GIUSTIZIA INSIEME

Scienza e Logica del Diritto

Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità di Salvatore Aleo

di Salvatore Aleo

19 giugno 2020

Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità

di Salvatore Aleo

Sommario. 1. Premessa. – 2. L'assetto culturale e storico della codificazione. – 3. Destrutturazione del modello culturale e istituzionale della codificazione. – 4. La complessità. Analisi funzionale e teoria dell'organizzazione. – 5. Complessità e diritto penale. – 6. Per un diritto flessibile.

1. Premessa

L'occasione che mi è stata data di scrivere su questa rivista mi ha indotto a rappresentare alcune riflessioni sul modello dello Stato di diritto che ritengo necessarie, utili a stimolare un confronto.

Il modello dello Stato di diritto subisce delle trasformazioni importanti e anche epocali, pure irreversibili, che possono essere rappresentate come 'crisi' solo nel senso più originario di questo termine che prescinde da ogni connotazione negativa e ha invece una dimensione puramente descrittiva.

2. L'assetto culturale e storico della codificazione

Il modello illuministico-ottocentesco-liberale-continentale dello Stato di diritto e della codificazione è stato fondato sul primato della forma della legge e sulla centralità e autosufficienza della forma di codice, sul principio di legalità, come garanzia della dimensione individuale (rispetto agli altri individui e allo Stato), sui valori di certezza del diritto, uguaglianza fra i cittadini di fronte alla legge, prevedibilità delle decisioni giudiziarie, sulla separazione fra i poteri dello Stato. Di questo modello sono corollari fra l'altro l'indipendenza e irresponsabilità politica della magistratura e l'obbligatorietà dell'azione penale.

Beccaria chiese ai sovrani leggi poche, semplici e chiare, pene miti ma certe, processi veloci e con le prove, l'abolizione della tortura e della pena di morte; escluse addirittura che «l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori» e considerò che «Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni»**[1]**. Montesquieu aveva ritenuto che «i giudici della nazione sono soltanto [...] la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati [senz'anima], che non possono regolarne né la forza né la severità»**[2]**. Al giudice era così attribuita (riconosciuta) una funzione meramente e assolutamente ricognitiva: del fatto, del suo autore e della legge.

Le trasformazioni principali avvenute più recentemente riguardano la moltiplicazione e proliferazione legislativa, al di fuori e a prescindere dalla forma di codice, la perdita di tassatività, nonché di astrattezza e generalità, della forma della legge, l'aumento esponenziale del potere discrezionale dei giudici e degli spazi di valutazione di tutti i magistrati, la enorme riduzione della prevedibilità delle decisioni giudiziarie; ciò è avvenuto in tutti i settori, massimamente in quelli in cui è più forte la dimensione welfaristica o assistenziale (diritto di famiglia, diritto minorile, diritto del lavoro**[3]**), nonché nel diritto penale, in cui il giudice è stato chiamato vieppiù a scelte di opportunità, di giustizia sostanziale; senza che, d'altra parte, queste trasformazioni siano state compensate da svolte e modificazioni, correzioni, del modello, che cioè ne tengano conto. Un altro fenomeno, in parte collegato, è la riduzione delle differenze e della distanza fra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*. Prima di soffermarci e riflettere su questi aspetti, occorre tener conto delle condizioni principali e dei contesti in cui si è sviluppato il modello che abbiamo definito illuministico-ottocentesco-liberale-continentale.

Dal punto di vista storico-culturale, quel modello ha costituito il superamento dell'assetto medievale e ha corrisposto all'incontro fra tre grandi importanti filoni: il razionalismo,

soprattutto tedesco e soprattutto seicentesco; l'illuminismo, francese, ma anche tedesco, lombardo, napoletano; la religione cattolica. Il razionalismo, ovvero l'idea della verità assoluta, del primato della ragione, della ragione universale, fondata in ultima analisi sulla volontà di Dio; l'idea della perfettibilità umana e quindi anche della storia come progresso. L'illuminismo, ovvero la rappresentazione individuale della società e del diritto come strumento di garanzia e tutela della libertà individuale e dell'uguaglianza fra i cittadini; la formula del contratto sociale. La cultura cattolica, ovvero la nettezza e universalità della distinzione fra bene e male, fra virtù e peccato, l'idea stessa della soglia: la soglia del peccato, come del diritto, quindi del delitto e della garanzia.

La codificazione è stata un'operazione di semplificazione e razionalizzazione del diritto, nella fase storica in cui tutte le scienze credettero nelle leggi di natura, universali, che governano il mondo. In tal senso, tuttavia, appare tanto opportuno quanto sofisticato precisare che, storicamente, è stato soprattutto il linguaggio della fisica debitore di quello giuridico, e religioso, non viceversa. Importanti appaiono in proposito le considerazioni svolte da Kelsen**[4]**.

L'illuminismo è stato soprattutto una reazione (polemica) di intellettuali nobili contro l'arbitrio e le nefandezze dei magistrati e le miserie degli avvocati, oltre che i privilegi cetuali ed ecclesiastici **[5]**. Da questo specifico punto di vista si pensi nei periodi precedenti alle opere dei grandi umanisti francesi, Rabelais e Montaigne. Il primo ha descritto il giudice Brigliadoca che amministra la giustizia con i dadi (che peraltro egli non vede più tanto bene, per la vecchiaia, e gli può capitare di scambiare «un quattro per un cinque»), e spiega (di fronte alla domanda di «Sparabubbole Primo Presidente di quella corte») che questo tipo di giudizio non è meno equo di quelli fatti dai suoi colleghi**[6]**. Così Guicciardini ha scritto che le sentenze «de' Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso», non sono mediamente peggiori di quelle «date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de' giudici»**[7]**. Montaigne ha scritto un saggio bellissimo sui selvaggi (i cannibali) invitando i propri simili a considerare le loro forme di barbarie e crudeltà, peggiori appunto del cannibalismo**[8]**.

La codificazione non sarebbe stata concepibile a prescindere dalla straordinaria attitudine e pretesa e capacità di semplificazione della cultura illuministica e appare fondata sulla logica binaria. Tutta la codificazione ha una struttura binaria semplice: l'autore e la vittima, così come i contraenti, ma anche il vero e il falso, il colpevole e l'innocente. Soggetto tipico della codificazione è chiunque, individuale e astratto; non ci sono i gruppi, le aggregazioni sociali, neppure la famiglia.

Kant descrisse la società come composta da individui, che hanno rapporti e conflitti con altri individui, mediati dallo Stato-arbitro.

Francesco Carrara, a metà ottocento, definì lo Stato come un muro di cinta che protegge i diritti degli individui; espresse la pretesa di edificare il diritto criminale come scienza: come dottrina matematica, dopo le fasi teologica e metafisica, fondata sui principi assoluti e universali della ragione, espressione in ultima analisi della volontà di Dio; definì l'oggetto peculiare di tale scienza nel delitto, come ente giuridico (astratto).

Dal punto di vista storico-sociale, quel modello culturale e istituzionale è stato concepito ed edificato in una società divisa in classi, priva di mobilità, a struttura piramidale, cioè con ceti dirigenti ristretti e culturalmente omogenei: analoghe abitudini alimentari, civili, religiose, ludiche. I detentori del potere economico e politico ritenevano che le loro poche idee fossero la verità, unica possibile, assoluta e universale. È precipua, così, la tendenza alla formalizzazione di tutte le condotte quotidiane. Si pensi, nei secoli precedenti alla codificazione, alle opere del *Cortegiano*, di Baldassar Castiglione**[9]**, al *Galateo*, di Monsignor Della Casa**[10]**, al *Dottor volgare* di De Luca (1673), soprattutto agli *Scritti pedagogici* di Jean-Baptiste de la Salle**[11]**, fondatore dell'ordine dei fratelli delle scuole cristiane. Questi ultimi sono stati redatti negli anni fra 1706 e 1720 e vi sono rappresentati, con disposizioni normative numerate e articolate, definiti nei più piccoli dettagli, tutti i comportamenti possibili che bisogna esigere dai bambini a scuola e quelli che bisogna tenere nei confronti degli stessi, come le caratteristiche che devono avere la scuola e l'insegnamento.

Dal punto di vista storico-economico, quel modello culturale e istituzionale è stato corrispondente al processo di superamento dell'economia feudale e di formazione del mercato, al processo di formazione del sistema della proprietà privata e del contratto. Si pensi a tale ultimo proposito ai trattati di Pothier, di metà settecento, sui contratti e le obbligazioni. La certezza del diritto costituisce un preciso semplice criterio di funzionalità del mercato, perché consente ai soggetti che vi intervengono di conoscere preventivamente le conseguenze giuridiche dei loro comportamenti.

Dal punto di vista storico-politico, la costruzione del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto ha corrisposto al processo di formazione dello Stato moderno, attorno all'identità nazionale. La funzione che possiamo ritenere definitoria dello Stato di diritto è essenzialmente regolativa e prevalentemente inibitoria, definita dalla forma della legge e svolta dalla stessa forma della legge, dalla comunicazione del messaggio: l'individuo è libero di fare tutto ciò che vuole tranne le poche cose che sono espressamente vietate. L'idea liberale dello Stato minimo. Il

diritto penale è il plinto, d'altronde l'*extrema ratio*, di questa costruzione. Ciò contribuisce anche a spiegare sia l'importanza che la fortuna dell'opera di Beccaria, insieme alla rilevanza delle sue proposte e al linguaggio e alla esposizione chiari e semplici, alla portata di tutti (mentre ancora quasi cinque secoli dopo la Divina Commedia le opere dei giuristi erano in latino, come per esempio gli *Elementa iuris criminalis* di Filippo Maria Renazzi, docente di diritto criminale dell'Archiginnasio romano, come si chiamava l'Università di Roma, degli anni 1773-1786).

Il modello culturale sottostante è formalistico in un senso più profondo di quello che riguarda la legge (in quanto) scritta, perché è fondato sulla predeterminazione formale di tutte le nozioni che utilizza. Così, emblematicamente, nella categoria e nel giudizio causale: fondati sulla predefinizione formale dei tipi, delle tipologie, degli eventi di cui si tratta, fra cui è effettuato il collegamento (logico-conoscitivo).

Il modello culturale e istituzionale così sinteticamente rappresentato ha subito poi una fortissima contraddizione, un fortissimo scuotimento, ad opera sia del pensiero socialista che delle nuove scienze, l'antropologia, la sociologia, la psicologia, la statistica, che hanno progressivamente e successivamente influito nel processo di deformalizzazione, di destrutturazione dell'assetto formalistico del modello, appunto, illuministico-liberale. La statistica e la sociologia hanno espresso in modo particolare la rappresentazione del molteplice.

Una domanda che i giuristi non si fanno, che non mi è capitato di veder fare dai miei docenti e dai miei colleghi, riguarda le ragioni principali di difformità del sistema di *common law*, posto che la società che lo espresse inizialmente non mi pare fosse tanto diversa da quelle continentali, in cui si è affermato il modello codificato. Preferisco tentare di rispondere in modo conviviale e approssimativo piuttosto che rimuovere il problema**[12]**.

In primo luogo può considerarsi come nel XIII secolo funzionassero già bene in Inghilterra le giurie popolari formate dai notabili e abbienti. Inoltre ivi si affermò il sistema dell'*equity*, del ricorso al sovrano da parte di chi non avesse ricevuto giustizia, amministrato dal lord cancelliere, che di solito era un ecclesiastico. Ancora può farsi rilevare la differenza profonda del rapporto fra chiesa e stato e la non precisa connotazione cattolica. Infine bisogna considerare, soprattutto sintomaticamente, come gli inglesi abbiano avuto Locke e Hume, convenzionalisti, possiamo dire sociologi *ante litteram*, al posto di Cartesio, Leibniz e Rousseau.

Il sistema della codificazione ha costituito un'esperienza storicamente molto limitata, frutto indubbiamente di una grande semplificazione, nonché di una centralità e omogeneità dell'assetto di potere.

Va fatto rilevare, in proposito, come la codificazione giustinianea vide la luce solo dopo che l'esperienza politica e giuridica romana era finita e in oriente; fu il risultato semplificatorio di un potere autoritario imperiale, che elesse a norme le opinioni di alcuni giuristi; ebbe limitato vigore nelle zone dell'influenza bizantina; trovò dimensione importante negli studi medievali dei glossatori e commentatori.

Il sistema del diritto romano era casistico. Vi è certamente maggiore continuità con quello di *common law*, almeno dal punto di vista processuale. I *crimina* vi erano giudicati nei comizi.

Il sistema della codificazione moderna ha funzionato (assicurando certezza) in modo unilaterale dall'alto verso il basso: essenzialmente come sistema rivolto ai ceti subalterni da parte dei detentori del potere, politico ed economico. Può essere considerato emblematico, ed è pure superfluo ricordare, come nei codici penali i capitoli più ampi ed articolati siano quelli dei delitti contro lo Stato e l'autorità e dei delitti contro il patrimonio.

Nel nostro codice penale del 1930, elaborato da giuristi di valore, furono stabiliti pene e criteri penali molto severi e fu assegnato al giudice un grande potere discrezionale: perché il codice è particolarmente moderno e perché il fascismo aveva fiducia nella 'sua' magistratura, i cui esponenti prestarono appunto giuramento di fedeltà. Particolare potere discrezionale fu riservato al controllo giurisdizionale dell'attività della Pubblica amministrazione. Dagli anni settanta del XX secolo questa tendenza si è sviluppata in modo che possiamo definire esponenziale. In contrario può essere considerato marginale e sostanzialmente fallito il tentativo operato con la legge di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione del 1990, immediatamente prima che scoppiasse Tangentopoli.

3. Destrutturazione del modello culturale e istituzionale della codificazione

Il processo che possiamo definire di destrutturazione formale del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto ha certamente avuto a che fare, a partire dagli anni settanta del secolo XX, con la legislazione speciale, ovvero dell'emergenza, relativa ai fenomeni terroristico e mafioso**[13]**. Ma sarebbe un errore legare a questi fenomeni sociali criminosi quello della legislazione speciale. Basti pensare in proposito a tutta la stagione delle riforme, degli anni settanta e ottanta, a partire, possiamo dire, dallo Statuto dei lavoratori, passando per l'introduzione del divorzio, la riforma del diritto di famiglia e l'introduzione dell'aborto, la

riforma di parte generale del codice penale del 1974 (nel senso dell'ampliamento del potere discrezionale del giudice), le riforme dell'ordinamento penitenziario. Il termine 'decodificazione' è stato coniato da un civilista, Irti[14]. D'altro canto, abbiamo accennato, sarebbe semplicistico parlare di 'crisi' del modello, quanto piuttosto di trasformazione, rilevantissima, essenziale.

Va considerato, piuttosto, che l'assetto giurisdizionale determinatosi in materia di antiterrorismo e poi soprattutto di lotta alla mafia ha avuto effetti che possiamo definire di trascinamento sul complesso dell'attività giurisdizionale e innanzitutto investigativa, e bisogna pure tener conto che ciò è avvenuto, appunto precipuamente in materia penale, con il consenso popolare.

Oltre la proliferazione legislativa, quindi la perdita di centralità ed essenzialità del codice, sono cambiate le coordinate essenziali della legge e della legislazione. La legge ha perduto le sue aspirazioni e caratteristiche di tassatività; non è soltanto o prevalentemente descrittiva (di modelli di fatto: fattispecie, interindividuali); non è rivolta prettamente ai cittadini. La legge definisce anche principi e introduce criteri di esercizio e di orientamento della discrezionalità, che non è solo valutativa, ma che possiamo definire anche operativa. La legge è rivolta principalmente agli operatori. Le norme non descrivono solo eventi (astratti e generali, opera di chiunque) ma riguardano anche fenomeni, appresi nella loro dimensione sociale e storica concreta: il terrorismo, come la disoccupazione. L'emergenza è quindi anche il risultato di un modo nuovo e diverso di guardare le cose. La mafia, ma come la criminalità organizzata, sono nozioni prettamente sociologiche, adottate dal linguaggio comune prima che da quello della legislazione e dei giuristi.

Le prime parole chiave, per rappresentare le ragioni principali del processo che abbiamo definito di destrutturazione formale del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto, sono la *democrazia*, valore che consideriamo non negoziabile, e la *velocità delle trasformazioni* degli assetti socio-culturali, delle condizioni economiche, dei rapporti politici.

La nostra è una società complessa, multiforme, multiculturale, caratterizzata da una molteplicità di centri di rappresentazione politica degli interessi e degli interessi rappresentati; inoltre, estremamente e velocemente mutevole. Si fa fatica a trovare punti di accordo ed equilibrio sugli elementi normativi e, quando li si trova, questi sono risultato di compromessi contingenti, quindi anche destinati a durare poco. Le leggi sono prodotte non con l'idea di rappresentare la verità assoluta e universale, ma per regolare un fenomeno rilevato (emerso), sono (pure considerate) addirittura beni deperibili: la morte di un leader politico, il cambiamento di un vertice sindacale, un delitto efferato o eccellente, altri accidenti, sono sufficienti e rompere l'equilibrio, precario, stabilito. La velocità delle trasformazioni sociali, economiche, culturali, politiche induce il facile

superamento di tutte le determinazioni su cui pure si è trovato consenso. Non si fa in tempo a trovare un accordo che già sono mutate le condizioni a contorno.

Un'altra parola chiave, connessa con la democrazia, è lo *Stato sociale*.

Mentre, come abbiamo detto, le funzioni definitorie dello Stato liberale di diritto sono quelle essenzialmente regolativa e prevalentemente inibitoria, affidate alla forma stessa della legge, confermate e rafforzate dalla sua applicazione ed esecuzione, che ne sono corollari, le funzioni definitorie dello Stato sociale, di segno positivo e propulsivo, a) non sono sussumibili direttamente e semplicemente nella forma astratta e generale della legge; b) non sono svolte dalla legge, che definisce le funzioni da realizzare e i criteri, ne stabilisce le regole procedimentali, ma sono affidate direttamente agli operatori, alla discrezionalità operativa degli operatori. Può parlarsi, in proposito, di amministrativizzazione e procedimentalizzazione dell'intera sfera giuridica.

Un'altra parola chiave riguarda la *dimensione monopolistica dell'economia*, fattore essenziale di corruzione (la parola che meglio corrisponde al mio pensiero è destrutturazione formale) del modello liberale ottocentesco dello Stato di diritto.

Le forze economiche sono prevalenti in tutte le fasi della problematica giuridica: a) intervengono nel processo di produzione legislativa, condizionandolo; b) sono preponderanti nella dimensione socio-economica: si consideri emblematicamente il contratto per adesione; c) sono enormemente più forti degli altri cittadini nella realtà processuale, nelle vicende giudiziarie, per svariate ragioni; inoltre, d) soprattutto fra di loro, trovano forme di composizione e mediazione dei conflitti su terreni e tavoli diversi da quelli giuridici (giurisdizionali) ordinari.

Il diritto dello Stato sociale di diritto non è più di 'chiunque', ma dei settori e delle componenti socio-economiche di volta in volta, direttamente, interessati e protagonisti.

Una parola chiave fondamentale è la *globalizzazione*, la dimensione internazionale e sovranazionale delle attività umane, lecite e illecite, e (dei tentativi) delle risposte istituzionali. Tentativi, perché la risposta sovranazionale è troppo più complessa e difficile, da omogeneizzare ed esprimere, di quella nazionale.

Nella globalizzazione, non si capisce mai bene quali siano gli strumenti giuridici utilizzabili, di fronte al caso concreto. Le stesse dinamiche delle Corti internazionali e sovranazionali, dei rapporti di queste con le Corti interne, nonché con le Corti costituzionali dei singoli Paesi, contribuiscono in modo rilevante alla destrutturazione formale del modello unitario (normativo, istituzionale e culturale) dello Stato di diritto.

Un'altra parola chiave sono le *tecnologie della comunicazione*.

Internet ha una funzione autonoma e peculiare di superamento della dimensione nazionale, di qualsiasi metodica, e della formalizzazione realizzata delle metodiche: perché crea sempre nuova formalizzazione, in tempo reale. La realtà e la logica delle reti è sicuramente uno strumento straordinario della democrazia, perché dà voce a tutti, a chi l'abbia, ma costituisce anche pericoli di strumentalizzazioni ed egemonizzazioni, da parte dei detentori sia del potere politico sia degli strumenti informatici di comunicazione.

Una parola chiave comprensiva e riassuntiva delle precedenti in una dimensione metodologica ed epistemologica è la *complessità*. Il senso brutale di questo saggio è che le metodiche, gli strumenti e l'approccio classici del giurista occidentale non reggono il confronto, il rapporto, lo scontro, con la complessità, reale e culturale, cioè dei fenomeni, della rappresentazione che se ne fa, della stessa società. Questa nozione è considerata qui comprensiva delle precedenti nel senso che la democrazia è complessità della dimensione sociale, le funzioni dello Stato sociale sono complesse in confronto a quelle dello Stato liberale, e così via.

4. La complessità. Analisi funzionale e teoria dell'organizzazione

Complesso è l'opposto di semplice, come complicato, ma non vuol dire complicato. Vuol dire intrecciato, avviluppato, dal latino *complexus*. Il senso in cui noi lo usiamo, coerentemente con quello diffuso nel linguaggio delle scienze sociali, è di (risultato dell'analisi) multifattoriale e contestuale, in senso sia spaziale che temporale, quindi ambientale e dinamico. Complesso è un insieme di elementi considerati in correlazione fra di loro e alla stregua di un contesto, ovvero un *sistema*.

Questo significato è stato espresso la prima volta in un breve saggio di Warren Weaver, matematico statunitense, *Science and complexity*, nel 1948**[15]**. L'Autore ha distinto fra complessità organizzata e complessità non- o dis-organizzata, facendo riferimento rispettivamente alla teoria dell'organizzazione e alla teoria dei flussi**[16]**.

È straordinario come lungo gli anni sessanta del secolo XX due studiosi di discipline affatto diverse abbiano scritto cose simili, comunque assimilabili, parallelamente e senza citarsi.

Luhmann, sociologo tedesco, ha messo in crisi la categoria causale, vi ha contrapposto il metodo funzionalistico, costruendo alfine la teoria dei sistemi sociali**[17]**. In modo assolutamente peculiare, Luhmann ha sostenuto che tutto ciò che è spiegabile in termini causali può essere meglio rappresentato in termini funzionali; mentre non è vero il reciproco, perché vi sono rappresentazioni funzionali non suscettibili di spiegazione causale**[18]**. Ciò vuol dire che il modello funzionalistico (quantitativo, multifattoriale e contestuale) è più ampio e generale di quello causale (binario e qualitativo). L'analisi funzionalistica dei sistemi sociali di Luhmann ha messo in evidenza come la logica binaria (fondata sulla predefinizione astratta e generale dei tipi e dei dati fra cui stabilire il collegamento) e lo schema causale siano inadeguati di fronte ai problemi posti dalla complessità organizzata e di fronte allo stesso concetto di problema**[19]**. La scienza ha sostituito come proprio oggetto la verità da scoprire con i problemi da risolvere.

Von Bertalanffy, biologo austriaco con la curiosità per la psicologia, tenendo fra l'altro direttamente in considerazione lo schema di Weaver, ha descritto la crisi del modello binario, dunque causale, e ha costruito la teoria generale dei sistemi, viventi**[20]**. Secondo questo Autore, «Si può definire sistema un complesso di componenti in interazione»**[21]**.

La *funzione* è divenuta la chiave di lettura generale della teoria dei sistemi.

La validità generale della funzione (nozione inizialmente matematica) in confronto alla causalità era stata sostenuta da Mach e da Russell.

A proposito del primo, che cercò di sostituire il concetto di causa con quello di funzione, mi piace ricordare che Robert Musil (nato nel 1880), dopo essere diventato ingegnere, nel novembre 1903 si immatricolò nella Facoltà di filosofia dell'Università di Berlino, dove il 14 marzo 1908 discusse una dissertazione di laurea sulle teorie di Ernst Mach, che aveva messo in crisi le sicurezze del positivismo e del cui «scetticismo incorruttibile» (così definito da Albert Einstein) Musil era affascinato. Mach, nato nel 1838, fu colpito da un ictus nel 1897, dopo continuò a insegnare e divenne membro del Parlamento austriaco, e morì nel 1916**[22]**.

Le posizioni di Mach furono riprese con vigore da Bertrand Russell nel saggio *Sul concetto di causa*, del 1912. Russell nacque nel 1872 in una prestigiosa famiglia dell'aristocrazia britannica e fu tenuto a battesimo da John Stuart Mill**[23]**.

Queste posizioni di profondo rinnovamento culturale nella teoria della scienza vanno considerate accanto e insieme alle nuove teorie emerse nel campo della fisica: la relatività ristretta è del 1905, la generale del 1915 e la meccanica quantistica della fine degli anni venti: il principio di indeterminazione di Heisenberg è del 1927 e il principio di complementarità di Bohr

è del 1928. Queste concezioni hanno certamente e fortemente influito sulla crisi dell'idea di una verità assoluta e universale, che la scienza ha il compito di scoprire. In modo particolare, hanno supportato l'idea che qualsiasi conoscenza è relativa alla soggettività sia del punto di osservazione, che della costruzione del contesto, che del metodo, che si tratta di rappresentare.

L'analisi funzionale è stata sviluppata ampiamente in sociologia[24], e in antropologia[25], come l'analisi del contributo di una parte rispetto a un tutto, di un elemento rispetto a una struttura, valutati alla stregua di un contesto, spaziale e temporale.

La nozione di funzione, in confronto a quella di causa, esprime un significato più debole: non è determinante; ma è espressione di un'analisi più ricca, multifattoriale e contestuale, in senso sia spaziale, dunque ambientale, che temporale, dunque dinamica. Ha un significato innanzitutto matematico, come la relazione di covariazione fra due grandezze (non eventi, dunque, ma grandezze), e ha avuto diffusione nel linguaggio della biologia e della sociologia, come il contributo di una parte rispetto a un tutto, considerati alla stregua di un contesto, ovvero in una analisi di contesto[26].

Nella rappresentazione della epistemologia della complessità un posto centrale spetta alla teoria dell'organizzazione, che ha assunto una rilevanza generale enorme nella nostra cultura. Questa nozione ha connotazione innanzitutto e più evidentemente sociologica ed economica.

Coase, economista inglese naturalizzato statunitense, premio Nobel nel 1991, ha definito l'organizzazione come il trasferimento nella struttura dell'impresa delle transazioni tipiche del mercato, per la riduzione dei costi. Ha distinto l'organizzazione dall'organismo, che «funziona da solo», in quanto quella è costituita da «isole di potere cosciente», soggetti liberi di scelte, individui [27].

Possiamo così definire l'organizzazione di una pluralità di individui come l'insieme delle convenzioni di carattere generale che tengono luogo degli accordi caso per caso, in funzione della realizzazione di una determinata attività. Essa è costituita dalla effettività delle relazioni funzionali, fra una pluralità di elementi, in un contesto, e va tenuta distinta dall'organigramma, che ne costituisce la rappresentazione formale dei ruoli, delle posizioni.

Appare oltremodo significativo che le voci *Organizzazione*, *Ordine/disordine* e *Sistema* dell' *Enciclopedia* Einaudi siano curate da Prigogine, fisico russo naturalizzato belga premio Nobel per la chimica nel 1975, insieme con la sua allieva filosofa Stengers[28]. Significativo della rilevanza culturale assolutamente generale assunta dalla nozione di organizzazione. Prigogine ha elaborato la teoria delle strutture dissipative (i vortici), sovvertendo i termini del rapporto fra

ordine e disordine: mentre siamo abituati a pensare a un vortice, una tromba d'aria, come un disordine, egli li ha definiti come forme di auto-organizzazione della materia secondo le delimitazioni dell'ambiente; è un grande teorico della complessità e ha definito in particolare la nozione di biforcazione: come la situazione di equiprobabilità di eventi diversi al verificarsi di un evento. L'esempio può essere quello di una valanga: se cade da una parte, colpisce l'abitato e uccide le persone, se cade dall'altra parte, ostruisce un corso d'acqua e sacrifica i raccolti. In questo esempio può vedersi in modo semplice la dimensione storica della fisica.

Nei termini appena precedenti, in cui si parla di organizzazione, e auto-organizzazione, della materia, viene superata la distinzione fra complessità organizzata e complessità non- o dis-organizzata, fra sistemi organizzati e sistemi non- o dis-organizzati. Sistema e organizzazione diventano sinonimi, della epistemologia della complessità. I flussi stessi sono considerati come sistemi di organizzazione, della materia. Può osservarsi come nella transizione, fra le varie scienze, dalle scienze hard a quelle umane, dalla fisica (l'organizzazione di un cristallo), alla chimica, alla biologia (l'organizzazione della cellula, o del cervello), alla medicina, alla psicologia, all'economia, alla sociologia, al diritto, le nozioni e i significati di sistema e di organizzazione, secondo l'uso che se ne fa, siano prima sostanzialmente sovrapponibili, e subiscano via via una divaricazione: perché, via via, aumenta il numero delle variabili che possono essere prese in considerazione; e, all'estremo, la biforcazione (secondo il linguaggio di Prigogine) più pura che esiste in natura è la libertà di scelta dell'individuo, assolutamente impredicibile.

Problematiche teoriche e più propriamente morfologiche che andrebbero considerate accanto alle precedenti, ma su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, sono quelle del caos (Lorenz), delle catastrofi (Thom) e dei frattali (Maldelbrot), che costituiscono rappresentazioni diverse della complessità.

5. Complessità e diritto penale

Due giuristi belgi, van de Kerchove, e Ost, penalista il primo, filosofo del diritto il secondo, hanno affrontato la problematica della complessità, dal punto di vista giuridico, utilizzando la metafora del 'terzo': escluso dalla modernità, reintegrato dalla cultura della complessità.

Lo scotto da pagare per questa complessità è certamente l'incertezza; tale è il rischio da correre, data l'insoddisfazione nei confronti della epistemologia della semplicità, della quale è noto il carattere riduttivo o, appunto, semplificatore. Cosa diceva questa intelligibilità classica, la cui

paternità è ascritta a Cartesio, che ebbe il merito di esporla direttamente? Si trattava di isolare degli oggetti (delle sostanze), chiari e distinti, staccati da uno sfondo sfumato e separato come uno scenario teatrale. Prima semplificazione: l'oggetto, l'elemento, l'individuo, la sostanza, l'atomo dell'essere non debbono nulla a ciò che li circonda. Come se fosse possibile pensare l'elemento al di fuori del sistema che lo costituisce. [...]

[...] Seconda semplificazione: non c'è posto per le idee di ricorsività, di causalità multipla e circolare, di interazioni e di alea. Tutto viene determinato come il movimento di un orologio. [...]

Infine, l'osservatore, reso immune dalle facezie del suo genio maligno, come in un gioco di prestigio, viene fatto sparire dal teatro del metodo. Sicuro del suo "essere" in grazia del suo "*cogito*", il filosofo si trincera dietro l'"oggettività" del proprio metodo. Terza semplificazione: sappiamo oggi quanto tale oggettività non critica sia pregna di proiezioni soggettive. Solo un'epistemologia della complessità, consapevole della inevitabile *implicazione* dell'osservatore, può iniziare a dare uno statuto alla *spiegazione* che si propone di fornire.

Semplicità. Complessità. Lasciamo l'ultima parola a Morin: «Il vero dibattito, la vera alternativa vengono a situarsi ormai tra complessità e semplificazione [...]. È qui che si consuma il grande cambiamento. Sparisce l'entità di partenza della conoscenza: il reale, la materia, lo spirito, l'oggetto, l'ordine, ecc. Rimane un gioco circolare che genera tali entità». Ed ancora: «Il problema consiste ormai nel trasformare la scoperta della complessità in metodo della complessità».**[29]**

La conclusione del capitolo di questi Autori è intitolata dunque «*Il ritorno del terzo*».

Dovendo descrivere in una parola tale mutamento di paradigma parleremmo di "ritorno del terzo". Il terzo escluso. Questo terzo che il pensiero semplificatore aveva messo al bando, in un canto, fuori gioco, fuori legge, poiché tutto era sempre questo *o* quello. Talvolta, questo *contro* quello. O, allora, né questo, né quello. Niente implicazione, ma solo appartenenza totale. Niente *entre-deux*, ma solo la voragine della non-contraddizione: A=A; A non è non-A, terzo escluso. Questa logica monistica non conosceva che identità giustapposte. Qui ogni differenza è inoperante, al punto che nessun passaggio di *entre-deux* viene previsto. Il terzo, e si comprende il perché, viene espulso come un genio maligno. Quanto a noi, tutti i nostri sforzi sono stati volti ad indicare come questo terzo riapparisse nell'azione come nel pensiero. Non sotto forma di prudente compromesso ("a mezza strada") o di indaffarato eclettismo ("di tutto un po'"), ma come il richiamo di una mediazione nel profondo della differenza che viene ad insinuarsi nelle identità più salde.

Questo terzo non è estraneo al diritto. Non si dice forse che il giudice è terzo, arbitro tra le parti? E la funzione del diritto globalmente inteso non è forse di mediare le relazioni sociali? Così, dopo questa lunga digressione metodologica, allorché nei capitoli che seguono torneremo all'analisi del diritto, disporremo della categoria del terzo che, ben lungi dall'averci allontanati dal giuridico, ci riconduce all'essenza di questo termine.

Reintegrare il terzo nell'intelligenza del diritto, tale sarà il nostro obiettivo. Particolarmente appropriato apparirà il concetto di gioco, per pensare questa "nuova distribuzione di carte" alla quale il terzo è ora invitato. Difficile, infatti, è parlare di "gioco" finché non gli sia stato riservato alcuno spazio in mezzo alle certezze dogmatiche; ma, dal momento che cominciano a profilarsi taluni *entre-deux*, la partita si fa complessa, il terzo ha da dire la sua o, almeno, se figura ancora come "morto" (di nuovo la casella vuota ...), ha un posto da occupare ed il gioco può cominciare. **[30]**

La complessità, possiamo dire, è consapevolezza delle ragioni dell'incertezza, che riguardano innanzitutto la dimensione del molteplice, e quindi condizione metodologica per il 'governo' di questa.

Il "terzo", per il penalista, può essere, emblematicamente, il palo nella rapina. Nei manuali di diritto penale il contributo concorsuale è definito come "causale", e invece (per esempio) il palo nella rapina non è "causale", nel senso più rigoroso e preciso di questo termine: perché la causalità è binaria; perché il palo non è certo *condicio sine qua non* e tantomeno condizione (singolarmente) adeguata e sufficiente della rapina; perché la causalità equivale alla ricerca delle condizioni necessarie e sufficienti alla riproduzione e quindi prevenzione dell'evento, e invece la problematica concorsuale riguarda più direttamente la teoria dell'organizzazione: la rapina si può fare senza il palo, correndo maggiori rischi e però in tal caso dividendo il bottino in un minor numero di parti; e una rapina complicata si fa meglio con due pali, riducendo i rischi e dividendo il bottino in un maggior numero di parti, ma possibilmente e verosimilmente in tale ipotesi un maggior bottino. Analisi, come si vede, del rapporto costi-benefici. In generale, può dirsi, nella complessità dell'organizzazione, i nessi causali sbiadiscono, e i rapporti appaiono rilevanti secondo altri modelli analitici.

La nozione di contributo può essere definita solo in modo contestuale, con riferimento a chi presta il contributo e a chi lo riceve e lo riutilizza, ed è senza minimo concettuale. Si può contribuire a un evento anche ingente con un contributo singolarmente piccolissimo, e tuttavia in concreto rilevante. Tutte le principali nozioni penalistiche vanno contestualizzate e sono, a ben vedere, prive di minimo concettuale. Si pensi alle nozioni di dolo, colpa, causa, cosa mobile,

provocazione, legittima difesa: che vanno concepite come criteri di valutazione e misurazione. Il confronto con le altre scienze sociali può fornire al giurista criteri di verificabilità empirica di queste valutazioni**[31]**. Queste precedenti osservazione sono nella sostanza profonda abbastanza contraddittorie, distoniche, rispetto a tutta l'impostazione della dottrina e legislazione penali. Invece di essere criticate di procurare incertezza, dovrebbero e potrebbero suggerire la fallacia di tante certezze e la necessità di approfondimenti, metodologici, analitici e argomentativi.

Un passaggio metodologico assolutamente essenziale della nostra riflessione è che le nozioni di responsabilità dei modelli organizzati complessi, delle dinamiche collettive, delle associazioni delittuose, sono carenti di determinatezza e quindi tassatività, e queste carenze di tassatività e determinatezza sono corollari della complessità dei dati oggetto della considerazione, della rappresentazione normativa, dei giudizi di responsabilità. Una soluzione è indubbiamente quella semplificatoria. Così, corrisponde all'indirizzo consolidato della Corte suprema statunitense ritenere la nozione di responsabilità penale a titolo associativo contraria ai principi fondamentali del diritto penale, perché *unclair*. L'altra strada è quella di sviluppare e implementare i criteri e coefficienti della prova e dell'argomentazione, nonché di verificabilità empirica dei giudizi di valore, mediante, quindi, in primo luogo, la teoria dei sistemi e dell'organizzazione e, più in generale, il contributo di tutte le scienze sociali. Certo, suscita grande perplessità che proprio coloro che risultano addetti professionalmente allo studio e alla repressione delle forme di criminalità organizzata abbiano poca o nessuna dimistichezza con le metodiche – di rilevanza culturale peraltro generale – di cui stiamo parlando. Ma il problema stesso, così posto, è molto più ampio.

La teoria dell'organizzazione può conferire specificità alla categoria del delitto politico, tradizionalmente considerata difforme dai principi generali del diritto penale: perché la dimensione penalistica ne dipende precipuamente dalla dimensione collettiva organizzativa di delitti comuni; mentre il resto riguarda la essenzialmente la repressione del pensiero e della propaganda.

Il titolo di un bel libro della Delmas-Marty è *Le flou du droit***[32]**. Il filtro *flou* in fotografia è quello che sfuma e ammorbidisce, sbiadisce, le immagini. Il titolo si può tradurre "La vaghezza del diritto". La prospettiva analizzata è anche quella della produzione giuridica sovranazionale.

Per concludere, si dirà che, se non tutto è *flou* – in quanto le tradizionali espressioni della razionalità giuridica non sono evidentemente scomparse – vi sono comunque differenti espressioni del *flou*.

In effetti, la complessità dei meccanismi che si sviluppano sotto le diverse forme di pressione esercitata a livello giuridico dai diritti dell'uomo provoca dapprima un sentimento d'inquietudine – talora di panico – di fronte al potere discrezionale dato ai giudici ed all'incertezza di decisioni le quali risultano ad un tempo poco trasparenti e poco prevedibili.

Tuttavia, va anche considerato che la stessa complessità del sistema, il fatto che nessuna giurisdizione – nessun «Grande Giudice» – possegga la chiave per armonizzare tutti gli insiemi (o sottoinsiemi) di norme, sembra costituire una vera garanzia.

Tanto più che la razionalità giuridica potrebbe essere migliorata. Come si è potuto vedere dagli esempi, essa non impone il ritorno al solo principio di gerarchia delle norme, troppo rigido e riduttivo in un campo nel quale i meccanismi raggiungono un siffatto grado di complessità. Piuttosto, l'analisi dei diritti europei guadagnerebbe sul piano della coerenza se il ragionamento giuridico fosse più apertamente improntato ad una logica del flou che permetta di ricavare un'identità europea senza con questo sacrificare la diversità delle tradizioni giuridiche nazionali.

Questo ragionamento resta per l'appunto «giuridico» a condizione che si tratti d'un *flou* «matematizzabile», vale a dire valutato in rapporto ad un insieme di norme specificabili (gli ordinamenti giuridici nazionali per l'Europa del Consiglio d'Europa, gli ordinamenti giuridici nazionali e l'ordinamento giuridico comunitario per l'Europa dei dodici).**[33]**

Appare abbastanza significativo, nel senso dell'analisi sin qui svolta, che nel nuovo codice penale francese, entrato in vigore nel 1994, siano stati eliminati tutti i minimi edittali delle previsioni penali: lo stesso ergastolo è previsto nella forma *jusqu'à perpétuité*; parallelamente, sono state eliminate le circostanze attenuanti del reato.

6. Per un diritto flessibile

In generale, possiamo dire, il diritto e la stessa cultura del diritto abbisognano, e si avviano a un futuro, di flessibilità**[34]**. Oltre tutti gli altri argomenti suggeriti ed evocati, nella globalizzazione, i sistemi flessibili si adattano più facilmente rispetto alle differenze con gli altri sistemi, e quindi riescono a dialogare; i sistemi più rigidi sono destinati comunque a perdere e perire.

Un criterio generalissimo di amministrazione e gestione della cosa pubblica, e quindi anche della giustizia, deve essere la riduzione della burocrazia, in tutti i suoi aspetti.

In termini funzionalistici, ovvero di teoria dei sistemi e dell'organizzazione, possono essere definite e valutate le stesse strutture dell'amministrazione della giustizia e la problematica delle garanzie. Garanzie non sono soltanto quelle della forma della legge (il limite); garanzie, che si tratta di sviluppare e implementare, sono quelle della prova e della motivazione, della ragionevolezza, persuasività nonché rappresentatività democratica, quindi condivisibilità, degli argomenti dei giudizi, della professionalità, formazione, responsabilità, nel senso anche più ampio del 'senso' della responsabilità, nonché collegialità, dei giudici.

Appare significativa, dello schema così complessivamente rappresentato, l'inesorabilità storica, nonché progressività, dello spostamento della problematica delle garanzie del cittadino dal settore penalistico sostanziale a quello processuale.

Un criterio di efficienza del sistema penale sarebbe la discrezionalità dell'azione penale e, quindi, la maggiore efficacia di tutte le forme di patteggiamento e mediazione, non formalizzate.

Il processo penale deve avere pochi imputati, si deve svolgere presto e davanti a vere giurie popolari. La detecnicizzazione corrisponderebbe anche a un'esigenza di democrazia, rispetto a valori fondamentali della convivenza.

Soprattutto in campo penale, non è assolutamente accettabile il giudice monocratico.

Mi piace riportare alcuni passaggi di Ludovico Antonio Muratori:

Quelle decisioni che vengon da un solo giudice, poco o nulla s'han da credere differenti dai consulti di un avvocato. Più stima di gran lunga meritano quelle che escono da un corpo di veri giudici, e tanto più se giudici di tribunali eccelsi, come è la Ruota romana, e i Senati delle più cospicue città.**[35]**

Ma il male maggiore della professione legale è proceduto dall'eccesso dell'ingegno, e massimamente dei consulenti. [...] Trova mirabili sottigliezze, dissotterra o inventa cento ragioni, distinzioni, riflessioni, presunzioni, eccezioni, che tutte possono dal buon'aria all'assunto suo; e questo vel dipinge con tal garbo di frasi e parole, che vi par tutta giustizia la di lui pretensione. Ed affinché non si creda a lui solo, conduce una vanguardia e un battaglione d'altri autori, che sentono con lui. [...] Allora non è più il legislatore, che decide la lite: è l'ingegno di chi la protegge, è l'ingegno del giudice, che conforme l'intende, butta là una sentenza. [...] Carneade è famoso, perché si vantava di saper provare giusto quello che comunemente veniva creduto ingiusto e, voltata faccia, di saper provare ingiusto il giusto. [...] Se aveste bisogno, che costoro [gli avvocati] vi provassero, che Nerone è stato un ottimo imperatore, che la febbre quartana è un bel regalo della natura, pagateli e vi serviranno. [...] Né si dica: questo l'ha detto Bartolo, Baldo, i Socini, il

Bero, il Cumano, il Fulgosio ecc. Sono grandi uomini, ingegni grandi; ma anch'essi vendevano una volta il loro ingegno a chiunque li pagava, perché con la loro acutezza vincessero la lite presente e non già per dare al pubblico una regola sicura del giusto e del vero nelle tali e tali cause. [...] Perciò ordinariamente non dovrebbero mai essere le sottigliezze ed animosità dei consulenti quelle, che dirigessero le menti dei giudici, perché quella è mercanzia pericolosa e nata non rade volte per ingannar chi le crede. [...] Volete altro? Non andarono molti anni, che insorse lite e si volle terminato il fideicommisso con tale sparata di quelle recondite dottrine, che somministra l'arsenale delle sottigliezze, che uno dei chiamati sbigottito giudicò meglio di strozzar la causa con una transazione svantaggiosissima, che di aspettare l'evento dubbioso di una sentenza.**[36]**

Il modello della legalità mostra, tuttavia, la sua insufficienza, i suoi limiti, nel confronto con quella che abbiamo definito complessità (nel senso della multiformità e contestualità), della realtà, dei fenomeni, della società, delle attività e delle relazioni umane, della politica e della cultura. La flessibilità del diritto è un corollario della complessità, reale e culturale. Può essere governata con un approccio multifattoriale e funzionalistico, relativistico e pragmatico.

Ha ragione anche il mio amico Corbino quando parla del «mito della legalità», facendo riferimento, da un lato, alla 'effettività' del diritto vivente, dall'altro alla carenza di rappresentatività dei giudici, segnatamente quelli costituzionali, in confronto al loro ruolo politico**[37]**.

Chi scrive non intende fornire soluzioni, in una certa misura non ritiene compito del ricercatore quello di fornire soluzioni, pensando che queste le offre la storia in modo spesso casuale, occasionale, accidentale, emergenziale; bensì, proporre un metodo, contribuire alle soluzioni proponendo argomenti e criteri metodologici, il metodo appunto della complessità, quindi anche del confronto.

La problematica della complessità e la teoria dell'organizzazione devono servire in generale non solo per modulare, definire e argomentare, le nozioni di responsabilità, ma – molto più ampiamente – per definire il tavolo e le regole del gioco e controllare, quindi, la regolarità del gioco.

Un problema cruciale riguarda la formazione del giurista, che deve essere anche pratica, a partire dai problemi, e coinvolgere tutte le scienze sociali.

[1] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. IV, «Interpretazione delle leggi», Giuffrè, Milano, 1964, pp. 17-18.

[2] Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, 1749, libro XI, cap. VI, «Della costituzione dell'Inghilterra», trad. it., Rizzoli, Milano, 1968, 1997, vol. I, p. 317.

[3] Dimensione peculiarmente non mercantile, tanto del diritto del lavoro, quanto del nuovo diritto della crisi dell'impresa.

[4] H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica*, Chicago, 1943, trad. it., Einaudi, Torino, 1953, Bollati Boringhieri, Torino, 1992. Mi permetto di fare riferimento al mio recente lavoro *Pensiero causale e pensare complesso. Contributo di un penalista*, Pacini, Pisa, 2020, da cui riproduco queste indicazioni. Kelsen, fra l'altro, riprendendo Jaeger, filologo grecista tedesco, ha connesso la causalità con il contrappasso, in ultima analisi con la logica – innanzitutto quale giustificazione – della vendetta. Nel V cap. di *Società e natura*, intitolato «La legge di causalità e il principio del contrappasso nella filosofia naturalistica greca», pp. 535 ss. e poi nel nuovo saggio americano su *Causalità e imputazione*, del 1950, trad. it. in appendice ai *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, 2000. W. Jaeger, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, 1933, 1944, trad. it., Bompiani, Milano, 2003, 2011, p. 302, ha posto in evidenza come «il concetto greco di causa (αἰτία), che divenne fondamentale con il pensiero nuovo, in origine faccia tutt'uno con quello di colpa e fosse dapprima trasferito dalla responsabilità giuridica alla causalità fisica». Questa connessione è stata poi ripresa e confermata da von Wright, logico ed epistemologo finlandese, il quale ha attraversato la distinzione tra *Spiegazione e comprensione*, 1971, trad. it., il Mulino, Bologna, 1977, p. 88: «Alcuni studiosi di storia delle idee (Jaeger, Kelsen) affermano che gli antichi Greci formarono la loro idea di causazione in natura per analogia con le idee attinte dal dominio del diritto criminale e dalla giustizia retributiva. La causa provoca una perturbazione in uno stato di equilibrio ed è, pertanto, responsabile di qualche male o ingiustizia in natura, questo male è, poi, corretto con una punizione in accordo con il diritto naturale. La parola greca per indicare la causa, *aitia*, significa anche colpa. Il latino *causa* era, in origine, un termine giuridico [Wright cita M. R. Cohen, *Causation and Its Application to History*, in *Journal of History of Ideas*, 3, 1942, p. 13]. Si noti che anche la parola finnica che indica la causa *syy*, ha esattamente lo stesso doppio significato di *aitia*. La parola "eziologia" è ancora usata in medicina per indicare la scienza delle cause e delle malattie, ossia di perturbazioni nocive allo stato naturale del corpo; essa potrebbe, però, indicare anche la teoria e la pratica della ricerca delle cause in generale». Mi permetto di fare riferimento al mio recente lavoro su *Codificazione e decodificazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

[5] Vanno ricordate, in proposito, le opere di L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, 1742 (sette anni prima de *L'Esprit des lois*), Rizzoli, Milano, 1958; G. A. di Gennaro, *Delle viziose maniere di difendere le cause nel foro*, 1744, Napoli, Raimondi, 1767; G. Parrino, *Convivium rabularum*, Napoli, 1743, ora pubblicato da R. Ajello, nella traduzione e con le note filologiche di M. L. Pisacane, in *Frontiera d'Europa*, anno XIII, n. 2, pp. 49 ss. Gennaro Parrino era un magistrato napoletano, figlio di un commediografo-attore-storico-editore. Scrisse il *Convivium rabularum* quarantenne. L'opera gli costò la carriera ed egli si dimise dalla magistratura. Il titolo può tradursi sommariamente come il *Convivio dei ciarlatani* (avvocati disonesti e imbroglioni, confusionari, chiacchieroni e anche urlatori). L'opera è scritta (ironicamente) in latino e dedicata a Tanucci (Ministro di grazia e giustizia del Re di Napoli, come tante altre opere di quel momento e di questo tipo). Vuole rappresentare la brutta situazione di collasso e anche di vergogne in cui si trovava il sistema giudiziario nel Regno di Napoli. Eustachio, commerciante arricchito, ha affidato, già da sei anni, il suo unico figlio diciannovenne, Camillo, a Modestino, maestro di diritto, perché lo preparasse alla carriera forense. Impaziente e dubbioso per il lungo apprendistato e per i continui rinvii di Modestino, Eustachio, per farsi un'idea più chiara di quella difficoltà, invita a casa sua quattro illustri dottori forensi perché dopo un lauto banchetto, insieme con Camillo e Modestino, esprimano un giudizio sulla preparazione dell'allievo: Blandidiano, Rapidio, Voconio e Volpino, personaggi squallidi e volgari, anche in lotta fra di loro. Costoro, dopo aver dileggiato e insultato Modestino, che ha umilmente e pazientemente illustrato le scelte didattiche ed educative attuate con Camillo, cominciano a litigare reciprocamente e la riunione finisce in una furiosa zuffa fra di essi. Questa ironia ricorda quella di Rabelais che nella sua opera descrisse in modo divertente e falsamente dottissimo le elucubrazioni e le citazioni dei giuristi. Ho descritto questa letteratura nel volume *Dei giuristi e dintorni*, CEDAM, Padova, 2014.

[6] F. Rabelais, *Gargantua e Pantagruele*, 1542, trad. it. di A. Frassineti, Rizzoli, Milano, 1984, 2007, vol. II, pp. 839 ss., cap. XXXIX, «Come Pantagruele assiste alla causa di Brigliadoca, il quale decideva le liti col sortilegio dei dadi», pp. 839 ss.

[7] F. Guicciardini, *Ricordi*, 1530, Loescher, Torino, 1969, n. 209, p. 91: «Io credo siano manco male le sentenze de' Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso, che el modo de' giudicî che si usano communemente tra' Cristiani: perché la lunghezza di questi importa tanto, e per le spese e per e disturbi che si danno a' litiganti, che non nuoce forse manco che facessi la sentenza che s'avessi contro el primo dì. Sanza che, se noi presuppognamo le sentenze de' Turchi darsi al buio, ne séguita che – ragguagliato – la metà ne sia giusta; sanza che, non forse minore parte ne sono ingiuste di quelle date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de' giudici».

[8] M. de Montaigne, *Saggi*, 1580, 1582, 1588, trad. it. di F. Garavini, Bompiani, Milano, 2012, libro I, cap. XXXI, *Dei cannibali*, pp. 367 ss. *Ivi*, p. 381: «Penso che ci sia più barbarie nel mangiare un uomo vivo che nel mangiarlo morto, nel lacerare con supplizi e martìri un corpo ancora sensibile, farlo arrostire a poco a poco, farlo mordere e dilaniare dai cani e dai porci – come abbiamo non solo letto, ma visto recentemente, non fra antichi nemici, ma fra vicini e concittadini e, quel che è peggio, sotto il pretesto della pietà religiosa –, che nell'arrostirlo e mangiarlo dopo che è morto».

[9] B. Castiglione, *Cortegiano*, 1507-1516, Rizzoli, Milano, 1987, 2010. Mi sembra interessante l'osservazione di S. Battaglia nella sua introduzione a questo volume, che il *Cortegiano* di Castiglione «costituisce la controfigura» rispetto «all'interpretazione che dell'uomo darà il Machiavelli intorno agli stessi anni» (*Il Principe* è del 1513).

[10] G. Della Casa, *Galateo*, 1553-1554, Rizzoli, Milano, 2009.

[11] J.-B. de La Salle, *Scritti pedagogici*, 1706-1720, trad. it. in *Opere*, Città Nuova, Roma, 2000.

[12] Può essere considerata assolutamente peculiare l'analisi di R. C. van Caenegem, storico belga esperto della storia giuridica europea, di cui possono vedersi sia *I signori del diritto*, 1987, trad. it., Giuffrè, Milano, 1991, che *I sistemi giuridici europei*, 2002, trad. it., il Mulino, Bologna, 2003.

[13] V. per questo il libro di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, 2011.

[14] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, IV ed., 1999. Di questo A. v. pure *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

[15] W. Weaver, *Science and Complexity*, in *American Scientist*, 36, 1948, pp. 536-544, trad. it. rinvenibile in *http://ulisse.sissa.it/bUlb0401003.jsp*

[16] Nei flussi vanno rilevati comunque aspetti o elementi di organizzazione: gli argini di un fiume; soprattutto i caselli autostradali, rispetto al flusso delle auto; i tornelli, rispetto al flusso della folla. V. comunque avanti.

[17] N. Luhmann, *Funzione e causalità* (1962) e *Metodo funzionale e teoria dei sistemi* (1964), in *Illuminismo sociologico*, 1970, trad. it., il Saggiatore, Milano, 1983. Id., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, 1984, trad. it., il Mulino, Bologna, 1990.

[18] Nel saggio *Funzione e causalità*, *ivi*, p. 13: «La nostra critica si pone [...] l'obiettivo di invertire il rapporto di discendenza esistente fra la relazione causale e la relazione funzionale: la funzione

non è un tipo particolare di relazione causale; *al contrario, è la relazione causale a costituire un caso di applicazione dell'ordine funzionale*».

[19] D. Zolo, *Funzione, senso, complessità. I presupposti epistemologici del funzionalismo sistemico*, introduzione a Luhmann, *Illuminismo sociologico*, cit., p. XVIII.

[20] L. von Bertalanffy, *Il sistema uomo. La psicologia nel mondo moderno*, 1967, trad. it., ISEDI Istituto Editoriale Internazionale, Milano, 1971; *Teoria generale dei sistemi. Fondamenti, sviluppo, applicazioni*, 1968, trad. it., Istituto Librario Internazionale, Milano, 1971. *Il sistema uomo*, pp. 77-78: «La scienza classica, ha detto Weaver, si connetteva alla causalità lineare o a senso unico: causa seguita da effetto, relazioni tra due o più variabili. Per esempio, la relazione tra una stella e un pianeta permette i mirabili calcoli della meccanica celeste, ma già il problema dei tre corpi è insolubile in linea di principio e può essere accostato soltanto per approssimazione. Come psicologi, possiamo pensare allo schema stimolo-risposta ove lo stimolo è variabile indipendente e la reazione variabile dipendente. La scienza, inoltre, si occupa di *complessità non organizzata*, vale a dire di fenomeni statistici come prodotto di eventi fortuiti. Ne è prototipo la termodinamica e in particolare il problema del vuoto delle particelle di un dato volume di gas: non possiamo seguire ognuna delle innumerevoli molecole del recipiente, ma il comportamento medio che ne risulta è espresso dalla seconda legge della termodinamica e dai suoi molti codicilli. Analogamente, le leggi statistiche sono applicabili alla genetica, alla sociologia – si pensi alla previsione del numero di suicidi o di scontri automobilistici durante il week end del Labor Day [il primo lunedì di settembre festeggiato in USA e Canada] e a molti altri campi. Le compagnie di assicurazione si basano sul fatto che è possibile prevedere il numero di incidenti automobilistici, mortalità e simili, anche se ogni caso individuale è differente e risulta da una moltitudine di cause non definite».

[21] *Il sistema uomo*, cit., p. 91.

[22] Ho raccontato queste vicende nel mio ultimo libro *Pensiero causale e pensare complesso*, cit. Nel capitolo su «La polemica contro il concetto di causalità; sua sostituzione con il concetto di funzione», Musil riporta fra l'altro due brani di Mach, che poi commenta: «"Quando parliamo di causa e di effetto," dice Mach "mettiamo arbitrariamente in evidenza quei momenti il contesto dei quali noi dobbiamo considerare nel riprodurre l'immagine di un fatto nella direzione per noi importante. In natura non esiste né causa né effetto. La natura esiste una sola volta. Ripetizioni di casi eguali, nei quali A fosse sempre legato a B, dunque esiti eguali in circostanze eguali, dunque l'essenziale del contesto di causa ed effetto, esistono solamente nell'astrazione che noi operiamo allo scopo di riprodurre i fatti"» (R. Musil, *Sulle teorie di Mach*, 1908, trad. it., Adelphi,

Milano, 1973, 1993, p. 48, che cita E. Mach, *Die Mechanik in ihrer Entwicklung* [La meccanica nella sua evoluzione], 1883, 5. Aufl., Leipzig, 1904, p. 524). E. Mach, *Die Analyse der Empfindungen und das Verhältnis des Physischen zum Psychischen* (L'analisi delle sensazioni e il rapporto della sfera fisica con quella psichica), 1886, 4. Aufl., Jena, 1903, p. 75: «In ciò risiede per me la superiorità del concetto di funzione rispetto a quello di causa: che il primo impone il rigore mentale mentre non è affetto dalla incompletezza, indeterminatezza e unilateralità del secondo. Il concetto di causa è in realtà un ripiego primitivo, provvisorio».

[23] B. Russell, *Sul concetto di causa*, 1912, trad. it. in *Misticismo e logica e altri saggi*, Longanesi, Milano, 1980, TEA, Milano, 1997, p. 170: «Nel saggio che segue intendo, primo, sostenere che la parola "causa" è legata tanto inestricabilmente a idee equivoche da rendere auspicabile la sua totale espulsione dal vocabolario filosofico; secondo, ricercare quale principio, se ve n'è uno, viene applicato nella scienza in luogo della supposta "legge di causalità", che i filosofi immaginano venga applicata; terzo, mettere in rilievo certe confusioni, specie in rapporto con la teleologia e il determinismo, che mi sembrano connesse con concetti erronei relativi alla causalità». «Tutti i filosofi, di ogni scuola, immaginano che la causalità sia uno degli assiomi o postulati fondamentali della scienza; e invece, fatto strano, nelle scienze più progredite, come l'astronomia gravitazionale, la parola "causa" non compare mai. [...] Secondo me, la legge di causalità, come molto di ciò che viene apprezzato dai filosofi, è il relitto di un'età tramontata e sopravvive, come la monarchia, soltanto perché si suppone erroneamente che non rechi danno». *Ivi*, p. 183: «Indubbiamente il motivo per cui la vecchia "legge di causalità" ha continuato così a lungo a pervadere i libri dei filosofi è semplicemente questo: l'idea di una funzione non è familiare alla maggior parte di loro, e quindi essi ricercano una formula indebitamente semplificata. Non si pone il problema della ripetizione di "una stessa" causa la quale produce "uno stesso" effetto; la costanza delle leggi scientifiche non consiste in alcuna analogia di cause e di effetti, bensì in un'analogia di rapporti. E anche "analogia di rapporti" è una frase troppo semplice; "analogia di equazioni differenziali" è l'unica frase corretta. È impossibile porre la cosa in un linguaggio non matematico [...]».

[24] Inizialmente da É. Durkheim, *Le regole del metodo sociologico*, 1895, trad. it., Editori Riuniti, Roma, 1996. Poi da T. Parsons, *Il sistema sociale*, 1951, trad. it., Edizioni di Comunità, Milano, 1965, nell'approccio definito dello *struttural-funzionalismo*.

[25] A. R. Radcliffe-Brown, *Struttura e funzione nella società primitiva*, 1967, trad. it., Jaca Book, Milano, 1968. *Ivi*, pp. 15-16: «La vita sociale della comunità si può definire il *funzionamento* della struttura sociale. La *funzione* di ogni attività ricorrente, quale può essere la punizione di un

crimine o una cerimonia funebre, è il ruolo che essa svolge nella vita sociale intesa come totalità e perciò il contributo che dà al mantenimento della continuità strutturale». «Il concetto di funzione, come si viene chiarendo, implica perciò la nozione di una *struttura* costituita da una *serie di rapporti* tra *singoli elementi*, *la continuità* della struttura essendo assicurata da un *processo vitale* che è l'insieme delle *attività* delle unità costitutive». [...] «Secondo la definizione che qui ne abbiamo dato, "funzione" è il contributo che una attività parziale dà all'attività totale di cui fa parte. La funzione di un particolare costume sociale è il contributo che esso dà alla vita sociale in quanto funzionamento dell'intero sistema sociale».

[26] A leggere P. Delattre, voce *Funzione*, in *Enciclopedia* Einaudi, Torino, vol. VI, 1979, p. 417, «La funzione di qualsiasi oggetto o elemento è strettamente legata al comportamento di tale elemento e al ruolo che esso svolge in un ambiente dato, il quale è, a sua volta, costituito da vari elementi. La nozione di funzione è quindi inseparabile da quella d'interazione e, di conseguenza, anche da quella di sistema; la sua esplicitazione può essere fatta solo a patto che intervengano, al tempo stesso, l'elemento considerato e gli altri elementi situati nell'ambiente. Come si è visto, parlare delle funzioni di un elemento non precisando affatto l'ambiente al quale esse si riferiscono è, a rigor di logica, un controsenso. Tale approssimazione diventa accettabile solo se si è già stabilito che le funzioni in questione si ritrovano in tutti i sistemi di cui l'elemento può far parte. Bisogna tuttavia temere che l'uso troppo frequente di questo linguaggio ellittico faccia dimenticare l'interdipendenza fondamentale che esiste tra le nozioni di funzione e di sistema. L'unica eccezione a questa regola corrisponde al caso degli elementi che si modificano indipendentemente dal loro ambiente, vale a dire ai mutamenti che possono essere spiegati a partire dalle sole caratteristiche intrinseche dell'elemento». Di Delattre v. anche *Teoria dei sistemi ed epistemologia. Metodi e concetti utilizzati nelle diverse discipline scientifiche*, 1982, trad. it., Einaudi, Torino, 1984.

[27] R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, 1937, trad. it. in *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna, 1995, 2006, pp. 74-75. *Ivi*, pp. 75-76: «Al di fuori dell'impresa, il movimento dei prezzi dirige l'attività produttiva, che è coordinata attraverso una serie di transazioni sul mercato. Dentro l'impresa queste transazioni vengono eliminate e alla complicata struttura delle transazioni sul mercato viene sostituito l'imprenditore coordinatore che dirige l'attività produttiva». *Ivi*, p. 80: «Si può riassumere questa parte del ragionamento dicendo che il funzionamento di un mercato ha un costo e che, creando un'organizzazione e permettendo a una certa autorità (un "imprenditore") di allocare le risorse, vengono risparmiati i costi del mercato. L'imprenditore deve svolgere la sua funzione a un costo più basso di quello che nasce dal ricorso al mercato, perché qualora egli non possa ottenere i fattori di produzione a un prezzo minore

rispetto alle transazioni del mercato, è sempre possibile farvi ricorso».

[28] I. Prigogine e I. Stengers, *Ordine/disordine*, *Organizzazione*, *Sistema*, in *Enciclopedia* Einaudi, Torino, rispettivamente, vol. 10, 1980, pp. 87ss., 178 ss., vol. 12, 1981, pp. 993 ss.

[29] M. van de Kerchove e F. Ost, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, 1992, trad. it., Giuffrè, Milano, 1994, pp. 85-86. I passi riportati sono di E. Morin, *La méthode. I. La nature de la nature*, Le Seuil, Paris, 1977, pp. 382 e 386, trad. it., *Il metodo. 1. La natura della natura*, Raffaello Cortina, Milano, 2001.

[30] *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., pp. 87-88.

[31] Ho curato, insieme con i colleghi del Dipartimento di scienze politiche e sociali, un volume sui *Criteri di verificabilità empirica dei giudici di colpa*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

[32] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, trad. it., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992.

[33] *Ivi*, p. 278.

[34] *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* è il titolo di un volume di J. Carbonnier, 1969, 1992, trad. it., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Giuffrè, Milano, 1997.

Non lo sapevo, quando scrissi *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla criminalità organizzata*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, n. 2, pp. 1-76.

[35] *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., p. 64.

[36] *Ivi*, pp. 71-75.

[37] S. Corbino, *Rigore è quando arbitro fischia. Il mito della legalità*, Jovene, Napoli, 2018.