

MICHELE PIFFERI

IL GIUDICE PENALE E LE TRASFORMAZIONI DELLA
CRIMINAL JURISPRUDENCE NEGLI STATI UNITI AD
INIZIO NOVECENTO

Estratto dal volume

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA

DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

40 (2011)



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2011

MICHELE PIFFERI

IL GIUDICE PENALE E LE TRASFORMAZIONI DELLA
CRIMINAL JURISPRUDENCE NEGLI STATI UNITI
AD INIZIO NOVECENTO (1)

I. Il riformismo penale nella *progressiv era*. — II. Il contrasto alle *technicalities* e la ricerca di una *substantial justice* nel processo. — III. Giudici "rivoluzionari". — IV. La funzione del giudice e il movimento per l'individualizzazione della pena. — V. La *indeterminate sentence* e la separazione dei poteri. — VI. La biforcazione tra *trial* e *sentencing*. — VII. La difesa del *rule of law* e del *nulla poena*.

I. *Il riformismo penale nella Progressiv Era.*

La *Progressiv Era* (1890-1930) è caratterizzata da un profondo ripensamento della *criminal jurisprudence* statunitense. Tra fine Ottocento ed inizio Novecento diritto penale sostanziale e processuale sono oggetto di riforme, studi interdisciplinari, proposte metodologiche, elaborazioni di nuove teorie che introducono significativi cambiamenti sia nella scienza penale americana sia nel quadro legislativo. L'orizzonte discorsivo ricorrente entro il quale avvengono queste trasformazioni è quello di una *popular dissatisfaction with the administration of criminal justice* (2), divenuta ormai feno-

(1) L'articolo è il frutto delle ricerche svolte durante la Emile Noël Fellowship allo Jean Monnet Centre, NYU School of Law, diretto da Joseph Weiler, nell'autunno 2009. Sono particolarmente grato sia al Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno ed al direttore Bernardo Sordi, sia al Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara ed al (allora) direttore Pasquale Nappi per aver generosamente finanziato questo periodo di studio.

(2) Roscoe Pound intitola *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* il suo intervento, poi citatissimo, al XXIX Annual Meeting of the American Bar Association (St. Paul, Minnesota, 29 agosto 1906), ora edito in SHELDON GLEBECK (a cura di), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, Dobbs Ferry-NY, Oceana Publications, 1965, pp. 57-73.

meno endemico, di proporzioni tali da esigere un impegno politico e scientifico orientato verso un radicale rinnovamento di idee e di strumenti operativi (3). Il rischio, avvertito con consapevolezza nelle analisi culturalmente più provvedute, è che un sistema penale percepito come ingiusto, incapace di difendere la società dalla criminalità ed altrettanto inefficace nell'opera di risocializzazione dei condannati, generi un senso di sfiducia nelle istituzioni tale da lacerare i fili che legano i cittadini ai poteri pubblici, da corrodere le basi sulle quali si regge la democrazia americana (4). I problemi su cui si concentra il dibattito affliggono in particolare l'amministrazione della giustizia penale, ovvero il momento in cui attraverso le forme, i soggetti e le decisioni processuali l'opinione pubblica percepisce in modo palese lo scollamento tra il comune sentimento di giustizia e l'irragionevole applicazione della legge. Il ruolo del giudice nel *criminal trial*, la capacità della *judicial machinery* di condurre a risultati equi e di essere percepita come strumento di realizzazione di giustizia, la natura giurisdizionale o amministrativa della fase di irrogazione ed esecuzione della pena: sono questi i profili critici che investono in senso ampio le competenze del *judicial power* nel diritto penale, potere la cui funzione, attraverso la permeabilità della giurisprudenza alle proposte della scienza giuridica e

(3) Rinnovamento che, per poter incidere efficacemente nel diritto praticato, deve in *primis* partire dallo studio scientifico, dalla formazione didattica, dal confronto interdisciplinare nelle *law schools* americane, dove ancora ad inizio Novecento manca, rispetto all'Europa, la capacità di un'elaborazione teorica sui fondamenti e i fini della *criminal jurisprudence*. Questo problema è sollevato ad es. da G.C. SPERANZA, *The Decline of Criminal Jurisprudence in America*, in «Popular Science Monthly», LVI, 1900, pp. 466-473, specie pp. 467-468; sul contributo dell'avvocato italo americano per l'apertura del diritto penale alla criminologia, cfr. T.A. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility in the Age of Pound: An Essay on Criminal Justice*, in «Michigan Law Review», 93, 7, 1995, specie pp. 1919-1949; più in generale sui limiti, i ritardi, le miopie del «practical approach» statunitense rispetto all'«academic approach» europeo e sui primi segni di cambiamento con la diffusione della *criminological science*, cfr. G.O.W. MUELLER, *Crime, Law and the Scholars. A History of Scholarship in American Criminal Law*, London, Heinemann, 1969, pp. 67-81.

(4) In questo senso cfr. per es. J.W. GARNER, *Editorial Comment. Judicial Support of Technicalities*, in «Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology», [da ora JAICLC], I, 4, 1910, p. 529.

alle sperimentazioni penitenziarie, viene ridisegnata rispetto al modello dei padri fondatori.

Il presente contributo osserva queste trasformazioni della *criminal justice* americana privilegiando l'angolo prospettico della giurisprudenza: dal punto di vista interno, ovvero analizzando come alcune decisioni mostrino una consapevole funzione attiva delle corti nel sostenere il processo di riforma; dal punto di vista esterno, cioè analizzando le riflessioni critiche della dottrina sulle ricadute in termini di equilibri dei poteri e garanzie individuali conseguenti alle nuove competenze dei giudici. Il periodo a cavaliere tra XIX e XX secolo segna una fase di transizione nella società americana, una maggiore consapevolezza della complessità sociale provocata dalla trasformazione delle grandi città industriali, dalla non facile integrazione delle masse di immigrati, dalla configurazione di un ruolo nuovo, più attivo dello Stato; questo cambiamento richiede il passaggio dalla 'semplicità' delle istituzioni elaborate dai *founding fathers* ad un più moderno apparato pubblico, nel quale un ruolo non marginale spetta alla *criminal justice* come strumento di controllo della devianza e di rieducazione dei reati (5). Con argomenti spesso contraddittori il giudice penale è visto a volte come un soggetto troppo debole, costretto entro gli angusti confini tracciati dai tecnicismi processuali ed inutilmente vincolato a formalismi ormai obsoleti, altre volte, viceversa, come una figura dotata di margini decisori troppo estesi, la cui competenza deve essere ridotta a vantaggio di esperti scientificamente più qualificati, specie nella fase esecutiva della pena. In questa che viene considerata una *formative era*, una fase di rifondazione della scienza criminale sia da parte della giurisprudenza sia da parte dei nuovi saperi come la criminologia, la penologia, la sociologia e l'antropologia criminale (6), le prerogative del *judicial branch* nell'assetto dei poteri divisi

(5) Per un inquadramento generale della giustizia penale nella *Progressive Era* cfr. D.J. ROTHMAN, *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston: Little, Brown and Co, 1980; D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower, 1985; J. SIMON, *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1993.

(6) La manifestazione più rilevante dell'importanza acquisita dalle scienze criminologiche nella cultura statunitense d'inizio Novecento è sicuramente la fondazione

e bilanciati del *rule of law* devono essere ridefinite, in parte rafforzandole, per consentire al giudice di perseguire la *substantial justice* anche oltre i limiti imposti dalla legge secondo un modello processuale ormai storicamente superato, in parte restringendole, o meglio ridistribuendole in capo a nuovi soggetti, di natura più amministrativa che giurisdizionale, legittimati dalle peculiari conoscenze criminologiche.

II. *Il contrasto alle technicalities e la ricerca di una substantial justice nel processo.*

Il primo bersaglio delle critiche riformiste che coinvolgono l'attività dei giudici è il processo penale. Le *technicalities* avvolgono ormai il rito in una rete di cavilli formali, ridicole regole che moltiplicano le eccezioni della difesa, provocano inutili ritardi, rendono la pena incerta, favoriscono irrazionali *reversals*, e si traducono, di fatto, in un palese diniego di giustizia per i soggetti meno abbienti e in privilegi per i criminali più meritevoli di pena. L'insoddisfazione popolare verso l'amministrazione della giustizia è tale da mobilitare i vertici della classe politica, appunto perché il crescente sentimento di sfiducia dei cittadini nei confronti della giustizia pubblica indebolisce uno dei pilastri su cui si regge il sistema di governo, distrugge la « public confidence in the majesty of the law » (7) e genera un corto circuito nei meccanismi della rappresentanza politica che si traduce in sempre più frequenti episodi di

ad opera di John Wigmore dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology*, a Chicago nel 1909, e del collegato *Journal*, su cui cfr. C. PETT, *Lombroso in Chicago. Presenzas europee in la Modern Criminal Science Americana*, in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36, II, 2007, pp. 801-900, e Id., *Lombroso et l'Amérique*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé » 1, 2010, pp. 17-29. L'Istituto e la rivista divengono da subito la sede privilegiata per dibattiti interdisciplinari sui temi-chiave delle riforme, dalla pena individualizzata al rapporto immigrazione/criminalità, dalla nozione di responsabilità alla luce del determinismo criminologico ai temi dell'eugenetica, dalla brevità del processo alla utilità della comparazione con le dottrine europee; per una sintetica descrizione del progetto scientifico dell'*Institute*, oltre all'editoriale del primo numero del *Journal*, cfr. E.A. GILMORE, *The Need of a Scientific Study of Crime, Criminal Law, and Procedure: The American Institute of Criminal Law and Criminology*, in « Michigan Law Review », 11, 1, 1912, pp. 50-55.

(7) G.C. SPERANZA, *The Proposed Penal Code of the United States*, in « The Green Bag », 14, 12, 1902, p. 15.

linciaggio (8). Nel 1908 il presidente Theodore Roosevelt accusa i 'tecnicismi' di essere « a mere hindrance to justice », al punto che in alcune note decisioni « this over-regard for technicalities has resulted in a striking denial of justice, and flagrant wrong to the body politic » (9): per cercare di porre rimedio a questa situazione, l'*American Bar Association* nel 1909 elabora un progetto di legge, poi discusso dal Congresso con il sostegno del presidente William Howard Taft ma approvato solo nelle legislazioni dei singoli stati, in cui si prevede una limitazione del diritto di appello ai soli casi di evidente ingiustizia, cioè quando « after an examination of the entire cause it shall appear that the error complained of has resulted in a miscarriage of justice » (10).

Le proposte di riforma mirano ad incidere sul ruolo del giudice, visto nella tradizione di *common law* come un arbitro che lascia al confronto tra le parti la conduzione del processo: il *game*

(8) Cfr. G.C. BRANDON, *The Unequal Application of the Criminal Law*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 893-898: « A failure to administer the same measure of justice to all alike certainly produces in the minds of the masses a disregard for the forms of procedure and a lack of respect for the majesty of the law, and a contempt for its officers. It is unquestionably responsible to a very great extent for the prevalence of lynch law » (pp. 897-898). L'incremento della *lynch law* si può spiegare, dunque, come « the protest of a people ordinarily law-abiding, but to whom the condition caused by the lax enforcement of our criminal law by our constitutional courts has become intolerable » (J.D. LAWSON, *Technicalities in Procedure, Civil and Criminal*, in « JAICLC », I, 1, 1910, p. 83). Sui linciaggi degli immigrati italiani, cfr. P. SALVETTI, *Corda e saponi. Storie di linciaggi degli italiani negli Stati Uniti*, Roma, Donzelli, 2003.

(9) T. ROOSEVELT, *Eight Annual Message. White House, December 8, 1908*, in *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, vol. XVI, New York, Bureau of National Literature, 1913, p. 7209; l'anno precedente aveva individuato i mali del sistema penale americano nel binomio « sentimentality and technicality », cfr. Id., *Seventh Annual Message. White House, December 3, 1907*, in *A Compilation of the Messages*, vol. XV, cit., p. 7085. Su tali problemi cfr. E.J. M'DERMOTT, *Delays and Reversal on Technical Grounds in Criminal Trials*, in « JAICLC », II, 1, 1911, pp. 28-38. Sulla questione dei *delays* che rendono la giustizia penale americana « archaic and barbarous » al confronto di quella inglese, insiste anche il presidente W. H. TAFT, *First Annual Message. The White House, December 7, 1909*, in *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, vol. XVII, New York, Bureau of National Literature, 1913, p. 7431, su cui cfr. J.W. GARNER, *Editorial Comment. President Taft on Reform in Judicial Procedure*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 845-846.

(10) La prima sezione di tale *bill* è riportata, ad es., in J.W. GARNER, *Editorials. Proposed Reforms in Federal Procedure*, in « JAICLC », I, 1, 1910, p. 11.

spirit che caratterizza il processo penale, espressione di un modello individualistico iper garantista, nel quale accusa e difesa si contendono l'esito del giudizio in posizione paritaria di fronte ad un giudice volutamente limitato nei suoi poteri perché non invada le libertà dei singoli (11), deve lasciare il posto ad un rito diverso, più 'moderno', più rispondente alle nuove funzioni del diritto penale. Quel tipo di processo era stato pensato per un'epoca in cui la libertà individuale doveva essere difesa da possibili abusi del potere pubblico, era il prodotto di garanzie conquistate che doveva imporre, attraverso limiti formali e rigorosi meccanismi procedurali, il massimo rispetto per i diritti dell'imputato. Ora esso appare come uno schema superato, che non solo non risponde più a concrete esigenze sociali, ma anzi provoca ingiustizie, ritardi, immobilismi: è l'eredità di una visione politica ormai superata da nuove problematiche, piegata a fini contrari a quello che appare il comune senso di *equal justice* nella società americana di inizio Novecento. Le regole nate per proteggere l'innocente, come il *ne bis in idem*, la presunzione d'innocenza, il diritto al silenzio, le garanzie d'imparzialità dei giurati, il divieto per il giudice di istruire la giuria su questioni di fatto (12), non possono trasformarsi in opportunità per il colpevole di sfuggire alla giustizia, poiché « it is necessary to the protection of

(11) La « sporting theory of justice », conseguenza delle « our American exagérations of the common law contentious procedure », è criticata già da POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., pp. 64-65. Cfr. anche A. MEYER, *Editorial Comment. The "Game" Spirit in the Administration of Justice*, in « JAICLC », I, 2, 1910, pp. 2-4, dove il rimedio da opporre al « bold and fresh fighting spirit of the artist of the legal game » è visto sia nell'« unification and simplification of laws », sia in un « clear knowledge of the real activities in practical criminology ».

(12) Propongono non di abolire tali regole, ma di riformularle alla luce del loro obiettivo funzionamento, sia l'*Assistant District Attorney* a New York, F. BOSTWICK, *Proposed Reform in Criminal Procedure*, in « JAICLC », II, 2, 1911, pp. 216-227, sia il giudice della *Superior Court* della California W.P. LAWLOR, *Needed Reforms in Criminal Law and Procedure*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 877-892; in riferimento, ad es., alla *rule of once in jeopardy*, storicamente nata « in the past, when individual liberty was less secure » per impedire forme di oppressione del monarca che volesse sottoporre ad un nuovo processo un soggetto già assolto da una giuria, « it is doubtful if such a rule is really necessary now, for against such an abuse of individual right the enlightened public opinion of today would stand as a complete protection » (p. 878).

the innocent, however, that the guilty shall be punished » (13); l'apparato di cautele della *criminal machinery* costruito per garantire i diritti del cittadino non può divenire una minaccia alla sicurezza collettiva.

Si propone un ribaltamento delle polarità del processo penale dall'individuo verso la società, dall'imputato verso l'ordinata comunità, dai diritti del soggetto verso la sicurezza sociale: è anacronistico continuare a concepire il *criminal trial* e i suoi principi in chiave esclusivamente individualistica come il baluardo difensivo dei diritti dell'accusato, poiché il pericolo di un discrezionale uso della giustizia penale contro i singoli da parte delle pubbliche autorità è ora minimo, mentre è alto il rischio sociale che un criminale sfrutti le formalità del processo e riesca ad eludere la pena (14). Si tratta, dirà ancora Pound nel 1929, di avere il coraggio di abbandonare parte di quelle tradizioni che, radicate nelle « pioneer institutions », rappresentano il maggior ostacolo alla riforma della giustizia criminale per restituire efficienza, equità, credibilità. La prospettiva, tuttavia, deve essere rovesciata, perché le nuove scienze penologiche e criminologiche, esaltando la prevenzione, il delinquente, le cause sociali del crimine e la difesa sociale piuttosto che la repressione, il delitto, il libero arbitrio, i diritti individuali, hanno dimostrato che « our whole apparatus of juristic thinking on this subject must be overhauled » e che occorre un « readjustment of our legally received ideals », in modo da trovare un nuovo « workable balance between the general security and the individual life » (15). « People now feel very

(13) Ivi, p. 882.

(14) Cfr. BOSTWICK, *Proposed Reform in Criminal Procedure*, cit., p. 216, dove l'autore sostiene che la causa principale dell'aumento di criminalità negli USA, molto maggiore rispetto al livello europeo, « is the knowledge by the criminal of the many chances in his favor, to escape detection, apprehension, indictment and conviction. And, perhaps a principal reason for this is, that we continue to cherish in our law, rules which were originally invoked to safeguard the rights of the citizens; the reasons for which have largely disappeared; so that to-day these cherished bulwarks of liberty have come not only to insure the certainty of escape of the criminal from punishment for his illegal act, but to some extent, to jeopardize the liberty of the innocent ».

(15) R. POUND, *Criminal Justice in America*, New York, Henry Holt and Co., 1929, citaz. rispettivamente alle pp. 198, 215, 213, 214. Sul tentativo di Pound di trovare questo nuovo equilibrio tra tradizione e novità nel campo penale cfr. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility*, cit., specie pp. 1995-2007.

acutely the demands of general security. A century ago the stress was upon the individual life, upon humanity, not upon security. Men now are afraid of anything that seems to have any flavour of humanity»⁽¹⁶⁾: ci preme insistere su questa dimensione securitaria della giustizia criminale, sul cambio di mentalità che porta a concepire, e dunque a progettare, il campo del penale non più come il luogo delle garanzie individuali ma come lo spazio della *social security*, del controllo della pericolosità, della prevenzione della devianza. Non è qui il caso di indagare la dimensione internazionale di tale metamorfosi, sospinta dagli argomenti del positivismo scientifico e funzionale alle maggiori responsabilità che lo Stato va assumendo nel controllo della delinquenza⁽¹⁷⁾. Interessa, piuttosto, sottolineare l'orizzonte culturale, il quadro teorico complessivo entro il quale opera il riformismo progressista americano: le critiche antistoriciste, l'antiformalismo insistentemente invocato dalle pagine dell'*American Journal of Criminal Law and Criminology*, le accuse allo sterile atteggiamento conservatore di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che continua a rimanere fedele a *traditional rules* ormai 'fuori dal tempo', sono da interpretare entro le coordinate della *social defence*, che proiettano la *criminal justice* in una dimensione di consapevole *social control*⁽¹⁸⁾. Anche le proposte indirizzate a rendere il processo penale più rapido, ad evitare gli

⁽¹⁶⁾ R. POUND, *The Individualization of Justice* (1930), ora in GRAECK (a cura di), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, cit., p. 176.

⁽¹⁷⁾ Con parole simili Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 4 ed., Torino: Bocca, 1900, p. 23) afferma che «la scuola classica sorgeva in nome dell'individualismo, per rivendicarne i diritti esageratamente soffocati dallo Stato nel medio evo; così la scuola positiva cerca ora di porre un limite alla prevalenza, talvolta sovrachia, di questo individualismo, e tende a ristabilire l'equilibrio fra l'elemento sociale e l'elemento individuale».

⁽¹⁸⁾ Per un'analisi del passaggio «from individualism to individualization» e «from the forms of legal prohibition and penalty to a new mode of normalisation», cfr. GARLAND, *Punishment and Welfare*, cit., *passim*, citaz. pp. 28, 29; cfr. anche ID., *The Culture of Control*, Oxford, Oxford University Press, 2001, trad. it. *La cultura del controllo*, Milano, il Saggiatore, 2007, specie il cap. 2 sullo 'Stato penale assistenziale'. J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2007, trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, Raffaello Cortina Ed., 2008, *passim*, ma specie *Introduzione* pp. 3-15.

abusi strumentali dell'appello, a considerare irrilevanti i *technical errors* se non incidono sui *substantial rights* delle parti, si inseriscono in una strategia che intende l'ammodernamento del diritto penale nei termini di una maggiore efficienza preventiva e repressiva.

III. Giudici 'rivoluzionari'.

In questo contesto si giustifica il movimento verso un'estensione dei poteri del giudice nel processo penale: espressione della funzione pubblica fondamentale di difendere l'innocente e perseguire il colpevole, non può rimanere impastoiato nei cavilli formali, nei tecnicismi, negli *escamotages* dilatori degli avvocati. Si guarda all'Inghilterra come esempio da imitare⁽¹⁹⁾, perché la *criminal procedure* della madrepatria ha saputo ammodernarsi, evolversi nel rispetto della tradizione ma nel segno dell'efficienza. Lì non solo gli appelli sono limitati e i *reversals* rarissimi, non solo i difetti formali dell'*indictment* e gli errori tecnici sono insignificanti ma, soprattutto, «the English judge takes a very active part in the proceedings and directs the trial at every stage»⁽²⁰⁾: in ogni fase del procedimento, se ritiene le prove non sufficienti, può bloccare il processo e assolvere l'imputato, chiama ed esamina testimoni per chiarire i fatti, chiede agli avvocati di limitarsi strettamente alle domande rilevanti e non permette inutili discussioni per fini dilatori, comunica alla giuria la sua opinione sulle testimonianze raccolte, commenta sia sulla decisione dell'imputato di non testimoniare sia sul carattere ed il contegno dei testimoni, riepiloga ai giurati le prove raccolte e le presenta loro in modo ordinato dopo gli interventi di accusa e difesa. In questo modo la giuria decide rapidamente, i processi sono brevi,

⁽¹⁹⁾ Su incarico dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology*, John Lawson, preside della *School of Law* dell'Università del Missouri, e Edwin Keedy, professore alla *Northwestern University Law School*, si recano quattro mesi presso le corti londinesi e le *Assizes* a studiarne il funzionamento, in modo da offrire ai giuristi americani precisi strumenti di confronto; il loro *report*, che esalta la capacità di rinnovarsi dell'ordinamento inglese rispetto all'immobilismo statunitense, è pubblicato in due parti dal *Journal*, cfr. D. LAWSON, E. R. KEEDY, *Criminal Procedure in England*, in «JAICLC», I, 4, 1910, pp. 595-611, e I, 5, 1911, pp. 748-778.

⁽²⁰⁾ J. W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Procedure in England*, in «JAICLC», I, 5, 1911, p. 683.

gli appelli relativamente pochi sebbene sia riconosciuto ad ogni condannato *the right of appeal*: l'immagine che deriva dall'osservazione di tale sistema è che « this court (...) considers that its principal function is to administer "substantial justice" ad it has not therefore laid stress on technicalities either for or against the defendant » (21). L'aspirazione ad imitare il modello inglese introduce anche tra i riformisti l'idea di un giudice dai poteri rafforzati (22), in modo da rendere il processo un percorso più certo e spedito verso il soddisfacimento di una 'giustizia sostanziale' finalmente corrispondente al comune sentire. Sebbene l'atteggiamento tradizionalmente conservatore della giurisprudenza fatichi ad accogliere tali proposte per aprirsi ad interpretazioni antiformalistiche (23), gradualmente affiora qualche *sign of progress*.

(21) Ivi, p. 684. Nel commentare le sentenze che, per rispettare un cavillo legislativo od un'inutile formalità tecnica, giungono a decisioni paradossali e ridicolizzano la legge, i riformisti contrappongono con sempre più frequenza la *substantial justice* alle ingiustizie che produce il cieco rispetto dei formalismi; cfr. ad es. J.W. GARNER, *Editorial Comment. The Law Made Ridiculous*, in « JAICLC », I, 5, 1911, pp. 689-691; *Ib.*, *Editorial Comment. Substantial Justice Versus Technicality*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 855-856.

(22) L'ottava tra le *recommendations* del *report* di Lawson e Keedy prevede che « The trial judge should not be a mere presiding officer, but should take an active and controlling part in the trial. He should restrict counsel to the asking of relevant questions. He should promptly overrule and discourage technical objections. He should never permit counsel to intimidate or improperly to confuse a witness. He should sum up the evidence to the jury and direct them as to the law applicable thereto » (LAWSON, KEEDY, *Criminal Procedure in England*, II, cit., pp. 777-778). Nello stesso senso cfr. LAWSON, *Needed Reforms in Criminal Law and Procedure*, cit., p. 880: « This restriction [riferita ai limiti nel presentare alla giuria questioni di fatto] on the prerogative of the court militates against an effective administration of the law. (...) One of the most serious defects in the present system is the lack of sufficient power in the trial court and the too liberal exercise of authority by the appellate courts in criminal cases ». R. POUND, *Inherent and Acquired Difficulties in the Administration of Punitive Justice*, in *Proceedings of the American Political Science Association*, vol. 4, 1907, pp. 222-239, indica come uno dei più gravi problemi che colpiscono l'amministrazione della giustizia penale americana « the needless limitation or even cutting off of the power of trial judges to control the trial and hold the jury to its province » (p. 235), anche se nei primi anni del Novecento « it is gratifying to note in the reports of the several State bar associations a growing tendency to call for restoration of the powers of trial judges » (p. 237).

(23) Desta scalpore, per es., la decisione della Corte Suprema dell'Ohio nel caso *Goodlove v. State*, (92 N.E. 491, 28 giugno 1910), la quale annulla la decisione del

Nel 1909 la *Court of Criminal Appeals* dell'Oklahoma prende una posizione netta contro la rilevanza sostanziale dei tecnicismi procedurali (24). Nel caso *Caples v. State* afferma che il proprio compito non può certo essere ridotto a mero applicatore meccanico della lettera della legge, ma, viceversa, gli *statutes* e la Costituzione devono essere interpretate « liberally, to promote the purposes for which they were enacted, and in furtherance of justice ». Lo scopo supremo della Corte è di garantire ai cittadini dello stato « a just and harmonious system of criminal jurisprudence, founded on justice and supported by reason, freed from the mysticism of arbitrary technicalities » (25), e solo questo criterio guiderà le decisioni future, anche in contrasto con atteggiamenti contrari di altre *appellate courts*. Alcuni precedenti ormai indicano un *trend* giurisprudenziale che mira a ridurre l'importanza dei tecnicismi formali per valorizzare, invece, la giustizia sostanziale nel singolo caso. Ciò che più interessa è la consapevolezza con la quale il giudice Furman, redattore della sentenza, esprime la posizione di rottura antiformalistica:

tribunale inferiore perché, sebbene fosse stata provata l'accusa di omicidio a carico dell'imputato, tuttavia nell'*indictment* la persona uccisa era stata indicata come Percy Stuckey *alias* Frank McCormick, e la pubblica accusa non aveva sufficientemente provato né l'identità tra la vittima, nota come Frank McCormick, e Percy Stuckey, né che quest'ultimo fosse mai esistito. Considerando tale lacuna « a total failure of proof as to an essential allegation and material part of the offense charged in the indictment », non, dunque, una « mere variance that is excused or rendered harmless » dalla legge, ma un « essential matter » non provato « beyond a reasonable doubt » (p. 492), la Corte opta per l'assoluzione dell'imputato, con il risultato di liberare un provato omicida per un mero errore tecnico. Durissime le critiche dalle pagine del *Journal*, cfr. J.W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Justice in Ohio*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 853-855, che definisce la sentenza « another example of the sort of slavish adherence to technicality in criminal procedure that is doing so much to destroy confidence in our methods of administering justice and to impair popular respect for the higher courts in some of our states » (p. 853).

(24) L'appellante, condannato in primo grado per *assault with intent to kill* ad una pena detentiva di cinque anni, chiede il *reversal* adducendo un errore formale nell'atto di accusa (*information*): esso, infatti, emanato con il titolo 'State of Oklahoma', sarebbe in violazione della previsione della Costituzione statale che stabilisce che 'The style of all writs and processes shall be: The State of Oklahoma': l'assenza dell'articolo determinativo sarebbe un *fatal error* capace di inficiare la validità di tutto il procedimento.

(25) *Caples v. State*, 104 P. 493, 496 e 497.

« Now that our criminal jurisprudence is in its formation period, we are determined to do all in our power to place it upon the broad and sure foundation of reason and justice » (26), così che l'innocente trovi protezione e il colpevole sia punito.

È un momento di transizione, di fondazione di un nuovo diritto penale, orientato ad una giustizia più equa: non solo, dunque, occorre affermare con forza l'irrelevanza dei tecnicismi, perché « if we place our criminal jurisprudence upon a technical basis, it would become the luxury of the rich » (27), ma bisogna avere anche il coraggio di staccarsi dal vincolo dei precedenti, laddove non si approvino più la *ratio* su cui essi si fondano. Tutte le *authorities* e i *precedents* saranno certamente considerati ed osservati, a condizione che siano supportati da « living principles » e siano « in harmony with our laws and the conditions existing in Oklahoma », anche se la Corte confessa apertamente il suo desiderio di abbandonare il rispetto per inutili precedenti fondati « in the rubbish of Noah's Ark »: « When the reason for a rule of law ceases, the rule should cease also. If this be revolution, then we are and will continue to be revolutionary » (28). La decisione è chiaramente di rottura, quasi 'rivoluzionaria' appunto nel panorama giurisprudenziale americano d'inizio Novecento, perché segna una presa di posizione coraggiosa a favore delle opzioni antiformalistiche sostenute dai *progressives*, traccia le linee di un programma di riforma endo-giurisprudenziale della *criminal justice* che vaglia la tenuta di una *rule* in base alla *reason* sottostante, che considera le conseguenze della *law in action* più che i dettami della *law in books* (29).

(26) Ivi, 499.

(27) *Ibidem*; è ribadita l'idea che solo una giustizia meno schiava dei formalismi e più attenta alle ragioni sostanziali delle parti impedisca una sorta di privilegio censitario nell'amministrazione della giustizia: « By placing our system of criminal jurisprudence upon the basis of reason justice becomes the right of the poor as well as the rich » (Ivi, pp. 499-500).

(28) Ivi, p. 500. Sull'importanza della decisione cfr. i commenti di J.H. WIGMORE, *Comment on Recent Decisions*, in « JAICLC », I, 1, 1910, p. 144-145; J.W. GARNER, *Editorial Comment. Signs of Progress*, in « JAICLC », I, 2, 1910, pp. 6-9; *Id.*, *Editorial Comment. Judicial Disregard of Technicalities*, I, 4, 1910, pp. 522-525 (con riferimenti anche ad una decisione simile della Corte d'Appello di New York).

(29) Sulla necessità di applicare anche al diritto criminale il nuovo approccio metodologico della *science of law*, basato su una cooperazione interdisciplinare delle

Un anno dopo, in *Hack v. State*, la Corte Suprema del Wisconsin decide in modo analogo un caso simile. Nel *writ of error* il convenuto, condannato in primo grado per aver venduto whisky ad un ragazzo minore di tredici anni, eccipisce l'omissione della formale contestazione dei capi d'imputazione e della conseguente dichiarazione dell'accusato (*right of arraignment and plea*), vizio che renderebbe nullo tutto il procedimento con l'annessa condanna poiché la Corte Suprema aveva ritenuto tali formalità essenziali per il *due process of law* e coperte dalla garanzia costituzionale del XIV Emendamento (30). Tuttavia, con un'interpretazione estensiva di alcune sentenze che avevano indicato i diritti processuali 'rinunciabili' da parte dell'accusato, esplicitamente o per comportamenti concludenti, la Corte del Wisconsin ritiene di poter annoverare tra essi anche *the right of arraignment and plea*, ribaltando la dottrina consolidata dalla medesima Corte in alcuni *leading cases* (31). Come in *Caples v. State*, interessa sottolineare l'argomentazione antiformalistica su cui si regge la motivazione: « We think that sound reason, good sense, and the interests of the public demand that the ancient strict rule, framed originally for other conditions, be laid aside » (32).

La corte può ignorare i *mere formal errors* e le *technical objections*, se non incidono in alcun modo su un *substantial right*, per cercare sempre « to adhere to the spirit of the law which giveth life rather than to the letter which killeth » (33): lo sforzo interpretativo deve tendere alla realizzazione della « substantial justice in all

diverse scienze sociali (*economics, politics, sociology, social psychology*) e su una « insistence upon justice through rules in contrast to abstractly just rules, an insistence upon the limitations on effective legal action, and the importance of making legal precepts effect their purposes », cfr. POUND, *Criminal Justice in America*, cit., pp. 211-212; un ruolo determinante nella trasformazione della *criminal law*, sostiene il Preside di Harvard, deve spettare alle *schools of law*, capaci di analizzare criticamente se e come l'attuale sistema legislativo e i modi di amministrare la giustizia penale siano compatibili con l'effettiva difesa degli interessi sociali alla cui tutela sono finalizzati.

(30) Cfr. *Crain v. U.S.*, 162 U.S. 625, 20 aprile 1896, 645.

(31) *Dougluss v. State*, 3 Wis. 820, giugno 1854; *Davis v. State*, 38 Wis. 487, agosto 1875.

(32) *Hack v. State*, 141 Wis. 346, 11 gennaio 1910, 352.

(33) Ivi, 353. In questa retorica 'modernista' il passo paolino (II Corinzi, 3, 6) sulla prevalenza dello spirito sulla legge è ricorrente: cfr., ad es., anche *Caples v. State*, cit., 78.

actions, either civil or criminal, without regard to immaterial errors or consequential defects» (34). La corte ha dunque il dovere, oltre che l'*inherent power* non confliggente con quello del legislatore, di cambiare orientamento sul valore irrinunciabile dei formalismi processuali, considerando con attenzione tanto le trasformazioni della società nella quale le regole devono essere applicate, quanto gli effetti che quelle stesse regole producono agendo entro contesti storici e mentalità differenti. Se il *welfare state* del XX secolo non è più l'assoluto Leviano da temere, anche il diritto penale deve modificare la propria funzione, attenuando i profili individualistici di garanzia dell'imputato a favore di un più generale senso di giustizia sociale. Trasformazione che, spinta dalla riflessione scientifico-teorica dei riformisti, trova in una parte della *judicial branch* la disponibilità ad assumersi un ruolo diverso, più decisivo e propulsivo nel processo.

IV. La funzione del giudice e il movimento per l'individualizzazione della pena.

Il secondo tema che nella *Progressiv Era* interessa la funzione del giudice penale, fino al punto da modificarla radicalmente, è quello dell'individualizzazione della pena. L'influenza della contaminazione del diritto penale con le nuove scienze è, in questo ambito, determinante, in quanto la convinzione che la pena non debba essere applicata uniformemente ai criminali e dosata in proporzione del reato commesso, bensì personalizzata il più possibile in ragione delle caratteristiche di ogni delinquente, si alimenta dell'ideale riabilitativo e delle strategie preventive diffuse dalla criminologia (35). La pena individualizzata non solo presuppone una

(34) *Ibidem*. Su questa base la *conclusion* della Corte è che la dottrina del caso *Douglas v. State* debba essere *overruled*, sostituita dal nuovo principio in forza del quale « the right of arraignment and plea will be waived by the defendant by his silence when he ought to demand it, in all cases (except capital cases) where it appears that he is fully informed as to the charge against him and is not otherwise prejudiced in the trial of the case by the omission of that formality » (*Ibidem*). Cfr. J. W. GARNER, *Editorial Comment. Wisconsin Justice Without Technicality*, in « JAICLC », I, 5, 1911, pp. 688-689.

(35) Per un quadro di sintesi sull'impatto avuto dal modello riabilitativo e dagli studi criminologici sulla giustizia penale, cfr. F. A. ALLEN, *Legal Values and the Rehabi-*

finalità rieducativa invece che retributiva della sanzione, ma implica anche la fiducia in un percorso correzionale del delinquente che non può essere predeterminato al momento dell'irrogazione della pena, poiché la risocializzazione del reo dipende da un insieme complesso di fattori che possono solo essere valutati *ex post* da parte di personale esperto. La tipologia e la durata della pena, infatti, sarebbero funzione non più del disvalore del fatto predeterminato *ex lege*, ma della pericolosità individuale, del grado di accertata rieducazione del criminale: la flessibilità, dunque, dovrebbe essere massima, in modo da consentire la verifica periodica dell'efficacia del trattamento (non più 'pena' riabilitativo (36)).

Le ambiguità implicite in tale modello sono numerose: se, per esempio, è evidente l'influenza del determinismo, non può essere del tutto negato il libero arbitrio e la capacità di scelta dell'individuo, poiché se i comportamenti fossero sempre biologicamente necessitati sarebbe del tutto inutile l'esperimento correzionale; i segni della manifesta o cessata pericolosità sono rimessi alla valutazione di saperi 'altri' rispetto al diritto (medicina legale, psicologia, psichiatria, antropologia) che, pur accreditandosi come scienze sperimentali, non possono raggiungere livelli di certezza, oggettività, uniformità nella misurazione della tendenza a delinquere di un soggetto; il continuo paragone tra medicina e pena, tra medico e giudice, implica l'accettazione di una possibile sanzione senza termine: come, infatti, il malato deve essere curato fino a quando non è del tutto guarito, così il criminale può essere sottoposto a trattamento fino a quando non è del tutto rieducato, potenzialmente fino alla morte se è considerato inemendabile. Questa sintesi indica solo alcune delle

liative Ideal, ora in Id., *The Borderland of Criminal Justice. Essay in Law and Criminology*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1964, pp. 25-41; L. RADZIWICZ, *Ideology and Crime*, New York: Columbia University Press, 1966, trad. it. *Ideologia e criminalità. Uno studio del delitto nel suo contesto storico e sociale*, Milano, Giuffrè, 1968, e Id., *In Search of Criminology*, London, Heinemann, 1961, trad. it. *Alla ricerca della criminologia*, Milano: Giuffrè, 1964.

(36) La diffusione di tale approccio nella *criminal jurisprudence* è ampia; solo a mo' di esempio, cfr. F. H. WINES, *The New Criminology*, New York, Press of the James Kempster printing Co., 1904; M. PARMELEE, *Criminology*, New York, The Macmillan Co., 1923; F. A. KELLOR, *Criminal Anthropology in Its Relation to Criminal Jurisprudence*, in « The American Journal of Sociology », 4, 4, 1899, pp. 515-527 e 4, 5, 1899, pp. 630-648.

problematiche che incrociano il tema dell'individualizzazione, ampiamente discusse tanto nella cultura giuridica americana quanto in quella europea d'inizio Novecento, a sottolineare come esso attraversi in realtà tutti i campi di tensione della giustizia penale, dai dogmi della responsabilità alle giustificazioni filosofiche sulla legittimità e i limiti del diritto di punire. Nella prospettiva che qui interessa, quella del diritto giurisprudenziale, sono due i profili specifici dell'*individualization of punishment* che sembrano particolarmente rilevanti nel dibattito statunitense: la *indeterminate sentence* e la separazione tra fase processuale di accertamento della colpevolezza (*guilt phase*) e fase di irrogazione ed esecuzione della pena (*sentencing phase*).

V. La indeterminate sentence e la separazione dei poteri.

La pena indeterminata, ovvero l'irrogazione di una sanzione dalla durata indefinita, è proposta per la prima volta negli Stati Uniti da Zebulon Brockway, soprintendente del riformatorio di Detroit, al congresso penitenziario di Cincinnati del 1870. L'esperienza ed i dati sulla recidiva dimostrano l'inefficacia riabilitativa del sistema di pene detentive applicato in base a rigidi criteri di proporzionalità e con meccanismi sconti di tempo per buona condotta; occorre agire sulla *love of liberty* del detenuto, renderlo artefice del proprio percorso di liberazione offrendogli la possibilità di determinare la durata del trattamento custodiale in base alla capacità di riformare il proprio carattere. La *sentence*, pertanto, non può essere determinata *ex ante* dal giudice del processo, ma deve essere *indeterminate*, espressione con cui Brockway indica l'idea che tutti i delinquenti condannati da un tribunale competente, « shall be deemed wards of the state, and shall be committed to custody of the board of guardians, until, in their judgment, they may be returned to society with ordinary safety, and in accord with their own highest welfare » (37). Tale metodo avrebbe una serie di vantaggi, tra i quali

(37) Z. BROCKWAY, *The Ideal of a True Prison System for a State*, in E.C. WINES (a cura di), *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, Held at Cincinnati, Ohio, October 12-18, 1870, Albany, Weed, Parsons and Co., 1871, p. 54.

quello di assegnare la responsabilità di fissare il periodo (e la modalità) della detenzione ad un organo competente di esperti, che assume decisioni trasparenti e rivedibili, invece che lasciarla al capriccio di giudici eletti dal voto popolare, i quali, oltre a non avere né il tempo né le conoscenze per prendere nei singoli casi le decisioni più convenienti, rispondono a logiche politiche che nulla hanno a che fare con la rieducazione del reo o la prevenzione del crimine. Il *judiciary* non sarebbe del tutto escluso dal *sentencing*, ma affiancato da un « *board of guardians* » (38), in un modello che avrebbe il pregio di rimuovere il momento di determinazione del termine di detenzione « away from the time of trial, with its excitement, its prejudices, and any influence of popular clamor, and affords opportunity to judge correctly of the real character of the prisoner » (39).

Nel 1877 Brockway riesce a far approvare dallo stato di New York un provvedimento che prevede l'applicazione della pena relativamente indeterminata per i detenuti (*first offenders* compresi tra i sedici e i trent'anni) nel nuovo sperimentale riformatorio di Elmira, di cui è da poco direttore. Quel 'relativamente', considerato un compromesso necessario ma transitorio dal suo proponente (40), significa che la durata della pena non è stabilita caso per caso dal giudice nella sentenza di condanna, né è rimessa *in toto* alla valuta-

(38) Ivi, pp. 46-47: esso dovrebbe essere composto di dieci persone al massimo, « intelligent, enterprising, ingenious, already interested in the science of society », tra le quali Brockway suggerisce « a physician, an educator, a judge well versed in moral as well as legal science, a mechanic, a manufacturer, a merchant or financier, an editor or man of letters, a man specially distinguished for his "common sense" and independence of character, a matronly mother, of sound sense and a woman zealous for the rights of her sex ».

(39) Ivi, pp. 55-56.

(40) Nel 1907 Brockway, instancabile sostenitore di un sistema di pene assolutamente indeterminate, critica la scelta poco coraggiosa, e dunque ancora non del tutto soddisfacente, delle legislazioni che hanno optato per la *relative indeterminateness*. A suo avviso sono tre gli ostacoli alla piena e coerente realizzazione di un *reformatory system*: « the conservatism of the old time notions yet remaining with some of our courts and with some lawyers », « the lack of confidence in the possibility and certainly in the probability that administration of prisons can be had quite devoid of prejudice and partisan interference », « a mistaken sentimentality » in favore dei detenuti nel caso di un prolungamento del trattamento (Z. BROCKWAY, *An Absolute Indeterminate Sentence*, in « *Charities and the Commons* », 17, 1907, p. 869).

zione del *board of guardians*, ma la legge determina solo il limite massimo di detenzione per quella fattispecie, entro il quale spetta poi alla commissione di esperti decidere concretamente, in base alla verifica dell'avvenuta risocializzazione, se e quando concedere al detenuto la liberazione, prima condizionale poi definitiva. In pochi anni l'esperimento di Elmira ottiene un successo di scala internazionale (41), e quasi tutti gli stati dell'Unione adottano il sistema che abbina la *relative indeterminate sentence*, in forza del quale una commissione di *prison officials* variamente composta (*board of parole, of pardon, of prison*) ha la facoltà di stabilire in concreto la durata della detenzione entro un margine molto ampio fissato dalla legge tra un minimo (di solito almeno un terzo della pena base) ed un massimo, al *parole system*, che prevede la possibilità di concedere al detenuto la liberazione condizionata prima della scadenza del termine della pena qualora sia ritenuto già parzialmente recuperato (42).

La pena indeterminata si giustifica sulla base di una « trinal unity », composta da « restraint, reformation, conditional and then absolute release » (43). Contiene in sé un'anima repressiva ed una riformatrice, combina all'idealismo correzionale l'utilità preventiva e la sicurezza eliminativa (44): nell'entusiasmo dei primi e più agguer-

(41) « The most advanced penal institution in the world » lo definisce C. BERNALDO DE QUIRÓS, *Modern Theories of Criminality*, Boston, Little, Brown and Co., 1911, p. 185. Sul funzionamento dell'Elmira System, cfr. ad es. F.H. WINES, *Punishment and Reformation. A Study of the Penitentiary System*, New York, T.Y. Crowell, 1919 (new ed.), pp. 199-234.

(42) Nel 1922 trentasette stati hanno adottato una forma di *indeterminate sentence*; quarantatré stati, le Hawaii e il governo federale il *parole system*, mentre solo quattro non hanno né l'una né l'altro. Per una sintesi della graduale diffusione e delle variabili legislative degli istituti cfr. E. LINDSEY, *Indeterminate Sentence, Release on Parole and Pardon*, in « JAICLC », VIII, 4, 1917, pp. 491-498; Id., *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*, in « JAICLC », XVI, 1925-26, pp. 9-69; H.E. BARNES, *The Repression of Crime. Studies in Historical Penology*, New York: G.H. Doran Co., 1926, pp. 221-247; M. ZALMAN, *The Rise and Fall of the Indeterminate Sentence*, in « Wayne Law Review », 24, 1, 1977, specie pp. 48-83.

(43) BROCKWAY, *An Absolute Indeterminate Sentence*, cit., p. 867.

(44) Come sintetizza L. FRIEDMAN, *Crime and Punishment in American History*, New York: BasicBooks, 1993, p. 161, « the indeterminate sentence pointed in two directions: leniency and rehabilitation for the savable; eternal damnation for the rest.

riti difensori di tale misura (Brockway, Wines, Spalding (45)), il rischio di un suo possibile impiego come strumento discriminatorio di controllo sociale, modulabile in funzione di selezionate tipologie di detenuti (gli *immigrants*, gli indigeni, gli afro americani per esempio), viene escluso sulla base della valutazione scientifica, oggettiva quindi, della pericolosità o della riacquisita socialità del delinquente. Le conoscenze criminologiche in continuo perfezionamento, i progressi della psichiatria e della psicologia, dovranno portare, nell'ottimistica visione pan-scientista, ad un'uniforme valutazione dei caratteri dei criminali: laddove la concreta applicazione del modello riabilitativo mostri qualche incongruenza o produca esiti non desiderati, il problema va ricondotto alla scarsa, inadeguata formazione criminologica dei *prison officials*, non certo a contraddizioni insite nel modello stesso (46).

Ad inizio secolo, tuttavia, i riformisti statunitensi guardano con interesse al contributo della *criminological science* europea, credendo di poter trovare nella solidità teorica e nel metodo scientifico della riflessione continentale il sostegno culturale necessario per legittimare le loro proposte (47): ciò vale anche per l'*indeterminate*

(...) Penal reform was both carrot and stick, and 'habitual criminal' laws were part of the stick ».

(45) Cfr., ad es., W.F. SPALDING, *Indetermined Sentences for Penitentiary Prisoners. A Paper Prepared for the National Prison Congress*, 1895 s.l., s.n., 1895; Id., *Possibilities of the Probation System*, Boston: Massachusetts Prison Association, 1908.

(46) In questo senso cfr. ad es. R.J. WRIGHT, *Digest of Indeterminate Sentence and Parole Laws*, (Reprint from 91st Annual Report of the Prison Association of N.Y.), Albany: J.B. Lyon Co., 1936, pp. 79-80: « One of the glaring defects of the entire parole situation today is that of an inadequate personnel »; E. LINDSEY, *What Should Be the Form of the Indeterminate Sentence and What Should Be the Provisions as to Maximum and Minimum Terms. If Any?*, in « JAICLC », XII, 4, 1922, p. 537: « we may take it as certain that public sentiment will not approve a sentence without a maximum limit until reformatory methods within the prisons have been developed to a much greater degree of perfection than is the case at present ».

(47) Cfr. per es. H. ELLIS, *The New York State Reformatory in Elmira*, London: Alexander Winter, 1891, *Preface*, p. iv: « The European criminologists (...) have worked for the most part purely as scientific investigators. The founders of Elmira, on the other hand, seem to have been guided purely by practical and social considerations, and to have had no knowledge of the scientific movement that was arising in Europe. In the future, there is now good reason to hope, these two currents of scientific advance and practical social progress will be united »; M. PARMELEE, *The Principles of Anthropology*

sentence, che, dopo le prime sperimentazioni legislative, diviene bersaglio di serrate critiche di incostituzionalità, respinte a livello dottrinale e giurisprudenziale proprio grazie all'apporto delle convincenti argomentazioni criminologiche. Questa 'battaglia' sulla legittimità dell'istituto tra riformisti e conservatori (48) tocca il cuore del problema, ovvero la distribuzione di poteri e responsabilità nella *sentencing phase* tra legislatore, giudici, amministrazione. La logica della pena indeterminata, infatti, sembra, per un verso, ampliare la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, non essendo più vincolato da un ristretto limite editale previsto nella legge, per altro verso, invece, restringere di molto le prerogative giudiziali nell'irrogazione della sanzione, trasferendole in capo ad un organo amministrativo di nuova costituzione di cui il giudice può (non sempre) esserne parte e le cui decisioni non sempre sono sottoposte ad un vaglio di giurisdizionalità.

Il *judiciary*, dunque, soggetto tecnico esperto di diritto ma non ancora provvisto di competenze criminologiche, esaurirebbe il proprio ruolo con il verdetto di condanna, che prende atto della scelta della giuria, e con l'irrogazione di una pena detentiva per un tempo indeterminato (entro un minimo ed un massimo molto ampi). In concreto spetterebbe poi al *board of prison* decidere la modalità esecutiva e la durata effettiva della pena, valutare il momento e le condizioni della possibile liberazione in base ad uno studio approfondito del carattere, del *background*, delle condizioni psicologiche, dell'educazione del reo, scegliere in ragione di una verifica periodica del livello di rieducazione, di un accertamento della cessata pericolosità o del rischio di recidiva. Nell'ottica dei suoi sostenitori la pena

and *Sociology in Their Relations to Criminal Procedure*, New York: The Macmillan Company, 1908, p. 6: « It is now very essential that these reforms should be studied in the light of this new science of criminology, and that they should be given a sound scientific basis. European science and American practical reform should be brought together ».

(48) Cf. G. C. SPERANZA, *What Are We Doing for the Criminal?*, in « The American Law Register », 49, 4, 1901, p. 219: « The most hopeful sign of popular discontent against classic penal provisions is the introduction in many of our states of the "Indeterminate Sentence" and the "Suspension of Judgment". The fight for their introduction into our criminal codes has been a hard one, and, even where successful, it has been but partially so ».

indeterminata, in quanto compiuta realizzazione di pena individualizzata, rappresenta un progresso significativo nella giustizia penale e nelle discipline carcerarie, proprio perché massimamente conformata alle caratteristiche personali del singolo trasgressore. Essa, tuttavia, spostando il baricentro della sanzione dalla funzione retributiva del fatto commesso alla funzione riabilitativa del delinquente, da una prospettiva di repressione della prava volontà ad una di prevenzione della *dangerousness*, incide anche sulla legittimità e la competenza dei soggetti chiamati a gestire la fase del *sentencing* nei suoi diversi momenti.

VI. La biforcazione tra trial e sentencing.

« *Verdict Guilty, Now What?* », è il titolo di un articolo nel quale lo psichiatra Karl Menninger, nel 1959, accusa i metodi punitivi statunitensi di essere inefficaci perché ancora dipendenti dalle vecchie teorie giuridiche ed impermeabili alle nuove scoperte scientifiche sui criteri di trattamento dei criminali (49): al di là della sfasatura temporale, che dimostra come il *rehabilitative ideal*, nonostante le riforme legislative introdotte, fatichi concretamente ad imporsi sulla tradizionale mentalità retributiva, interessa qui cogliere il senso della domanda sulla funzione della pena, nella quale è possibile riassumere la *ratio* del movimento per la *indeterminate sentence* iniziato a fine Ottocento. L'accertamento della colpevolezza dell'imputato non è che la prima tappa di un complesso itinerario rieducativo, la premessa indispensabile di ogni trattamento correttivo la quale, tuttavia, non può né condizionare né determinare tempi e modi dell'*individual treatment* (non più *punishment*), perché il giudice del fatto non può sapere preventivamente se e quando il

(49) K. MENNINGER, *Verdict Guilty - Now What?*, in « Harper's Magazine », agosto 1959, pp. 60-64, il quale, dopo aver sostenuto che la causa della criminalità deve essere ricondotta all'incapacità della società di integrare tutti i suoi membri, conclude con un invito ad uscire finalmente dall'impulsiva logica vendicativa della legge del taglione, caratteristica della *old penology*, per intraprendere la via scientifica del trattamento terapeutico del delinquente: « In its place should go a quiet, dignified, therapeutic program for the rehabilitation of the disorganized one, if possible, the protection of society during his treatment period, and his guided return to useful citizenship, as soon as this can be effected ».

malato-reo sarà 'guarito' (50). Se le funzioni, dunque, sono diverse (accertare la responsabilità penale nel processo, prendersi cura della rieducazione del criminale nella pena-trattamento), diversi dovranno essere anche sia gli strumenti sia i protagonisti delle due fasi: la tecnica giuridica dovrebbe cedere il passo ad altre scienze (medicina, psichiatria, psicologia, statistica, sociologia, antropologia), così come il giudice dovrebbe lasciare spazio ad esperti delle nuove discipline carcerarie (51). L'introduzione legislativa della pena indeterminata e del *parole*, sospinta dalla *criminological wave* che travolge la cultura e l'opinione pubblica americana, conduce ad un *biphasic trial* nel quale la prima parte, pienamente giurisdizionale, conserva caratteri, regole, limiti del processo penale precedente e si esaurisce con la sentenza di condanna; la seconda parte, invece, quella del *sentencing*, è affidata ad un organo amministrativo di nuova istituzione e si apre alle sperimentazioni metodologiche in progress della *criminology* (52).

Dal punto di vista teorico tale biforcazione, separando colpa e pena in ambiti autonomi che rispondono a logiche diverse, appare certamente un compromesso tra tradizione e rinnovamento, perché consente di non rinunciare alla nozione di *mens rea* ma, nello stesso tempo, apre al determinismo biologico e sociologico tutta la fase del trattamento. Nella cultura giuridica europea una posizione simile è

(50) In questo senso cfr. per es. C.D. WARNER, *Some Aspects of the Indeterminate Sentence*, in « The Yale Law Journal », 8, 5, 1899, pp. 219-224, specie p. 221; sui caratteri della *reformatory sentence* cfr. anche C.T. LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, in « The Yale Law Journal », 9, 1, 1899, pp. 17-30.

(51) Sulla biforcazione del processo penale nell'*American jurisprudence*, come riflesso teorico dei « differing ways in which jurists and behavioral scientists conceptualized criminal responsibility », con la nozione di *mens rea* ancora a fondamento della *guilt phase*, sostituita, invece, dalle idee positivistiche di responsabilità sociale e pericolosità nel *sentencing*, cfr. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility*, cit., specie pp. 1923-1927.

(52) Cfr. WINES, *The New Criminology*, cit., p. 11: dei tre rami del potere due hanno fino ad ora cercato di assicurare una *penal justice*, il legislativo e il giudiziario, ma « neither has succeeded » perché si sono basati su regole astratte e sulla *mathematical proportion*; ciò che serve, dunque, è « the establishment of a system under which the authorities who have the custody of the prisoner, and who, being appointed by the governor, are his representatives and agents, and are empowered to establish rules, subject to executive (or even joint executive and judicial) approval, governing the date and the conditions of the prisoner's release ».

autorevolmente sostenuta da Raymond Saleilles (53), non a caso tradotto e recensito con grande attenzione negli Stati Uniti (54). Al di là del rifiuto del puro meccanicismo in difesa della *freedom of the will*, lo scontro sulla costituzionalità dell'*indeterminate sentence* riguarda il cuore del *rule of law*, il *tripartite genius of our institutions* come lo chiamano i giuristi americani, ovvero i meccanismi che garantiscono la separazione ed il bilanciamento dei poteri legislativo, giudiziario, esecutivo. Gli *Acts* che nei vari stati introducono l'*indeterminate sentence* sono accusati di incostituzionalità perché il potere di stabilire concretamente la durata della detenzione conferito al *board of managers* è visto sia come un'illegittima « delegation of the duty and power of the legislature to prescribe punishment for the violation of the penal laws of the state », sia come una « invasion of the province of the judicial department to determine and fix, under the provisions of the legislature, the term of imprisonment » (55), sia, infine, come un *infringement del pardoning power* del Governatore, unico soggetto costituzionalmente titolare del potere di grazia che non può, pertanto, essere delegato (56). I poteri che sono costituzio-

(53) R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927 [13 ed.], p. 167 « La conception de la peine implique la responsabilité; il faut que l'on croie à la responsabilité pour qu'une mesure prise contre un malfaiteur soit une peine. Mais l'application de la peine n'est plus affaire de responsabilité, mais d'individualisation. C'est le crime que l'on punit, mais c'est la considération de l'individu qui détermine le genre de mesure qui lui convient. La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application: telle est la formule du droit pénal moderne ».

(54) L'opera è tradotta nel 1911 nella *Series* di Wigmore con prefazione di Roscoe Pound; tra le recensioni cfr. « Harvard Law Review », 25, 8, 1912, pp. 749-750; « Yale Law Journal », 21, 2, 1911, pp. 175-176; « University of Pennsylvania Law Review », 60, 4, 1912, pp. 291-292; « Columbia Law Review », 12, 4, 1912, pp. 382-383; « Annals of the American Academy of Political and Social Science », 44, 1912, pp. 186-187.

(55) J.M. KERR, *The Indeterminate-Sentence Law Unconstitutional*, in « American Law Review », 55, 5, 1921, p. 729.

(56) In questo senso cfr. ad es. *In Re Conditional Discharge Of Convicts*, 73 Vt. 414, 29 maggio 1901 (Supreme Court Of Vermont), 429: « The result is that No. 127, laws of 1898, so far as it undertakes to confer upon the board of prison commissioners the power of paroling prisoners, is also unconstitutional and void. Therefore, answering the question four submitted, the board of prison commissioners has no authority to grant a conditional discharge nor a parole to a convict in any case ».

nalmente attribuiti a determinati soggetti, non possono essere delegati o trasferiti *in toto* ad altri, senza con ciò violare lo spirito della stessa legge fondamentale.

Secondo alcune prime decisioni, il *board of prison* introdotto dalle nuove leggi ma non definito né previsto in Costituzione (né nelle Costituzioni statali), invadendo ed occupando spazi di altri 'poteri', sarebbe *unconstitutional* perché romperebbe, in prima battuta, l'equilibrio su cui si regge il *rule of law* e rischierebbe, come ulteriore conseguenza, di far saltare i meccanismi di garanzia a tutela dell'individuo. Infatti, anche se il nuovo sistema punitivo è motivato dal desiderio di riformare il reo ed al tempo stesso di punirlo, di migliorare i condannati proteggendo la società, il rischio dell'indebitatezza è che « when the convict (...) enters the prison, he becomes the servant and slave of the prison board, and no court in the country has any power to protect his rights or redress his wrongs » (57). Al *board of prison* composto di quattro membri non eletti dal popolo viene affidata una « almost unlimited authority » (58) riguardo al rilascio del detenuto, senza controllo giurisdizionale e senza appello: il presupposto della dichiarazione d'illegittimità sta nella duplice convinzione che la pena debba essere *certain* e *definite* da parte del legislatore e che ogni decisione relativa alla pena sia (e debba essere) di natura giudiziale, perché il vaglio di una corte assicura maggiori tutele ai condannati (59).

L'interpretazione prevalente, tuttavia, considera la *indeterminate sentence* ed il *parole* costituzionalmente legittimi in base ad argomentazioni che fanno salve le peculiari prerogative sia del *legislature* sia del *judiciary*. È vero, infatti, che « the power to declare what shall be the appropriate punishment for an ascertained crime belongs solely to the legislature » (60), ma il legislatore può libera-

(57) *People v. Cummings*, 88 Mich. 249, 13 novembre 1891, 254; infatti, « Their discretion is not reviewable by the courts; it is arbitrary ».

(58) *Ivi*, 262.

(59) La *dissenting opinion* del giudice Grant in *People v. Cummings* ritiene, invece, che « The constitutional power of the courts is neither abridged nor enlarged. The character and extent of the punishment are clearly within the exclusive control of the Legislature » (*Ivi*, 264), e che, soprattutto, la decisione del *board* sulla libertà del detenuto non sia un *judicial act*.

(60) *Woods v. State*, 130 Tenn. 100, aprile 1914, 106-107.

mente decidere di indicare un margine editale molto ampio anziché fissare una pena determinata. Ciò che cambia con le nuove *indeterminate laws*, rispetto al sistema precedente, è solo la durata della detenzione che, mai inferiore al minimo, si intende di fatto sempre estesa fino al limite massimo, salvo una 'meritata' riduzione decisa dal *board of prison*. I poteri conferiti alla commissione, però, « are not judicial in their nature, but only administrative » (61): richiedono certamente « the exercise of judgment and discretion; but it is essential that such powers be vested in administrative officers, to a limited extent » (62). Come ogni potere amministrativo, essa opera con margini di discrezionalità che non si traducono però in arbitrio incontrollato, perché le decisioni del *board* nel fissare i confini della libertà del detenuto devono essere orientate dalle considerazioni sulla sua storia pregressa, sulla pericolosità, sul livello di risocializzazione.

Lo spazio di intervento concesso al *board* è lo strumento operativo per l'attuazione del fine riabilitativo del diritto penale riformato: il delinquente deve essere limitato, osservato, guidato ed assistito nel percorso verso una rinnovata cittadinanza, secondo un itinerario che richiede tempo, vicinanza con il soggetto, conoscenze criminologiche. Non si può certo chiedere né al legislatore, né alle corti, né al governatore di farsi carico di tale scopo, ma « it is possible only through the agency of some such board or commission », poiché « these powers, while neither judicial, legislative, nor executive (...) belong to that great residuum of governmental authority, the police power, to be made effective, as in often case, through administrative agencies » (63). La commissione istituita dalle nuove norme, secondo tale interpretazione che ne legittima la costituzionalità, non altera gli equilibri dei poteri separati né invade funzioni fondamentali riservate ai singoli ambiti, bensì esercita un potere amministrativo finalizzato alla migliore applicazione della pena prevista in astratto dal legislatore e irrogata in concreto dal

(61) *Ivi*, 108.

(62) *Ibidem*. Come altri esempi dimostrano, non tutti gli atti che implicano esercizio di potere discrezionale devono necessariamente essere « judicial in their nature » (*Ivi*, 110).

(63) *Ivi*, 114.

giudice, svolgendo un compito divenuto necessario nella prospettiva finalistica riabilitativa ormai politicamente dominante ⁽⁶⁴⁾. Nonostante alcune voci critiche ⁽⁶⁵⁾, questa lettura della pena indeterminata prevale nella dottrina e nella giurisprudenza americane di inizio Novecento, contribuendo all'ampia diffusione dell'istituto: diviene, anzi, gradualmente, un punto fermo della *criminal jurisprudence*, una delle manifestazioni più tipiche della moderna filosofia dell'individualizzazione ⁽⁶⁶⁾.

La conseguenza più evidente del sistema della pena indefinita è l'accentuarsi della separazione tra *trial* e *sentencing*, concepiti come due momenti autonomi del processo penale, non solo guidati da soggetti diversi per competenze e formazione, ma anche sotto-

⁽⁶⁴⁾ In questo senso cfr. anche *In re Lee*, 177 Cal. 690, 8 marzo 1918 (Supreme Court of California), 693: rispondendo alla questione sulla possibile delega di poteri legislativi o giudiziari al *prison board* la Corte afferma che « it is pointed out that the legislative function is filled by providing the sentence which is to be imposed by the judicial branch upon the determination of the guilt of the offender. This is done by the enactment of the indeterminate sentence law. The judicial branch of the government is entrusted [*sic*] with the function of determining the guilt of the individual and of imposing the sentence provided by law for the offense of which the individual has been found guilty. The actual carrying out of the sentence and the application of the various provisions for ameliorating the same are administrative in character and properly exercised by an administrative body ». Sul dibattito relativo alla costituzionalità della *indeterminate sentence* cfr. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence*, cit., pp. 40-52; P.R. GATENS, *A Brief Upon Question of Constitutionality of the Parole and Indeterminate Sentence Laws*, New York, 1917.

⁽⁶⁵⁾ Quella di James Kerr, per esempio, il quale sostiene che se un atto prevede esercizio di discrezionalità o di giudizio, esso può solo essere o « amministrativo in its character » ed appartiene al potere esecutivo, o « giudiciale in its nature » ed appartiene al giudiziario, « in either of which cases the legislature is inhibited by the constitution from delegating to another the act to be done »; solo se le *indeterminate laws* prevedessero condizioni definite per l'esecuzione della pena potrebbero essere legittime, ma « the great trouble with all the indeterminate sentence statutes is that they are shadowy and not definite; they delegate to others the discretion which the legislature should exercise in definite manner in positive law and not by way of suggestion and recommendation » (*The Indeterminate-Sentence Law Unconstitutional*, cit., p. 736, 740; cfr. anche *Id.*, *Judicial Parole Against Sound Public Policy*, in « American Law Review », 55, 4, 1921, pp. 512-528).

⁽⁶⁶⁾ Sulla pena indeterminata nella quale « the court does not participate in the fixing of the sentence », ma è un « administrative board » a decidere la durata della detenzione, come « more logical application » della dottrina rieducativa della pena, cfr. M.F. MCGUIRE, A. HOLTZOFF, *The Problem of Sentence in the Criminal Law*, in « Boston University Law Review », 20, 3, 1940, pp. 423-434 (cit. p. 433).

posti a regole differenti, specie per l'utilizzabilità di prove relative non al fatto (escluse dal *trial*) ma alla personalità del reo (necessarie nel *sentencing*) ⁽⁶⁷⁾. Solo la logica della biforcazione, con due momenti distinti teologicamente e quindi anche metodologicamente, riesce a conciliare, per esempio, l'attività valutativa del *board* con la *undue prejudice rule* fondamentale nel sistema di *common law*, per la quale non possono essere utilizzate nel processo prove relative alla personalità dell'imputato o riferite a sue precedenti condotte per non influenzare negativamente il giudizio della giuria sulla singola *res iudicanda* ⁽⁶⁸⁾. Tale regola, infatti, continua ad essere valida solo per il *trial*, non più per il *sentencing*, dove, al contrario, tutte le possibili informazioni sul carattere e la storia pregressa del condannato sono fondamentali per scegliere il trattamento più adatto ⁽⁶⁹⁾.

Nella sempre più marcata enfasi che la criminologia attribuisce alle fasi dell'imposizione ed esecuzione della pena, il baricentro si

⁽⁶⁷⁾ Cfr. ad es., a dimostrazione di come la logica bifasica sia ormai penetrata nel discorso giuridico sulla pena, *Williams v. State*, 337 U.S. 241, 6 giugno 1949, 248-249, in cui la Corte Suprema legittima differenti utilizzazioni di materiale probatorio, sul presupposto che « Modern changes in the treatment of offenders make it more necessary now than a century ago for observance of the distinctions in the evidential procedure in the trial and sentencing processes. For indeterminate sentences and probation have resulted in an increase in the discretionary powers exercised in fixing punishments ». Sulla distinzione, tra *trial function* e *sentencing function* come conseguenza della diffusa applicazione degli *habitual criminal statutes* e della *indeterminate sentence*, cfr. anche le brevi ma utili note in *The Admissibility of Character Evidence in Determining Sentence*, in « University of Chicago Law Review », 9, 4, 1942, pp. 715-722.

⁽⁶⁸⁾ Regola non osservata, come sottolinea Wigmore, nella procedura europea continentale, dove alla *character evidence* « is given great consideration and is freely used » (J.H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, I, 2nd Ed., Boston, Little Brown and Co., 1923, § 193, p. 413).

⁽⁶⁹⁾ In questo senso cfr. per es. *State v. Reeder*, 79 S.C. 139, 21 febbraio 1908 (Supreme Court of South Carolina), 140: « The American cases lay down the principle that, in the case where it devolves upon the Court to determine the punishment, either upon the finding or upon the plea of guilty, it is the correct practice for it to hear evidence in aggravation or mitigation, as the case may be, where there is any discretion as to the punishment (...). It has likewise been held that evidence of the moral character of the accused is competent to guide the Court in determining the punishment to be imposed »; *People v. Popesque*, 345 Ill. 142, 18 giugno 1931 (Supreme Court of Illinois), ed i precedenti ivi richiamati, con anche il commento di F. BROADY, *Criminal Law — Use of Evidence of Prior Offenses in Fixing Discretionary Penalties*, in « The University of Chicago Law Review », I, 5, 1934, pp. 810-811.

sposta dal giudice ad un organo amministrativo, perché la conoscenza della legge e delle regole procedurali nulla ha a che vedere con la capacità di gestire il trattamento rieducativo. Poiché i giudici non solo non sono provvisti della scienza necessaria per valutare la situazione psicologica e la personalità complessiva del reo, ma considerano spesso la criminologia come un 'sapere' del tutto superfluo per il loro compito, risulta ancora più necessario l'affidamento del *sentencing* ad un altro organo d'esperti che possa assumere decisioni fondate su conoscenze scientifiche (70). Questo *judge's dilemma* sul confine della sua sfera di operatività ha naturalmente radici giuridiche, filosofiche e storiche nel principio della separazione dei poteri, complicate però dalla tendenza emersa a fine Ottocento a trasferire compiti « of a truly judicial character from the Courts to the administrative authorities » (71). È una delle contraddizioni del modello correzionalista, che, nell'intento di ridisegnare i rapporti tra poteri in modo da non irrigidire il momento applicativo-esecutivo della pena, sembra trasferire al giudiziario prerogative del legislativo, ma, in realtà, sposta la responsabilità di scelte valutative discrezionali in capo ad organi amministrativi, ponendo, almeno nelle interpretazioni più prudenti, seri dubbi per la tenuta delle garanzie individuali (72).

(70) In questo senso cf. ad es. le considerazioni generali di H.M. BAKER, *The Court and the Delinquent Child*, in « The American Journal of Sociology », 26, 2, 1920, p. 178: « Lawyers and judges rightfully resent this institutionalization of courts. The true function of a court is to determine judicially the facts at issue before it; or, in criminal matters, the guilt or innocence of persons charged with crime. Investigations of the lives, environments, or heredity of delinquents, the infliction of punishment, and the supervision of probation institutionalize the courts and are repugnant to every tenet of the science of law ». A dimostrazione di una radicata mentalità di *common law* che considera il compito del magistrato estraneo ai nuovi saperi, cf. R.C.K. ENSOR, *Courts and Judges in France, Germany, and England*, London, Oxford University Press, 1933, nt. 1, pp. 89-90, il quale, commentando la carenza di « any proper equipment » degli *High Court judges* inglesi nel decidere la pena, racconta che quando chiese al *Lord Chief Justice Alverston* se fosse interessato ai libri di *criminology* e *penology*, questi rispose « I prefer to rely on common sense », considerando sdegnosamente inutili i nuovi studi sul delinquente e sulla pena.

(71) H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, London, G. Allen and Unwin Ltd., 1939, p. 174.

(72) Il taglio tematico e lo spazio di questo contributo non consente di allargare lo sguardo al vivace dibattito internazionale sulla legittimità della *indeterminate sentence*, sempre rifiutata dalla maggioranza dei giuristi europei per i quali essa rappresenta una

Certo tutto l'ideale riabilitativo si regge sulla premessa che la *discretion* riconosciuta alla *sentencing agency* sia esercitata saggiamente in base alle più avanzate conoscenze scientifiche, « there is no guarantee, however, that sentencing boards will possess wisdom nor that there will be agreement on what knowledge is "best" ». Individualization of treatment can lead to concentration camps as well as to psychiatric therapy » (73). Si pone, dunque, il problema dei limiti al potere decisionale della *prison board*, da ricercare di nuovo nei paletti imposti dalla legge che definisca tipi e forme del *treatment* o nella garanzia della giurisdizione, per impedire che la *sentencing phase* sia governata da un *rule of men* anziché da un *rule of law* (74).

sorta di cavallo di Troia che rischia di riportare nell'amministrazione della giustizia penale quella discrezionalità tipica dell'antico regime, superata con la Rivoluzione francese e il positivismo giuridico. Meglio piuttosto continuare con la liberazione condizionale, con mezzi 'eliminativi' come la relegazione, o con misure di prevenzione della pericolosità come le misure di sicurezza, tutte più rispettose del principio di legalità. Per un'utile sintesi comparativa cf. M. ANCEL, *The Indeterminate Sentence*, United Nation Dept. of Social Affairs, New York, U.N. Publication, 1954 e, sul dibattito svoltosi in occasione del Congresso Internazionale Penitenziario di Washington nel 1910, cf. C.H. HENDERSON, *Report of the Proceedings of the Eighth International Prison Congress, Washington D.C., Sept.-Oct. 1910*, Washington, Government Printing Office, 1913 e N.K. TETTERS, *The International Penal and Penitentiary Congress (1910) and the Indeterminate Sentence*, in « Journal of Criminal Law and Criminology », 39, 5, 1949, pp. 618-628.

(73) N. CANTOR, *A Disposition Tribunal*, in « JAICLC », 29, 1, 1938, p. 61.

(74) Ivi, p. 60: « Complete abandonment of the rule *nullum crimen sine lege* would expose individuals to the whims of the court, city and state officials who identify themselves with the law and to the political currents of the day. (...) Above all, we must not abandon the law. No people is safe unless rules of law limit the judgments of men ». In questa direzione di compromesso va letta, per es., la proposta di istituire i *Treatment Tribunals*, o *Disposition Tribunals*, organi incaricati della scelta e della gestione del trattamento, nei quali agli specialisti psichiatri, psicologi e operatori sociali si affianchi anche il giudice, in modo che il *sentencing* non sia tutto nelle mani di *administrative bodies*. Proposta non facile da realizzare, perché implica la costruzione di meccanismi di cooperazione ed integrazione tra *judiciary* e *board of prison* non solo formali, ma davvero capaci di garantire correttezza, efficacia, legittimità del trattamento. Tale riforma non dovrebbe ridisegnare la divisione dei poteri, ma dovrebbe tendere « at a complete unification of the whole sphere of Criminal Administration in the hands of a Court that would possess the necessary qualifications to act as a tribunal for the finding of the guilt as well as for the imposing and the supervision of the carrying out of the sentence » (MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, cit., p. 204). Sul punto cf. in particolare S.B. WARNER e H.B. CABOT, *Judges and Law Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, pp. 156-181, la cui proposta di *disposition tribunal* (per imputati tra la fine della

VII. *La difesa del rule of law e del nulla poena.*

La sfida più difficile per i riformisti consiste nel contemporare l'individualizzazione, che esige ampi spazi di discrezionalità amministrativa, con il rispetto dei fondamenti costituzionali a garanzia delle libertà individuali come il principio di legalità e la separazione dei poteri. Già alla fine degli anni Venti del Novecento la fiducia nelle potenzialità curistiche delle nuove scienze criminologiche è messa in discussione; criteri obiettivi, razionali, uniformi di valutazione della pericolosità del delinquente non sono stati elaborati, i pochi dati statistici raccolti mostrano la mancanza di una base scientifica, emergono incongruenze, incompetenze negli operatori, scarsa efficacia delle misure alternative adottate (75). Il ruolo del giudice inevitabilmente subisce estensioni o riduzioni a seconda della fiducia nei nuovi metodi rieducativi, oscilla come un pendolo tra il costringimento entro il *trial* e la giurisdizionalizzazione del *sentencing* (76): quando, a cavaliere del nuovo secolo, la scienza sembra poter spiegare e 'correggere' ogni comportamento criminale,

minore età e i 25 anni) è indotta dal fatto che « the problem of sentencing exists because the law has given judges wide discretion in determining what sentence to impose, but no criteria for deciding how to exercise that discretion » (p. 180).

(75) Valga, come esempio, lo studio di S. e E. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in « Harvard Law Review », 42, 3, 1929, pp. 300-329, nel quale i due criminologi analizzano criticamente le debolezze del sistema riabilitativo introdotto con le varie riforme (*parole, probation, indeterminate sentence*), perché i metodi di prognosi della pericolosità o della risocializzazione del criminale sono fondati su basi del tutto *unscientific*: « In other words, legislative prescription of penalties, and judicial sentencing, are founded upon considerations almost wholly irrelevant to whether or not a criminal will thereunder ultimately be a success, partial failure, or total failure. Can any proof of the unscientific nature of the contemporary treatment of this problem be stronger? » (p. 327). Il loro tentativo di indicare modelli prognostici affidabili svela, di riflesso, l'ammissione del fallimento dei metodi fino ad allora utilizzati nel *sentencing* dai giudici o dalle *parole boards*.

(76) Sulla necessità di risolvere il « dilemma of free judicial discretion versus protection of individual liberty », senza tuttavia vincolare il giudice ad un meccanico calcolo dei fattori astratti di pericolosità (come propone Enrico Ferri nel suo Progetto del 1921), bensì attraverso mezzi di « judicialization of the administrative act » of determination of appropriate treatment for every "individual delinquent" », cfr. le riflessioni di S. GLUECK, *Principles of a Rational Penal Code*, in « Harvard Law Review », 41, 4, 1928, pp. 478-479 e nt. 32 p. 479.

il tecnicismo del giudice ed i formalismi della legge sono visti come ostacoli al progresso della giustizia penale.

Dopo una sperimentazione di qualche decennio, invece, lo stesso Pound che nel 1911 guardava con interesse alle aperture della *individualization of punishment* americana come ad una « phase of this general movement for individualizing the application of all legal rules », in sintonia con la generale « reaction against administration of justice solely by abstract formula » (77) che attraversava il moderatismo francese o la *freie Rechtsfindung* tedesca, riconosce che il « movement for individualization and for preventive justice has itself brought about a reaction »: una reazione critica, in particolare, contro i modi di pensare e le procedure adottate dalla *administrative justice* che è, appunto, la « chief agency of individualization » (78). Nato per assicurare ad un tempo difesa sociale e riforma individuale, tale 'movimento' ha indebolito entrambi, trasmettendo la sensazione di una giustizia troppo indulgente verso le più pericolose condotte antisociali, e contemporaneamente troppo minacciosa dei diritti del soggetto « by committing too much to the discretion of administrative officers » (79). Alla reazione dei *progressives* contro le ingiustizie delle pene fisse e della meccanica applicazione giudiziale, è subentrata una controreazione per l'inattendibilità e l'inefficacia dei nuovi metodi sperimentali, che sembra rimettere in discussione le certezze scientifiche della criminologia (80).

(77) R. POUND, *Introduction to the English version*, in R. SALELLES, *The Individualization of Punishment*, Boston, Little, Brown and Co., 1911, pp. XVI, XV.

(78) R. POUND, *Foreword* a S. e E. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, cit., p. 298.

(79) *Ibidem*.

(80) Ivi, p. 299: « But over-enthusiasm in the decades of progressivism, inadequate provision for administration of the new devices, the necessarily experimental character of some of them, leaving many things to be worked out by trial and error, and the strain put upon the whole machinery of criminal justice by post-war conditions in our large cities, have brought all the agencies of preventive criminal justice under suspicion ». Critici verso l'applicazione al diritto criminale del *legal realism*, che enfatizza troppo « the utility of empirical knowledge (...) but, in so far as it ignores or underestimates the importance of the development of a rational science of law and the utility of rational knowledge in the solution of such problems, it is performing a disservice », sono J. MICHAEL, M.J. ADLER, *Crime, Law and Social Science*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1933, nt. 60, p. 372.

Prima ancora delle critiche aperte del *Nothing works* negli anni Settanta⁽⁸¹⁾ che hanno di nuovo fatto spostare il pendolo del sistema punitivo verso il modello di pene determinate, con una riduzione del margine discrezionale del giudice e dei *prison officials* in merito alla scelta e alla gestione della pena culminata poi nelle *Sentencing Guidelines* del 1984⁽⁸²⁾, la fine dell'ideale riabilitativo propugnato dai *progressives* è già segnata negli anni Trenta dalle interpretazioni di chi, come Jerome Hall, accusa la « infusion of equitable principles that overrode the rules of law »⁽⁸³⁾, sia in Europa che negli Stati Uniti. Hall si schiera in difesa del principio di legalità, sottoposto a continue erosioni che, mascherate dietro il paravento dell'individualizzazione rieducativa o della difesa sociale, nascondono pericoli concreti per la libertà degli individui. Le riforme penali centrate sulla personalità dell'offensore e sul trattamento, in parte già introdotte ed in parte ancora invocate dai *criminologists*, mirano a spezzare il valore unitario garantistico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, conservando il *nullum crimen* ma abbandonando completamente il *nulla poena per poter realizzare una piena individualizzazione*. È proprio la logica della biforcazione tra *trial* e *sentencing* che Hall contesta⁽⁸⁴⁾, svelando il rischio di un

(81) Per ragioni di sintesi è qui sufficiente rinviare alle note posizioni di M.E. FRANKEL, *Criminal Sentences. Law without Order*, New York: Hill and Wang, 1973, Id., *Lawlessness in sentencing*, « University of Cincinnati Law Review », 41, 1, 1972, pp. 1-54; più in generale cfr. F.A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, New Haven and London, Yale University Press, 1981; GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., pp. 128-156; A.M. DERSHOWITZ, *Indeterminate Confinement: Letting the Therapy Fit the Harm*, in « University of Pennsylvania Law Review », 123, 2, 1974, pp. 297-339; A. VON HIRTSH, *Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory*, in « Maryland Law Review », 42, 1, 1983, pp. 6-36.

(82) Per una ricostruzione storica del dibattito e delle scelte legislative che portano alla riforma federale, cfr. K. SMITH e J.A. CABRANES, *Fear of Judging. Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, specie pp. 1-77; per uno studio del reale funzionamento delle *Sentencing Guidelines* alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali, cfr. da ultimo R.W. SCOTT, *Inter-Judge Sentencing Disparity After Booker. A First Look*, in « Stanford Law Review », 63, 1, 2010, pp. 1-67.

(83) J. HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, in « Yale Law Journal », 47, 2, 1937, p. 186.

(84) Ivi, p. 184: « The judge, it is argued, should be confined entirely to the conduct of the trial; his participation should end when a verdict is reached. Sentences, we are informed, should be wholly indeterminate; treatment, if any is necessary, should be prescribed by an administrative board of experts who have opportunity to study the

depotenziamento della legalità nella/della pena, di un *punishment* tutto assorbito in misure di *social defence* ed affidato alle *sentencing boards*, secondo una tendenza che vede con preoccupazione affermarsi in Germania e in Italia e che trova corrispondenti anche in America. Le due 'parti' del principio non possono essere separate, « the two rules are inextricably interwoven »⁽⁸⁵⁾, perché non si può abbandonare la legalità della pena a favore di un non ben definito *treatment* o di un'indeterminata *social defense* dietro i quali si nasconde un vero *punishment*, « perhaps of a repressive sort »⁽⁸⁶⁾. Il pericolo, storicamente provato, di un'abdicazione del *nulla poena*, ovvero di un affidamento ingenuo della gestione della pena ad organi amministrativi, è la degenerazione autoritaria della giustizia penale, poiché « For the abolition of nulla poena provides a sieve through which can flow not only humanity and science but also repression and stupidity »⁽⁸⁷⁾.

offender and knowledge concerning rehabilitation. (...). Presumably, the "anti-social" person will in some sort of proceeding be declared "dangerous" and placed in the hands of the sentencing tribunal. Not punishment but only measures of "social defense" are to be applied ».

(85) Ivi, p. 183.

(86) Ivi, p. 185. Sul tema cfr. F.A. ALLEN, *The Habits of Legality. Criminal Justice and the Rule of Law*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 14-26.

(87) HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, cit., p. 189. La sua posizione critica verso i metodi d'individualizzazione della pena è confermata anche dai suoi scritti successivi, tra cui cfr. J. HALL, *General principles of criminal law*, 2nd ed., Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., 1960, p. 58 « While, in general, one applauds the sound individualization of treatment and feasible programs of crime prevention and rehabilitation, it should also be remembered that the rule of law, especially as regards crime and punishment, is the greatest achievement of Western political experience »; Id., *The Purposes of a System for the Administration of Criminal Justice*, Washington DC, Georgetown University Law Center, 1963.