

CRISI DEL SISTEMA PENALE E RIFORMA DELLO STATO⁽¹⁾

SALVATORE ALEO *

Il riferimento alla crisi del sistema penale, ricorrente nel nostro linguaggio di questo periodo, ha bisogno di due precisazioni. La prima è che la crisi riguarda nel complesso il sistema dell'amministrazione della giustizia. La seconda precisazione è che crisi non vuol dire che la giustizia prima c'era e adesso no, prima c'era di più e adesso di meno: anzi, si può ben dire che prima in galera ci andavano per lo più solo i poveracci e adesso ci può andare più facilmente chiunque. Crisi della giustizia, e quindi del sistema penale, è la crisi del modello istituzionale e culturale – e direi anche logico e intellettuale – dell'amministrazione della giustizia, nel senso che esso appare inadeguato e distonico rispetto alle condizioni della cultura, della politica e della società in generale. Se così non fosse, cioè se il problema non fosse di tipo radicale, lo stesso potrebbe essere affrontato con la destinazione di maggiori risorse, in sede amministrativa; e tutti sappiamo che tale rimedio, comunque opportuno, non costituirebbe una soluzione.

Mi prefiggo, perciò, il compito di definire, in tali termini, e in modo necessariamente sintetico, un terreno possibile di discussione e di confronto sul tema della giustizia penale, a partire dalla crisi attuale.

La rappresentazione del modello istituzionale e culturale dell'amministrazione della giustizia presuppone, malgrado tutto, lo schema di Montesquieu: il parlamento fa le leggi; il governo esegue le leggi; i giudici applicano le leggi, e sono «null'altro che la bocca che pronuncia le parole della legge, enti senz'anima». La Codificazione è stata realizzata con lo stesso spirito con cui si costruivano le cattedrali, per la cui edificazione lavoravano diverse generazioni di mastri costruttori e di ope-

* Professore straordinario di diritto penale - Università di Catania.

⁽¹⁾ Mi permetto di riprodurre il titolo di un convegno organizzato a Modica nei giorni 22-23 marzo 2003 dall'Ordine Forense e dalla Camera Penale, introducendo i lavori del quale ho posto i problemi che affronto in questa sede.

rai: queste opere erano protese verso la divinità, e la perfezione, ed erano destinate a durare per sempre. La perfezione non è di questo mondo, ma gli uomini devono tendervi: l'idea della perfettibilità delle cose umane. Newton rappresentava l'universo caratterizzato da un ordine che la scienza ha il compito di scoprire. Carrara sosteneva che il giure penale dovesse uniformarsi ai principi assoluti e universali della ragione, espressione in ultima analisi della volontà divina, e dovesse tendere a una dimensione «matematica», dopo le fasi ch'egli definiva «teologica» e «metafisica». Questa concezione, essenziale nella codificazione, può essere considerata il risultato dell'incontro fra la cultura razionalistica, soprattutto seicentesca e soprattutto tedesca, l'illuminismo e la cultura cattolica. La cultura cattolica è caratterizzata dal concetto del limite, che separa il peccato dalla virtù. La concezione tradizionale sia del delitto che della garanzia è caratterizzata dal concetto del limite, predefinito dalla legge: il delitto, dal limite che non deve essere superato dal cittadino; la garanzia, dal limite che non deve essere superato dall'operatore, il poliziotto e il giudice. Oggi questa concezione appare complessivamente in difficoltà.

Le ragioni della crisi delle forme di legge e di codice, e della destrutturazione del modello istituzionale e culturale dello stato di diritto, mi sembrano ragioni nobili. La prima parola-chiave è la *democrazia*.

La società della codificazione era caratterizzata da divisioni nette, e stabili, fra governanti e governati, da ceti dirigenti di dimensioni ristrette e fortemente omogenei, dal punto di vista culturale e delle abitudini. I codici ottocenteschi sono scritti dal punto di vista dei detentori del potere politico e dei proprietari di beni. La nostra società è caratterizzata da una pluralità di centri di rappresentazione politica di interessi e di interessi rappresentati, diversi e anche contraddittori. In queste condizioni, fare la legge è più difficile, il risultato è frutto di un compromesso ed è destinato a durare finché non cambiano gli equilibri fra le forze.

Più in generale, tendiamo ad analizzare i problemi nella loro dimensione sociale generale e storicamente contingente. Le leggi tendono a coinvolgere tutti i profili e gli interessi secondo cui può essere definito un problema sociale. Le nozioni sia di organizzazione che di emergenza sono categorie generali della nostra conoscenza, dell'analisi della complessità e dei flussi, e la decodificazione riguarda tutti i settori del diritto: come proliferazione legislativa fuori dalla forma del codice, quindi perdita

di unitarietà e coerenza dei codici, e crisi del diritto a soggetto unico (per la diversità appunto dei soggetti portatori degli interessi fatti valere e rappresentati). Nell'analisi di Kant la società era un insieme di individui, i cui rapporti erano regolati dallo Stato; oggi analizziamo la società come una collettività organizzata ed in termini anche di rapporti e di conflitti fra gruppi, e allo Stato, e al diritto, sono attribuite molte più funzioni e molto più complesse. Si potrebbe indicare perciò una parola-chiave nella *sociologia*: a tal proposito sarebbe utile riesaminare la contraddizione costituita per la scienza penalistica classica dalle riflessioni della scuola positiva. Non è un'opinione originale che il codice Rocco sia assai ben costruito dal punto di vista metodologico.

Parola-chiave strettamente connessa con la democrazia è lo *Stato sociale*. La funzione definitoria della concezione dello Stato illuministica e liberale era essenzialmente regolativa, dei rapporti e dei conflitti fra gli individui, e prevalentemente inibitoria. Questa funzione era non solo ampiamente formalizzabile, ma rispetto ad essa la forma della legge aveva una dimensione esaustiva ed autosufficiente: la funzione di prevenzione generale è svolta dalla stessa previsione penale, di cui sono poi corollari l'applicazione ed esecuzione della pena.

Il libro di Beccaria è diventato il più famoso della cultura illuministica, a dispetto del maggior pregio di Voltaire, Diderot, D'Alambert, oltre che per la sua semplicità, perché il diritto penale – che stabilisce le sanzioni principali a tutela dei beni fondamentali – costituisce il pilastro centrale di quella teoria dello Stato. La crisi di quella concezione dello Stato ha sia maggior rilevanza che maggiore evidenza proprio per ciò che riguarda il sistema penale.

Le funzioni definitorie dello Stato sociale non sono facilmente ed esaurientemente formalizzabili nella legge, al pari di quelle regolativa ed inibitoria. La legge dello Stato-sociale tende ad essere cornice e criterio di esercizio di una discrezionalità di tipo direttamente operativo: definisce la funzione da realizzare, che attribuisce quindi direttamente all'operatore, e stabilisce il procedimento. Queste leggi sono rivolte molto più direttamente ed in maggior misura all'operatore che al cittadino.

La funzione di rieducazione del condannato non è formalizzabile al pari di quella inibitoria. Lo stesso tipo di analisi vale ad esempio per il nuovo diritto di famiglia. Il giudice non deve stabilire chi ha ragione e chi ha torto: deve tutelare innanzitutto la prole, e svolge una funzione di tipo amministrativo, della vita

degli altri. Come si fa a dire che questo giudice è, o dev'essere, la bocca della legge? La funzione del processo penale a carico di imputati minorenni è formalmente di agevolare e sostenere il percorso educativo e rieducativo del minore, rispetto al quale il processo ordinario costituirebbe un disvalore e questo processo deve costituire invece un'occasione.

Lo Stato ottocentesco svolgeva anche funzioni diverse da quelle di fare le leggi e garantirne l'esecuzione ed applicazione. Tuttavia, tali funzioni diverse non erano oggetto, comunque, di regolamentazione peculiare legislativa. Oggi, lo Stato svolge più funzioni e funzioni più complesse (di segno positivo e propulsivo, come tali molto più difficilmente formalizzabili), ma anche le funzioni pubbliche sono oggetto di una maggior regolamentazione normativa; da avere, quindi, il diritto ed il giudice una oggettività ed una sfera di competenza di dimensioni incomparabilmente superiori.

Il modello istituzionale e culturale della certezza del diritto, nel senso della predefinizione legislativa dei problemi e delle soluzioni, era corrispondente al processo di formazione del sistema della proprietà privata e del contratto, e funzionale alla logica del mercato, della libertà di iniziativa economica e di commercio: per l'assicurazione ai cittadini e quindi ai soggetti economici della conoscibilità preventiva delle conseguenze dei propri comportamenti. La dimensione monopolistica dell'economia è una condizione relevantissima di crisi dell'astrattezza e generalità del diritto, per la maggior forza – e anzi la prevalenza – di alcuni soggetti economici rispetto alla stessa definizione della funzione pubblica, alla produzione legislativa ed in confronto all'attività giurisdizionale.

Un'altra parola-chiave del processo di deformalizzazione del sistema penale è l'*organizzazione*: con riferimento ad un problema sia reale che culturale. L'organizzazione costituisce una tendenza generale crescente di tutte le attività umane, e quindi anche di quelle delittuose. È opinione ad esempio di Ferrajoli che la legislazione speciale, emergenziale, contro le forme di criminalità organizzata di tipo terroristico, mafioso e comune abbia avuto un ruolo determinante nella decodificazione del sistema; e che la ricodificazione presupponga comunque l'espulsione sia di tutte le formule elastiche e polisense, sia le tecniche di tipo speciale, adottate nella lotta alla criminalità organizzata.

Io credo che questa prospettiva metodologica possa essere addirittura rovesciata.

In primo luogo, occorre osservare, e muovere anzi dalla premessa, che il processo di deformalizzazione e destrutturazione ha riguardato e riguarda in generale il sistema del diritto. La definizione di questa come *L'età della decodificazione* costituisce il titolo di un famoso lavoro del 1979 di Irti, che è un civilista. È cambiato il modo di fare legislazione, per ragioni sociali, politiche, economiche e culturali generali.

Per ciò che riguarda le tecniche di repressione delle forme di criminalità organizzata, va sottolineato come la peculiarità riguardi la complessità di queste forme, oltre ovviamente alla particolare pericolosità. La rilevanza della dimensione organizzativa non solo non può essere misconosciuta dalla tecnica giuridica, ma anzi dev'essere estesa, come vedremo, alla stessa problematica della risposta istituzionale.

Le figure delittuose autonome associative hanno avuto giustificazione assolutamente prevalente nella funzione di anticipazione della soglia della risposta e responsabilità penale, in confronto a quella delittuosa ordinaria, in considerazione della particolare pericolosità costituita dall'associazione diretta verso finalità delittuose. Questa giustificazione è contraddetta tuttavia nella realtà dal fatto che le associazioni delittuose vengono desunte dall'attività delittuosa realizzata, e dal collegamento di questa con una struttura personale che ne è organizzativa. La contraddizione è formale nella previsione dell'associazione di tipo mafioso, la cui definizione presuppone e anzi qualifica l'attività delittuosa realizzata: con caratteristiche e diffusione tali da aver determinato la situazione di condizionamento e di controllo ambientale di cui appunto gli associati "si avvalgono".

La funzione peculiare delle figure delittuose associative può essere definita di *generalizzazione*: di determinazione della responsabilità per il contributo alla dimensione organizzativa e quindi all'attività delittuosa dell'associazione considerate in generale; distintamente dalla responsabilità dei singoli delitti. Tale funzione può essere definita altresì di *interdizione*, dell'esistenza e dell'attività dell'associazione, considerate in generale, nella fase stessa del loro svolgimento. Questa funzione è certo peculiare in confronto alla funzione penale ordinaria, di prevenzione astratta e generale del tipo di fatto attraverso la previsione della pena, confermata e rafforzata poi dall'applicazione ed esecuzione, che sono corollari della previsione e dell'avvenuta violazione. Di questa funzione sono sinonimi i termini della lotta e del contrasto, che sono stati ritenuti incompatibili con la funzione del diritto, e che sono stati invece recepiti dalla stessa

forma legislativa. Di questa funzione sono fondamentali sia le misure di premialità della collaborazione con la giustizia che le misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali: queste tecniche servono infatti a disarticolare la dimensione organizzativa negli aspetti che ne sono essenziali della solidarietà interpersonale e dei mezzi finanziari.

La difformità, rispetto ai principi definiti generali, delle previsioni legislative peculiari delle forme di criminalità organizzata riguarda soprattutto la carenza di determinatezza, e la conseguente ampiezza della discrezionalità valutativa. La carenza di determinatezza può essere indicata in effetti come corollario della *complessità* dei dati oggetto della considerazione, e della rappresentazione formale. Ma il problema va affrontato e risolto attraversando la teoria generale dell'organizzazione, come contributo alla argomentazione.

Il problema della carenza di determinatezza riguarda già la problematica del concorso di persone nel reato. La storia della codificazione e della cultura penalistica moderna è attraversata dai tentativi, rimasti infruttuosi, di tipizzare la disciplina del concorso di persone, cioè il contributo costitutivo della responsabilità.

La definizione del contributo concorsuale può avvenire in termini di criterio (di valutazione, di orientamento e di esercizio della valutazione), non di modello (di comportamento), per una ragione epistemologica. Perché la rilevanza del contributo può essere definita solo nella relazione concreta con gli altri contributi e con l'intero. Ciò è vero nell'analisi della complessità in generale, cioè di qualsiasi sistema complesso; è maggiormente vero in un modello collettivo ovvero organizzato, perché i singoli contributi sono arrecati da soggetti liberi di scelte, e quindi solo approssimativamente preventivabili dall'esterno, inoltre perché i singoli contributi sono valorizzati (anzi valorati) dall'uso concreto che ne fanno gli altri.

Questi problemi sono ovviamente molto più rilevanti nella dimensione organizzativa stabile, per la maggiore complessità del modello e delle relazioni che concorrono a costituirlo.

Nell'analisi del modello collettivo ovvero organizzato, risulta dunque particolarmente evidente l'insufficienza epistemologica sia della definizione formale, del modello astratto e generale, sia del concetto di limite o di soglia. Dal punto di vista teorico, per quello che si è detto: il contributo non vale in sé e per sé, ma per la rilevanza concreta che ha nel modello generale. Dal punto di vista pratico, perché è possibile contribuire alla

realizzazione di un fatto di dimensioni pure ingenti con un apporto che considerato singolarmente è piccolissimo e tuttavia è rilevante, cioè assume rilevanza, nel contesto concreto e secondo l'uso che ne vien fatto, dipendentemente dalle scelte libere dei soggetti che costituiscono la condotta o il modello collettivi ovvero organizzati.

In effetti, il problema dell'insufficienza degli stessi concetti sia di modello che di limite esprime la crisi della logica formale binaria, e riguarda tutto l'ambito conoscitivo. Anche nel diritto e nelle scienze sociali, dipende innanzitutto dal fatto che noi contestualizziamo. Ogni definizione è valida – relativa – alle condizioni del contesto di riferimento. Il contesto, d'altro canto, e le variabili prese in considerazione, sono definiti unicamente dall'osservatore, dal soggetto del giudizio. Quella così indicata può essere definita l'eredità epistemologica della teoria della relatività. A proposito di certezza del diritto, come valore fondante della storia della codificazione, non può non essere ricordato come il principio fondamentale della meccanica quantistica sia il *principio d'indeterminazione*. Secondo questo principio, non è possibile calcolare insieme la posizione e l'impulso di una particella subatomica, perché l'atto della misurazione perturba il campo, e quindi il calcolo della posizione modifica l'impulso e viceversa. L'eredità epistemologica dei quanti è che l'osservatore deve considerare anche se stesso e l'atto della propria osservazione come variabili dell'oggetto dell'osservazione. La conoscenza equivale alla consapevolezza delle condizioni di validità, dei limiti e della approssimazione delle proprie acquisizioni.

Ne *Il disagio della civiltà*, Freud ha sostenuto che gli uomini della condizione di civiltà hanno rinunciato ad una parte rilevante della loro libertà per una maggiore sicurezza. Un'analisi che potremmo sovrapporre a quelle di Kant e di Rousseau. Bauman, ridefinendo la civiltà come «modernità», ha sostenuto, ne *La società dell'incertezza* e ne *Il disagio della post-modernità*, che nella società contemporanea, e io aggiungerei nella società del benessere, gli uomini sono disposti a rinunciare ad una porzione sempre minore della loro libertà anche a costo di perdere una parte di sicurezza. Così ha spiegato la tendenza generale alla de-regolazione.

Io credo, così, che l'incremento progressivo del potere discrezionale del giudice abbia ragioni profonde, e radicali, nella nostra cultura e nella nostra società. Credo, altresì, che questa direzione non sia rovesciabile, né d'altronde ciò mi parrebbe auspicabile, da doverci porre dunque necessariamente il pro-

blema dei rimedi di natura istituzionale, della ridefinizione, come vedremo, della problematica, e dei termini di realizzazione, delle garanzie. A partire dalla metà degli anni Settanta, gli interventi in materia penale, di ogni tipo, hanno comportato comunque un incremento del potere discrezionale del giudice: la generalizzazione del bilanciamento delle circostanze, e quindi l'estensione alle attenuanti generiche; l'allargamento dei termini della sospensione condizionale della pena; le riforme dell'ordinamento penitenziario, con le alternative alla detenzione e la disciplina dell'affidamento in prova; la legislazione antimafia e antiterrorismo, con le figure precipue di responsabilità, le misure di prevenzione e le tecniche di premialità della dissociazione e collaborazione con la giustizia; la disciplina del nuovo processo penale, con i patteggiamenti sulla pena e sul rito.

A quest'ultimo proposito, sembra ragionevole far rilevare la contraddizione costituita dall'introduzione del modello processuale accusatorio rispetto a un sistema penale sostanziale comunque fortemente formalizzato, basato sul principio di tassatività. La contraddizione sembra di fondo, fra il processo di parti e il sistema della tassatività formale; una contraddizione particolare sembra quella fra il modello accusatorio e il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che è un corollario del principio di tassatività formale. Occorre peraltro riconoscere, da un canto, la non effettività del principio dichiarato di obbligatorietà dell'azione penale, d'altro canto, la limitazione formale di questo costituita dalle discipline del patteggiamento e della premialità della collaborazione. Nel frattempo, va fatto rilevare, la metodica del patteggiamento si è molto allargata, di fatto, rispetto alle forme previste dalla legge. Io credo che il cuore del problema della crisi della concezione formale del diritto riguardi proprio, in generale, la non effettività di quanto dichiarato, e che le metodiche ipotizzabili per affrontarlo siano comunque di approfondimento delle condizioni di effettività.

Così, ad esempio, al valore della certezza del diritto, e della sanzione, dovrebbe essere conferita la dimensione di effettività costituita dalla applicazione ed esecuzione di una sanzione all'autore riconosciuto di una violazione; più che quella formale della predefinizione legislativa del fatto e della sanzione, cui poi può anche non corrispondere appunto l'effettività della sanzione e quindi della funzione di protezione del diritto.

Va fatto rilevare altresì come nel nuovo codice penale francese non siano stati previsti in generale i minimi edittali e conseguentemente neppure le circostanze attenuanti del reato.

In effetti, la definizione formale della fattispecie appare insufficiente rispetto al problema del minimo di significato. Non sono definibili (in astratto e in generale) il minimo economico di consistenza del furto e della truffa, il minimo della colpa ovvero del dolo, della capacità d'intendere e di volere, della pericolosità del fatto e del soggetto, del concorso e della partecipazione.

Con il riferimento alla mancanza di lesività in concreto (della concezione c. d. realistica del reato) ovvero al problema della minima lesività, il problema della insufficienza del modello formale della previsione legislativa è posto appunto limitatamente al profilo della lesività; così (se questo almeno non è inteso in modo tautologico e quindi inadatto all'argomentazione) non riguarda gli altri aspetti, ad esempio appena indicati, del reato e del giudizio. Inoltre, con il criterio della minima lesività il problema della soglia (cioè della insufficienza epistemologica del concetto di soglia, della inadeguatezza del concetto di limite) è solo spostato in avanti, fra la lesività minima e la non minima, appunto. Il problema è quello della semplicità dell'alternativa fra sì e no, fra vero e falso.

Verso la fine degli anni Sessanta, in Italia, è stato posto il problema della politicità del diritto, della non neutralità rispetto ai valori e agli interessi, individuali e dei gruppi, sia delle norme che delle decisioni e delle scelte del giudice.

La distinzione del diritto dalla morale e dalla politica costituisce una connotazione fondamentale della cultura moderna, invero della *modernità*, che oggi appare in crisi. La concezione formale del diritto, dell'autosufficienza delle forme di legge e di codice, e della tecnicità delle operazioni giuridiche, è definitoria appunto di quella distinzione. Le ragioni della crisi, come si è visto, sono diverse e profonde, di grande rilevanza generale. Un termine sintetico può essere la complessità, nel senso della consapevolezza culturale della complessità.

La carenza di tassatività e determinatezza costituisce una caratteristica della categoria del delitto politico, per la complessità della nozione (dell'oggetto) della tutela e dell'offesa, la stabilità dell'assetto sociale e istituzionale, cui corrisponde in concreto la complessità della dimensione soggettiva, l'organizzazione, che va considerata appunto nozione indispensabile per compromettere la stabilità dell'assetto sociale e istituzionale.

Nel diritto romano, i *delicta*, a struttura semplice, erano oggetto del processo civile, formulare, quand'anche comportassero la sanzione penale; i *crimina*, lesivi dei valori fundamenta-

li della società, parimenti il parricidio e la *perduellio*, il crimine di tradimento, erano oggetto del processo comiziale.

Nella *Riforma della legislazione penale toscana* del 1786 il Granduca Pietro Leopoldo stabilì l'abolizione della categoria dei *crimina laesae majestatis*, che non coincidessero con delitti comuni, per la mancanza di tassatività e determinatezza di quella nozione. Tale esperienza è rimasta unica.

Il problema della carenza di determinatezza delle nozioni penalistiche complesse può essere affrontato attraversando la problematica, e la teoria, dell'organizzazione, come terreno di definizione di criteri di argomentazione e quindi di controllo dell'argomentazione.

La nozione e quindi la teoria dell'organizzazione costituisce, in generale, una risposta al problema della complessità: un modo di riduzione della complessità, per usare il linguaggio di Luhmann.

Va detto qui incidentalmente come le nozioni di banditismo, di mafia, di terrorismo, cui sono corrispondenti precipue figure delittuose associative, costituiscono dei modi di riduzione della complessità: che in confronto ai modi possibili mediante la teoria dell'organizzazione possono essere giudicati insufficienti (generici).

Nozione fondamentale della teoria dell'organizzazione è quella di funzione, che definisce una relazione meno impegnativa di quella causale, ma valutata entro un contesto, e che quindi è nozione più ricca: espressione di un'analisi multifattoriale e appunto contestuale.

La problematica della criminalità organizzata può essere affrontata in modo generale e sistematico applicando la teoria dell'organizzazione, e la nozione di relazione funzionale, alle comuni nozioni delittuose: le cui tipologie possono essere considerate sufficientemente definitorie del modello generale organizzativo di un'attività delittuosa: in relazione a cui si possono stabilire poi il tipo e la consistenza delle relazioni personali. Non è questo, ovviamente, il luogo per affrontare questo tema. Basti dire che la problematica della criminalità organizzata può essere articolata secondo una disciplina di carattere generale, concernente le categorie, le nozioni, i criteri di argomentazione, della teoria dell'organizzazione, ed il riferimento alle comuni nozioni delittuose di parte speciale, in relazione a cui può essere stabilita e parametrata la misura della pena per il contributo personale alla dimensione generale organizzativa. Proprio in questa direzione si muove, mi

sembra, la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* firmata a Palermo nei giorni 12-15 dicembre 2000.

La problematica del delitto politico può essere sovrapposta a quella dell'organizzazione di un'attività delittuosa. Infatti, da un canto, come si è accennato, la dimensione organizzativa stabile di una pluralità di persone appare indispensabile a costituire la contraddizione della stabilità dell'assetto sociale e istituzionale, che è definitoria della categoria del delitto politico. D'altro canto, tale contraddizione dipende dalla realizzazione di delitti comuni. Così, la categoria del delitto politico perde specificità, con il riferimento della teoria dell'organizzazione, e della nozione di relazione funzionale, alle comuni nozioni delittuose.

Proprio allo stesso modo, in una dimensione sistematica della problematica della criminalità organizzata, perde specificità, ad esempio, la nozione di mafia.

Nei termini precedenti, l'approccio finisce per essere addirittura capovolto rispetto a quello tradizionale. Dal punto di vista politico criminale, non c'è dubbio che le problematiche della criminalità organizzata e del terrorismo costituiscono i settori di maggior rilevanza, oltre che di maggiore complessità, nel campo penalistico. Non può essere considerata in alcun modo ragionevole la prospettiva di sottrarre specificità a queste problematiche; anzi, è ragionevolmente prevedibile l'incremento futuro di tale specificità: per ragioni sia reali, attinenti alla dimensione dei fenomeni, sia culturali, relative cioè al tipo di considerazione che vien fatta dei fenomeni medesimi. Se d'altra parte ritagliamo tutti gli aspetti sopra indicati di difformità rispetto alla concezione formale tradizionale del diritto penale, concernenti sia la rieducazione ed il trattamento, che le forme di patteggiamento, di diritto penale classico rimane davvero ben poco, nella realtà concreta dell'amministrazione della giustizia. Ciò pone ovviamente il problema indicato della ridefinizione della problematica stessa delle garanzie.

L'ultima parola-chiave della mia analisi della destrutturazione del sistema codicistico si chiama *globalizzazione*. La codificazione ha corrisposto storicamente – nonché, mi viene di dire, fisicamente – al processo di formazione dello stato nazionale. La crisi della dimensione dello stato nazionale riguarda il carattere vieppiù internazionale e sovranazionale di tutte le attività umane, quindi di quelle delittuose, e delle risposte politiche e istituzionali, queste per ragioni tanto reali quanto culturali, ovvero insieme reali e culturali.

Globalizzazione del diritto equivale sia alla correlazione, che al superamento delle differenze, fra i sistemi giuridici e istituzionali dei vari Stati. Questa problematica sottolinea l'importanza e l'opportunità dei principi generali, come punti d'incontro e di mediazione delle differenze: basti pensare alla rilevanza culturale assunta dalla nozione di diritti dell'uomo. Nell'analisi della globalizzazione vengono confermate inoltre la problematicità della distinzione del giuridico dal politico e la rilevanza della flessibilità delle forme, dei criteri e delle tecniche del diritto: proprio quali strutture e strumenti di mediazione. La *flessibilità* appare anzi una caratteristica precipua del diritto della globalizzazione. Va ribadito anche a questo proposito come la flessibilità possa essere considerata corollario della *complessità*, dell'oggetto e del metodo, cioè del dato e dell'osservazione, o – se si preferisce – viceversa.

Sotto un profilo diverso, per quanto collegato, sembra ragionevole, poi, la previsione che nel confronto e nell'incontro fra i sistemi diversi, nella globalizzazione, i sistemi flessibili prevalgano su quelli rigidi, per la maggiore adattabilità; con tutte le ricadute, di carattere istituzionale, culturale e professionale che è possibile prefigurare: cioè la prevalenza delle relative culture, ad esempio degli studi professionali di quei paesi, e così via.

Nella riflessione sulla complessità, riferita al diritto, sembra indispensabile sottolineare come la complessità stessa del sistema costituisca un elemento di garanzia, per la molteplicità sia dei punti che degli oggetti di osservazione e quindi di controllo. Si pensi, dal punto di vista politico, alla dimensione della democrazia e a quella della globalizzazione, dal punto di vista empirico e scientifico, alle analisi multifattoriali, dal punto di vista logico, ai modelli e ai procedimenti complessi di argomentazione.

Così, nella prospettiva della complessità e della teoria dell'organizzazione, la problematica delle garanzie del cittadino può essere integrata e anche ridefinita in termini funzionalistici: garanzie sono pure quelle di collegialità dei giudici, di professionalità, formazione e aggiornamento, di controllo e responsabilità, di validità dei criteri di valutazione e di controllabilità empirica delle valutazioni.

Se un aspetto della responsabilità è definito attraverso un criterio di valutazione (la colpa, oppure il contributo costitutivo del concorso nel reato), e non è definibile nei termini astratti e generali del modello di comportamento, la garanzia è costituita

dalla cultura sottostante alla valutazione, dal modello – piuttosto – dell'argomentazione, e dalla controllabilità empirica e sociale di queste. Il problema così indicato non è contemplato nella concezione formalistica del diritto.

Da tutta l'analisi condotta in questa sede mi sembra emerga l'opportunità per la formazione dei giuristi degli studi sociologici, storici, di scienza della politica.

In generale, la problematica dell'organizzazione, come del rapporto fra costi e benefici, deve essere attraversata scientificamente con riferimento parimenti alla giurisdizione e all'amministrazione della giustizia, cioè alle strutture ed al funzionamento degli uffici, ai rapporti fra le strutture istituzionali, fra queste e i cittadini, fra le stesse e le persone oggetto delle indagini e dei giudizi.

In conclusione, l'attraversamento della problematica della complessità, per l'analisi dei profili e delle ragioni della crisi attuale del sistema giuridico e penale, sollecita perciò, inevitabilmente, la riflessione intorno alla necessità di revisione ed aggiustamenti di tipo costituzionale, che esula però dalle mie competenze.

RIASSUNTO

La crisi del sistema penale va intesa soprattutto nei termini dell'insufficienza del modello teorico e istituzionale presupposto dalla codificazione in confronto alle ragioni della complessità della fase storica, della società e della cultura attuali. Gli aspetti e le spiegazioni fondamentali della destrutturazione del modello istituzionale e culturale dello stato di diritto riguardano così la democrazia, cioè il carattere pluralistico della società e del potere, le funzioni dello stato sociale, la problematica dell'organizzazione, la globalizzazione, ovvero la dimensione internazionale delle attività umane, delle risposte istituzionali e della politica. Queste ragioni suggeriscono l'adozione di diversi approcci culturali, metodologici, costituzionali.

SUMMARY

The existing crisis of penal system must be considered, above all, in terms of insufficiency of the theoretical and institutional pattern that codification assumes in comparison with the complexity of the current historical period, of the present society and culture. The de-structuring of institutional and cultural pattern of constitutional state has fundamental explanations in democracy, that is the pluralistic aspect of society and power, in the functions of welfare state, in the organization problem, in globalization, that can be defined as international dimension of human activities, institutional reactions and politics. These reasons suggest the adoption of cultural, methodological and constitutional approaches different from the existing ones.

RÉSUMÉ

La crise du système pénal doit s'entendre surtout dans les termes de l'insuffisance du modèle théorique et institutionnel impliqué de la codification en relation aux raisons de la complexité de la phase historique, de la société et de la culture actuelles. Les aspects et les explications fondamentales de la destruction du modèle institutionnel et culturel de l'État de droit regardent ainsi la démocratie, c'est-à-dire le caractère pluraliste de la société et du pouvoir, les fonctions de l'État social, la problématique de l'organisation, la globalisation, ou bien la dimension internationale des activités humaines, des réponses institutionnelles et de la politique. Ces raisons conseillent l'adoption de plusieurs approches culturelles, méthodologiques, constitutionnelles.