

Enrico Damiani di Vergada Franzetti

Diritto penale e devianza sociale

م‌السا

Islam: «*Mi rassegnò alla volontà di Dio fidandomi della sua scelta per me*»

1. Disegno e scopo della ricerca

Questo lavoro studia in prospettiva teorica l'azione sociale che si svolge attraverso il diritto penale, focalizzandosi sulla distanza tra prassi sociali e norme penali¹ considerata alla luce degli aspetti del diritto che tale distanza aumentano, al fine di considerarne l'impatto² sul fenomeno della devianza sociale³.

Se la sociologia generale è la scienza che studia l'azione sociale⁴ e la sociologia del diritto studia il diritto come modalità di azione sociale⁵, allora lo studio del diritto penale in azione può fornire interessanti spunti per la comprensione e spiegazione del fenomeno della devianza sociale.

Se la società è un campo di azioni e comunicazioni interconnesse in cui gli attori sociali agiscono teleologicamente in vista del raggiungimento di scopi idonei a soddisfare aspettative, allora l'azione sociale attraverso il diritto penale non consiste unicamente in azioni e aspettative d'azione orientate in base al diritto, ma anche in uno scambio di messaggi comunicativi tra i

¹ R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in «American Law Review», 44, 1910, pp. 12 ss.

² Concetto che si riferisce all'insieme dei comportamenti e degli eventi che possono essere messi in relazione diretta o indiretta con la normativa di cui si tratta.

³ M.L. GHEZZI, *Diversità e pluralismo. La sociologia del diritto penale nello studio di diversità e criminalità*, R. Cortina, Milano 1996; V. FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari 1997; A. FEBBRAIO, *Sociologia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2009, pp. 83 ss.

⁴ M. WEBER, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, 2 voll., Comunità, Milano 1974 (ed. or., *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* [1904], in ID., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. J. Winckelmann, J.C.B. Mohr, Tübingen 1922, pp. 146 ss.).

⁵ FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., p. 56; ID., *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 3.

membri di un gruppo sociale in grado di influire reciprocamente sull'azione altrui coordinandosi e/o opponendosi ad essa⁶.

In questa prospettiva le norme penali che disciplinano le azioni e le aspettative sociali, i ruoli e gli *status* sociali dei soggetti interagenti, qualificano la loro azione mediante l'attribuzione di un senso, facendogli assumere la veste di specifici attori sociali⁷: l'azione sociale che risulta dall'interazione fra più soggetti in ambito penale è un'azione comunicativa dotata di senso in quanto disciplinata dalle norme penali⁸.

Se la sociologia in quanto scienza comprendente, prima di spiegare l'azione sociale nel suo accadimento, cerca di comprenderla nel significato attribuito dai soggetti agenti⁹, allora l'interazione umana cosciente tra gli attori sociali disciplinata dal diritto penale può essere compresa nel significato attribuito dai soggetti interagenti a ciascun atto comunicativo.

Da questo punto di vista la comprensione degli atti di comunicazione non può prescindere dal ricorso a sistemi di significazione, codici condivisi, il cui scopo è quello di fornire una chiave di comprensione dell'azione sociale, un significato condiviso in grado di garantire la comunicazione sociale.

Il diritto penale influisce sull'azione sociale non solo attraverso norme primarie che orientano azioni e aspettative, norme secondarie che disciplinano *status* e ruoli sociali, ma anche e soprattutto conferendo all'azione sociale un senso o un significato che rende possibile l'azione comunicativa attraverso il diritto: le norme penali sono al contempo un sistema d'azione sociale e un sistema di significazione definibile nei termini di un «sistema d'azione sociale attraverso la significazione»¹⁰.

Il diritto penale nella veste simbolica dipendente dall'azione umana¹¹ è un sistema sociale creato dall'uomo per organizzare e garantire il funzionamento della convivenza umana: la sua struttura e funzioni dipendono dalle strategie degli attori sociali e sono una modalità, o mezzo, d'azione sociale attraverso la significazione. In particolare il diritto penale è un sistema di comunicazione normativa connesso a rapporti sociali di natura

⁶ WEBER, *Economia e società*, cit.; FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., p. 100.

⁷ A.J. ARNAUD, *La regola del gioco nella pace borghese. Saggio di analisi strutturale del codice civile francese*, a cura di F. Carocchia, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli 2005 (ed. or., *Essai d'analyse structurale du code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, L.G.D.J., Paris 1974).

⁸ FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., pp. 159-160.

⁹ WEBER, *Economia e società*, cit., pp. 259 ss.

¹⁰ V. FERRARI, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 18.

¹¹ H.D. LASSWELL, A. KAPLAN, *Potere e società. Uno schema concettuale per la ricerca politica*, ed. it., intr. di M. Stoppino, Etas Compass, Milano 1969, p. 24.

conflittuale e/o collaborativa, particolarmente efficace per essere sostenuto da sanzioni di tipo premiale e afflittivo. L'interazione conflittuale e/o collaborativa si caratterizza per la diversità tra progetti d'azione, per divergenze di interessi e di scopi fra i soggetti interagenti, spesso consistenti in contrasti d'opinione sui fatti e sulle norme penali con cui i fatti vengono descritti e giuridicamente trattati¹². In questo senso l'utilizzo delle norme penali avviene nell'ambito di un'interazione comunicativa che assume i caratteri di una lotta per la scelta e l'affermazione dei significati attribuibili alle norme che ciascun operatore del diritto ritiene corretto di dover attribuire, alla luce tanto degli orientamenti culturali, ideologici, degli scopi e degli interessi propri, di *status*, di ruolo o di categoria, quanto altrui, riscontrabili nella società esterna¹³.

Si tratta di aspetti tanto più evidenti se si considera che conflitto disciplinato dalle norme penali permea la realtà e le relazioni sociali perché il diritto penale è il conflitto sociale: è «la struttura del conflitto» e «rappresenta lo schema strutturale del conflitto tra gli interessi e tra i gruppi», la via entro la quale i conflitti dichiarati per appropriarsi, utilizzare e disporre di risorse scarse vengono incanalati e trattati¹⁴.

Per diritto penale si intende in un'ampia accezione sociologica il diritto positivo effettivamente vigente in circostanze di tempo e di luogo determinate, contrapposto a sistemi normativi che seppur denominati diritto non sono osservati o fatti osservare dall'autorità costituita in un territorio definito¹⁵. In questa accezione il diritto penale comprende sia i sistemi giuridici che si fondano sul primato della legge scritta promanante da un'autorità sovrana dotata di poteri di comando, sia gli ordinamenti scritti o non scritti comunque osservati da una collettività¹⁶. Un'accezione ampia che evidenzia come gli attori sociali agiscano in base a norme a prescindere dalla fonte di provenienza e dalla forma orale o scritta e che consente di includere nella nozione di diritto, inteso come modello d'azione, le sentenze dei giudici, le

¹² FERRARI, *Prima lezione di sociologia del diritto*, cit., p. 43.

¹³ E. DAMIANI DI VERGADA FRANZETTI, *Il diritto di sciopero nell'ideologia giudiziaria dei Procuratori Generali presso la Corte di Cassazione: 1948-1961. Un'analisi qualitativa*, in M.L. Grezzi (a cura di), *Sociologia giuridica del lavoro*, Mimesis, Milano 2012, p. 275.

¹⁴ B.M. BILOTTA (a cura di), *La giustizia alternativa*, Giappichelli, Torino 1999; ID. (a cura di), *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano 2008; ID., *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*, in V. TOMEO, *Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di B.M. Bilotta, Rubettino, Soveria Mannelli 2013; ID. (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano 2014.

¹⁵ FERRARI, *Prima lezione di sociologia del diritto*, cit., p. 23.

¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

decisioni degli arbitri, dei mediatori e dei negoziatori, gli accordi contrattuali assunti tra le parti, le opinioni del ceto di giuristi, ecc.

In questa prospettiva il diritto penale non è il soggetto dell'azione semmai lo strumento o la motivazione di essa, uno dei tanti modi di agire degli attori sociali attraverso le norme in vista della soddisfazione di interessi e del conseguimento di scopi.

Studiare il diritto penale positivo come modalità d'azione sociale¹⁷ in relazione al fenomeno della devianza sociale, significa considerare il diritto in prospettiva sociologica ovvero studiarne la natura, analizzare i fattori sociali che inducono a deviare rispetto al diritto, esaminare i processi sociali che conducono a definire i comportamenti come devianti o a produrre norme penali, indagare gli effetti che promanano dalla loro creazione, applicazione e interpretazione, indagare l'azione dei ruoli sociali connessi all'azione giuridica (legislatori, giudici, arbitri, avvocati, mediatori, negoziatori, burocrati, dottrinari, ecc.) attraverso le norme penali¹⁸.

2. Diritto penale e devianza: tra conflitto e aumento di complessità sociale

Gli attori sociali vivono in società caratterizzate da rapporti tendenzialmente stabili, ove per 'società' si intende un'aggregazione fra individui, variamente definita dalla teoria sociologica come un insieme coordinato di relazioni, azioni o comunicazioni¹⁹.

Il riferimento alla stabilità dei rapporti sociali non implica una precostituita posizione circa il grado di cooperazione o di conflitto degli attori sociali: la condizione di socievole insocievolezza²⁰ in cui versano li induce a relazionarsi in un modo piuttosto che nell'altro a seconda delle circostanze e delle necessità in cui si trovano.

Tra le variabili che appaiono maggiormente in grado di influire sulle strategie collaborative e/o conflittuali vi è la scarsità delle risorse e la loro ineguale distribuzione nella società²¹: un problema di tutte le società comprese

¹⁷ FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., p. 56; ID., *Diritto e società.*, cit., p. 3.

¹⁸ ID., *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., p. 85.

¹⁹ F. CRESPI, *Introduzione alla sociologia*, Il Mulino, Bologna 2002, pp. 37 ss.; FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., p. 41.

²⁰ I. KANT, *Per la pace perpetua*, a cura di N. Merker, *Introduzione* di N. Bobbio, Editori Riuniti, Roma 1996 (ed. or., *Zum ewigen Frieden* [1975], hrsg. O. Hoffe, Akademie, Berlin 1995).

²¹ R. DAHRENDORF, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari 1963, p. 517 (ed. or. 1957); R. COLLINS, *Conflict Sociology: Toward an Explanatory Science*, Academic Press, New York 1975.

quelle opulente perché si avverte una privazione non solo quando manca un bene essenziale per tutti, ma anche quando viene meno un bene non essenziale, appannaggio esclusivo di alcuni membri soltanto della collettività²².

Il tema della limitatezza delle risorse riguarda il diritto penale come modalità d'azione sociale poiché esso disciplina e regola azioni indirizzate al soddisfacimento di aspettative finalizzate all'apprensione di risorse scarse: beni materiali utilizzabili sino a quando sussistono le necessarie risorse (cibo, medicinali, ecc.), beni posizionali²³ la cui valutazione e valore dipende dalla relativa rarità (la visibilità sociale, gli *status symbols*, la vita, l'onore, ecc.).

In questa prospettiva il diritto penale è un sistema di allocazione delle risorse scarse²⁴, perché tutti i beni cui ambiscono gli attori sociali sono oggetto di una regolamentazione giuridica penale, tanto più rigorosa quanto più rare e/o insostituibili sono le risorse trattate dal diritto²⁵: si pensi al bene della vita disciplinato e regolamentato dalle norme penali con l'istituzione del delitto di omicidio.

La variabile concernente la scarsità delle risorse incide profondamente sul fenomeno della devianza sociale perché se il diritto penale disciplina il conflitto tra attori sociali riguardante l'apprensione, l'utilizzo e la disposizione di risorse scarse, allora non vi è dubbio che i soggetti che detengono il potere di regolamentare attraverso il diritto penale l'accesso alle risorse possono, non solo definirle scarse in termini assoluti o relativi, ma addirittura stigmatizzare come devianti gli attori sociali che, eventualmente esclusi, intendano agire per appropriarsene, utilizzarle e disporne.

Sotto diverso profilo il conflitto per l'apprensione delle risorse scarse disciplinato dalle norme penali è sempre latente e strettamente collegato alle strategie cooperative. Le parti contrapposte di un procedimento penale possono cooperare tra loro per sottrarsi all'applicazione di disposizioni normative svantaggiose per entrambi e successivamente assumere

²² J.K. GALBRAITH, *La società opulenta*, trad. it. di G. Badiali, S. Cotta e G. Maranini, Comunità, Milano 1965 (ed. or., *The Affluent Society*, Houghton Mifflin, Boston 1958); W.G. RUNCIMAN, *Ineguaglianza e coscienza sociale. L'idea di giustizia nelle classi lavoratrici*, a cura di A. Pichierri, Einaudi, Torino 1972 (ed. or., *Relative deprivation and social justice: A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth Century Britain*, Routledge and Kegan Paul, London 1966).

²³ F. HIRSCH, *I limiti sociali allo sviluppo*, a cura di A. Martinelli, trad. it. di L. Aleotti, Bompiani, Milano 1981 (ed. or., *Social Limits to Growth*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1976).

²⁴ L.M. FRIEDMAN, *The Legal system. A Social Science Perspective*, Sage, New York 1975, pp. 62 ss.

²⁵ FERRARI, *Diritto e società*, cit., p. 6.

una posizione di forza nel prosieguo della disputa; al contrario soggetti legati da un rapporto di cooperazione possono agire in modo conflittuale minacciando reciprocamente il ricorso alle vie giudiziarie penali al fine di trovare un'intesa che soddisfi i relativi interessi; e ancora, nell'ambito di un procedimento penale che vede imputati per il medesimo reato gli appartenenti ad uno stesso gruppo contrapposto alla persona offesa e/o alla parte civile, essi possono confliggere tra loro assumendo una strategia difensiva difforme dalla fazione cui appartengono per acquisire benefici anche nei termini di una riduzione della pena; mentre persino le relazioni individuali più strette finanche di tipo affettivo spesso trascendono in contrasti penali insanabili, caratterizzati da elevati gradi di conflittualità e combattuti a suon di denunce-querelle reciproche.

Si tratta di aspetti riguardanti il diritto penale e le conseguenze che è in grado di produrre i quali incidono in modo significativo sul fenomeno della devianza sociale: considerare il diritto penale come modalità d'azione sociale significa agire non solo secondo le norme penali, ma anche attraverso o in funzione di esse.

Sotto diverso profilo ancora l'incertezza circa l'esito della contesa che vede contrapposte due o più parti²⁶ in un processo penale; il fatto che la contesa possa pregiudicare i contendenti ovvero il processo penale possa danneggiare i litiganti per i costi, l'eccessiva durata o perché la decisione assunta risulta svantaggiosa per uno dei litiganti o per entrambi; l'esistenza o meno di regole penali condivise potendo i litiganti ricorrere a strumenti giuridici alternativi al processo penale ordinario come l'arbitrato, la mediazione penale, la negoziazione assistita e la conciliazione giudiziale o stragiudiziale, dove maggior peso potrà assumere l'effettiva forza contrattuale di una delle parti; o addirittura il ricorso ad un altro ordinamento giuridico che consenta una diversa regolamentazione della contesa; ebbene tutti questi rappresentano altrettanti aspetti del diritto penale in grado di incidere profondamente sulle strategie cooperative e conflittuali degli attori sociali.

Non vi è dubbio che si tratti di variabili in grado di influire in modo significativo sul fenomeno della devianza sociale sotto il profilo della qualificazione come deviante di un soggetto coinvolto in un conflitto per l'apprensione di risorse scarse: se il diritto penale orienta i comportamenti e le aspettative d'azione, non è detto che li orienti in modo chiaro e conveniente per il benessere delle parti e della collettività.

Sotto diverso profilo il diritto penale gioca un ruolo importante nelle

²⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, trad. it di U. Santini, Feltrinelli, Milano 1982, pp. 125 ss. (ed. or., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1971).

dinamiche conflittuali che coinvolgono i contendenti di una disputa poiché tali dinamiche costituiscono un'arena in cui reciproche aspettative normative incompatibili sostenute da norme penali si incontrano e/o si scontrano. Un esempio valga per tutti, si consideri il caso in cui Tizio, asserendo di essere stato aggredito da Caio, pretenda la punizione di quest'ultimo mediante l'applicazione di una norma penale e l'adempimento di un'obbligazione risarcitoria in suo favore; mentre Caio, respingendo tale pretesa, a sua volta dichiara di aver agito per difendersi da Tizio chiedendone la punizione mediante l'applicazione di un'altra norma penale e il ristoro dei danni patiti.

Questo esempio chiarisce come le relazioni umane disciplinate dal diritto penale si caratterizzino per una condizione di complessità imputabile alla sovrabbondanza di aspettative normative e conseguentemente all'eccesso di possibilità d'azione rispetto a quelle di concretamente realizzabili²⁷. Se è impossibile soddisfare contemporaneamente le aspettative di entrambe le parti, tuttavia è possibile assumere una decisione selettiva che sacrifichi, anche in parte, l'una e/o l'altra aspettativa, ma, occorre sottolineare, non senza generare nuovi conflitti e aumentare la complessità sociale.

Tizio e Caio infatti daranno corso ad una mediazione penale o a una negoziazione penale assistita che si chiuderanno con una conciliazione stragiudiziale; oppure si rivolgeranno ad un arbitro penale per ottenere una decisione; oppure ancora Tizio ricorrerà al Tribunale Ordinario ottenendo la sentenza favorevole di un giudice penale, mentre Caio dovrà scontare una pena e risarcire il danno arrecato, in tutto o in parte, potendo in seguito subire un'azione di risarcimento danni in sede civile, oppure Tizio verrà assolto; o ancora Tizio e Caio si accorderanno davanti al Tribunale stipulando una conciliazione giudiziale; oppure si inizierà tutto da capo passando ad un altro grado di giudizio (Corte d'Appello, Corte di Cassazione) in seguito ad un'impugnazione della sentenza, della conciliazione giudiziale o stragiudiziale; o ancora Caio verrà condannato ma non si darà per vinto e promuoverà la revisione del processo penale disponendo di elementi nuovi che lo scagionano; oppure si invocherà l'applicazione di altre norme o addirittura di un diverso ordinamento giuridico.

Si tratta di aspetti che se dimostrano la natura irenica, soluttrice dei conflitti, del diritto penale, riconducibile alla capacità di ridurre la complessità sociale, tuttavia non eliminano la sua natura polemogena,

²⁷ N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, a cura e trad. it. di A. Febbraio, Laterza, Roma-Bari 1977, p. 40 (ed. or., *Rechtssoziologie*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 1972).

moltiplicatrice degli scontri sociali e della complessità sociale: qualunque sia il trattamento dei conflitti dichiarati la decisione che verrà presa delegittimerà, ovvero squalificherà, ogni azione contraria, irrigidendo la contrapposizione originaria tra le parti in conflitto, sacrificando gli interessi di una o di entrambe le parti, generando, fomentando e acuendo nuovi conflitti, nuove istanze volte a qualificare come conforme o deviante il comportamento di un attore sociale, accrescendo in definitiva il fenomeno della devianza sociale.

Sotto diverso profilo il diritto penale solo in parte semplifica e riduce la complessità della situazione in cui si trovano le parti di una disputa perché la contingenza²⁸ riconducibile all'ignoranza circa la reazione della controparte, del terzo, del giudice, dei mass media, dell'opinione pubblica, circa l'esito della contesa, espone le parti a rischi²⁹ in grado di influire sia sullo svolgimento della contesa in modo molto diverso dalle reciproche attese, sia sull'incertezza dell'interazione che può crescere sino a mettere in pericolo gli interessi dei contendenti.

Non vi è dubbio anche in questo caso che si tratti di aspetti capaci di incidere in modo significativo sul fenomeno della devianza sociale: se il diritto penale è in grado di orientare i comportamenti e le aspettative, non è detto che li orienti in modo chiaro e conveniente per il benessere delle parti e della collettività.

Da altro punto di vista occorre dire che se è vero che la qualificazione di un'azione sociale come deviante dipende dalla pretesa fatta valere, tanto più forte se sorretta da una norma penale istituzionalizzata, parte di un ordinamento giuridico, invocabile davanti ad un giudice, ovvero sorretta da un'aspettativa normativa che non si è disposti ad abbandonare, a differenza di quanto avviene per quelle cognitive che se deluse vengono abbandonate³⁰; vero è che spesso non solo si abbandona una aspettativa normativa nonostante l'esistenza di una norma penale, a causa della sfiducia e dei rischi connessi all'esito di un processo penale lungo e costoso o per l'incertezza relativa alla reazione della controparte, del terzo, del giudice penale, aspetti in grado di mettere a rischio gli interessi dei contendenti, ma addirittura si può far valere una pretesa cognitiva delusa invocando strumentalmente l'applicazione di una norma penale estranea al caso controverso o addirittura appartenente a un diverso ordinamento giuridico.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. di G. Corsi, Mondadori, Milano 1966 (ed. or., *Sociologie des Risiko*, de Gruyter, Berlin 1991).

³⁰ J. GALTUNG, *Expectations and Interaction Process*, in «Inquiry», II, 1959, pp. 213-234; LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit., pp. 50 ss.

Anche in questo caso si tratta di aspetti in grado di incidere profondamente sul fenomeno della devianza sociale perché se è vero che il diritto è un potente argomento di legittimazione e giustificazione dell'azione sotto il profilo del consenso, in grado di orientare l'azione e le aspettative, vero è che non sempre appare in grado di orientarle e legittimarle in modo chiaro e conveniente per la collettività, perché è possibile agire non solo secondo le norme, ma anche attraverso o in funzione di esse.

3. Istituzioni penali e devianza

Se per istituzione si intende un complesso normativo che struttura durevolmente un campo d'azione sociale³¹ e per istituzione penale ogni prassi sociale ripetuta all'interno di un gruppo in quanto ritenuta utile e obbligatoria³², allora l'esistenza e il rispetto delle istituzioni penali da parte di un gruppo sociale appare in grado di produrre effetti significativi sul fenomeno della devianza sociale.

Il diritto penale rappresenta un meccanismo sociale istitutivo e rafforzativo di azioni e aspettative di azione, di ruoli rigidi e di *status* posizionali di preminenza³³. Le norme penali regolamentano e disciplinano le azioni degli attori sociali che operano attraverso di esso non solo con norme primarie di condotta che guidano l'azione e le aspettative d'azione, ma anche con norme secondarie di competenza³⁴ che disciplinano *status* e ruoli sociali predefiniti (indiziato di un reato, inquirente, pubblico ministero, imputato, difensore, giudice, vittima del reato, persona offesa, ecc.), cui competono poteri e predefinite azioni (dichiarazioni, svolgimento di indagini, requisitoria, arringa, sentenza, ecc.) da svolgersi entro un quadro normativo rituale definito, definito a seconda dei casi come processo giudiziario, arbitrato, mediazione o negoziazione assistita, conciliazione giudiziale e stragiudiziale, scandito nei tempi e caratterizzato da una particolare simbologia (uniforme, toga, fascia tricolore dei giurati, cattedra che separa il giudice dalle parti, ecc.).

In questa prospettiva l'irrigidimento normativo stigmatizza come deviante non solo chi si discosta dalle previsioni contenute nel diritto

³¹ CRESPI, *Introduzione alla sociologia*, cit., pp. 81-83; L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, UTET, Torino 2006; V. FERRARI, *Diritto e società*, cit., p. 20.

³² FERRARI, *Prima lezione di sociologia del diritto*, cit., p. 14.

³³ ARNAUD, *La regola del gioco nella pace borghese*, cit.

³⁴ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1965, pp. 34 ss.; FERRARI, *Lineamenti di sociologia del diritto*, cit., pp. 191-192.

penale inteso come norma primaria, ma anche chi trasgredisce le norme secondarie di competenza che disciplinano sia i poteri riconosciuti dalla società ad uno *status*, sia le aspettative sociali connesse ad un ruolo. Ogni attore è sottoposto ad una pressione normativa³⁵ riferibile allo *status* e al ruolo assunti in ambito sociale, l'uno inteso come posizione sociale, spazio di libera determinazione, complesso di aspettative comportamentali che l'attore sociale interessato nutrirà nei confronti del prossimo, l'altro come il complesso di aspettative comportamentali che il mondo esterno farà convergere su quell'attore sociale influenzandone l'agire concreto³⁶. Il diritto penale definisce l'identità sociale dei soggetti agenti come conformi o devianti, perché ciò che siamo dipende tanto dalla percezione e dalle decisioni degli altri, quanto dalle nostre decisioni e dalla rappresentazione che abbiamo di noi stessi³⁷. Agire socialmente attraverso il diritto penale significa indossare metaforicamente una maschera, di conforme o di deviante, che scegliamo o che ci viene attribuita, o di cui ci sono attribuiti i caratteri, così come disciplinati e regolamentati dalle norme penali³⁸.

Non vi è dubbio che la libertà di scelta e i limiti in cui incorrono gli attori sociali relativamente all'assunzione delle maschere di conforme o di deviante vari a seconda dei tempi e dei luoghi in cui gli individui si trovano³⁹: vi sono società che considerano devianti gli individui dalla nascita, irrigiditi in ruoli che raramente mutano, mentre ve ne sono altre che se attribuiscono maggiore libertà di azione e di scelta agli attori sociali⁴⁰ quantomeno formalmente, tuttavia favoriscono la devianza sociale per la contemporanea attribuzione agli individui di ruoli e *status* tra loro incompatibili.

Sotto diverso profilo la cristallizzazione di comportamenti e aspettative

³⁵ G.H. VON WRIGHT, *Norm and Action, A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London 1963 (trad. it. di A. Emiliani, Il Mulino, Bologna).

³⁶ R. DAHRENDORF, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, trad. it. di P. Massimi, Armando, Roma 1966 (ed. or., *Homo sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen 1964); GALLINO, *Dizionario di sociologia*, cit., pp. 581 ss. e 676 ss.

³⁷ M.L. GHEZZI, *Diversità e pluralismo. La sociologia di diritto penale nello studio di devianza e criminalità*, Cortina, Milano 1996; ARNAUD, *La regola del gioco nella pace borghese*, cit.

³⁸ E. GOFFMAN, *La vita quotidiana come rappresentazione*, trad. it. di M. Ciacci, Il Mulino, Bologna 1969 (ed. or., *The Presentation of Self in Everyday Life*, University of Edinburgh Social Sciences research Centre, Edinburgh 1959).

³⁹ R. DAHRENDORF, *La società che cambia*, trad. it. di P. Micchia, Laterza, Roma-Bari 1981 (ed. or., *Lebenschancen. Anläufe zur sozialen und politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979).

⁴⁰ L.M. FRIEDMAN, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1990.

d'azione, ovvero la definizione di *status* e ruoli sociali da parte del diritto penale determina effetti generali di lungo periodo sulla complessità e sulla struttura del sistema sociale⁴¹. Più i comportamenti, gli *status* e i ruoli sociali disciplinati dal diritto penale sono numerosi, differenziati e rigidi, più il sistema sociale, i sottosistemi (giudiziario) e i sotto-sottosistemi (sistema penale) ad esso correlati risultano stratificati e inegualitari. La riduzione della libertà d'azione degli attori sociali e delle aspettative di ruolo riducono la mobilità sociale, ovvero la possibilità di passare da un ruolo ad un altro, da uno *status* all'altro, con conseguente irrigidimento della struttura sociale complessiva che tenderà a resistere a qualsiasi forma di cambiamento. Si tratta di un aspetto rilevante ai fini dell'analisi della devianza sociale poiché il diritto penale diviene uno tra i principali, se non il più importante, strumento di giustificazione e legittimazione della stratificazione sociale, dell'inegualitaria distribuzione del potere tra gli attori sociali, delle disuguaglianze sociali, idoneo ad accrescere la devianza sociale invece che ridurla.

4. *La costruzione sociale del deviante: norme, decisioni e accordi penali*

Il diritto penale quale variabile dipendente dall'azione umana è un sistema sociale creato dall'uomo per organizzare e assicurare il funzionamento della società. In questi termini l'azione umana si svolge in vista del raggiungimento di uno scopo e gli attori sociali agiscono teleologicamente attraverso il diritto penale adottando mezzi adeguati al raggiungimento di scopi prefissati secondo un modello di razionalità strumentale.

Il diritto penale come strumento d'azione sociale si presta a conseguire risultati attesi o quantomeno a giustificarli alla luce dei progetti d'azione perseguiti dagli attori sociali: un aspetto importante alla luce degli usi che gli attori sociali possono fare del diritto penale sotto il profilo della costruzione sociale del deviante.

Il rapporto fra diritto penale e costruzione dell'identità sociale emerge con chiarezza allorché si rifletta sul fatto che l'attribuzione dell'etichetta di deviante ad un attore è il prodotto dell'attività decisionale svolta da singoli e istituzioni preposte al controllo sociale⁴². Il diritto penale è un sistema di comunicazione normativa, d'azione attraverso la significazione, collegato

⁴¹ T. PARSONS, *Il sistema sociale*, trad. it. di A. Cottimo, introduzione di L. Gallino, Comunità, Milano 1965, pp. 45 ss. (ed. or., *The Social System*, The Free Press, Glencoe 1951).

⁴² GHEZZI, *Diversità e pluralismo. La sociologia di diritto penale nello studio di devianza e criminalità*, cit.

ai rapporti sociali conflittuali: il contrasto d'opinione sui comportamenti (fatti) e le parole con cui si trattano giuridicamente i comportamenti (fatti) è il risultato di interazioni conflittuali riferibili a divergenze di interessi tra gli attori sociali circa l'apprensione di risorse scarse.

Le ragioni della disputa sul significato degli enunciati normativi penali è evidente nelle relazioni interindividuali che si svolgono nel processo giudiziario, nell'arbitrato, nella mediazione e nella negoziazione assistita, che si concludono con una sentenza, una decisione o un accordo (conciliazione ovvero il contratto con cui le parti fanno reciproche rinunzie e/o concessioni), perché il conflitto sulle parole è l'essenza della contesa ed esprime la contrapposizione degli interessi in gioco. Ma le ragioni della contesa sul significato delle norme penali emergono con chiarezza anche nelle relazioni sociali generali che si svolgono in ambito legislativo tra legislatore e cittadini con l'emanazione di leggi, perché le norme legislative penali disciplinano, proteggendolo, l'interesse di una delle parti in conflitto.

Il diritto penale in quanto struttura del conflitto⁴³ è il riflesso della contrapposizione reciproca tra soggetti dotati di un diverso grado di potere e, conseguentemente, di una diversa capacità di influire sui contenuti e sul significato delle norme penali, o che è lo stesso sul fenomeno della devianza sociale.

Non vi è dubbio che i detentori del potere politico, disponendo dello strumento legislativo, appaiano maggiormente in grado di influire sul contenuto e sul significato delle norme penali, ma non vi è dubbio sul fatto che disponga di un potere anche chi è in grado di influire sull'interpretazione e applicazione delle norme penali, decidendo di volta in volta sul significato da attribuire alle disposizioni normative; così come parimenti esercitano un potere le singole parti di un contratto che nel sottoscriverlo incidono sui contenuti e sui significati da attribuire alle singole disposizioni contrattuali, ottenendo concessioni e/o rinunzie dalla controparte, proporzionali al potere negoziale di cui dispongono. E si tratta sempre di potere politico nell'accezione ampia dell'espressione ovvero inteso come capacità dei singoli di portare ad effetto in un ambito sociale

⁴³ V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto*, FrancoAngeli, Milano 1981, p. 85; B.M. BILOTTA (a cura di), *La giustizia alternativa*, Giappichelli, Torino 1999; ID. (a cura di), *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano 2008; ID., *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa*, in V. TOMEO, *Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di B.M. Bilotta, Rubettino, Soveria Mannelli 2013; ID. (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano 2014.

un progetto d'azione ovvero di scegliere fra alternative diverse d'azione e specificamente d'azione sociale attraverso la scelta di un significato da attribuire ad una norma penale, con evidenti effetti sul fenomeno della devianza sociale sotto il profilo della stigmatizzazione come deviante dei soggetti che, nell'ambito del conflitto sociale, agiscono per appropriarsi, utilizzare e disporre di risorse scarse alla luce dei particolari interessi perseguiti.

Sotto diverso profilo che esista uno stretto collegamento tra potere e diritto penale lo si comprende allorché si concentri l'attenzione sui ruoli sociali connessi all'azione giuridica coinvolti nella vita concreta del diritto. La presenza di una moltitudine di ruoli professionali connessi al diritto evidenzia come il diritto penale non sia esclusivo monopolio del legislatore: numerosi sono i soggetti che, istituzionalmente o meno, a vario titolo, intervengono nell'amministrazione della giustizia penale, con il compito di creare, applicare e interpretare le norme, fungendo da *media* istituzionali nella elaborazione e trasmissione di messaggi riguardanti il contenuto e il significato delle norme. In questo senso occorre sottolineare, alla luce dell'accezione di diritto positivo accolta in questo lavoro, che sono 'norme' in senso proprio, non solo gli enunciati contenuti in un codice o in una legge, ma anche e soprattutto ogni concretizzazione che assuma la forma della sentenza di un giudice, della decisione di un arbitro, di un mediatore, di un negoziatore, dell'accordo stipulato tra le parti, nonché ogni loro interpretazione in grado di orientare comportamenti e aspettative d'azione.

In questa prospettiva il diritto penale è un fenomeno comunicativo articolato e complesso, in cui gli attori sociali agiscono secondo interessi e progetti d'azione nell'ambito di una lotta che è soprattutto, se non esclusivamente, comunicativa.

Le norme penali (legge, decisione e accordo) orientano le azioni e le aspettative sociali mediante la prospettazione in forma prescrittiva di modelli d'azione. Non vi è dubbio che l'attribuzione della qualifica di conforme o di deviante a un insieme di azioni individuate astrattamente (legge) o a singole azioni concretamente individuate (sentenza, decisione, accordi), dipenda dal confronto con i contenuti dei modelli normativi disciplinati dal diritto penale. Dipende in sostanza da decisioni assunte e comunicate dagli attori sociali lungo le fasi dell'azione giuridica regolamentata dal diritto penale, ovvero dalla capacità degli attori sociali di portare a compimento in un ambito sociale un progetto d'azione scegliendo fra alternative d'azione, o che è lo stesso scegliendo fra i diversi significati da attribuire ad una norma alla luce degli interessi in gioco che si intendono soddisfare.

In altre parole la qualifica di conforme o deviante non è una caratteristica

intrinseca e connaturata ad ogni singola azione umana, semmai il prodotto di un atto comunicativo, di un'etichetta imposta a quella azione da parte degli attori sociali che dispongono di un potere definitorio e/o sanzionatorio a livello generale e/o individuale⁴⁴: si tratta di atti comunicativi che attribuiscono un significato negativo all'azione di un attore sociale e per il futuro condizionano l'opinione e le aspettative sociali relativamente a quel soggetto e le sue azioni.

Sotto diverso profilo occorre dire che la qualificazione di conforme o deviante in ambito penale è mutevole nel tempo tanto per le caratteristiche del linguaggio con cui le previsioni giuridiche astratte e i concreti accadimenti della vita vengono espresse, quanto perché tra le norme e le azioni sociali ad esse ispirate vi è sempre una relazione biunivoca di condizionamento reciproco⁴⁵: le norme influenzano l'azione degli attori sociali che retroagendo sul mondo normativo lo modifica. Le previsioni giuridiche astratte sono modelli che anche nel più statico dei sistemi giuridici risultano mutevoli: tali modelli non cambiano quando soddisfano specifici bisogni e interessi, ma se ciò non accade se ne adottano di altri, o se ne inventano di nuovi se non esistono, mantenendo fermo il riferimento al 'diritto', perché tale espressione induce consenso sull'azione e la legittima.

Sotto questo profilo gli enunciati normativi, le sentenze, le decisioni e gli accordi giudiziali e stragiudiziali penali sono oggetto di un incessante lavoro di elaborazione e interpretazione degli operatori del diritto (legislatori, giudici, burocrati, dottrinari, avvocati, ecc.) in grado di moltiplicarne e differenziarne i significati. Se i modelli normativi si prestano a molteplici interpretazioni, allora la classificazione degli atti come conformi o devianti non dipende tanto dalla norma in sé, quanto dalle varie interpretazioni degli attori sociali che agiscono attraverso di essa. Ciò che appare deviante secondo una norma, una sentenza, una decisione o un accordo può non esserlo secondo un'altra, suscitando interrogativi in ordine all'attività di creazione, applicazione e interpretazione delle norme che in definitiva presenta caratteri di alta relatività con evidenti conseguenze sul fenomeno della devianza sociale⁴⁶: se il diritto penale disorienta invece che orientare le azioni e le aspettative sociali, allora invece che ridurre aumenta il fenomeno della devianza sociale.

⁴⁴ GHEZZI, *Diversità e pluralismo. La sociologia di diritto penale nello studio di devianza e criminalità*, cit.

⁴⁵ R. TREVES, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 1987-1988.

⁴⁶ GHEZZI, *Diversità e pluralismo. La sociologia di diritto penale nello studio di devianza e criminalità*, cit.

5. Conclusioni

In Italia la comunicazione giuridica sul diritto penale e attraverso di esso sconta gli effetti di un aumento di complessità e di contingenza dei sistemi giuridici contemporanei, connessi ma non integrati, coinvolti in costanti conflitti, manifesti o latenti, per l'apprensione di risorse scarse: l'inaffidabilità dei sistemi giuridici, unita all'inflazione della comunicazione normativa per una crescente mole di messaggi provenienti dai ruoli sociali connessi all'azione giuridica (giudici, legislatori, burocrati, dottrinari, avvocati, parti private, ecc.), rendono il diritto penale sempre più disordinato, producono un elevato grado di incomunicabilità capace non solo di disorientare azioni e aspettative sociali, ma addirittura di produrre anomia ovvero assenza di regole.

In un contesto del genere se non è chiaro quali siano le norme penali da osservare e in definitiva cosa sia lecito o illecito, la nozione di efficacia del diritto penale, con cui si intende la corrispondenza fra gli effetti prodotti da un atto normativo e le intenzioni (significato) di chi l'ha realizzato⁴⁷, assume un elevato grado di relatività. La creazione, l'applicazione e l'interpretazione delle norme si caratterizzano per un grado talmente elevato di soggettività⁴⁸ che ogni azione può pretendere di autogiustificarsi, mentre la devianza sociale diviene una questione di semplici punti di vista.

Si tratta di aspetti che richiamano l'attenzione sull'elevato grado di entropia che caratterizza il sistema giuridico italiano e sollecitano interrogativi sulla funzione o le funzioni del diritto penale. Se per funzione si intende l'apporto conferito da un elemento a un sistema e per apporto si intende il contributo al progetto d'azione di un attore sociale che opera su quel sistema o attraverso di esso⁴⁹, allora non sfugge come un progetto d'azione attraverso il diritto penale possa risultare persino disfunzionale rispetto al sistema in cui opera, potendo produrre cambiamenti radicali in grado di condizionare l'esistenza del sistema sociale complessivo. Una legge, una sentenza, una decisione, un accordo giudiziale o stragiudiziale penale possono produrre cambiamenti così radicali in un aggregato sociale da renderlo meno coeso e solidale, più conflittuale e internamente diviso. Si tratta di aspetti che hanno una immediata ricaduta sul fenomeno della devianza sociale perché se il diritto penale orienta aspettative e comportamenti, non è detto che li

⁴⁷ L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Il Mulino, Bologna 1978, p. 101 (ed. or., *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York 1975).

⁴⁸ V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1991, pp. 145-149.

⁴⁹ *Ibid.*

orienti in modo chiaro e vantaggioso per ogni consociato; se garantisce delle procedure per il trattamento dei conflitti dichiarati, non è detto che sia in grado di comporli pacificamente, potendo acuirli e fomentarli; se assicura la legittimazione dell'azione sociale anche politica, parimenti delegittima ogni azione contraria, irrigidendo la contrapposizione originaria tra le parti⁵⁰.

Se la comunicazione giuridica raggiunge un elevato livello di entropia, allora il diritto fallisce nella funzione di orientamento delle azioni e delle aspettative sociali: un orientamento equivoco disorienta e favorisce la devianza sociale.

Si tratta di un fenomeno accresciuto in Italia dalla produzione di una gran mole non solo di sentenze, decisioni, accordi di operatori del diritto penale, spesso poco chiare e contraddittorie, ma anche di norme statali incapaci di disciplinare comportamenti penalmente rilevanti ispirandosi a principi di chiarezza e di semplificazione. Si tratta di norme che invece di affrontare e risolvere problemi quantitativamente e qualitativamente mutati posti da una società in rapido sviluppo⁵¹, mirano unicamente a soddisfare rivendicazioni e emozioni estemporanee della rappresentazione e della lotta politica, sull'onda di avvenimenti, emergenze, vere o supposte, oltre che a convogliare consenso e legittimazione mediatica sui governi in carica: è cresciuto l'uso strumentale, mediatico, dei simboli giuridici penali da parte del potere politico, ridotti a mere apparenze, al punto di potersi parlare in Italia di nichilismo giuridico, di ceneri e di fine del diritto⁵².

Si tratta di aspetti che dimostrano come in un settore fondamentale per la convivenza umana quale quello del diritto penale riguardante le persone, a differenza di quanto accade nei settori del commercio e dell'economia, relativi a beni, servizi e capitali, ove emerge una convergenza verso un'uniformità dei modelli normativi⁵³, operi invece una marcata tendenza alla differenziazione dei sistemi giuridici: una specificità del sistema repressivo italiano connessa all'attività posta in essere dal potere politico dominante,

⁵⁰ FERRARI, *Prima lezione di sociologia del diritto*, cit., p. 51.

⁵¹ ID., *Note sull'alternativa del diritto contemporaneo*, in «Sociologia del Diritto», XX, 1, 1993; E. DAMIANI DI VERGADA FRANZETTI, *La certezza del diritto nei discorsi inaugurali dei Procuratori Generali presso la Corte di Cassazione*, in M.L. Ghezzi (a cura di), *Alla ricerca del diritto certo*, Mimesis, Milano 2005.

⁵² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004; L.M. GHEZZI, *Le ceneri del diritto. La dissoluzione dello Stato democratico del diritto*, Mimesis, Milano 2007; ID., *La scienza del dubbio*, Mimesis, Milano 2009.

⁵³ L.M. FRIEDMAN, *Erewhon: The Coming Global Legal Order*, in «Stanford Journal of International Law», XXXVII, 2001, pp. 347-364; M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna 2002.

orientata più alla soddisfazione degli interessi di alcuni soltanto che non di tutti i consociati. Una spinta differenziatrice del diritto penale che per ciò che riguarda il settore delle persone, se rappresenta il riconoscimento di forme localistiche di diritto e di giustizia penale in favore degli appartenenti ad *élites* politiche nazionali, allora, in una rinnovata visione monistica del diritto, assicura l'attuazione di una politica transnazionale centralistica, orientata al mantenimento e all'accrescimento del potere in mano a *élites* mondiali sempre più ristrette.

