, Men and Minds. Psychology in the Modern World*, New York, 1967, trad. it., *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno*, Milano, 1971.
- VON BERTALANFFY, *General System Theory*, New York, 1968, trad. it., *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 1971, e Milano, 1983.
- WEAVER, *Science and Complexity*, in *American Scientist*, 1948, 36, pp. 536 ss.

RIASSUNTO

Le parole chiave dell'analisi della crisi della forma di legge, in modo precipuo delle connotazioni di astrattezza e generalità, della destrutturazione della forma di codice (la proliferazione legislativa extracodicistica, la legislazione speciale, la decodificazione), del superamento del modello ottocentesco dello Stato di diritto, dell'allargamento progressivo degli spazi di discrezionalità dei giudici, sono tutte relative a fenomeni di enorme rilevanza: la democrazia, cioè la dimensione pluralistica della società, della politica e della cultura; il superamento ovvero l'idea d'insufficienza della logica formale binaria, l'epistemologia della relatività e della complessità (analisi multifattoriale e contestuale), l'analisi sistemica e funzionalistica, quindi il superamento della concezione meramente formale del diritto; la dimensione organizzativa crescente di tutte le attività umane, e ovviamente anche di quelle delittuose; la teoria dell'organizzazione; la dimensione monopolistica dell'economia; la concezione dello Stato sociale e la definizione di funzioni istituzionali pubbliche di segno positivo e propulsivo; la globalizzazione, ovvero la dimensione internazionale e sovranazionale delle attività umane, delle risposte istituzionali, della politica e della cultura. Tutta la problematica del diritto e delle garanzie deve essere attraversata dalla consapevolezza della insufficienza delle spiegazioni "causali" e può ricevere grandi contributi dall'analisi funzionalistica, in primo luogo in termini di criteri e coefficienti di argomentazione, quindi anche di contenuti di prova.

SUMMARY

The law form, characterised by abstractness and universality of normative provisions, is in a crisis point, since we assist to de-codification, to overcoming of the nineteenth-century pattern of constitutional state, to progressive extension of judicial discretionary power. The key words of the analysis of this crisis are all relative to phenomena of great importance: such as democracy (that implies pluralistic dimension of society, politics and culture); the idea of insufficiency of formal binary logic, the epistemology of relativity and complexity (that involves the multi-factorial and contextual analysis), the systemic and functionalistic analysis, which causes the overcoming of the merely formal conception of law; the tendency towards organization of all human activities, including criminal ones; the monopolistic dimension of economy; the organization theory; the idea of welfare state and the definition of public institutional functions of positive and propulsive nature; the globalisation, which involves the international and supra-national dimension of human activities, of institutional responses, of politics and culture. All the problems regarding law and guarantees must be analysed with the consciousness that the "causal" explications are insufficient: and they can be more correctly faced by means of functionalistic analysis, first of all in terms of criteria and coefficient of arguments, then also in terms of evidence.

RÉSUMÉ

La forme de la loi, connotée du caractère abstrait et général des prévisions normatives, traverse une phase de crise. On assiste à la déstructuration de la forme du code (la prolifération législative hors du code, la législation spéciale, la de-codification), au dépassement du modèle du dix-neuvième siècle de l'État de droit, à l'élargissement progressif du pouvoir discrétionnaire des juges. Les mots clé de l'analyse de cette crise sont toutes relatives à phénomènes de grande importance: la démocratie, c'est-à-dire la dimension pluraliste de la société, de la politique et de la culture; l'idée de l'insuffisance de la logique formelle binaire, l'épistémologie de la relativité et de la complexité (analyse multi-factorielle et du contexte), l'analyse systémique et fonctionnaliste, donc le dépassement de la conception purement formelle du droit; la tendance à l'organisation de toutes les activités humaines, évidemment aussi des activités délictueuses; la théorie de l'organisation; la dimension monopolistique de l'économie; la conception de l'État social et la définition des fonctions institutionnelles publiques de nature positive et propulsive; la globalisation, c'est-à-dire la dimension internationale et sur-nationale des activités humaines, des réponses institutionnelles, de la politique et de la culture. Toute la problématique du droit et des garanties doit être analysée avec la conscience de l'insuffisance des explications « causales » et peut avoir grands contributions de l'analyse fonctionnaliste, en premier lieu en termes de critères et de coefficients d'argumentation, ensuite aussi de contenus de preuve.