

ANNO X - N. 2 LUGLIO-DICEMBRE 2011

# Diritto penale XXI secolo

ATTI DEL CONVEGNO NAZIONALE  
IN RICORDO DI GIULIANO MARINI

**SCUOLA POSITIVA E CODICE ROCCO**

Torino, 21-23 ottobre 2010  
Aula Magna dell'Università

CEDAM

MICHELE PIFFERI

Associato di storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Ferrara

## L'INFLUENZA DELLA SCUOLA POSITIVA NEGLI STATI UNITI LUCI ED OMBRE DI UN SUCCESSO CULTURALE

SOMMARIO: 1. I fondatori italiani della *criminology*. - 2. Un'ipotesi di lettura: *progressive criminology* e principio di legalità nel modello americano. - 3. Entusiasmi e cautele. La parabola di Maurice Parmelee. - 4. La ricerca di un modello americano di codice penale criminologico. - 5. Il «lato oscuro» dell'individualizzazione e il ritorno alla legalità della pena.

1. *I fondatori italiani della criminology*. - Le teorie criminologiche della scuola positiva ebbero un grande successo negli Stati Uniti dove suscitano un'ampia eco nel movimento riformista impegnato, tra fine Ottocento ed inizio Novecento, a progettare un nuovo modello di giustizia penale. Prima l'antropologia criminale di Lombroso<sup>1</sup>, poi gli approcci sociologici di Ferri e Garofalo, influenzarono profondamente la *criminological science* americana in formazione, tanto che, ancora oggi, ogni testo di *criminology* indica nei tre autori italiani i fondatori della disciplina<sup>2</sup> e le teorie lombrosiane sembrano non aver perduto la loro ascendenza sulle scelte di politica criminale<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. in particolare N.H. RAFTER, *Criminal Anthropology in the United States*, in *Criminology*, 30, 4, 1992, 525-545; Id., *Criminal Anthropology. Its Reception in the United States and the Nature of Its Appeal*, in P. Becker, R.H. Wetzel (ed. by), *Criminals and Their Scientists. The History of Criminology in International Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 159-181; Id., *La ricezione dell'Antropologia criminale nel mondo. Gli Stati Uniti*, in S. MONTAUDO e P. TAPPERO (a cura di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, UTET, Torino, 2009, 277-287; M. GIBSON, *Born to Crime. Cesare Lombroso and the Origins of Biological Criminology*, Praeger, Westport, 2002 (trad. it. *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Mondadori, Milano, 2004).

<sup>2</sup> Cf. i tre contributi in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* di M.E. WOLFGANG, *Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1835-1909)*, 52, n. 4, 1961, 361-391; T. SELLIN, *Pioneers in Criminology: Enrico Ferri (1856-1929)*, 48, n. 5, 1958, 481-492; F.A. ALLEN, *Pioneers in Criminology: Raffaele Garofalo (1852-1934)*, 45, n. 4, 1954, 373-390.

<sup>3</sup> Sulla lunga durata del pensiero di Lombroso negli USA, cfr. J. SIMON, *Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century*

Prima delle traduzioni in lingua inglese de *La donna delinquente* nel 1895<sup>4</sup> e de *L'uomo delinquente* nel 1911<sup>5</sup>, gli scritti d'antropologia criminale del medico veronese erano circolati nell'élite culturale americana, tanto da stimolare una serie di studi che, seppur diversi e critici nei risultati, si rifacevano apertamente alla medesima impostazione metodologica, tanto da meritare compiute prefazioni dello stesso Lombroso che vedeva nelle aperture interdisciplinari e nelle sperimentazioni penitenziarie d'oltreoceano un terreno più fertile per le proprie idee<sup>6</sup>. Un'edizione in lingua inglese della *Criminal Sociology* di Ferri circola già dal 1896<sup>7</sup>, seguita poi da quella del 1917 e dalla pubblicazione di numerose sue lezioni o articoli, mentre per la *Criminology* di Garofalo occorre attendere il 1914. Le numerosissime recensioni dedicate alle opere dei tre criminologi italiani dalle riviste americane confermano la loro autorevolezza scientifica<sup>8</sup>. Nel 1909 la creazione da parte di John Wignmore dell'*American*

<sup>4</sup> *Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first, in Texas Law Review*, 84, 7, 2006, 2135-2172, e O.J. KELLER, *The Criminal Personality or Lombroso Revisited*, in *Federal Probation*, 44, 1980, 37-43; sull'importanza del «mito» lombrosiano negli Stati Uniti cfr. anche A. LINDESMITH, Y. LEVIN, *The Lombrosian Myth in Criminology*, in *The American Journal of Sociology*, 42, 5, 1937, 653-671.

<sup>5</sup> Una sintesi scritta dal medico con la figlia C. LOMBRORO, G. FERRERO, *Criminal Man*, G.P. Putnam's sons, New York and London, 1911, e la versione più ampia (sebbene non completa) C. LOMBRORO, *Crime, Its Causes and Remedies*, trad. di H.P. Horton per *The Modern Criminal Science Series*, Little Brown and Co., Boston, 1911.

<sup>6</sup> Cfr. C. LOMBRORO, *Introduction*, in A. MAC DONALD, *Criminology*, Funk and Wagnalls Co., New York, 1893, IV: «I am glad however, that the subject is treated in North America, where our school has taken such deep root, and has already found practical application, as at Elmira. And thus, if the new ideas originating in the Old World shall die there, sterilized by neglect [...] and shall find in the New World those who will perpetuate them by fertilizing and applying them, so the grape, the fruit of the wine, the first consolation, and the first sin of the Asiatic patriarch will commence to return to us from the New World modified and improved»; C. LOMBRORO, *Introductory*, in A. DRÄHMS, *The Criminal. His Personnel and Environment. A Scientific Study*, The MacMillan Co., New York, 1900, XIV: «This treatise [...] is an evidence of the advancement of the American over the ultramontane countries of Europe».

<sup>7</sup> Pubblicata a New York da Appleton and Co. e curata dal sacerdote anglicano William Douglas Morrison (autore di *Crime and Its Causes*, Swan Sonnenschein and Co., London, 1891) questa prima edizione in lingua inglese non comprende il capitolo sulla teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio, perché considerato troppo eterodosso.

<sup>8</sup> Cfr. per es.: C.A. ELLWOOD, *Review of G. Lombroso Ferrero, Criminal Man, According to the Classification of Cesare Lombroso (1911)*, in *The American Journal of Sociology*, 17, 4, 1912, 552-553; H.P. FAIRCHILD, *Review of E. Ferri, Criminal Sociology (1917)*, *ivi*, 23, 5, 1918, 673-675; C.R. HENDERSON, *Review of C. Lombroso, Crime, Its Causes and Remedies (1911)*, *ivi*, 18, 3, 1912, 398; D.W. LA RUE, *Review of R. Garofalo, Criminology (1914)*, *ivi*, 20, 3, 1914, 413-416; C.R. HENDERSON, *Review of E. Ferri, Criminal Sociology (1896)*, *ivi*, 1, 6, 1896, 785-788;

*Institute of Criminal Law and Criminology*, centro di studio, divulgazione e comparazione sui temi criminologici, sia con il *Journal* dal 1910 sia con i convegni e la *Series* delle traduzioni, testimonia la maturazione definitiva della criminologia come scienza, teorica e pratica, nella cultura statunitense<sup>9</sup>.

Questi dati, pur sintetici, dimostrano l'indiscutibile ricaduta delle idee della scuola positiva italiana, e più in generale della criminologia europea, nella *criminal jurisprudence* americana. Ma, se osserviamo più attentamente questa «reazione», emergono anche diversità, caratteri peculiari della *criminology* e della *perology* statunitensi che non si sposano bene con i principi elaborati dai positivisti<sup>10</sup>. Occorre, dunque, interrogarsi su quali idee dei criminologi del vecchio continente siano state maggiormente apprezzate oltreoceano, quali abbiano avuto maggiore impatto nel dibattito e nelle riforme americane e attraverso quali argomenti.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana. Il tema della dell'individualizzazione della pena e degli strumenti per attuarla è stato il filo rosso che ha attraversato tutta la storia della criminologia americana.

tuarla, in modo tale da garantire sia il massimo della sicurezza sociale sia la più efficace riabilitazione del condannato, era già discusso negli Stati Uniti all'inizio degli anni 1870. Proprio per realizzare una *individualized justice*, nel 1877 il riformatore di Elmira, nello stato di New York, adotta su proposta del sovrintendente Zebulon Brockway il sistema della *indeterminate sentence* per i *first offenders* compresi tra i sedici e i trent'anni e diviene rapidamente un modello di riferimento in tutto il mondo<sup>11</sup>. Sono, tuttavia, riscontrabili divergenze profonde nel modo di affrontare il tema dell'*individualization of criminal justice* tra cultura giuridica europea ed americana. Nonostante la dimensione internazionale del dibattito, la comparazione, la circolazione e lo scambio di idee e progetti, l'adozione di condivise risoluzioni nelle sedi congressuali, alcune fondamentali differenze nei modelli costituzionali e negli equilibri tra i poteri rendono talvolta inconciliabili le posizioni dei giuristi sulle due sponde dell'Atlantico.

Nello spazio limitato di questo contributo, propongo come chiave di lettura per analizzare tali diverse peculiarità giuridiche il problema dell'impatto dell'*individualizzazione* sul sistema della giustizia penale basato sul principio di legalità. In che modo l'ordinamento americano e quelli europei hanno reagito alla proposta di rottura con il principio di astratta determinatezza, di legalità e di uguaglianza della pena per il medesimo reato? Come si è riconfigurato il principio di legalità alla luce delle nuove teorie criminologiche che propongono l'applicazione della sanzione misurata non sull'imputabilità del reo ma sulla sua pericolosità, e che pretendono di personalizzare in base alle condizioni di ogni delinquente il giusto «trattamento»? Il punto d'osservazione che propongo non è, dunque, in che modo si sia diffusa la criminologia di Lombroso, Ferri, Garofalo negli Stati Uniti, ma in che modo le loro teorie abbiano inciso sul diritto penale e sul sistema punitivo, dando un nuovo volto alla *penology* attraverso la *criminology*. Questa prospettiva consente di vedere il loro successo sì, ma anche le incomprensioni, gli argomenti che circolano più facilmente e quelli sui quali invece la comunicazione è difficile, ed offre una possibile cifra delle alterne vicende della scuola positiva negli Stati Uniti.

<sup>11</sup> La prima chiara formulazione del principio della *indeterminate sentence* risale all'intervento di Brockway al Congresso penitenziario di Cincinnati del 1870: cfr. 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. Weed, Parsons and Co., Albany, 1871, 38-65; sulla diffusione di tale tipo di sanzione negli USA cfr., ad es., E. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*, in *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, XVI, 1925-26, 9-69, e M. ZALMAN, *The Rise and Fall of the Indeterminate Sentence*, in *Wayne Law Review*, 24, 1, 1977, specie 48-83.

2. *Un'ipotesi di lettura: progressive criminology e principio di legalità nel modello americano.* – Un dato generale di riferimento che può essere utile per il nostro percorso è il diverso valore del *nullum crimen* nel modello del *rule of law* americano e nello stato di diritto europeo. Le tradizioni istituzionali sono, come noto, profondamente differenti: quella nord americana si basa sull'idea che non tutto il diritto debba coincidere nella legge e tanto meno nel codice, distingue *gubernaculum* e *iurisdictio* prevedendo per le garanzie dei diritti individuali possibilità diverse dal rigido binomio positivistic codice/applicazione giurisprudenziale «meccanica» della legge. È radicata in quel sistema la possibilità di vedere nel giudiziario un potere autonomo che bilancia, limita giuridicamente l'assoluta autorità del legislatore<sup>12</sup>. Così spazi di esercizio di potere amministrativo nel *sentencing* e nella fase esecutiva della pena possono più facilmente conciliarsi con un modello di *rule of law and not of men*, purché non si traducano in un'usurpazione (*encroachment*) di un potere concorrente e costituzionalmente attribuito<sup>13</sup>. Diverso il quadro europeo, dove lo stato di diritto si fonda su un forte legicentrismo, su uno statalismo che assorbe tutta la sfera del giuridico e non ammette fonti concorrenti. La legalità penale in questo sistema ha un volto duplice, garantisce l'individuo da possibili abusi del potere politico, ma concentra anche tutta l'area del penalmente rilevante nelle mani del solo legislatore<sup>14</sup>. La tradizione antigiurisprudenziale che culmina con la rivoluzione francese segna una cesura netta: il passato pre-rivoluzionario fa paura e la tradizione europea si identifica, autoalimentandosi, proprio nella lotta vittoriosa nei confronti dell'arbitrio giudiziario e amministrativo dell'anti-

<sup>12</sup> Cfr. la classica sintesi di C.H. MCLIVAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Cornell Univ. Press, Ithaca, N.Y., 1940, 69 ss. (trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna, 1990, 115 ss.); M. FIORAVANTI, *La Costituzione federale americana come «modello costituzionale»*, in Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, 53-69; per una rilettura storica del confronto tra *rule of law* e stato di diritto, cfr. anche G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, in *Relocating the Rule of Law*, ed. by Gianluigi Palombella and Neil Walker, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, 17-42; Id., *The Rule of Law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, *Sociologia del diritto*, 36, n. 1, 27-66.

<sup>13</sup> Negli Stati Uniti, dopo un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, si giustifica in questo senso l'interpretazione prevalente che ritiene costituzionalmente legittimo l'istituto dell'*indeterminate sentence* e l'attività discrezionale nella concreta misurazione della pena da parte del *board of prison*; sul punto sia consentito rinviare a M. PIFFERI, *Il giudice penale e le trasformazioni della criminal jurisprudence negli Stati Uniti ad inizio Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 40, 2011, in corso di stampa, § V, 702 ss.

<sup>14</sup> Cfr., per un quadro di sintesi, D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto* e P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, rispettivamente 17-88 e 89-170; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, 130-162.

co regime. Ogni ritorno a elementi di indeterminazione nel diritto penale, nell'applicazione di norme limitative della libertà personale, è visto come un pericoloso ritorno al passato, come la rottura di una tradizione illuministica che finalmente ha trionfato.

Il maggior successo delle tesi della scuola positiva negli Stati Uniti può forse essere letto in questa prospettiva: l'ordinamento d'oltreoceano non ha un passato così tirannico alle spalle e dunque è più aperto al cambiamento, alla sperimentazione, all'applicazione di mezzi nuovi in vista del migliore governo di una società in trasformazione. Entro l'equilibrio dei poteri separati costituzionalmente sancito è possibile, almeno secondo l'opinione prevalente ad inizio Novecento, derogare al *nulla poena sine lege* in nome dell'ideale progressista di una più efficace riabilitazione unita ad una più certa difesa sociale. Il massimo grado di individualizzazione della pena che si ottiene con l'applicazione di una sanzione non predeterminata *ex lege* né fissata dal giudice al momento della condanna, ma misurata sulla reale personalità del delinquente verificata nello stabilimento detentivo e provata tramite il *parole*, consente, nei propositi dei suoi sostenitori, di riformare rapidamente il correggibile e di «eliminare» dalla società per un tempo indefinito (sebbene un massimo di pena molto ampio sia previsto) l'irrifornabile. Soluzione, questa, guardata con grande interesse dai positivisti italiani, che la considerano una conferma ed una conquista del metodo sperimentale di studio del delinquente<sup>15</sup>, ma che né in Italia né in Europa viene adottata nella pura versione americana<sup>16</sup>, proprio perché troppo contrastante con il baluardo del principio di legalità.

L'altro dato che può spiegare la diffusione delle teorie della scuola positiva italiana negli Stati Uniti è la ricerca, da parte della nascente *criminology* d'oltreoceano, di basi scientifiche e solidi argomenti giuridici sui quali consolidare le riforme pratiche avviate per via sperimentale in alcuni stati dell'unione. Gli scritti di Lombroso, ma soprattutto di Ferri e Garofalo, offrirono alla criminologia e alla penologia americane ciò che mancava loro dal punto di vista speculativo per acquisire dignità disciplinare, per fare breccia nella *criminal jurispru-*

<sup>15</sup> Cfr. per es. E. FERRI, *Sociologia criminale*, 4ª ed., Bocca, Torino, 1900, 684 ss.; R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Bocca, Torino, 1885, 491, per il recidivo; B. FRANCHI, *Di un sistema relativo di pene a tempo indeterminato*, in *Scuola positiva*, 1900, 449-476.

<sup>16</sup> Sui modi e le forme con cui il principio della pena indeterminata è stato introdotto e applicato in Europa (per es. Norvegia nel 1902, Belgio nel 1891, Olanda nel 1925, Svezia nel 1927), è qui sufficiente rinviare all'utile e puntuale sintesi di M. ANCEL, *The Indeterminate Sentence*, United Nations Dept. of Social Affairs, New York, 1954, studio promosso dalla Social Commission delle Nazioni Unite.

dence, nelle università, nei percorsi formativi di avvocati, giudici, operatori penitenziari. Dal punto di vista metodologico la scuola italiana dimostrava la necessità di integrare lo studio classico del diritto penale con le conoscenze ragiunte dalle scienze sperimentali<sup>17</sup> ed offriva articolati impianti dottrinali a sostegno delle empiriche misure adottate in modo disorganico dal variegato sistema criminale americano<sup>18</sup>. Il contesto giuridico statunitense sembra essere un terreno assai più fertile di quello continentale per le teorie positiviste proprio perché, da un lato, è meno immobilizzato o condizionato da un complesso apparato dottrinale di astratti dogmi ormai considerati irrinunciabili<sup>19</sup>, dall'altro, guarda con interesse alla comparazione come strumento di progresso culturale.

3. *Enthusiasmi e cautele. La parabola di Maurice Parmelee.* — Il sociologo Maurice Parmelee, membro attivo dell'*American Institute* fondato da Wigmore, autore della prefazione alla traduzione di Lombroso nella *Series* e di numerose recensioni a scritti criminologici, è certamente un esempio rilevante dell'influenza esercitata dai positivisti italiani sul riformismo penale americano.

<sup>17</sup> Cfr. F.A. KELLOR, *Criminal Anthropology in its Relation to Criminal Jurisprudence*, in *The American Journal of Sociology*, 4, 1899, 515-527, 630-648.

<sup>18</sup> Primi segnali di questo auspicabile connubio tra *American pragmatism* ed *European doctrinarism* sono già in H. ELLIS, *The New York State Reformatory in Elmira*. Alexander Winter, London, 1891, Preface, 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». Il pubblico americano in generale e le professioni legali in particolare sono rimaste «ignorant» e «indifferent to the entire scientific movement» sviluppatosi in Europa e questo ha ostacolato la via del progresso nell'amministrazione della giustizia penale: per questo uno dei principali obiettivi dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology* consiste nella divulgazione in lingua inglese di opere di criminologi del vecchio continente, poiché «there is much to catch up with, in the results reached elsewhere. We shall, to be sure, profit by the long period of argument and theorizing and experimentation which European thinkers and workers have passed through» (*General Introduction to the Modern Criminal Science Series*, premessa a tutte le traduzioni, per es. C. BERNALDO DE QUIROS, *Modern Theories of Criminality*, Little Brown and Co., Boston, 1911, VII-VIII).

<sup>19</sup> È proprio il peso delle «opposizioni aprioristiche» ciò che impedisce, secondo Ferri, di accogliere la proposta positivista di un sistema di segregazione a tempo indeterminato: le «massime generali» teorizzate dai giuristi e «riposte in biblioteca per ogni evenienza» vengono utilizzate «con pretesa di annichimento della nuova proposta eterodossa», ma, obietta Ferri, «quelle vostre massime chi le ha fissate? Degli uomini come noi: non sono dunque rivelate, non discendono dal Sinai [...] un uomo ha stabilito quella massima, un altro può modificarla, specialmente se si appoggia sull'esperienza quotidiana» (FERRI, *Sociologia criminale*, cit., 685).

Nel suo studio *The Principles of Anthropology and Sociology in Their Relations to Criminal Procedure*<sup>20</sup>, è evidente il condizionamento degli scritti dei tre italiani fondatori della *science of criminology*, Lombroso Ferri e Garofalo. Ribadisce, nell'introduzione, la necessità che il *reformatory movement* americano grada al quale sono state introdotte nella *criminal procedure* importanti riforme votate alla *reformation of the criminal*, come la *indeterminate sentence*, le *juvenile courts*, la *conditional release* o *probation*, tutte «almost entirely empirical in their character», assuma le opere dei criminologi europei come «the scientific basis» del proprio studio: «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»<sup>21</sup>.

Il lavoro, dedicato allo studio del processo penale nell'ottica della nuova scienza criminologica, adotta un approccio non strettamente legalistico che riduce la procedura ad un mero *legal process*: la *criminal procedure* è considerata filosoficamente come un processo attraverso il quale la classe dei criminali è separata dal resto della società, concezione che implica lo studio integrato non solo dei profili tecnico giuridici, ma anche degli aspetti politici e sociali. Parmelee aderisce a tutto l'impianto teorico della scuola positiva italiana: la negazione della libertà morale come fondamento della responsabilità penale, la sostituzione della nozione di responsabilità con quella di pericolosità, lo studio delle cause oggettive e soggettive della criminalità, il principio della *social defense*, l'individualizzazione della pena. Interessano, qui, due capitoli in particolare, quello sull'individualizzazione (IV) e quello relativo alle ricadute delle nuove teorie sul diritto penale sostanziale (V).

Il criterio della *individualization of punishment*, inteso come metodo per adattare il trattamento del criminale al suo carattere piuttosto che al reato commesso, si è ormai affermato a livello internazionale come un «guiding principle»<sup>22</sup> che ha definitivamente sostituito quello delle pene fisse e predeterminate per legge. Esso si è sviluppato negli Stati Uniti in modo differente, molto più marcato e aperto a sperimentazioni, rispetto ai paesi europei. Tuttavia, sia nel vecchio che nel nuovo continente, l'individualizzazione non è ancora fondata su basi scientifiche ed occorre, dunque, uno studio teorico che ne definisca regole applicative e criteri

<sup>20</sup> PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology in Their Relations to Criminal Procedure*, Macmillan, New York, 1908.

<sup>21</sup> PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., 6.

<sup>22</sup> *Ivi*, 179.

direttivi<sup>23</sup>. I riferimenti del sociologo americano sono, in questa parte, le opere di autori francesi (specie Saleilles) ed italiani (Garofalo in particolare): le riflessioni di Parmelee non sono particolarmente originali, ma hanno il merito di divulgare tra i lettori d'oltreoceano alcune proposte e classificazioni dottrinali maturate nella cultura giuridica continentale<sup>24</sup>. Riforme già attuate o in corso di sperimentazione nel sistema americano come la *indeterminate sentence*, la *suspension of sentence*, le misure speciali per i delinquenti minori, sono comparate con istituti più o meno simili diffusi in Europa e inquadrare entro questo principio generale che orienta il diritto e la procedura penale verso l'orizzonte nuovo della *social defense* che tiene conto, in una valutazione complessiva della *dangerousness of the criminal*, di «crime, social conditions and the criminal»<sup>25</sup>. Perché si giunga ad una decisione soddisfacente sul trattamento applicabile occorre, dunque, considerare «the origin», «the type», «the intensity of the criminality» ed arrivare poi ad elaborare prima una *classification* dei criminali (ancora l'eco ferriana), poi una corrispondente «classification of penalties or method of treatment» che «should be developed out of the experience of the courts and of the penal administration, an experience tested and controlled by statistics of recidivation and of the amount of crime»<sup>26</sup>.

Certamente più pragmatico di alcuni suoi connazionali *progressive* che sostengono senza riserve l'affermazione del *rehabilitative ideal*<sup>27</sup>, Parmelee, an-

<sup>23</sup> *Ivi*, 143.

<sup>24</sup> In particolare la classica divisione dell'individualizzazione in legale, giudiziale ed amministrativa proposta da Saleilles nell'*Individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Alcan, Paris, 1898, prima che l'opera del modernista francese venisse tradotta per *The Modern Criminal Science Series* nel 1911. Traduzione che lo stesso Parmelee recensisce nel 1912 (in *Columbia Law Review*, 12, 4, 1912, 382-383), criticando Saleilles per il suo tentativo, non riuscito, di conciliare libero arbitrio e individualizzazione e per l'errore di ritenere che il determinismo implichi l'irresponsabilità individuale della condotta.

<sup>25</sup> PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., 147. Per fare una prognosi affidabile della pericolosità del delinquente è necessario tener conto, afferma Parmelee in piena adesione alle analisi multifattoriali proposte per esempio da Ferri, del «criminal act and its motive [...] the life history of the criminal, revealing his previous criminal record, if he has any, his education, his vocation, his manner of life etc. (...) all that may be learned by means of a physiological and psychological examination» (*Ivi*, 148).

<sup>26</sup> *Ivi*, 149-151. I criminali sarebbero divisi fondamentalmente in occasionali e abituali o naturali, mentre, quanto alle sanzioni, per gli *occasional* in via generale sarebbero abolite le pene corrazionali sostituite dal risarcimento dei danni, con in più la sospensione della pena e il *probation* in caso di sospetta tendenza a delinquere, mentre agli *habitual and born criminals* si applicherebbe la *indeterminate sentence* e per i recidivi persistenti il carcere a vita, la deportazione o la pena di morte (*Ivi*, 180-181).

<sup>27</sup> Favorevoli per esempio, ad una pena assolutamente indeterminata o ad un'applicazione

che in questo profilo probabilmente condizionato da scetticismi tipici della dottrina europea, considera i rischi di una piena individualizzazione tutta orientata alla riforma del reo. Non solo, infatti, si devono considerare le reazioni della pubblica opinione, che fatica a giustificare pene ineguali per il medesimo crimine, e la richiesta sociale di giusta punizione per chi commette reati utili alla coesione politica, ma anche gli interessi sociali alla sicurezza, che devono sempre essere bilanciati con la prospettiva individualistica di correzione del delinquente. «We must not forget that it must be an individualization adjusted to the needs of social defense: sebbene, infatti, normalmente sia un'arma di difesa sociale, «still at times it is necessary to sacrifice individualization, whether for intimidation, in response to public demand, or to uphold the existing standard of morality, and to determine the penalty according to some other criterion»<sup>28</sup>. Sembra risentire delle dottrine europee anche la proposta di Parmelee di affidare la revisione periodica della pena ad un giudice, sentito il parere della *prison board*, invece che alla stessa commissione carceraria, in modo che sia garantito un controllo giurisdizionale sulle scelte di organi amministrativi che incidono sulla libertà individuale.

Ancora più interessante per il percorso qui proposto è il capitolo seguente dedicato alla *criminal law*, dove l'autore ancora ritorna sul contributo teorico fondamentale da parte della criminologia europea ed in particolare della scuola positiva italiana, continuamente richiamata specie nei lavori di Ferri e Garofalo. La riflessione di Parmelee si sposta sul nodo centrale del diritto penale, ovvero sulle modifiche che le nuove teorie producono sul principio di legalità. Esso è diviso in due parti: il *nullum crimen* non può certo essere negato o rifiutato, ma la sua validità deve reggersi su una più generale classificazione dei reati, e la relativa importanza dei reati dovrebbe essere lasciata alla determinazione dei giudici in base a *standards* che dipendano non dalla gravità oggettiva del fatto commesso ma dalla pericolosità del soggetto. Il *nulla poena*, invece,

piena del principio della *reformatory sentence*, nella convinzione che il massimo interesse dello stato alla sicurezza coincida sempre anche con l'interesse dell'individuo ad essere risocializzato attraverso l'adeguato trattamento; così, tra gli altri, Z. BROCKWAY, *An Absolute Indeterminate Sentence*, in *Charities and the Commons*, 17, 1907, 867-870; W. F. SPALDING, *Indeterminate Sentences for Penitentiary Prisoners. A Paper Prepared for the National Prison Congress*, 1895, s.n., s.l., 1895; Id., *Possibilities of the Probation System*, Massachusetts Prison Association, Boston, 1908; S. C. CARY, *Prison Reform. The Indeterminate Sentence*, in *The Alpha*, VIII, 1, 1889-90, 1-5; C. T. LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, in *The Yale Law Journal*, 9, 1, 1899, 17-30 e Id., *The Indeterminate Sentence*, in *The Reformatory System in the United States. Reports prepared for the International Prison Commission*, s.n., Washington, 1900, 59-70.

<sup>28</sup> PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., 179.

ha subito radicali cambiamenti, perché la tendenza all'individualizzazione rende la regola non più applicabile nel modo rigido di prima. Il punto di vista della scuola positiva non nega il principio, ma ne riduce il significato e l'importanza, perché la legalità non può più solo servire come protezione e garanzia del singolo contro abusi del giudice o di organi dello stato, ma deve essere in funzione anche della *social security* e della *individualization*: «the penal law as expressing the will of society must sanction every criminal prosecution and every penalty imposed however much latitude may be given within the law to its execution and the application of penal treatment»<sup>29</sup>. La proposta di Parmelee di scorporare il principio di legalità, conservandolo – seppur in forma modificata – per la previsione dei reati ed attenuandolo per la fase di determinazione ed esecuzione della pena, rappresenta uno dei temi caratteristici della scuola positiva in generale e del movimento progressista americano in particolare. Tale impostazione, ancora non espressa in modo chiaro nell'opera del professore di sociologia all'Università del Missouri, porterà poi a teorizzare una netta biforcazione processuale tra *verdict* e *sentence*, fasi distinte e governate da logiche giuridiche autonome, la prima orientata al passato e funzionale all'accertamento del fatto e della responsabilità (comunque la si consideri) dell'autore, la seconda tutta proiettata verso il futuro, guidata dal fine correzionalista e dalla valutazione della cessata temibilità del detenuto<sup>30</sup>.

Questa divisione del *nullum crimen*, *nulla poena* comporta, secondo Parmelee, una serie di logiche conseguenze che disegnano i nuovi tratti del diritto penale: la legge penale deve essere ristretta alla tutela di interessi sociali e della *social defense*, mentre la pena deve essere determinata dalla *social necessity*. La legge punitiva non può, infatti, avere come scopo la difesa del *judicial order* in sé, né oggetto di tale ordine può essere l'amministrazione di una giustizia assoluta, perché questi criteri implicano il riferimento ad un'idea metafisica di giustizia e ad un modello morale retributivo di pena che la nuova scuola contesta; ora, invece, «moral liberty will be replaced by dangerousness to society as a basis for penal responsibility»<sup>31</sup>. Il giudice deve poter utilizzare criteri flessibili per individualizzare la pena e, nel passaggio dalla responsabilità morale alla

<sup>29</sup> *Ivi*, 188.

<sup>30</sup> Sul tema della biforcazione e sulle sue conseguenze giuridiche, rinviamo ancora a PIFFERI, *Il giudice penale e le trasformazioni della criminal jurisprudence*, cit., §§ 6-7, 707 ss.

<sup>31</sup> PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., 191. Altre nozioni che devono essere riviste alla luce dei nuovi principi sono quelle di premeditazione (non misura della gravità ma sintomo, come il reato in sé, della pericolosità), di tentativo (in adesione piena alle tesi di Garofalo), complicità, circostanze.

pericolosità sociale, occorre di fatto limitare lo scopo pratico del diritto penale sostanziale ed estendere invece lo scopo della procedura. Questa nuova tendenza, tuttavia, non renderebbe la legge penale né instabile né incerta, ed anzi si tradurrebbe in una semplificazione della legge, perché in essa sarebbero previsti solo i principi fondamentali generali, lasciando i dettagli alla procedura. La riflessione di Parmelee arriva ad ipotizzare un modello di codice penale che renda possibile l'individualizzazione, basando il suo ragionamento sulle dottrine di Ferri e Garofalo e anticipando, nei caratteri generali, alcuni contenuti dello stesso progetto Ferri. Il codice dovrebbe certo specificare quali azioni sono punibili in modo da stabilire i confini della responsabilità penale; questo, tuttavia, non implica che debba prevedere sottili distinzioni tra reati in funzione della modalità d'azione poiché la pena sarà determinata non più dall'oggettiva modalità di violazione del diritto, bensì dalla natura del crimine. «The penal code would thus become much more subjective in its character»: il suo oggetto sarebbe quello di definire chi è criminale attraverso la specificazione di certe azioni che, violando diritti, siano considerate penalmente illecite, «but the penalties would be determined according to these acts only to the extent that they reveal the character of the criminals. The judges and the penal administration would determine the penalties»<sup>32</sup>.

In *Criminology*, pubblicato nel 1918, Parmelee assume posizioni più moderate rispetto allo scritto precedente, attenuando l'entusiastica adesione alle teorie positiviste e mostrando, invece, di risentire delle cautele avanzate dalla prevalente dottrina europea in tema di individualizzazione. Scompare il riferimento alla pericolosità come fondamento della responsabilità penale ed anche le tesi deterministiche sono sfumate nella considerazione dei vari fattori della criminalità. Coloro i quali, come Ferri e Garofalo, propongono di sostituire la pena con una *social sanction* consistente in un *treatment* personalizzato teleologicamente finalizzato al recupero del delinquente, hanno certamente il merito di fondarsi su un metodo induttivo che porta a conseguenze pragmaticamente più utili; essi, tuttavia, «have not understood clearly the mental

<sup>32</sup> *Ivi*, 216. In un articolo del 1911 (M. PARMELEE, *Public Defense in Criminal Trial*, in *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1, 5, 1911, 735-747), l'autore ribadisce la sua idea che l'individualizzazione debba essere attuata attraverso riforme processuali che consentano ai giudici, adeguatamente formati e supportati da esperti, di valutare le cause sociali e antropologiche del crimine e la personalità del delinquente, così che «upon the decisions of judges will be based a system of jurisprudence which, though it can never be as exact as a jurisprudence based on a penal code, will yet increase the wisdom and certainty of decisions as time goes by» (745).

mechanism which is back of the penal function»<sup>33</sup>. Sebbene i sentimenti di rabbia, di paura, di vendetta psicologicamente collegati all'idea di crimine e di pena siano irrazionali e portino ad adottare provvedimenti spesso inefficaci, «they are inextricable traits in human nature which must always be reckoned with»<sup>34</sup>. È certamente compito dell'organizzazione sociale controllare ed educare queste emozioni collettive, così come l'apporto della scienza ha consentito di attenuare la dottrina pura del libero arbitrio in quella di una «limited moral and penal responsibility» per i minori, lunatici, alcolizzati, malati mentali o soggetti con particolari affezioni al sistema nervoso, «but it will probably always be impossible to eliminate vengeance entirely from penal treatment»<sup>35</sup>.

Anche in tema d'individualizzazione la posizione del sociologo americano cambia: difende il principio, ma avverte anche dei rischi connessi. Il problema non è solo quello dei costi elevatissimi che trattamenti sempre differenziati e personalizzati implicherebbero; la questione centrale è che «it would be dangerous to individual rights and personal liberty if unlimited powers of individualization were put into the hands of the courts and penal administration»<sup>36</sup>. Per quanto sia auspicabile e corretta l'individualizzazione, essa mette in pericolo «fundamental democratic principles» ed occorre pertanto porre dei limiti chiari, fissando un massimo legale e consentendo un diritto di appello contro le decisioni sul trattamento detentivo. Ci sono molte, ragionevoli, obiezioni contro l'*individualization principle*, e Parmelee prende le distanze dal pericoloso «excessive enthusiasm» dei *reformers*, «especially when they are ignorant of the history of the evolution of human liberty and personal rights»<sup>37</sup>. Come polemicamente sostenuto da molti criminalisti «conservatori» europei, anche per Parmelee la conoscenza storica ha dunque una funzione moderatrice verso gli eccessi riformistici che tendono a smantellare le conquiste di garanzia del passato<sup>38</sup>: occorre allora armonizzare, bilanciare la teoria della dife-

<sup>33</sup> M. PARMELEE, *Criminology*, The Macmillan Co., New York, 1918, 382.

<sup>34</sup> *Ivi*, 383.

<sup>35</sup> *Ivi*, 385. Parmelee ritiene che vi sia un fondo di verità negli argomenti durkheimiani in base ai quali il risentimento e l'odio nei confronti del criminale produce una reazione emotiva che stimola e accresce l'indignazione contro le cattive azioni e svolge un'importante funzione sociale deterrente e generalprevenitiva.

<sup>36</sup> *Ivi*, 395.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Richiamandosi ad esemplarmente alle posizioni decisamente critiche verso la *indeterminate sentence* assunte da molti delegati europei all'*International Prison Congress* di Washington nel 1910 (cfr. C.H. HENDERSON, *Report of the Proceedings of the Eighth International Prison Con-*



sa sociale e il principio dell'individualizzazione con la dottrina della responsabilità individuale e la funzione retributiva della pena.

4. *La ricerca di un modello americano di codice penale criminologico.* — Al di là delle oscillanti posizioni di Parmelee, è evidente l'influenza esercitata dalla dottrina criminologica italiana ed europea sulla *criminal jurisprudence* americana ad inizio Novecento. Circola negli Stati Uniti anche la proposta, positivista per eccellenza, di adottare un nuovo codice penale ispirato alle dottrine criminologiche: prima ancora dei *Principles* di Parmelee, è Gino Charles Speranza, altro convinto progressista nella fase giovanile poi passato a posizioni conservatrici e *radical WASP* in tema d'immigrazione negli anni '20, ad ipotizzare i caratteri di un codice penale federale animato da un «modern spirit»<sup>39</sup>. L'avvocato e giornalista italoamericano critica duramente il *Proposed Penal Code* sottoposto all'approvazione del Congresso nel 1902, perché riflette ancora le vecchie tradizionali dottrine e «takes practically no cognizance of the progress made in penologic sciences», limitandosi ad un «conservatism which is stagnation»<sup>40</sup>; tutti gli studi penologici e criminologici, da Beccaria a Ferri, non sono stati presi in considerazione, ed il progetto appare già vecchio prima ancora di essere approvato, «an old Code with a new coat of whitewash to make it look new»<sup>41</sup>, senza alcuna ambizione scientifica ed impermeabile ai temi del dibattito penale internazionale.

Il progetto di una codificazione criminologica non svanisce: nel 1928 è Sheldon Glueck, criminologo di origine polacca naturalizzato americano, laureatosi ad Harvard dove poi è chiamato ad insegnare dal preside Roscoe Pound, a ritornare sul tema con un articolo pubblicato sull'autorevole *Harvard*

*gress*, Washington D.C., Sept.-Oct. 1910, Government Printing Office, Washington, 1913 specie 33-36 e N.K. TETERS, *The International Penal and Penitentiary Congress (1910) and the Indeterminate Sentence*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 39, 5, 1949, 618-628.; Parmelee ricorda come nel vecchio continente i molti secoli di lotta per eliminare il potere arbitrario dei giudici giustificati il timore degli europei per la pena indefinita, mentre negli Stati Uniti «unfortunately, there are some prison reformers who, lacking an historical background and an acquaintance with fundamental political principles, have advocated an indeterminate sentence, and have in some cases succeeded in securing an indefinite sentence which is too estende in its scopes» (PARMELEE, *Criminology*, cit., 398).

<sup>39</sup> G.C. SPERANZA, *The Proposed Penal Code of the United States*, in *The Green Bag*, 14, 12, 1902, 15. Sulla sua figura nella criminalistica americana 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 1919-1949.

<sup>40</sup> SPERANZA, *The Proposed Penal Code*, 12, 15.

<sup>41</sup> *Ivi*, 15.

*Law Review*<sup>42</sup>. Il contributo della *sociological school of jurisprudence* d'inizio Novecento ha dimostrato che il diritto non è una disciplina autosufficiente isolata dal generale movimento culturale, ma per un progresso scientifico occorre il contributo metodologico di altre materie esterne al formalismo giuridico. In quest'ottica pienamente criminologica Glueck indica come principio base del complessivo sistema penale la «self-protection»<sup>43</sup> della società contro ogni elemento distruttivo al suo interno, da attuarsi con la minore interferenza possibile nella libera vita dei suoi membri. Il compito prevalente della giustizia penale è, dunque, «the maintenance of the general security»<sup>44</sup>, attraverso strumenti capaci di garantire in modo sufficiente la libertà individuale e la riabilitazione del condannato. Adottando la prospettiva della *modern psychiatric school of criminology*, l'autore sostiene la scelta di una individualizzazione scientifica e di un *perocorrectional treatment*, che, proprio perché capace di pesare la completa personalità del delinquente anziché la gravità del singolo fatto criminoso, mantenga anche una piena efficacia deterrente.

Il vero problema, ancora alla fine degli anni '20, consiste nello stabilire i corretti criteri che le corti e l'amministrazione penitenziaria devono seguire per individualizzare il trattamento, poiché «effective individualization is not based on guesswork, mechanical routine, "hunches", political considerations, or even (as so many judges seem to think) on past criminal record alone. It must rest on a *scientific recognition* and evaluation of those mental and social factors involved in the criminal situation which make each crime a unique event and each criminal a unique personality»<sup>45</sup>. Rispetto alla spinta riformista iniziale di fine Ottocento avviata su basi empiriche, serve ora una solida riflessione scientifica che traduca l'aspirazione correzionalista in metodo applicativo, facendo sintesi dei risultati condivisi dalla scienza sperimentale. Si tratta di stabilire, in via preliminare, in quale momento del processo si debba procedere all'individualizzazione: le scelte del *district attorney* sui casi da perseguire, le definizioni dei reati o la scala dettagliata della gravità degli illeciti previste *ex lege* sono forme molto rozze di individualizzazione, così come l'*indetermined sentence movement* ha avuto uno scarso effetto sul sistema punitivo, perché non ha attecchito ovunque, in molti stati è stato adottato solo per certi tipi di crimine ed entro limiti determinati, ed è stato, di fatto, vanificato dai giudici

<sup>42</sup> S. GLUECK, *Principles of a Rational Penal Code*, in *Harvard Law Review*, 41, 4, 1928, 453-482.

<sup>43</sup> *Ivi*, 455.

<sup>44</sup> *Ivi*, 457.

<sup>45</sup> *Ivi*, 464 (corsiivi nostri).

che impongono limiti minimi di pena troppo vicini al massimo edittole o dai *parole boards* che concedono subito la libertà senza un'attenta verifica dell'avvenuta risocializzazione del detenuto. Dunque, né l'individualizzazione legislativa, degli atti e non delle persone, né quella giudiziale, priva di competenze scientifiche, possono funzionare, ed anzi rischiano di degenerare «into a mechanical process of application of certain rules of thumb or of implied or espresse prejudices»<sup>46</sup>.

Segue poi, nell'argomentazione di Glueck, la parte più interessante per il nostro percorso, ovvero la critica al Progetto Ferri del 1921: il criminologo di Harvard, che conosce bene sia il progetto fallito del giurista mantovano<sup>47</sup> sia l'ideologicamente opposto progetto del ministro fascista Alfredo Rocco del 1927, esprime un giudizio negativo su entrambi, per ragioni diverse, e propone un diverso modello di codice penale. Il progetto ferriano appare troppo poco ambizioso, ancora legato ad un modello di applicazione meccanica della pena da parte del giudice in base a criteri predeterminati dal legislatore: infatti, alla luce dell'esperienza statunitense, sia prima in regime di pene fisse sia poi con la *indetermined sentence*, la detagliata determinazione legislativa *ex ante* di regole destinate a guidare le corti nella scelta della pena si è rivelata una soluzione inutile ed inefficace nel cammino verso una vera individualizzazione del trattamento. Il testo elaborato dalla commissione presieduta dal fondatore della scuola positiva ha come fulcro il criterio della pericolosità dell'offensore che, tuttavia, il giudice deve valutare in base ad indici di maggiore o minore pericolosità prestabiliti *ex lege*.

Tale modello, secondo Glueck, si presta a due obiezioni: primo, enfatizza in maniera eccessiva il singolo aspetto della pericolosità; secondo, utilizza uno strumento di individualizzazione che si è già rivelato inadeguato. Valutare solo la pericolosità è «unjust» «unscientific» e «uneconomical», perché enfatizzando troppo l'interesse sociale alla «general security», sottostima quello altrettanto importante alla «individual life», non riconoscendo la «social justice» del costruttivo lavoro di riabilitazione del delinquente sulla base di un «scientific understanding» della sua personalità<sup>48</sup>. Per quanto Ferri, concorde con la mi-

<sup>46</sup> *Ivi*, 467.

<sup>47</sup> Due articoli dello stesso FERRI sul *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* presentano con toni entusiastici la nomina della commissione da parte del guardasigilli Mortara e il Progetto elaborato: cfr. E. FERRI, *The Nomination of a Commission for the Penitentiary Reform of the Italian Penal Code*, 11, 1, 1920, 67-76; *Id.*, *The Reform of Penal Law in Italy*, 12, 2, 1921, 178-198.

<sup>48</sup> *Ivi*, 469.

gliore dottrina americana, accetti il principio della pena indeterminata<sup>49</sup>, tuttavia, esaltando la pericolosità, sottostima oltremisura le potenzialità riabilitative del delinquente. Glueck propone dunque di sostituire a quello ferriano un diverso *basic criterion* del sistema penale, basato non sulla gravità dell'atto né sulla pericolosità del delinquente, ma «upon his personality, that is, upon his dangerousness, his personal assets, and his responsiveness to peno-correctional treatment»<sup>50</sup>. Il concetto di «pericolosità» viene, quindi, assorbito in quello più ampio di «personalità», fenomeno dinamico e complesso in continuo sviluppo, di cui il primo sarebbe solo un sintomo rilevante ma non esclusivo. Il legislatore, inoltre, non può prevedere in anticipo i criteri di classificazione degli *offenders* né definire le tipologie o la durata dei trattamenti per i vari individui, ma solo stabilire «broad penological standards and leave to trained judges, psychiatrists, and psychologists, forming a quasi-judicial treatment body, the application of those standards in the individual case»<sup>51</sup>. Il tentativo del Progetto Ferri di bilanciare pericolosità e garanzie individuali attraverso la tassativizzazione degli indici di pericolosità, prestabilisce «a sort of penal mathematic by which the judge is more or less mechanically bound»<sup>52</sup>. Il dilemma tra discrezionalità del giudice e detagliata determinazione normativa è risolto nell'evidente contraddizione di una «mechanical nature of the individualization»<sup>53</sup>. Rispetto al sistema vigente, incentrato sull'oggettività del fatto, Ferri tenta ora di oggettivizzare la pericolosità, determinandone in anticipo i sintomi, i tipi, l'intensità, ed affidando alla valutazione giudiziale nella sentenza di condanna l'applicazione di tali parametri. Così facendo, sostiene Glueck, non solo si tradisce l'ideale riabilitativo ispirato da una verifica caso per caso condotta da esperti criminologi nel corso dell'esecuzione della pena, ma si fa anche un passo indietro rispetto al modello già applicato negli Stati Uniti<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> E. FERRI, *Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano (Libro I)*, L'Universale Imprimerie Polyglotte, Roma, 1921, 15: «Infatti, se non è realizzabile la pretesa di precisare un castigo proporzionato a una colpa, e si tratta invece di segregare, quando sia necessario, un individuo inadatto alla vita sociale, questa segregazione non può avere un termine prefisso, ma deve durare tanto tempo quanto sia necessario perché l'individuo divenga adatto alla vita libera: e quando sia incorreggibile deve durare a tempo assolutamente indeterminato [...] Il sistema tradizionale di pene carcerarie a termine fisso deve quindi essere sostituito dalla segregazione a tempo relativamente od assolutamente indeterminato, pure assicurando al diritto individuale le necessarie garanzie».

<sup>50</sup> GLUECK, *Principles*, cit., 469.

<sup>51</sup> *Ivi*, 470.

<sup>52</sup> *Ivi*, nt. 24, 472.

<sup>53</sup> *Ivi*, 474.

<sup>54</sup> *Ivi*, 472: «It is a serious question whether more is not lost than gained by removing the

La proposta alternativa per un *rational penal code* del criminologo americano, consapevole che l'individualizzazione non si possa risolvere in un affidamento incontrollato alle scelte dei giudici o di altri organi amministrativi, si fonda su quattro principi. Primo, separare nettamente la fase del trattamento (*sentence-imposing*) da quella della verifica della responsabilità (*the guilty-finding phase*)<sup>55</sup>; secondo, affidare la decisione sul trattamento ad un tribunale speciale (*socio-penal commission*) composto da persone qualificate con conoscenze sociologiche, psicologiche, criminologiche; terzo, prevedere che il trattamento sia sempre modificabile *in itinere*; quarto, garantire la salvaguardia dei diritti individuali. Su quest'ultimo, fondamentale punto, la soluzione deve essere cercata nell'affine, fertile terreno del diritto amministrativo, sia perché pure il diritto penale appartiene al diritto pubblico, sia perché presenta analoghi profili di giustizia preventiva, specie contro il recidivismo, sia perché come l'*administrative law* richiede esperti (psichiatri, psicologi, operatori sociali ecc.), sia, infine, perché condivide lo stesso bisogno di metodi di tutela dei diritti individuali contro possibili azioni arbitrarie di un *administrative board*. È proprio sulla soluzione del cruciale «dilemma of free judicial discretion versus protection of individual liberty» che sorprendentemente i criminologi europei, incluso Ferri, ricorrono al maldestro («clumsy») congegno della «legislative prescription of detailed rules of individualization», quando invece il campo del diritto amministrativo suggerisce il più semplice ed efficace strumento del «treatment board»<sup>56</sup>.

Le argomentazioni di Glueck, rigorose nella destrutturazione critica del progetto Ferri, sono, tuttavia, meno sviluppate e solo sommariamente delineate nella parte costruttiva: l'idea di affidare la fase esecutiva della pena ad una commissione amministrativa, infatti, non risolve di per sé il problema delle garanzie per i diritti individuali contro possibili arbitri, ma solo lo sposta sulla *vexata quaestio* del rapporto tra *policy* e *law*. Ricorrendo ancora al confronto

application of such criteria from the discretion of the last-named agencies [prison officials, parole boards] and putting the criteria into the code to be applied by judges».

<sup>55</sup> Il principio della biforcazione processuale (già prima citato, cfr. nt. 30) era stato definitivamente espresso nell'*International Prison Congress* di Londra del 1925.

<sup>56</sup> Glueck, *Principles*, cit., 478. Ferri individua nei parametri codificati che devono guidare il giudice nell'applicazione della sanzione, ovvero nell'individualizzazione giudiziaria (artt. 74-77 del Progetto), la soluzione al «problema di non lasciare al giudice un arbitrio senza confini, che sarebbe pericoloso così per i diritti dell'individuo come per quelli della società e d'altra parte di non costringere in barriere meccaniche e troppo rigide la facoltà, che il giudice deve avere, di adattare la norma legale al caso speciale, se la sua opera deve essere pratica e feconda di risultati» (*Relazione*, cit., 110-11).

con il diritto amministrativo, il criminologo americano vede nella giurisdizionalizzazione dell'atto amministrativo che determina il trattamento più appropriato per ogni delinquente la possibile composizione degli interessi in gioco, individualizzazione e garanzie individuali. Tale *judicialization* implicherebbe, in primo luogo, «the definition of broad legal categories of a social-psychiatric nature within which the treatment board will classify individual delinquents», in secondo luogo la piena salvaguardia dei diritti individuali, permettendo all'accusato di essere assistito da un difensore, di citare testi e di poter esaminare i *psychiatric and social reports* evitando la tecnica e litigiosa procedura ordinaria informata a rigide regole probatorie, e, da ultimo, la possibilità di una *judicial review* della decisione del *treatment tribunal* accusato di aver agito arbitrariamente o contro la legge<sup>57</sup>.

Ad un solo anno di distanza, Sheldon Glueck e la moglie Eleanor pubblicano un altro articolo nel quale, alla luce di un'attenta analisi dei dati disponibili sul funzionamento dei meccanismi trattamentali (*parole, indeterminate sentences*), elaborano una serie di criteri scientifici che consentano di ottenere una prognosi realistica delle condizioni di pericolosità o dell'avvenuta riabilitazione del delinquente sottoposto a trattamento<sup>58</sup>. Una verifica statistica sul reale successo delle riforme criminologiche attuate negli Stati Uniti dimostra, infatti, che il fallimento di molti strumenti correzionali è dovuto all'inadeguatezza dei metodi di previsione della personalità del sottoposto, causata dall'improvvisazione e dalla scarsa competenza scientifico-criminologica dei giudici e dei *parole boards*: «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?»<sup>59</sup>. I soggetti responsabili di valu-

<sup>57</sup> Glueck, *Principles*, cit., nt. 32, 479. Una soluzione simile, ibrida tra misura amministrativa e giurisdizionale, sarà poi adottata nel Codice Rocco per le misure di sicurezza.

<sup>58</sup> I due criminologi propongono delle *prognostic tables* della pericolosità/riformabilità che si basano sull'analisi dei seguenti fattori: da un lato quelli che riguardano il comportamento del soggetto prima della condanna al riformatorio (abitudini lavorative; serietà e frequenza dei crimini; arresti per crimini precedenti; condizioni economiche), dall'altro quelli relativi alla sua condizione durante il trattamento (stato di anomalie mentali; frequenza di offese; condotta criminale durante il periodo *on parole*) o dopo il *parole* (abitudini di lavoro; attitudine verso la famiglia; situazione e responsabilità economica; tipo di abitazione; genere di divertimenti) (S. e E. Glueck, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in *Harvard Law Review*, 42, 3, 1929, 309-327).

<sup>59</sup> *Ivi*, 327.

tare la personalità del delinquente hanno fallito nella misura in cui si sono affidati a regole e pratiche applicative «nonscientific», sia perché prestabilite legittimamente *ex ante*, sia perché governate da considerazioni «almost entirely irrelevant to the factors which are most strongly associated with the future conduct of criminals»<sup>60</sup>.

Il tentativo dei coniugi Glueck di enucleare scientifici ed uniformi criteri di *predictability* della personalità del delinquente, rappresenta, tuttavia, una risposta solo parzialmente diversa al medesimo dilemma di Ferri e di tutti i criminologi riformisti, ovvero la ricerca di un momento di equilibrio tra piena individualizzazione amministrativa e tutela delle garanzie individuali. Come scrive lucidamente Pound introducendo l'articolo dei Glueck, alla fine degli anni '30 l'entusiasmo riformatore e riabilitativo dei primi *reformers*, animato dai principi dell'individualizzazione e della giustizia preventiva, non solo si è ormai attenuato, ma ha dato luogo ad una contro reazione di segno opposto proprio nei confronti della «administrative justice, the chief agency of individualization, and the modes of thought and procedures which it involves»<sup>61</sup>. Il sistema del *probation* e dell'*indeterminate sentence*, che Pound considera una delle fondamentali scoperte della storia giuridica americana, ha sostituito il classico principio *nulla poena sine lege* e i suoi corollari di astratta predeterminazione legislativa e meccanica applicazione giudiziale, «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»<sup>62</sup>.

5. Il «lato oscuro» dell'individualizzazione e il ritorno alla legalità della pena.  
- Il definitivo declino dell'ideale riabilitativo degli anni '70<sup>63</sup> è preceduto, nelle riflessioni di alcuni provveduti giuristi, dall'amara constatazione dei rischi

<sup>60</sup> *Ivi*, 328.

<sup>61</sup> R. POUND, *Foreword*, e S. e E. GLUECK, *Predictability*, cit., 298.

<sup>62</sup> *Ivi*, 299.

<sup>63</sup> Sul tema, per ragioni di sintesi, si rinvia a M.E. FRANKEL, *Criminal Sentences. Law without Order*, Hill and Wang, New York, 1973, Id., *Lawlessness in sentencing*, in *University of Cincinnati Law Review*, 41, 1, 1972, 1-54; F.A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981; A. VON HIRSH, *Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory*, in *Maryland Law Review*, 42,

(se non del fallimento) di un sistema di amministrazione della giustizia penale che abbandoni il principio di legalità in nome di un'auspicata, ma inattuabile, individualizzazione. Come le più ambiziose proposte del Progetto Ferri in Italia svaniscono per l'egemonia del nuovo indirizzo tecnico-giuridico, così il modello di un codice criminologico negli Stati Uniti cede il passo ad una più accorta difesa della legalità sia del reato che della pena. Nel 1937 Jerome Hall osserva criticamente come sia in Europa che negli Stati Uniti ci sia stata una graduale erosione del significato del principio di legalità, sia nella parte del *nullum crimen*, perché per le teorie dei positivisti la responsabilità dovrebbe essere sostituita dalla pericolosità e il reato come fatto ridursi solo ad uno dei sintomi della pericolosità, sia, soprattutto, nella parte del *nulla poena*, vanificata da istituti come la pena indefinita, il *probation*, la sospensione della pena. Questa doppia erosione, tuttavia, - avverte Hall - mette in serio pericolo le garanzie individuali, e le due parti del brocardo latino devono essere necessariamente interconnesse, altrimenti il rischio è di sostituire del tutto le pene con misure di difesa sociale. L'annichimento della legalità ad opera del regime nazionalsocialista<sup>64</sup> o di quello comunista hanno dimostrato il volto repressivo che può nascondersi dietro la facciata correzionalista e riabilitativa, e, dunque, il *nulla poena* deve essere difeso come un fondamentale principio democratico. Non è più tempo, nell'imminenza del disastro umanitario dei totalitarismi e del conflitto mondiale, di contrapposizioni dottrinali tra scuola classica e scuola positiva: «in an age when democracy can no longer be assumed, but must be deliberately conserved - or perhaps, even achieved, the writings of both schools of thought should be completely re-examined», e dovrebbe essere chiaro il principio per cui «criminology cannot profitably ignore politics or law, unless it desires to run the danger of fostering evils far greater than those it seeks to eliminate»<sup>65</sup>.

1983, 6-36; D. GARLAND, *The Culture of Control*, Oxford University Press, Oxford, 2001, trad. it. *La cultura del controllo*, il Saggiatore, Milano, 2007, 128-156.

<sup>64</sup> Sul progetto nazionalsocialista di codice penale che realizza l'idea di Liszt di concedere al giudice la possibilità di pronunciare pene indeterminate e di affiancare alla pena misure preventive di carattere amministrativo, cfr. H.B. GERLAND, *The German Draft Penal Code and Its Place in the History of Penal Law*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 3rd ser., 11, 1929, 19-33, il quale riconosce come tali misure «go a long way towards nullifying the rule nulla poena sine lege if they do not altogether abolish it» (30) e che «the idea of the old Constitutional State no longer underlie the law» (32), perché le libertà individuale sono completamente annullate negli obblighi di solidarietà con la comunità che il cittadino ha nei confronti dello Stato.

<sup>65</sup> J. HALL, *Nulla poena sine lege*, in *Yale Law Journal*, 47, 2, 1937, 192.

Il ripudio della regola *nulla poena sine lege* in Germania e Unione Sovietica deriva dagli eccessi dell'ideologia rivoluzionaria, ma tali esperienze hanno perduto anche coloro che riconoscono i progressi di civiltà penale portati dall'individuazione dei rischi per l'intero sistema di giustizia impliciti in una sua espansione senza limiti<sup>66</sup>. Nuovamente Hall, nel 1960, critica gli argomenti favorevoli ad un abbandono del principio di legalità giustificati dalla difesa sociale proposta prima da Lombroso<sup>67</sup> e poi dalla scuola positiva italiana: le proposte che ancora negli anni '50 vengono avanzate negli Stati Uniti di ridurre il ruolo del giudice solamente al *trial* per poi affidare la fase del *sentencing* interamente ad un corpo di esperti psichiatri e criminologi che valutino le persone antisociali in funzione della loro pericolosità eliminando il concetto di pena, derivano dalle tesi proposte dai criminologi italiani ed europei tra fine Ottocento ed inizio Novecento. In nome della *social defense* si è chiesto (ed in alcuni casi si è ottenuto) di abolire i limiti legali al potere giudiziario o amministrativo, affidando a degli «esperti» il compito di determinare chi sia un criminale e come vada trattato, senza considerare che l'esercizio di tale incontrollato potere discrezionale è incompatibile con i valori fondamentali del diritto penale e che il *nulla poena* «represents the peak of all the values expressed in criminal law»<sup>68</sup>, perché ciò che viene fatto ad un criminale è indice del livello di civiltà di una società. Il messaggio rivoluzionario e provocatorio della scuola positiva, certamente fecondo nella tensione verso una maggiore attenzione al delinquente ed alla sua personalità, si è prestato, dove applicato senza bilanciamenti

<sup>66</sup> Cfr. per es. M. ANCEL, *La règle «nulla poena sine lege» dans les législations modernes*, in *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, II, 1936, 269, 272: «A ce point extrême, l'abolition de la règle *nulla poena sine lege* constitue une véritable abolition du droit pénal lui-même; car la notion de légalité s'efface ici devant les besoins de la politique. [...] On peut donc se demander si la tendance qui consiste à affaiblir ou même à supprimer la règle *nulla poena sine lege* constituerait un progrès dans le développement du droit ou marquerait, au contraire, un retour vers un état de choses que l'on avait cru abolis». Difesa della legalità suscitata dai medesimi sentimenti di rifiuto verso la demolizione totalitaria delle garanzie individuali che anima Piero Calamandrei nel discorso tenuto il 21 gennaio 1940 alla Fuci, ora in P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Roma-Bari, 2008, 63-107.

<sup>67</sup> J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, sec. ed., The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis-New York, 1960, 51: «The supposition that "the criminal" is not only perfectly well known but that he is thus known in advance of trial is, in the light of the facts, as fantastic as it is ominous. The principle of legality signifies that only after a thorough inquiry directed by rational procedure and aided by the long experience crystallized in precise rules of criminal law can defensible judgments be reached regarding the dangerousness of any one». Sul pericolo democratico reso evidente dalle leggi penali nazionalsocialiste del 1935 cfr. anche la reazione di C.H. McLEWAIN, *Government by Law*, in *Foreign Affairs*, 14, 2, 1936, 185-198.

<sup>68</sup> HALL, *General Principles*, cit., 57.

ti, ad una degenerazione in senso repressivo ed autoritario certamente non compatibile con il principio di legalità previsto dal *rule of law*: «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»<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> *Ivi*, 58.