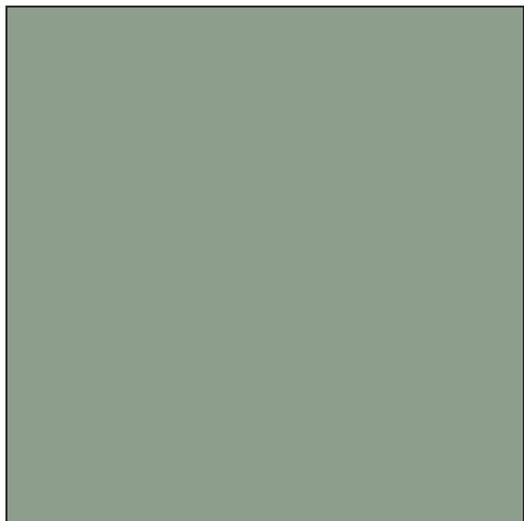


per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

99



MICHELE PIFFERI

L'INDIVIDUALIZZAZIONE  
DELLA PENA

*DIFESA SOCIALE E CRISI  
DELLA LEGALITÀ PENALE  
TRA OTTO E NOVECENTO*

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

### BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI  
diretta da PAOLO CAPPELLINI

---

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE  
(50129) - piazza Indipendenza, 9

[www.centropgm.unifi.it](http://www.centropgm.unifi.it)

---

VOLUME NOVANTANOVESIMO

MICHELE PIFFERI

# L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA

*Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18179-9

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2013

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

## INTRODUZIONE

1. L'individualizzazione e i conflitti irrisolti del riformismo penale. — 2. Positivismo criminologico e *criminalisation process*. — 3. L'impatto della criminologia sul diritto penale liberale. — 4. Storicizzare l'individualizzazione. — 5. Riformismo penale e comparazione storico-giuridica. — 6. Globale e nazionale, unità e diversità. — 7. I dilemmi della pena indeterminata. — 8. Dalla garanzia dell'individuo alla difesa della società.

### 1. *L'individualizzazione e i conflitti irrisolti del riformismo penale.*

L'individualizzazione della pena è considerata dalla scienza giuridica contemporanea un principio fondamentale del diritto penale. Nell'ordinamento italiano esso è stato costituzionalizzato da numerose sentenze della Corte che, nell'interpretare la portata degli artt. 25 e 27 Costituzione, hanno stabilito come la legalità della pena « non può prescindere dall'individualizzazione di questa ». Il *nullum crimen* sancito all'art. 25 deve essere « temperato ed armonizzato » con l'individualizzazione, che « si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente la materia penale » <sup>(1)</sup>. Nello stesso senso la regola è riconosciuta nei sistemi giuridici stranieri, quale corollario indispensabile del fine rieducativo della pena <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Le citazioni sono da Corte Cost., Sent. 131, 1970; Sent. 203, 1991; Sent. 50, 1980. Per una sintesi sulle finalità della pena, con riferimento anche alla giurisprudenza costituzionale, si rinvia qui alla sintesi di M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a c. di), *Introduzione al sistema penale*, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2000, pp. 321-345 e S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 280-283.

<sup>(2)</sup> Cfr., ad es., con riferimento all'esperienza francese, R. OTTENHOF (sous la direction de), *L'individualisation de la peine. De Saleilles a aujourd'hui*. Réédition de la

Le pagine che seguono si propongono di studiare l'origine e lo sviluppo storico del principio dell'individualizzazione, analizzando le ricadute che esso ha prodotto sui sistemi criminali, in particolare in ambito americano ed europeo, dopo essere stato assunto quale criterio costitutivo della sanzione penale.

L'idea di un trattamento 'a misura' del delinquente è certamente il prodotto del riformismo che investe il diritto penale negli ultimi decenni dell'Ottocento. Sulla spinta dell'influenza metodologica delle scienze sociali e criminologiche, il fine di prevenzione generale della pena in astratto e il criterio della retribuzione legale in concreto, prodotti della cultura giuridica illuminista, sono gradualmente sostituiti dallo scopo di prevenzione speciale e dal modello correzionale di giustizia<sup>(3)</sup>. Il movimento di riforma del sistema carcerario americano e il positivismo scientifico europeo, pur muovendo da diversi presupposti, attaccano il modello punitivo di matrice liberale e il principio della certezza della punizione su cui si fondano le codificazioni penali continentali e le legislazioni degli States. L'impegno per rendere l'esecuzione della condanna realmente utile sia al reo sia alla società, trasformando il periodo detentivo da puro castigo degradante in occasione di rigenerazione morale e riabilitazione civica, favorisce, negli Stati Uniti, l'avvio del dibattito sul fine rieducativo della pena e promuove la sperimentazione di metodi trattamentali finalizzati ad un progressivo recupero del delinquente. L'esecuzione della sanzione, si afferma sempre più convintamente, non può essere uniforme, perché l'uguaglianza impedisce di differenziare il regime detentivo in ragione delle esigenze di correzione del reo. Negli anni settanta dell'Ottocento, negli Stati Uniti, l'individualizzazione è tematizzata su una base pragmatica: il criminale non può uscire dal carcere nelle stesse condizioni di quando vi è entrato o, anzi, moralmente degenerato dall'esperienza della reclu-

---

troisième édition de l'ouvrage de Raymond Saleilles suivi de *L'individualisation de la peine: cent ans après Saleilles*, Ramonville Saint-Agne, Eres, 2001, in particolare i saggi di C. BARBERGER, *Égalité et individualisation de la peine*, pp. 207-214 e F. TULKENS, *L'individualisation de la peine: cent ans après Saleilles*, pp. 275-282; e, da ultimo, M.M. PLESNIČAR, *The individualization of punishment: Sentencing in Slovenia*, in «European Journal of Criminology», 10, 4, 2013, pp. 462-478.

(3) Così nella sintesi di M. PAVARINI, *Pena*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, VI, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1996, pp. 537-545.

sione, se non si vuole ammettere il fallimento dalla funzione punitiva. Una pena definita in astratto e applicata senza considerare la personalità di chi la subisce non rieduca; di conseguenza, ad esecuzione finita, rischia di reimmettere nel contesto sociale un criminale ancora pericoloso.

In area europea, invece, la ‘scoperta’ del crimine come fenomeno sociale e il passaggio dallo studio del reato come ente giuridico all’analisi dell’uomo delinquente come prodotto di una complessa rete di fattori sociali, economici, biologici, contribuiscono ad avviare una riflessione dottrinarica sui fini della pena e sul principio dell’individualizzazione. L’approccio iniziale è diverso, l’impatto del riformismo criminologico sulle due sponde dell’oceano è differente, più pragmatico l’uno e più teorico l’altro. Entrambi, però, producono una rivoluzione nel diritto penale liberale, che si traduce in una richiesta di modificare non solo i metodi punitivi, ma la filosofia che li legittima. A partire, soprattutto, da inizio Novecento, la cultura criminologica americana cerca nella dottrina continentale una base teorica per dare fondamento alle sperimentazioni attuate e per promuovere il processo riformatore. L’intreccio tra criminologia europea e statunitense favorisce, così, un proficuo terreno di comparazione, recezione e ibridazione di modelli, pur senza riuscire, come emergerà dalla critica del periodo post-bellico, a definire un autonomo statuto epistemologico della disciplina.

L’individualizzazione, criterio al quale tra XIX e XX secolo si conformano in modo graduale e diversificato le legislazioni penitenziarie di tutti i paesi, mette in discussione le certezze del retributivismo, i fondamenti filosofici e morali della proporzionalità e dell’uniformità, la stessa legalità della pena <sup>(4)</sup>. Accettarlo significa, per la penalistica tra Otto e Novecento, rivedere le ragioni del diritto di punire, rinunciare a convinzioni profonde maturate nella rivoluzione

---

<sup>(4)</sup> Come osserva H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, (trad. it. *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981), p. 25: « The ideals of Reform and Individualization of punishment (e.g. corrective training, preventive detention) which have been increasingly accepted in English penal practice since 1900 plainly run counter to the second if not to both of these principles of Justice or proportion »; cfr. anche Ivi, chap. VII *Punishment and the Elimination of Responsibility*, pp. 158-185.

culturale che ha abbattuto l'antico regime e ripensare il sistema criminale in forme nuove. Individualizzare non significa, infatti, solo affermare la finalità rieducativa della pena: implica ridefinire i concetti d'imputabilità e responsabilità, attenuare le rigide garanzie del *nullum crimen nulla poena*, modificare il processo penale per poter riconoscere il carattere dell'imputato, rivedere la distribuzione dei poteri per individuare quale sia il soggetto più idoneo a scegliere la sanzione, bilanciare diversamente l'equilibrio tra giustizia e libertà.

Il processo avviato da Brockway, Wines, Ferri, von Liszt e altri, sembra, tuttavia, non giungere mai a compimento, con un continuo susseguirsi di riforme invocate ma mai del tutto realizzate (per es. l'abbandono del criterio dell'imputabilità a favore di quello della pericolosità), di promesse non mantenute (la riduzione della criminalità e della recidiva), di affermazioni teoriche smentite dai riscontri concreti (l'efficacia riabilitativa della pena a tempo non determinato). Nonostante i contributi portati dalla nuova scuola, scrive Jerome Hall nel 1945, « the most salient fact about 20<sup>th</sup> Century Criminology is that it is a congeries of unresolved conflicts », la cui « basic inner-contradiction » deriva dal « pervasive failure » di non riuscire ad integrare le teorie classiche con quelle del positivismo <sup>(5)</sup>. Al di là dell'incerta identità disciplinare della criminologia, contesa tra la vicinanza metodologica con la sociologia e il necessario ancoraggio al dato giuridico normativo, ciò che interessa analizzare sono proprio — per usare una ricorrente terminologia del tempo — i dilemmi, le contraddizioni, i conflitti provocati dalla criminologia nel campo 'ordinato' del diritto penale liberale. Non interessa misurare il successo o la sconfitta delle tesi moderniste verificandone l'accoglimento in testi legislativi, bensì indagare come l'impatto del movimento riformatore abbia inciso sulla cultura giuridica penale internazionale, avanzando proposte, ponendo questioni, svelando i limiti del sistema post-illuministico. Costretta a confrontarsi con un approccio teorico e con strumenti metodologici completamente differenti, la penalistica classica non può limitarsi al rifiuto dei nuovi

---

(5) J. HALL, *Criminology*, in G. GURVITCH, W.E. MOORE (eds.), *Twentieth Century Sociology*, New York, The Philosophical Library, 1945, pp. 344, 345.

‘semplicismi’ (6), ma deve ripensare il fondamento del proprio modello punitivo e modificare la propria penologia.

## 2. *Positivismo criminologico e criminalisation process.*

La nozione d’individualizzazione, proprio perché incide sui problemi cruciali del penale, diviene oggetto di discussione per la dottrina internazionale fino alla seconda guerra mondiale. I novatori più radicali la considerano l’asse portante su cui disegnare i ‘nuovi orizzonti’ della disciplina, i più tradizionalisti cercano di attenuarne la portata rivoluzionaria interpretandola entro coordinate teoriche che la rendano compatibile con la nozione di libero arbitrio e con la filosofia retributiva.

Il dibattito sul significato dell’individualizzazione pone a confronto positivisti, eclettici, esponenti della scuola classica, ed apre un fertile terreno di comparazione tra rappresentanti della scienza giuridica internazionale (statunitensi ed europei prima, ma poi anche latinoamericani e perfino cinesi). L’internazionalizzazione del discorso penologico è una chiave di lettura indispensabile per storicizzare la nozione d’individualizzazione, mostrarne i diversi sviluppi e capire le ragioni politico-culturali delle differenti interpretazioni. Il movimento ‘globale’ del positivismo scientifico condiziona inevitabilmente le scelte dei singoli legislatori e delle dottrine nazionali, senza, tuttavia, portare a una vera uniformazione dei sistemi giuridici. La scelta a favore dell’individualizzazione legale, giudiziaria o amministrativa — secondo la nota distinzione di Raymond Saleilles in un fortunato scritto di fine secolo (7) —, l’elaborazione degli istituti attraverso i quali renderla operativa nell’ordinamento, la definizione di limiti e contrappesi, dipendono, infatti, da come giuristi e legislatori sono influenzati dalla cultura giuridica alla quale appartengono, dai modelli penali che lo Stato di diritto o il *Rule of law* hanno costruito.

Occorre, dunque, analizzare il fenomeno culturale che favorisce

---

(6) Il riferimento è al noto scritto di L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale: saggio critico*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1886.

(7) R. SALEILLES, *L’individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1898.

l'emersione della questione della pena individualizzata come un tema trasversale a diversi contesti politico-ordinamentali. La comparazione giuridica, i congressi internazionali penitenziari o d'antropologia criminale, la nascita di nuovi istituti appositamente votati a un allargamento della scienza penale oltre i confini statali, rappresentano la condizione di sviluppo dell'idea d'individualizzazione a livello sovranazionale ed insieme l'occasione per ribadire le peculiarità nazionali. La scienza criminologica apre alla comparazione giuridica prospettive nuove, non più limitate al semplice confronto tra norme ma orientate alla progettazione di modelli comuni per il 'penale in formazione', perché l'approccio scientifico nello studio del delinquente e dei fattori della criminalità tende ad attenuare le differenze locali entro comuni coordinate epistemologiche. La sociologia e l'antropologia criminale, la psicologia e la statistica, la psichiatria e la biologia, indispensabili strumenti di conoscenza del soggetto e, pertanto, d'individualizzazione, non conoscono confini nazionali.

È evidente come in questo percorso giochi un ruolo fondamentale il rapporto tra sovranità ed individuo descritto da Foucault nei termini del potere disciplinare, nel quale « l'individualizzazione al vertice viene cancellata, mentre appare un'individualizzazione tendenziale molto forte in relazione alla base ». La sovranità politica si concentra sui singoli, sui corpi degli individui, assoggettandoli a forme di disciplinamento e di controllo capillare funzionali a favorire « il reciproco adattamento di una singolarità somatica e di un potere politico ». Nel paradigma disciplinare, in cui rientra sicuramente anche il discorso criminologico sulla pena, l'individualità che prima non emergeva dalla retorica egualitaria e livellatrice del diritto postrivoluzionario, viene invece esaltata, perché « la disciplina è appunto quella forma terminale, capillare, del potere che costituisce l'individuo come bersaglio, come obiettivo, come interlocutore, come termine di confronto all'interno del rapporto di potere » (8). Tuttavia, tale ipotesi di lettura non consente di riconoscere le caratteristiche proprie dell'individualizzazione giuridica, gli argo-

---

(8) Le citazioni sono tratte da M. FOUCAULT, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)*, Milano, Feltrinelli, 2004, *Lezione del 21 novembre 1973*, pp. 64, 65.

menti che la sostengono o che vi si oppongono, le differenze applicative.

Ciò che interessa approfondire è invece l'impatto peculiare che il movimento criminologico a favore di una pena 'a misura' del condannato ha avuto sui singoli ordinamenti giuridici, sugli istituti processuali, le regole applicative, le interpretazioni delle norme costituzionali. Il concetto di *criminalisation*, mutuato da Nicola Lacey <sup>(9)</sup>, può essere utilmente impiegato per investigare le trasformazioni nel campo penale tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo. Tale metodo, infatti, non solo permette di considerare come unitario oggetto di ricerca la relazione tra criminologia e storia penale, ma valorizza anche la storicizzazione dei concetti giuridici (delle regole, dei principi) come indispensabile strumento di comprensione del complesso fenomeno analizzato. Solo l'approccio che combina la storia generale dell'idea con l'analisi delle sue specifiche traduzioni in diritto sembra in grado di ricostruire l'importanza che il dibattito sull'individualizzazione ha avuto nella formazione, e nella differenziazione, degli ordinamenti penali in Europa e negli Stati Uniti.

### 3. *L'impatto della criminologia sul diritto penale liberale.*

Dagli anni Settanta dell'Ottocento il diritto penale è profondamente trasformato dall'impatto della criminologia. La nuova disciplina dedicata allo studio della criminalità come fenomeno sociale e all'analisi dei fattori individuali della delinquenza mette in discussione, su scala internazionale, i fondamenti della potestà punitiva e

---

<sup>(9)</sup> Cfr. N. LACEY, *Legal Constructions of Crime*, in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology* (4<sup>th</sup> Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 197: « the term 'criminalization' constitutes an appropriate conceptual framework within which to gather together the constellation of social practices which form the subject matter of criminal law on the one hand and criminal justice and criminological studies on the other. Escaping the notion of crime as 'given', the idea of criminalization captures the dynamic nature as a set of interlocking practices in which the moment of 'defining' and 'responding to' crime can rarely be completely distinguished and in which legal and social (extra-legal) construction of crime constantly interact »; ID., *Historicising Criminalisation: Conceptual and Empirical Issues*, in « The Modern Law Review », 72, 6, 2009, pp. 936-960, specie pp. 950-956.

la strumentazione giuridica con cui l'ordinamento reagisce alla commissione di reati. Basata su un approccio interdisciplinare che combina diversi contributi metodologici e conoscitivi (antropologia e sociologia criminale, statistica, medicina legale, psicologia, psichiatria) <sup>(10)</sup>, la scienza criminologica non solo costringe a ripensare il diritto penale dalla prospettiva del delinquente e non del delitto, ma, in modo più profondo, propone radicali riforme dei principi del penale liberale che si sono affermati in modo omogeneo nell'Europa continentale, negli Stati Uniti d'America e nei paesi dell'America Latina. Il fine del presente lavoro è lo studio di come la diffusione globale della *criminological wave* nel passaggio del secolo abbia concretamente ridisegnato i confini ed il linguaggio del diritto criminale, contribuendo a programmarne gli invocati 'nuovi orizzonti'. L'attenzione è focalizzata sull'indagine integrata dei rapporti tra criminologia e diritto penale, non sulla storia interna della criminologia tra Otto e Novecento <sup>(11)</sup>, né sulla ricostruzione dei più

---

<sup>(10)</sup> Per capire l'interdisciplinarietà, l'elettismo, l'assenza di uno statuto metodologico autonomo e l'identità tutta da costruire della nascente scienza criminologica ad inizio Novecento, è sufficiente leggere, solo a titolo esemplificativo, l'inizio di M. PARMELEE, *Criminology*, New York, Macmillan, 1918, p. 4: «Criminology is not one of the fundamental sciences, but is a hybrid product of several sciences. Zoology, anthropology, history, and sociology contribute to the description of the nature, origin, and evolution of crime. Meteorology, demography, and the special social sciences, such as economics, politics, etc., contribute to the analysis of the environmental causes of crime. Anatomy, physiology, psychology, and psychiatry furnish the facts and methods for the study of the traits and types of criminals. Comparative jurisprudence and law contribute to the study of the penal treatment of crime and the criminal. Consequently, many scientific methods are applied in criminological research».

<sup>(11)</sup> La storia della criminologia ha una bibliografia vasta e differenziata per approccio metodologico e aree geografiche. Cfr., ad es., D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985; ID., *The Criminal and His Science. A Critical Account of the Formation of Criminology at the End of the Nineteenth Century*, in «The British Journal of Criminology», 25, 2, 1985, pp. 109-137; ID., *British Criminology Before 1935*, in «The British Journal of Criminology», 28, 2, 1988, pp. 1-17; ID., *Of Crimes and Criminals: The Development of Criminology in Britain*, in M. MAGUIRE, R. MORGAN, R. REINER (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 17-68; P. BECKER, R.F. WETZEL (eds.), *Criminals and Their Scientists. The History of Criminology in International Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; L. MUCCHIELLI, *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994; P. BECKER, *Verderbnis und Entartung. Eine Geschichte der*

rilevanti cambiamenti delle legislazioni penali o dei diversi orientamenti dottrinali nello stesso arco temporale.

Se, infatti, è possibile individuare alcune regole fondamentali che, portato di un percorso iniziato da Beccaria e giunto poi alle varie codificazioni post rivoluzionarie, caratterizzano in modo simile i sistemi penali di *common* e di *civil law*, il contributo dei neoteorici sembra muoversi nella direzione di una radicale cesura piuttosto che di una progressiva evoluzione. Il pensiero di coloro che la storiografia considera i padri fondatori della moderna criminologia, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo<sup>(12)</sup>, prospetta una rivoluzione concettuale e legislativa. I temi discussi, almeno i più noti, sono riconducibili alla critica al libero arbitrio giustificata da un approccio deterministico, alla sostituzione del criterio dell'imputabilità con quello della pericolosità posta a fondamento della legittimità e misura della pena, alla nozione di responsabilità sociale, al nuovo principio guida della difesa sociale con tutti i suoi corollari<sup>(13)</sup>. La storiografia ha ampiamente indagato questi vari temi,

---

*Kriminologie des 19. Jahrhunderts als Diskurs und Praxis*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2002; N. DAVIE, *Tracing the Criminal. The Rise of Scientific Criminology in Britain, 1860-1918*, Oxford, Bardwell Press, 2005; S. GALASSI, *Kriminologie im Deutschen Kaiserreich. Geschichte einer gebrochenen Verwissenschaftlichung*, Stuttgart, Franz Steiner, 2004; C. EMSLEY, *Crime, Police and Penal Policy. European Experiences 1750-1940*, Oxford, OUP, 2007, cap. 10, pp. 181-199; R.D. SALVATORE, *Criminology, Prison Reform, and the Buenos Aires Working Class*, in «Journal of Interdisciplinary History», 23, 2, 1992, pp. 279-299; R.D. SALVATORE, C. AGUIRRE (eds.), *The Birth of the Penitentiary in Latin America. Essays on Criminology, Prison Reform, and Social Control, 1830-1940*, Austin, University of Texas Press, 1996; F. DIKÖTTER, *Crime, Punishment and the Prison in Modern China*, New York, Columbia University Press, 2002, specie pp. 182-217.

<sup>(12)</sup> Sull'origine della criminologia come 'nuova attività di conoscenza' si rinvia a A.P. PIRES, *La criminologie d'hier et d'aujourd'hui*, in C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, J.M. LABADIE, A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, vol. 1., *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 15-72, specie pp. 33-34. Cfr. anche, solo a mo' d'esempio, i tre contributi in «The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science» di F.A. ALLEN, *Pioneers in Criminology: Raffaele Garofalo (1852-1934)*, 45, 4, 1954, pp. 373-390; T. SELLIN, *Pioneers in Criminology: Enrico Ferri (1856-1929)*, 48, 5, 1958, pp. 481-492; M.E. WOLFGANG, *Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1835-1909)*, 52, 4, 1961, pp. 361-391.

<sup>(13)</sup> Per una sintesi cfr. G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in E.R. Papa (a c. di), *Il positivismo nella cultura italiana tra Otto e Novecento*, Milano, FrancoAngeli, 1985, pp. 47-62.

mettendo in rilievo le differenze tra le scuole nazionali (ad es. tra l'antropologia francese e l'italiana, tra la sociologia di Tarde e quella di Ferri) <sup>(14)</sup> e sottolineando la distanza tra le intenzioni programmatiche e i risultati ottenuti, tra l'enfasi polemica e l'apparentemente scarsa capacità di incidere sull'ordinamento normativo, tra la forza retorica della *vis destruens* e la deludente *pars construens* <sup>(15)</sup>. L'annunciato rivolgimento del diritto penale moderno, prospettato da Ferri nella prolusione bolognese del 1881 e, seppur con toni più attenuati, da von Liszt nel discorso di Marburg del 1882 <sup>(16)</sup>, si sarebbe gradualmente spento nel confronto con metodi tecnico-giuridici più conservatori.

La criminalità, osserva David Garland, è ora considerata un'entità positivisticamente conoscibile che può essere rimossa dalla società con l'aiuto dell'indagine scientifica e di appropriate tecniche operative, « but if we examine these claims carefully we find that the

---

<sup>(14)</sup> Cfr., per es., R.A. NYE, *Heredity or Milieu: The Foundations of Modern European Criminological Theory*, in « Isis », 67, 3, 1976, pp. 335-355; M. KALUSZYNSKI, *The International Congress of Criminal Anthropology: Shaping the French and International Criminological Movement, 1886-1914*, in BECKER, WETZELL, *Criminals and Their Scientists*, cit., pp. 301-316.

<sup>(15)</sup> In questo senso cfr., ad es., le considerazioni di M. SBRICCOLI, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a c. di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bar, Laterza, 1990, pp. 147-232, ed ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 493-590, specie pp. 559-573, con riferimento alla scuola positiva in Italia; F. COLAO, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in A. MAZZACANE (a c. di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 107-123; K. SMITH, *Criminal Law*, in W. CORNISH, S. ANDERSON, R. COCKS, M. LOBBAN, P. POLDEN, K. SMITH (eds.), *The Oxford History of the Laws of England*, vol. XIII, 1820-1914: *Fields of development*, Oxford, Oxford University Press, 2010, che osserva come, in Inghilterra, le novità introdotte dalle « Liberal social welfare policies and legislation » d'inizio Novecento, « while viewed by some as constituting a radical, far-reaching reconceptualization of criminality, powered by the credibility then enjoyed by positivistic biological and sociological sciences, the weight of historical evidence does not easily bear such an interpretation », soprattutto perché l'idea e l'applicazione della pena rimasero « essentially punitive » (p. 179).

<sup>(16)</sup> Il riferimento è alle note prolusioni di E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881 e di F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 3, 1883, pp. 1-47, trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a c. di A.A. Calvi, Giuffrè, Milano, 1962.

programme repeatedly offered *arguments* and *legitimations* for intervention, but actually offered few effective *means* of carrying this out»; le tecniche e gli apparati per tradurre in pratica le tesi più innovative sono, infatti, carenti « in technological substance », e, se le richieste di riformatorii, pene indefinite e meccanismi di reinserimento « provided a *space* for characters to be transformed », tuttavia « the point is that very little discussion addressed the question of exactly how this transformation was to be achieved ». Di fatto, il programma criminologico offre una « effective social defence », attraverso mezzi eliminativi e tecniche di polizia, ma fa poco nella direzione della prevenzione e della riabilitazione. Sebbene si presenti all'inizio come « a curative programme », in realtà ciò che è in grado di offrire è « a technology of segregative control » (17).

Non è facile tracciare un bilancio degli effetti prodotti dall'avvento della criminologia sul diritto penale nei vari ordinamenti nazionali. L'iniziale convinzione dei *reformers* di aver avviato un irreversibile, progressivo mutamento nel diritto e nella procedura penale destinato a rifondare *ab imis* le stesse concezioni di reato, processo e pena, si scontra con resistenze dottrinali, scetticismi metodologici e radicate tradizioni giuridiche che attenuano o vanificano le proposte potenzialmente più rivoluzionarie del positivismo. Al di là delle promesse inattuate e delle opportunistiche tardive autorappresentazioni che celebrano i successi 'nascosti' della nuova scuola, come il tentativo ferriano di attestare la vitalità delle idee positiviste anche entro le mutate coordinate scientifiche del tecnicismo fascista (18), è innegabile che il movimento criminologico abbia

---

(17) GARLAND, *The Criminal and His Science*, cit., pp. 133, 134.

(18) E. FERRI, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in « La Scuola Positiva », 36, 1926, pp. 241-274; sui profili di continuità e di rottura tra il Progetto Ferri del 1921 e il Codice Rocco, cfr. ora M. PELISSERO, *Dal Progetto Ferri al Codice penale del 1930*, in « Diritto Penale XXI Secolo », 2, 2011, (Atti del convegno nazionale in ricordo di Giuliano Marini, *Scuola Positiva e Codice Rocco*), pp. 307-332, e E. DEZZA, *Le reazioni del positivismo penale al Codice Rocco*, ivi, pp. 421-440. Nel caso italiano, il problema dell'ambigua influenza delle idee positiviste riguarda anche i caratteri del codice Finocchiaro-Aprile, su cui cfr. M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il Codice di procedura penale del 1913. I. L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003, specie pp. 315-359 e 422-436.

profondamente condizionato la scienza penale internazionale e le novità legislative tra Otto e Novecento.

Le idee che non vada punito il fatto ma l'autore, che la sanzione criminale debba essere contemporaneamente uno strumento di riforma del reo e di difesa sociale, che sia possibile e conveniente classificare i tipi di delinquente, che la pena debba essere individualizzata, sono destinate a una fortuna di lungo periodo. Esse, infatti, soddisfano due convergenti interessi, perché, per un verso, riflettono i progressi di altre discipline 'esterne' che aspirano a condizionare la scienza penale e, per altro verso, rispondono alle esigenze di politica criminale degli stati. L'influenza del nuovo sapere criminologico sulle teorie penalistiche e le sue ricadute normative vanno ben oltre gli inattuati progetti di rivoluzione disciplinare o codificazione criminologica e devono essere considerati, come vedremo, in una prospettiva internazionale.

Il campo d'indagine proposto in questo lavoro è definito dal modo in cui criminologia e diritto penale si sono reciprocamente scontrati, condizionati, influenzati nel periodo a cavaliere tra il XIX e il XX secolo. Tale approccio metodologico è necessitato, in prima battuta, dalla natura interdisciplinare della criminologia e dalla sua originaria vocazione a riformare il diritto penale 'contaminandolo' con altre scienze; la volontà esplicita dei padri fondatori della disciplina era, infatti, quella non di creare una scienza autonoma, ma di modificare profondamente il sistema della giustizia criminale. Nei decenni che vanno dagli anni Settanta dell'Ottocento alla seconda guerra mondiale, le reazioni approntate dagli esponenti del pensiero penalistico classico o liberale alla ventata novativa dei positivisti implicano l'adozione di un linguaggio nuovo, la tematizzazione di problemi prima non considerati, l'affinamento dello strumentario tecnico per difendere i confini disciplinari, la riconsiderazione del significato di alcune regole e principi in opposizione alle tesi dei progressisti. L'enorme successo internazionale, almeno nella cultura giuridica occidentale, dell'antropologia e della sociologia criminale, non possono essere oggetto di una storia 'a parte' rispetto a quella del diritto penale, proprio perché i due temi si sovrappongono in un'unitaria narrazione. La definizione di un ambito di ricerca comune consente di ricostruire la complessità delle trasformazioni giuridiche provocate dal positivismo criminologico e di cogliere i

termini e gli esiti di uno scontro di modelli penali destinato a segnare i caratteri degli ordinamenti contemporanei.

L'« historically contextualized criminology »<sup>(19)</sup>, specie nel periodo qui analizzato, implica uno sguardo privo di rigide barriere disciplinari su due approcci, quello classico e quello positivista, scientificamente diversi ma reciprocamente obbligati ad un costante confronto per contrapposizione, nel comune obiettivo di conseguire un più efficace contrasto della criminalità. Nel tentativo di riformare il diritto penale, la criminologia partiva da una lettura storica del fenomeno criminale, da un'interpretazione delle cause sociali, antropologiche, biologiche, economiche della delinquenza. Le proposte avanzate nascevano da una determinata lettura della situazione politica, culturale, istituzionale che ne alimentava le ragioni e ne definiva sia gli obiettivi sia gli strumenti. L'impatto della nuova scienza sul diritto penale, in altri termini, non può essere compreso se non entro le coordinate storiche in cui si è realizzato, *historicizing criminalisation* — mutuando l'espressione di Lacey — alla luce degli orientamenti filosofici che guidavano le considerazioni sulla funzione della pena nella dottrina e nei legislatori, del rapporto in trasformazione tra diritti dell'individuo, diritti della società e ruolo dello Stato, tra politiche welfariste e strategie di controllo sociale della devianza.

---

(19) Il termine è mutuato dalle considerazioni di B.S. GODFREY, P. LAWRENCE, C.A. WILLIAMS, *History & Crime*, London, Sage Publications, 2008, pp. 6-23, sul reciproco vantaggio che può derivare dell'interazione tra *crime history* e *criminology*, sperimentato negli ultimi decenni da molte ricerche. Sull'utilità di un dialogo più intenso tra storia della giustizia penale e criminologia, cfr. anche P. LAWRENCE, *History, criminology and the 'use' of the past*, in « Theoretical Criminology », 16, 3, 2012, pp. 313-328, secondo il quale « Overall, the current aims of both criminal justice history and sociological criminology — to understand crime and its control in the past and the present, to contribute to a better-informed and more rational criminal justice policy and to alert participants to the normative aspects of debates about crime and its control — are congruent » (p. 325). Sulla storia della criminologia come campo di sapere complesso, aperto sia alla storia interna che a quella esterna, cfr. anche F. DIGNEFFE, *La criminologie et son histoire. Réflexions à propos de quelques questions d'objet(s) et de méthode(s)*, in « Revue international de criminologie », 44, 3, 1991, pp. 299-319, secondo il quale « l'histoire de la criminologie sera dès lors nécessairement inscrite dans une histoire plus large, sociale et politique, mais aussi une histoire des idées au sens où celles-ci font apparaître les intérêts et les valeurs en jeu, ou les conflits d'intérêts et de valeurs, d'où émergent sans doute les philosophies pénales dominantes » (p. 301).

#### 4. *Storicizzare l'individualizzazione.*

L'individualizzazione della pena è il tema scelto per indagare in modo più specifico il processo storico di criminalizzazione. Tra i vari ambiti in cui si è manifestata la spinta riformatrice della criminologia, il profilo qui analizzato è, prevalentemente, quello legato al momento sanzionatorio ed al ripensamento del suo fondamento, scopo, misura, concreta esecuzione <sup>(20)</sup>. Nei sistemi penali delle moderne democrazie costituzionali il fine riabilitativo della pena, in alcuni casi solennemente sancito nelle carte fondamentali, non potrebbe, infatti, realizzarsi senza un margine di personalizzazione della sanzione in funzione del carattere e dei tratti peculiari dell'autore del reato. La nozione d'individualizzazione, tuttavia, non è, né è sempre stata univoca, ma ha assunto diversi possibili significati in ragione, soprattutto, della filosofia della pena e del modello ordinamentale in cui è stata introdotta e applicata.

All'inizio del XX secolo, il sociologo americano Maurice Parmelee osserva come « different sorts of individualization are being practised [*sic*] from different points of view ». Tutte le correnti dottrinali, infatti, accettano il principio, « though for varying reasons »: la nuova scuola scientifica lo sostiene « on account of the anthropological characteristics of the criminal and for the sake of social defense », altre « for the reform of the criminal », la scuola classica, infine, che ha abbandonato la rigidità delle sue teorie, lo accetta ammettendo le circostanze attenuanti e i casi di responsabilità diminuita <sup>(21)</sup>. Storicizzare tale concetto significa indagarne l'origine nella critica criminologica alla tradizionale pena fissa, la funzione programmatica di orientamento delle politiche criminali, la difficile compatibilità con i sistemi penali liberali, i rischi di dege-

---

<sup>(20)</sup> I dibattiti, pure fondamentali, relativi alla critica del libero volere ed alla definizione concettuale di crimine, saranno esaminati solo parzialmente, nella misura in cui hanno avuto un'inevitabile ripercussione sul generale discorso penologico.

<sup>(21)</sup> M. PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology in Their Relations to Criminal Procedure*, New York, Macmillan, 1908, p. 144. P. ARENA, *Ipocrisie e debolezze nella funzione punitiva*. Prolusione al corso pareggiato di Diritto e procedura penale nella R. Università di Napoli, 5 dicembre 1911, Napoli, Luigi Pierro, 1912, p. 29, afferma come al principio dell'individualizzazione « si va orientando, quantunque in modo irregolare e frammentario, la legislazione penitenziaria di tutto il mondo ».

nerazione in senso repressivo e le diverse, possibili modalità di recepimento ed applicazione nei vari ordinamenti nazionali.

Benché possa ritenersi una delle eredità più durature del processo di criminalizzazione avviato a fine Ottocento, l'individualizzazione è stata oggetto di accese dispute teoriche nei congressi internazionali per almeno sessant'anni, di scontri dottrinali, di confronti parlamentari quando i legislatori dei vari paesi dovevano decidere che misure concrete introdurre per renderla operativa. Individualizzare la pena significa, infatti — solo per anticipare alcune questioni che saranno poi sviluppate nel corso del lavoro — rinunciare al criterio di una rigida proporzione tra reato e sanzione prestabilita dal legislatore, mettere in discussione la funzione della legalità della pena, ripensare il ruolo ed il margine discrezionale del giudice, modificare alcune regole probatorie del processo, ipotizzare nuove funzioni nella fase esecutiva per organi amministrativi. Il modello liberale di una pena fissa, astrattamente prevista dal legislatore in proporzione della gravità del danno e del valore del bene giuridico lesa, retributiva e deterrente, rafforzata dalla certezza dell'esecuzione e legittimata dall'idea di uguaglianza e dall'applicazione giurisdizionale, viene radicalmente contestato ed attaccato sotto il profilo sia della logicità sia dell'efficacia.

È evidente come un tale ripensamento della pena, sostenuto da un complesso eterogeneo di argomenti che vanno dall'umanitaria fiducia nelle possibilità riabilitative di tutti i delinquenti al più ambiguo e utilitario fine di difesa sociale, si regga sui presupposti della conoscibilità e prevedibilità scientifica dei comportamenti umani grazie ai canoni euristici offerti dalle discipline extra giuridiche (psichiatria, psicologia, statistica, antropologia, sociologia). La ricaduta sul modello penale classico, post illuminista, è dirompente, perché si proiettano sul momento esecutivo della sanzione molte delle insoddisfazioni per il cattivo funzionamento del sistema, per l'incapacità di contenere il tasso di criminalità e di controllare l'esplosione della recidiva, per l'inutilità delle astrazioni dogmatiche. I principi e le teorie fondanti sono messi in discussione, dalla legalità alla proporzionalità, dal retributivismo alla separazione dei poteri.

L'analisi della nozione d'individualizzazione e la sua storizzazione offrono, dunque, un punto di vista privilegiato per valutare i cambiamenti e le reazioni dei sistemi penali, perché mettono a

confronto gli assetti costituzionali dei vari paesi, le strategie politiche di costruzione di un'alterità criminale, le utopie riabilitative, i progetti e le sperimentazioni di riforme penitenziarie, i movimenti d'opinione sulla finalità della pena <sup>(22)</sup>. In questo senso ragionare sul principio, su come viene diversamente tematizzato e sul modo in cui gradualmente plasma i vari ordinamenti, permette di ricostruire in modo comparativo le ragioni di differenze che contraddistinguono gli attuali modelli di giustizia penale negli Stati Uniti, nei paesi europei e negli stati sudamericani influenzati dalle codificazioni del vecchio continente.

In altri termini, indagare per esempio entro che limiti, con quali giustificazioni e per quali scopi gli stati abbiano introdotto misure di prevenzione speciale contro soggetti pericolosi, significa affrontare la questione della legittimità di tali istituti (della loro razionalità in rapporto all'ordinamento complessivo, della giustificabilità filosofica e dogmatica, dell'accettabilità democratica), associare l'esame del singolo dato giuridico all'analisi più generale dei modelli di ordinamento, leggere il profilo normativo alla luce di quello politico-culturale <sup>(23)</sup>. Il tema scelto, la *criminalisation* ovvero l'impatto della

---

<sup>(22)</sup> Il principio di legalità, il sistema del *Rule of law* e dello Stato di diritto in campo penale non possono essere considerati come realtà o modelli fissi e metastorici, ma assumono evidentemente connotazioni differenti nei diversi momenti storici e nei contesti culturali in cui sono impiegati, subendo, come nel caso del processo di *criminalisation* qui analizzato, significati nuovi in funzione degli scopi di politica criminale adottati, degli orientamenti della scienza giuridica, delle influenze di discipline extra-giuridiche sui canoni interpretativi del diritto penale; per un simile approccio storicizzante cfr., ad es., N. LACEY, *H.L.A. Hart's rule of law: the limits of philosophy in historical perspective*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007, pp. 1203-1224; sul significato della legalità e del *Rule of law* nella tradizione penalistica scozzese, cfr. L. FARMER, *Criminal Law, Tradition and Legal Order. Crime and the Genius of Scots Law, 1747 to the Present*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, specie pp. 1-56; per un'analisi critica del principio di legalità attraverso lo studio storico-comparativo cfr. M.D. DUBBER, *The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History*, in G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLAJAMÄKI (eds.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 365-385.

<sup>(23)</sup> Sulla fecondità dell'*historical analysis of law* applicata al diritto penale, intesa come approccio metodologico di *critical analysis of law* orientato « to critique the legitimacy of a past or present legal practice », cfr. M.D. DUBBER, *Historical Analysis of Law*, in « Law and History Review », 16, 1998, pp. 159-162, citaz. p. 159; ID., *The*

criminologia sulla pena, non può naturalmente essere affrontato solo da una prospettiva interna, puramente normativista, sia perché nessuna indagine storiografica può accontentarsi del mero dato positivo, sia perché l'identità della criminologia rinvia ad una complessità di conoscenze e chiavi di lettura del crimine come fenomeno sociale. Se lo studio delle trasformazioni nella sanzione penale tra Otto e Novecento non può prescindere, per esempio, dall'influsso esercitato dalle tesi durkheimiane sulla cultura europea, né dal modo in cui la statistica criminale ha suscitato reazioni nella scienza giuridica, nei legislatori e nell'opinione pubblica divulgando i dati sulla popolazione carceraria e la recidiva, l'autonomia della storia giuridica, caratterizzata dalle peculiarità dell'oggetto d'indagine (il diritto come scienza), del suo linguaggio, delle fonti di ricerca, non viene certo meno nel confronto interdisciplinare <sup>(24)</sup>.

##### 5. *Riformismo penale e comparazione storico-giuridica.*

La rivoluzione criminologica, prima con il positivismo scientifico poi con quello sociologico, produce effetti diversi negli ordina-

---

*Historical Analysis of Criminal Codes*, in « Law and History Review », 18, 2000, pp. 433-440; M.D. DUBBER, L. FARMER, *Introduction. Regarding Criminal Law Historically*, in M.D. DUBBER, L. FARMER (eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford, Stanford University Press, 2007, pp. 1-13. La fecondità delle prospettive di ricerca che valorizzano « la dimensione costituzionale della storia della giustizia », perché « studiare gli apparati di giustizia significa coglierne, al contempo, l'intrinseco funzionamento e le modalità del loro innesto nella complessiva organizzazione dei poteri », è sottolineata da P. COSTA, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in L. LACCHÈ, M. MECCARELLI (a c. di), *Storia della giustizia e storia del diritto. Prospettive europee di ricerca*, Macerata, EUM, 2012, specie pp. 21-29 (citaz. p. 21). Un diverso metodo, più orientato a valorizzare il contributo che la storia esterna e i punti di vista non giuridici possono dare alla storia interna della giustizia criminale, è proposto da M.J. WIENER, *Reconstructing the criminal. Culture, law, and policy in England, 1830-1914*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

<sup>(24)</sup> Le condizioni e le reciproche peculiarità del confronto tra storia giuridica e storia sociale, specie in campo penale, erano state già ben delineate dal noto intervento di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in P. GROSSI (a c. di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 127-48, ed ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., II, pp. 1113-1134.

menti nazionali in ragione della differente reazione dei sistemi giuridici alle proposte riformatrici. Gli stessi presupposti teorici, nel nostro caso il principio di difesa sociale tradotto in una pena riabilitativa o eliminativa in funzione della pericolosità del delinquente, sono stati applicati in istituti giuridici differenti nei paesi dell'Europa continentale, negli Stati Uniti, nel Regno Unito, nei paesi dell'America Latina o in Cina, in base al modo in cui gli ordinamenti hanno risposto alle istanze di cambiamento. Interessa qui indagare le trasformazioni dei sistemi punitivi in modo comparato, attraverso la ricostruzione delle fortune e dei fallimenti del principio dell'individualizzazione: in questo modo la storicizzazione del concetto riconduce alle peculiarità fondanti dei diversi sistemi penali, alla compatibilità della nuova regola con le norme costituzionali, le leggi sostanziali e processuali, le tradizioni e la cultura giuridica dei singoli paesi. Lo spettro d'indagine necessariamente si allarga per considerare come, ed entro che limiti, una sanzione criminale personalizzata, con i corollari che ne conseguono, sia stata valutata compatibile con lo Stato di diritto, il *Rule of law* inglese o quello americano, se e come sia stata codificata, in quali forme e con quali effetti sull'amministrazione della giustizia penale.

Il modo in cui nei vari ordinamenti e nei diversi contesti culturali viene affrontato il tema della natura e dello scopo della pena risente necessariamente della circolazione internazionale di idee riformatrici, ma dipende poi concretamente da come tali impulsi sono recepiti dalla classe politica e dai giuristi su base locale. Come, infatti, il tema della *prison reform* diviene, dalla seconda metà dell'Ottocento, un indicatore rilevante sia del livello di modernizzazione sia dell'efficacia delle politiche welfariste degli stati, che agiscono « within a global frame of reference in which emulation and competition led to ever shifting standards, innovations and expectations »<sup>(25)</sup>, altrettanto può dirsi della più generale questione del processo di criminalizzazione. Anche la storia dell'individualizzazione, come quella del riformismo penitenziario che ne rappresenta il profilo più pragmatico, può essere utilmente considerata una *global history*, in cui l'approccio comparativo mette in evidenza

---

(25) DIKÖTTER, *Crime, Punishment and the Prison*, cit., p. 5.

come il « common knowledge is appropriated and transformed by very distinct local styles of expression dependent on the political, economic, social and cultural variables of particular institutions and local conditions »<sup>(26)</sup>.

Il principio dell'individualizzazione, per la sua diffusione transnazionale e per i diversi significati che assume nei singoli ordinamenti, o, usando i termini di Peter Burke, per la *cultural translation* che riceve nei molti ambienti in cui trova accogliimento<sup>(27)</sup>, se analizzato con i metodi euristici della *global legal history*<sup>(28)</sup>, consente di relativizzare l'influenza internazionale delle dottrine positivistiche della scuola italiana (ed europea più in generale). Se è vero, infatti, che le tesi di Lombroso, Ferri, Garofalo, Liszt o Prins ebbero un'eco mondiale, generando proseliti e favorendo la *criminological wave* di fine Ottocento, una lettura eurocentrica, basata sul modello della recezione o del *legal transplant*, risulterebbe troppo semplificante, senza riuscire a dare conto della complessità dei vari movimenti riformisti e senza rilevare quanto una stessa teoria si presti ad usi, interpretazioni, applicazioni molteplici e non sempre coerenti.

Un approccio che applichi alla storia giuridica del principio

---

<sup>(26)</sup> Ivi, p. 6; l'Autore precisa come « as internationally circulated discourses and practices of punishment intersected locally with concrete ideological and political configurations, they engendered new varieties of incarceration » (*ibidem*) e come il compito dello storico consista proprio nell'evidenziare « how local moral and cognitive conceptions interact dynamically with global ideas and institutions in ever shifting social, economic and political context, either undercutting or colluding with legal norms imposed by foreign powers » (p. 7); cfr. anche ID., *Introduction*, in F. DIKÖTTER, I. BROWN (eds.), *Cultures of Confinement. A History of the Prison in Africa, Asia, and Latin America*, Ithaca - NY, Cornell University Press, 2007, pp. 1-13.

<sup>(27)</sup> Cfr. ad es. P. BURKE, *La storia culturale*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 162-165; ID., *Translating Knowledge, Translating Cultures*, in M. NORTH (hg.), *Kultureller Austausch. Bilanz und Perspektiven der Frühneuzeitforschung*, Köln, Böhlau, 2009, pp. 69-77; M. SOZZO, "Traduttore traditore". *Importación cultural, traducción e historia del presente de la criminología en América Latina*, in ID. (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas, (Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, 13)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 353-431.

<sup>(28)</sup> Sulle risorse metodologiche che può aprire la storia globale agli studi di storia del diritto cfr. le riflessioni di T. DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in « Rechtsgeschichte - Legal History », 20, 2012, specie pp. 49-58.

dell'individualizzazione i metodi della storia sociale e culturale sperimentati dai *global studies* e dagli *area studies* <sup>(29)</sup>, consente di cogliere, al di là della comune tematizzazione di una pena calibrata sui caratteri e la pericolosità del delinquente, anche le differenti motivazioni culturali, economiche, politico-sociali che ne hanno consentito e legittimato l'applicazione nelle varie realtà. Oltre ad emergere, a fianco alla portata globale del riformismo criminologico, la tipicità del percorso statunitense rispetto a quello europeo (specie continentale), anche la diffusione del pensiero positivista nelle colonie africane, in India, America Latina, perfino in Cina, si caratterizza per essere non una passiva 'adozione' ma un peculiare 'adattamento' <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Su tali metodologie della ricerca storiografica cfr., ad es., P. MANNING, *Navigating World History. Historians Create a Global Past*, New York, Palgrave Macmillan, 2003, *passim* ma specie i capitoli 8 e 9, pp. 145-173, dove, tuttavia, non figurano mai riferimenti alla storia giuridica come possibile campo d'azione; sui campi di ricerca aperti dalla *cultural history* allo studio della storia penale cfr. C. AGUIRRE, R.D. SALVATORE, *Writing the History of Law, Crime, and Punishment in Latin America*, in R.D. SALVATORE, C. AGUIRRE, G.M. JOSEPH (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and Society Since Late Colonial Times*, Durham & London, Duke University Press, 2001, pp. 1-32.

<sup>(30)</sup> Cfr. in particolare R.D. SALVATORE, C. AGUIRRE, *The Birth of the Penitentiary in Latin America: Toward an Interpretive Social History of Prison*, in ID. (eds.), *The Birth of the Penitentiary in Latin America*, cit., pp. 1-43, i quali sottolineano come « Though European and North American institutions provided the model for most Latin American adoptions of this novel disciplinary technique, the penitentiary arrived in each country with a rhetorical garb that reflected the reformers' obsessive concern for "national" peculiarities. In this, positivism and criminology played an important role. Penitentiary reformers, using the vocabulary of positivist criminology, addressed the "social question" in a novel fashion, providing new interpretations to problems of national fragmentation, economic backwardness, and gender and racial inequalities. Perhaps these "interpretive interventions" were their most lasting contribution » (pp. 30-31); pertanto ritengono più corretto dire che i discorsi, le politiche e le istituzioni del riformismo penale e penitenziario inventate in Europa e Stati Uniti « were not only adopted but also adapted to local conditions in Latin American countries » (p. 33). Nello stesso senso cfr. anche la loro *Introduction*, in *ivi*, pp. ix-xxi; L. CAIMARI, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004, che precisa come « La criminología argentina, que fue precoz y relativamente original, no consistió en una simple operación de "recepción", aun si acordáramos a este término un sentido creativo. El acceso a la literatura científica europea (en particular, la que representó las vertientes italiana y francesa) estuvo, desde

Poiché l'individualizzazione contribuisce alla costruzione di tipologie di delinquenti in ragione d'indici di temibilità percepiti come più o meno rischiosi, la sua applicazione presuppone scelte di politica criminale che dipendono dai modelli di cittadinanza e di devianza di uno Stato in un determinato momento storico. La funzione disciplinante del carcere come tratto tipico della modernità penale descritta da Foucault assume connotati particolari fuori dall'area dell'industrializzazione e dell'economia di mercato in pieno sviluppo dell'Europa o degli Stati Uniti, e si associa, per esempio in alcuni paesi sud americani, a vicende in cui la 'ricostruzione della criminalità' alla luce del positivismo scientifico può essere interpretata come strumento di liberazione piuttosto che di repressione <sup>(31)</sup>. La comprensione storica del contributo della criminologia alle trasformazioni del diritto penale e delle politiche criminali passa per lo studio di processi particolari, localmente definiti, d'identificazione e selezione razziale di una comunità, d'integrazione o esclusione degli immigrati, di differenziazione tra popolazione urbana e rurale, di formazione e classificazione della nuova *working class* <sup>(32)</sup>. L'atten-

---

el principio, marcado por una actitud crítica que implicaba una intención de intervención fuerte en el debate » (p. 90). Luis Jiménez De Asua (*La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1918), precisa, per es., come dei progetti di codificazione in Argentina del 1891, 1906 e 1917, a Cuba del 1908 e in Costa Rica del 1910, « ninguno de ellos si inspira totalmente en los principios de la Política criminal europea, ni en los de reforma penal y penitenciaria de los Estados Unidos » (p. 69).

<sup>(31)</sup> Cfr., ad es., la complessa lettura del rapporto tra processo di modernizzazione, *state building* e positivismo criminologico nei paesi latinoamericani, con la combinazione delle tesi di Habermas e Foucault, offerta da R. BUFFINGTON, *Introduction: Conceptualizing Criminality in Latin America*, in C. AGUIRRE, R. BUFFINGTON (eds.), *Reconstructing Criminality in Latin America*, Wilmington, Scholarly Resource Inc., 2000, pp. xi-xix.

<sup>(32)</sup> Cfr. ad es. C. AGUIRRE, *Prisons and prisoners in modernising Latin America (1800-1940)*, in SALVATORE, AGUIRRE, *The Birth of the Penitentiary in Latin America*, cit., pp. 14-54 ed in particolare pp. 29-35; ID., *Crime, Race, and Morals: The Development of Criminology in Peru (1890-1930)*, in « Crime, History, Societies », 2, 2, 1998, pp. 73-90; R.M. BUFFINGTON, *Criminal and Citizen in Modern Mexico*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2000; P. PICCATO, *Cuidado con los Rateros: The Making of Criminals in Modern Mexico City*, in SALVATORE, AGUIRRE, JOSEPH (eds.), *Crime and Punishment in Latin America*, cit., pp. 233-272; ID., *Urbanistas, Ambulantes, and Mendigos: The Dispute for Urban Space in Mexico City, 1890-1930*, in AGUIRRE, BUFFINGTON (eds.), *Reconstructing Criminality*, cit., pp. 113-148; R. SALVATORE, *Criminology, Prison Reform, and the Buenos*

zione dei criminologi, i metodi e gli scopi della pena, si diversificano in base ai problemi sociali più urgenti da risolvere, alle trasformazioni demografiche ed economiche in corso nelle varie aree, alle forme e ai tempi variabili della modernizzazione, contribuendo con argomenti e proposte diverse ai processi di *nation-building*.

Mentre le ricerche di storia culturale mostrano ora le trasformazioni della *western criminology* nel momento in cui viene recepita anche in altre zone, crediamo che sia ancora utile indagare le stesse differenze interne alla criminologia europea e statunitense, analizzando le diverse anime del riformismo penologico 'occidentale' tra Otto e Novecento. Come, infatti, è vero che le idee del positivismo scientifico continentale o del riformismo penitenziario americano si adattano ai contesti culturali che le 'importano', è altrettanto indiscutibile che l'impulso teorico e le sperimentazioni pratiche di nuovi metodi punitivi abbiano la loro origine e il loro modello di riferimento nel dibattito dominato dalle correnti penalistiche europee e statunitensi, spesso considerate come sfumature lievemente difformi di un movimento tendenzialmente omogeneo <sup>(33)</sup>.

Non è, però, solo nel contatto con esperienze culturali molto 'lontane' che il modernismo penale assume caratteri specifici, perché anche nella *western criminalisation* è possibile riconoscere identità peculiari, sensibilità dissimili, propositi non coincidenti. La comparazione storico-giuridica consente di verificare l'origine e le successive deviazioni semantiche dell'individualizzazione in prospettiva sincronica e diacronica, offrendo possibili chiavi di lettura per

---

*Aires Working Class*, in « Journal of Interdisciplinary History », 23, 2, 1992, pp. 279-299, e ID., *Positivist Criminology and State Formation in Modern Argentina (1890-1940)*, in BECKER, WETZEL (eds.), *Criminals and Their Scientists*, cit., pp. 253-280; CAIMARI, *Apenas un delincuente*, cit., specie pp. 109-198; ID., *Criminología positivista, reforma de prisiones y la cuestión social/obrero en Argentina*, in J. SURIANO (compilador), *La cuestión social en Argentina 1870-1943*, Buenos Aires, Editorial La Colmena, 2000, pp. 127-158.

<sup>(33)</sup> Quanto le teoriche europee sull'individualizzazione, ed in particolare quelle più moderate che, come in Saleilles, cercano un compromesso tra responsabilità individuale e personalizzazione della sanzione, abbiano influito anche sul riformismo sudamericano, risulta evidente leggendo, per es., S. LORETO, *A individualização da pena*, in « O Direito — Revista mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência », 30, 87, 1902, pp. 575-614 (specie pp. 598-599), e E. BANDEIRA, *Individualização de pena (Para o congresso jurídico de S. Paulo)*, nella stessa rivista, 39, 115, 1911, pp. 325-366.

spiegare nel lungo periodo le ragioni delle difformità nei sistemi penali. Le prime sperimentazioni e poi l'adozione dell'*indeterminate sentence* negli Stati Uniti, intesa come strumento di flessibile conformazione della pena alle caratteristiche individuali del reo, ed il corrispondente rifiuto di applicare il medesimo istituto nei paesi europei, spiegano sia le diverse posizioni teoriche sulla funzione della pena, sia le sensibilità contrastanti sulle garanzie individuali, la separazione dei poteri, le visioni della legalità penale, i modelli processuali. Tali divergenze, che segnano tra Otto e Novecento l'inizio di una diversificazione sempre più marcata tra i sistemi di giustizia penale europeo e americano, prima ispirati ai medesimi principi illuministici ed afflitti da analoghi problemi, hanno la loro origine nel movimento riformatore della *Progressive Era* e si riflettono ancora nell'attuale cultura penale.

Le dinamiche che hanno caratterizzato le trasformazioni della giustizia penale negli *States*, dal riformismo penitenziario degli anni settanta dell'Ottocento, sperimentale e pragmatico, alla fiducia di fine secolo nell'ideale riabilitativo, fino alle consapevolezze culturalmente più provvedute della criminologia d'inizio Novecento e alla disillusione per i fallimenti del correzionalismo nel dopoguerra, hanno seguito percorsi diversi sul vecchio continente. Le ragioni dell'eccezionalismo americano rispetto ai sistemi penali europei, l'elevato tasso d'incarcerazione ed il ritorno ad un rigido retributivismo, l'inasprimento generale delle sanzioni ed il ricorso alla pena capitale <sup>(34)</sup>, possono trovare spiegazioni nell'indagine storico com-

---

<sup>(34)</sup> Il tema della specialità del sistema penale statunitense e di un suo generale (e irrazionale) inasprimento a confronto, in particolare, con le altre democrazie occidentali, è oggetto di numerose ricerche di taglio comparativo nelle quali è sempre più rilevante (o auspicato) lo spazio dell'indagine storica; cfr., ad es., J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe*, New York, OUP, 2005; M. TONRY, R.S. FRASE (eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford-NY, OUP, 2001; J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, OUP, 2007, trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, Raffaello Cortina Ed., 2008; D. GARLAND, *Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Oxford-NY, OUP, 2010; D. MELOSSI, *The Cultural Embeddedness of Social Control: Reflections of the Comparison of Italian and North-American Cultures Concerning Punishment*, in «Theoretical Criminology», 5, 4, 2001, pp. 403-24, con

parativa sul processo di criminalizzazione — nel senso di Lacey — tra XIX e XX secolo.

#### 6. *Globale e nazionale, unità e diversità.*

La prospettiva storica sovranazionale permette di cogliere analogie e contrapposizioni, di seguire l'evoluzione del concetto di pena individualizzata in relazione alle reciproche influenze culturali e politiche dei giuristi e dei legislatori che ne decidono la concreta attuazione. Nell'ampliare lo sguardo oltre i confini degli stati, da un lato emergono la dimensione globale del movimento criminologico e una tendenziale omologazione delle questioni dibattute, degli argomenti proposti, delle soluzioni prospettate, dall'altro si riconoscono più chiaramente le specificità dei singoli ordinamenti. Il fuoco della ricerca continuamente si allarga e si restringe. Allontanando la lente si riconoscono i tratti uniformi e la spinta standardizzante del riformismo, avvicinando il microscopio su un singolo istituto in un dato sistema affiorano, invece, le peculiarità nazionali. Eppure, su questo tema in particolare, è impossibile rinunciare ad una continua sovrapposizione di punti di vista: globale e locale sono i termini necessari di un dibattito che si sviluppa nei congressi internazionali ma trova poi concretizzazione a livello nazionale, uniformità e diversità rappresentano i presupposti di una disciplina criminologica che si fonda su canoni scientifici universali ma poi si differenzia nel confronto con i sistemi penali particolari <sup>(35)</sup>.

---

un'analisi critica dell'impatto delle diverse tradizioni religiose, protestante e cattolica, sugli orientamenti punitivi di USA e Italia; M. TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane: una storia nazionale*, in «Criminalia», 5, 2010, pp. 91-124, che individua quattro « caratteristiche della storia e della cultura americana » che ne hanno determinato in modo unico le politiche penali: « lo stile paranoide nella politica americana ed un moralismo manicheo associato al fondamentalismo protestante [...] l'obsolescenza dei meccanismi costituzionali [...] la peculiare storia delle relazioni razziali » (p. 94).

<sup>(35)</sup> Per un panorama sulle implicazioni metodologiche della « "unity" vs. "divergence" dichotomy » negli studi comparativi di criminologia e diritto penale e sulla sua utilità nella *comparative crime history*, cfr. B. MORRISON, *Practical and philosophical dilemmas in cross-cultural research: the future of comparative crime history?*, in B. GODFREY, C. EMSLEY, G. DUNSTALL (eds.), *Comparative Histories of Crime*, Cullompton, Willan Publishing, 2003, pp. 195-212. Sul valore delle « cross-cultural and cross-national

Una storia comparata della criminologia sarebbe portata ad accentuare la diffusione di un sapere comune a fine Ottocento, spinto dalla convinzione che la scientificità del metodo sperimentale applicato alle scienze umane e allo studio del delinquente debba portare ad analisi uniformi delle cause della criminalità e facilitare la progressiva adozione di analoghe misure di contrasto e controllo sociale. La medicalizzazione del delinquente, visto come un malato da trattare e curare fino alla sua guarigione rappresentata dalla risocializzazione, appiattisce le differenze istituzionali. Poiché diagnosi e prognosi della pericolosità si basano ovunque su identici parametri, le regole nazionali sui criteri d'imputabilità, le diverse scale penali e le sanzioni comminate nelle leggi perdono di significato di fronte allo studio psicologico, biologico, sociologico dei tipi di criminale. I riformisti invocano un'abdicazione della scienza giuridica a favore delle scienze criminologiche. La configurazione del crimine come un problema non giuridico, ma sociale, biologico, antropologico, psichiatrico, mira non solo a far perdere al diritto il primato epistemologico in campo criminale, ma tende ad un radicale annullamento del diritto penale stesso, marginalizzato dalla fiducia nei nuovi saperi <sup>(36)</sup>.

---

comparisons » negli studi di storia del penale, che tengano conto della doppia prospettiva, locale e transnazionale, cfr. anche C. EMSLEY, *The changes in policing and penal policy in nineteenth century Europe*, in B.S. GODFREY, G. DUNSTALL, *Crime and Empire 1840-1940. Criminal justice in local and global context*, Uffculme, Willan Publishing, 2005, pp. 8-24.

<sup>(36)</sup> Tra le molte dichiarazioni che annunciano provocatoriamente la fine del diritto penale, cfr. ad es. F. PUGLIA, *Il diritto di repressione*. Prolusione al 2° anno di diritto e procedura penale nella Regia Università di Messina, Milano, tipografia del commercio, s.d. [ma dopo il 1882], p. 13, il quale sostiene che poiché gli studi di antropologia criminale e delle scienze sperimentali « dimostrano un'illusione dello spirito il libero arbitrio umano [...] è un controsenso parlare ancora di diritto di punire e di pene »; E. HAFTER, *Pena e misura di sicurezza*, in *Per il Cinquantenario della "Rivista Penale" fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Città di Castello, Tip. dell'Unione Arti Grafiche, 1925, p. 237: « Ma difficilmente ci sarà ancora qualcuno che creda riuscire in una sufficiente e giusta lotta contro il reato con un diritto basato unicamente sull'idea della colpa e sul sistema tradizionale delle pene. Il sistema delle pene non è ancora arrivato alla fine della sua esistenza, ma da solo è riconosciuto insufficiente »; P. DORADO MONTERO, *Rapport présenté sur la première question*, in *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Washington — octobre 1910. Rapports sur les questions du programme de la section de la législation pénale et de la section des questions pénitentiaires*, vol. II, Groningen, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1912, p. 67, secondo

La rivoluzione metodologica che mira a marginalizzare l'utilità e l'efficacia del discorso giuridico sia nella comprensione della criminalità sia nell'attività di contrasto alla stessa, è certamente uno degli aspetti più dirompenti e contestati della nuova criminologia che soffia nella direzione di una trasformazione su scala globale. Stessi criteri, stesso linguaggio, stesse sperimentazioni, stessi possibili risultati per i medesimi fini: l'analisi che prescinde dal momento tecnico-giuridico divulga un credo universale in forza del quale sono destinati a cadere non solo i confini disciplinari ma anche quelli geografici. La continua comparazione di modelli è un carattere costitutivo dell'ortodossia criminologica su entrambe le sponde dell'Atlantico <sup>(37)</sup>, favorisce confronti, mescola istituti e tecniche punitive, elegge i suoi profeti, predispone strumenti di divulgazione internazionale del suo credo (dai congressi alle riviste) <sup>(38)</sup>. L'esportazione o l'ibridazione di modelli giuridico-criminologici sono proposte come la naturale conseguenza del successo sperimentato di un istituto o di un metodo punitivo: la popolarità del riformatorio di Elmira nello Stato di New York, visitato da compiaciuti osservatori europei che ne apprezzano il funzionamento e ne auspicano la riproduzione in patria <sup>(39)</sup>, o la discussione sulla legge belga (l. 31 maggio 1888) per l'introduzione della condanna condizionale nella

---

il quale il diritto penale tradizionale della pena-castigo, della retribuzione come mezzo d'intimidazione, « reste lettre morte » ed « il est semblable à une embarcation qui laisse entrer l'eau par toutes les fissures et sans qu'il vaille la peine d'y remédier »; sul pensiero positivistico di Dorado e sulla sua posizione critica verso il *nullum crimen*, cfr. S. MARTÍN, *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007, specie pp. 527-542.

<sup>(37)</sup> In questo senso J.Q. WHITMAN, *Response to Garland*, in « Punishment and Society », 7, 2005, pp. 389-396, considera il periodo compreso tra fine Ottocento e gli anni Sessanta del Novecento come una parentesi dove « an international penological orthodoxy made its weight felt on both sides of the Atlantic » (p. 391).

<sup>(38)</sup> Un panorama sul contributo alla diffusione delle idee positivistiche e sul differente approccio scientifico delle riviste di taglio criminologico è ora in L. LACCHÈ, M. STRONATI (a c. di), *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, EUM, 2013.

<sup>(39)</sup> Cfr., per es., U. CONTI, A. PRINS, *Some European Comments on the American Prison System*, in « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology », 2, 2, 1911-12, pp. 199-215, che riporta i *reports* dei due delegati all'*Eighth International Prison Congress* di Washington del 1910.

prima sessione dell'Unione internazionale di diritto penale a Bruxelles nell'agosto 1889 <sup>(40)</sup>, sono solo due dei tanti esempi possibili.

Tale approccio storiografico, sbilanciato verso l'unità scientifica e la convergenza di strumenti punitivi, coglie la centralità del problema dell'individualizzazione nella sua dimensione internazionale, ma non consente di verificarne le concrete attuazioni nei singoli ordinamenti né di spiegare le ragioni del diverso modo di integrarlo entro sistemi giuridici differenti. Il principio teorico è condiviso ma l'interpretazione che ne viene data, le letture che ne giustificano la compatibilità con altre disposizioni costituzionali o con filosofie punitive più tradizionali di tipo retributivo, plasmano diversamente i mezzi pratici d'individualizzazione. Senza uno spostamento dell'obiettivo sulla dimensione particolare, non si spiegherebbe perché gli Stati Uniti hanno creduto nell'*indeterminate sentence* mentre molti codici europei e sudamericani hanno preferito optare per il doppio binario con pene e misure di sicurezza, così come non si coglierebbe appieno l'importanza del dibattito sul ruolo del potere giudiziario nella fase esecutiva della pena e sulla giurisdizionalizzazione delle misure di sicurezza.

Fermare l'attenzione sull'uniformità portata dalle moderne teorie criminologiche, sulla creazione di dispositivi medico-trattamentali per scopi di controllo sociale del malato-criminale, impedisce di riconoscere le diversità con cui i singoli ordinamenti hanno dato forma alle nuove idee e trascura in modo riduttivo l'autonomia della dimensione giuridica, capace invece di reagire alle tendenze del positivismo scientifico, di recepirne alcune istanze attenuandone l'impatto rivoluzionario, di giuridicizzarle entro schemi, regole, linguaggi, discorsi tradizionali e propri della *legal culture* <sup>(41)</sup>. La ricerca storico-comparativa sull'individualizzazione e sugli

---

<sup>(40)</sup> Cfr. *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal. Première année*, (*Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*) Berlin, J. Guttentag-Brüssel, C. Muquardt, 1889, pp. 23 ss., con interventi di Adolphe Prins (pp. 28-33) e Heinrich Lammasch (pp. 34-43).

<sup>(41)</sup> Per un approccio che, pur partendo dalle tesi foucaultiane sul potere psichiatrico e sugli strumenti di governo dei soggetti creati dall'influenza delle scienze mediche sul diritto penale, ne critica l'appiattimento del profilo giuridico e mira invece a valorizzare l'autonomia dell'esperienza inglese nel recepire entro il sistema della giustizia criminale (*insanity defence, psychiatric evidence, McNaughton rules*) le nuove certezze

effetti prodotti dalla criminologia sui modelli penali dovrà, pertanto, combinare il profilo globale e quello locale, ricercare le diversità entro un quadro di teorie sociologiche e scientifiche che definivano (o aspiravano a farlo) verità universali <sup>(42)</sup>.

Senza la comprensione della portata internazionale del tema non è possibile ricostruire la storia dei provvedimenti statali maturati entro, o contro, quelle coordinate. La disciplina tecnicamente raffinata delle misure di sicurezza nel codice Rocco, per esempio, è l'ultimo stadio di un controverso percorso dottrinale sulle misure di prevenzione contro i delinquenti pericolosi iniziato alla fine del

---

medico-psichiatriche, cfr. T. WARD, *An Honourable Regime of Truth? Foucault, Psychiatry and English Criminal Justice*, in H. JOHNSTON (ed.), *Punishment and Control in Historical Perspective*, Basingstoke-NY, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 56-73; cfr. anche ID., *A terrible responsibility. Murder and the insanity defence in England, 1908-939*, in « International Journal of Law and Psychiatry », 25, 2002, pp. 361-377. Cautele sull'esclusione dell'autonomia del giuridico nel pensiero di Foucault erano state espresse anche da M. SBRICCOLI, *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in « La Questione Criminale », III, 1977, pp. 407-423, ed ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit., II, pp. 1077-1094; per una più complessiva analisi critica del pensiero di Foucault sia sulla pena moderna in termini di potere-sapere sia sul ruolo della criminologia, cfr. D. GARLAND, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, cap. 7, pp. 158-175; ID., *Criminological Knowledge and Its Relation to Power. Foucault's Genealogy and Criminology Today*, in « The British Journal of Criminology », 32, 4, 1992, pp. 403-422; ID., *What does it mean to write a « history of the present »? Foucault, genealogy and the history of criminology*, in « Quaderni fiorentini », 42, 2013, pp. 43-57.

<sup>(42)</sup> Sul compito della comparazione penale di spiegare le differenze partendo dalle uniformi teorie sociologiche della modernità e sulla fecondità di uno studio che associ alla criminologia comparata il diritto penale comparato, cfr. J.Q. WHITMAN, *The Comparative Study of Criminal Punishment*, in « Annual Review of Law and Social Science », 1, 2005, pp. 17-34: « In particular, theoretical sociologists have often succumbed to the temptation of speaking about a uniform modernity in ways that tend to obscure comparative differences. Many aspects of comparative punishment have been neglected. The study of comparative criminology remains too isolated from the study of comparative criminal law » (p. 18). Per l'importanza dell'analisi storico-comparativa dei modelli processuali, che tenga conto dell'« emergence of the worldwide platform » maturata nella seconda metà dell'Ottocento grazie alle « great scholarly organizations which made the constant flow of ideas and experiences in the administration of criminal justice available to all the world », ma riconosca anche come « unfortunately, our “science” has not yet progressed far enough to permit objective “good” or “bad” judgments », cfr. anche G.O.W. MUELLER, F. LE POOLE-GRIFFITHS, *Comparative Criminal Procedure*, New York, NYU Press, 1969 (citaz. p. 9).

secolo precedente, e deve essere analizzata in continuità con altri provvedimenti, come ad es. il *Prevention of Crime Act* inglese del 1908 o il codice penale norvegese del 1902. Tuttavia, il processo di criminalizzazione, ovvero il modo in cui le nuove teorie hanno concretamente modificato i sistemi penali, dipende anche, in larga misura, dalle vicende storiche dei singoli stati, dagli orientamenti di politica criminale, da come le costituzioni — scritte o non scritte — regolano sia i diritti dell'individuo rispetto alla potestà punitiva sia la distribuzione di poteri e funzioni nell'amministrazione della giustizia, dal peso delle tradizioni giuridiche radicate nella mentalità di operatori (giudici, avvocati, giuristi) ed apparati (amministrazione penitenziaria) <sup>(43)</sup>. La comprensione storica del movimento per l'individualizzazione non solo deve seguire le diverse traiettorie e le varie genealogie della criminologia secondo il *path-dependency concept*, perché le sue vicende (i metodi operativi, i presupposti teorici, i fini) non sono né riconducibili a un modello unilaterale né sempre convergenti <sup>(44)</sup>, ma richiede anche un confronto con le variabili

---

<sup>(43)</sup> La necessità di ricorrere a « spiegazioni di carattere nazionale o locale piuttosto che di carattere globale », per poter capire l'origine e le cause delle diverse politiche penali tra i vari stati, è sostenuta da TONRY, *Alle radici delle politiche penali americane*, cit., secondo il quale « la storia naturale delle moderne spiegazioni delle tendenze delle politiche penali » è « una storia circolare, che muove da un presupposto inespresso e inesplorato, secondo il quale le cause devono essere individuate all'interno di ciascun Paese, verso la ricerca di teorie e modelli prevalenti; passa poi alla identificazione di fattori predittivi e protettivi, ed infine torna a spiegazioni locali » (cit. pp. 93, 91).

<sup>(44)</sup> Sulle nuove prospettive di ricerca aperte negli studi — anche storici — di criminologia dal *path-dependency concept*, cioè da un modello di modernizzazione del sistema penale che tenga conto dei possibili, diversi e concorrenti motori del cambiamento, non più basato « on a unilateral perspective of the process of modernization, and presumably on an exaggeration of the role of penal institutions in this process, both questioned today », perché « the engine of penal change might have shifted, and may produce a much more diverse universe of penal institutions even under the same conditions [...] the process by which penal institutions became similar under specific conditions might be more complicated, as such 'iron-cage' models contend », cfr. S. KARSTEDT, *Durkheim, Tarde and beyond: the global travel of crime policies*, « Criminal Justice », 2, 2002, pp. 111-123 (cit. p. 118); sui metodi della *cross-cultural criminology* cfr. anche ID., *Comparing cultures, comparing crime: Challenges, prospects and problems for a global criminology*, in « Crime, Law & Social Change », 36, 2001, pp. 285-308 e ID., *Explorations into the sociology of criminal justice and punishment: leaving the modernist*

configurazioni e le peculiari caratteristiche del diritto penale, processuale e sostanziale, nei singoli ordinamenti.

### 7. *I dilemmi della pena indeterminata.*

La pena indeterminata è considerata, dalla fine del XIX secolo, il metodo più efficace ed estremo d'individualizzazione. Il termine traduce l'istituto dell'*indeterminate sentence* americana, introdotta a partire dagli anni settanta dell'Ottocento, in base al quale la durata della detenzione non viene stabilita in modo rigido dal giudice al momento della condanna, ma resta (relativamente) indefinita, ovvero fissata nella sentenza entro limiti edittali molto ampi in modo da consentire poi ad un organo esecutivo di decidere in concreto quando il detenuto è sufficientemente riabilitato per poter meritare la liberazione, condizionale prima e definitiva poi. Al di là delle varie terminologie (pena a tempo indefinito, segregazione a tempo indeterminato, ecc.), il concetto rinvia ad un modello penologico radicalmente diverso da quello vetero-liberale, dividendo il momento della condanna e quello dell'esecuzione in due fasi governate da logiche, soggetti, competenze distinte. L'idea che non si possa stabilire in anticipo il tempo necessario alla rieducazione del reo implica una rinuncia alla legalità ed alla giurisdizionalità della pena, delegando ad organi amministrativi le scelte sulla durata e le condizioni della reclusione. I problemi connessi a tale penologia sono così rilevanti che l'*indeterminate sentence* diviene una delle questioni più controverse nella dottrina internazionale, oggetto continuo di risoluzioni congressuali, pubblicazioni scientifiche, progetti di legge e definitivi provvedimenti normativi.

Quando nel 1954 Marc Ancel pubblica uno studio sull'argomento commissionatogli dalla *Social Commission* delle Nazioni Unite, la pena indeterminata « is still an academic problem »<sup>(45)</sup> di portata internazionale. Essa, infatti, ha trovato varie forme di applicazione nei diversi ordinamenti, condizionando profondamente lo

---

*project behind*, in « History of the Human Sciences », 20, 2, 2007, pp. 51-70, specie pp. 57-59.

<sup>(45)</sup> M. ANCEL, *The Indeterminate Sentence*, New York, United Nations Department of Social Affairs, 1954, p. 4.

sviluppo delle legislazioni criminali moderne e sollevando problemi di legittimità mai definitivamente risolti. La ‘battaglia’ dottrinale sul principio dell’indeterminatezza, segnata soprattutto dai punti di frattura tra la posizione degli americani e quelle degli europei, mostra come dallo scontro frontale su tale tema abbia origine una delle più rilevanti differenze tra i due sistemi <sup>(46)</sup>. Mentre, infatti, l’ordinamento statunitense adotta l’*indeterminate sentence* come strumento del *reformatory system*, quelli europei accolgono l’idea dell’indeterminatezza prima solo entro i limiti della liberazione condizionale, poi nella forma del doppio binario, come complementi di pena o misure di sicurezza supplementari alle pene. Nel 1935, confrontando il modello americano con quello tedesco, Franz Exner ribadisce una posizione ormai consolidata nella cultura continentale, secondo la quale « Wir müssen bei den sichernden und bessernden Maßnahmen an dem unbestimmten Urteil festhalten » <sup>(47)</sup>; un’applicazione più estesa della segregazione a tempo indeterminato è accettabile solo nei confronti dei minori, mentre non avrebbe senso l’introduzione dell’istituto come regola generale perché la liberazione condizionale permette già di ottenere l’auspicabile elasticità della detenzione.

Come osserva Ancel, teorie in origine opposte e istituti pensati come alternativi tendono poi ad avvicinarsi o uniformarsi nella pratica applicazione: la liberazione condizionale, parte integrante del modificato sistema neo-classico, già a fine Ottocento diviene « permeated with the basic ideas of the indeterminate sentence », così come poco dopo il sistema delle pene diviene « in fact more and more closely identified with the system of security measures », al quale originariamente si contrappone. Tuttavia, mutuando ancora le parole del giurista francese, « in our opinion it would scientifically be a serious misconception of the exact status of the problem of the indeterminate sentence not to be aware, both of the theoretical differences which were prominent at the beginning, and of the gradual but irresistible assimilation which then asserted itself in

---

<sup>(46)</sup> Il capitolo secondo ricostruisce le tappe più significative di tale confronto.

<sup>(47)</sup> F. EXNER, *Kriminalistischer Bericht über eine Reise nach Amerika*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 54, 1935, p. 366.

practices » (48). Si cercherà, pertanto, di ricostruire in chiave comparativa i fili spezzati ed i nessi invisibili, i contrasti di principio e le opportunistiche sintonie che caratterizzano il confronto, dottrinale e legislativo, sulla 'pena determinata a posteriori' (49), disputa dietro la quale, di fatto, si ridisegnano funzione, natura, durata dell'intervento punitivo in senso lato.

Il rifiuto del modello americano non impedisce di accogliere il paradigma della prevenzione, grazie al quale lentamente tutti i principi fondamentali del sistema liberale tendono a modificarsi o distorcersi. La separazione della strada europea, che adotta la liberazione condizionale e il doppio binario, da quella statunitense della *indeterminate sentence*, è fatta di chiaroscuri, di retoriche conflittuali sotto la cui superficie si muovono correnti simili, di tradizioni culturali e costituzionali diverse che affrontano i problemi analoghi di una società in trasformazione. L'ambiguità del processo riformista, sostenuto da un discorso che si muove sul confine sottile tra umanitarismo e utilitarismo, tra rieducazione e controllo sociale, accomuna, fin da subito, tanto i progressisti americani quanto i criminologi europei (50). La *indeterminate sentence*, « like Janus, has two faces » (51): la prima è la possibilità di estendere la durata della detenzione fino a quando il reo continua a costituire un pericolo per la società, la seconda è la riduzione eventuale della pena in ragione dell'impegno rieducativo del delinquente, in un processo correzionale del quale lui stesso diviene protagonista e artefice. Grazie ai progressi della neurologia e della psichiatria, afferma nel 1904 Frederick Howard Wines — tra i promotori della sentenza indeterminata —, « we can modify mental operations by securing and exercising control of the body. We can modify physiological action by controlling the mind ». Le 'nuove conoscenze' degli esperti, unite ai fallimenti del sistema classico retributivo, offrono alla legge penale

(48) ANCEL, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 8.

(49) Così preferisce chiamarla uno dei suoi più convinti sostenitori, L.J. DE ASUA, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "à posteriori"*, Madrid, Reus, 1913.

(50) Cfr. *infra*, Cap. II.4 e 5.

(51) ANCEL, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 35, che precisa come possa essere un « act of severity » o un « act of leniency ».

la nuova base della « social self-defense », secondo la quale qualsiasi cosa sia essenziale per la protezione dell'ordine sociale e della sicurezza è legittimo, « whether it be the redemption of the offender, his incapacitation for evil, or his extermination » (52).

L'affinità con le teoriche continentali — da quella di Garofalo sulla classificazione dei delinquenti e della pena applicabile in base alla loro temibilità, al discorso di von Listz sulla *Zweckgedanke* — è evidente. Lo spostamento del baricentro punitivo verso la prevenzione e la difesa sociale rappresenta lo sfondo teorico nel quale si svolge il lungo cammino verso la definizione concettuale e la formulazione legislativa delle misure di sicurezza, che passa dal sostegno di Gerard van Hamel per l'indeterminatezza della pena, ad un tempo *de réforme* e *de sûreté*, e, attraverso le proposte di *preventive detention* di Evelyn Ruggles Brise o i 'complementi di pena' di Ugo Conti, giunge fino alla disciplina del Codice Rocco (53). Differenze terminologiche, tecniche, di condizioni d'applicabilità dei provvedimenti, che possono essere ricondotte a modi diversi di intendere la funzione della pena, di contemperare garanzie individuali e interessi pubblici, di allocare i poteri nella fase di determinazione e d'esecuzione della sanzione. Resta fermo, tuttavia, il dato, comune alle diverse esperienze (statunitense, europea e poi sudamericana), di un'ambiguità di fondo del discorso criminologico, pendolo oscillante tra rieducazione e neutralizzazione, la cui critica erosiva nei confronti della nozione classica di pena retributiva apre necessariamente la via a scelte intrinsecamente contraddittorie, perché valutative e, dunque, politiche (54).

## 8. *Dalla garanzia dell'individuo alla difesa della società.*

Nelle ragioni del percorso che porta alla separazione tra sistema penale americano ed europeo, negli argomenti utilizzati dai giuristi

---

(52) F.H. WINES, *The New Criminology*, New York, Press of the James Kempster printing Co., 1904, pp. 14, 13.

(53) Cfr. *infra*, Cap. II.10, 11 e Cap. III.8-10.

(54) « The problem — scrive Ancel (*The Indeterminate Sentence*, cit., p. 35) in riferimento al principio dell'indeterminatezza — is neither one of legal definition nor of sociological qualification, but solely one of criminal policy » .

e dalle corti per costruirla, si riflettono molte delle trasformazioni del diritto penale tra Otto e Novecento. Le forme dell'indeterminatezza nella pena traducono in istituti giuridici le politiche penali, le strategie di controllo della devianza, le scelte votate a cambiare la funzione della pena da punitiva in preventiva, da una retribuzione per il fatto a un controllo della pericolosità. Le diverse configurazioni dell'individualizzazione si ripercuotono, in particolare, sul principio di legalità e sulla nuova ripartizione di funzioni tra potere giudiziario e amministrativo <sup>(55)</sup>.

Il sistema statunitense, grazie all'interpretazione delle corti, giustifica la costituzionalità della pena indeterminata con la separazione tra *verdict* e *sentencing*. In una rilettura della tradizione bifasica del processo di *common law*, l'accertamento della colpevolezza, raggiunto attraverso il *trial* che offre all'imputato tutte le garanzie del *due process*, diviene un momento autonomo, distaccato dalla fase in cui un organo composto da esperti del trattamento penitenziario è chiamato a decidere sul tipo e la durata della pena. La competenza giuridica del giudice e il parere della giuria terminano con il verdetto di condanna, per poi lasciare spazio alle valutazioni 'scientifiche' degli esperti nelle discipline criminologiche. Tale scelta non viene accettata negli ordinamenti europei, dove si preferisce mantenere la flessibilità della sanzione entro i confini della legalità formale e della giurisdizione. Le misure di sicurezza, infatti, ove introdotte, sono comunque tassativamente determinate dalla legge e stabilite da un giudice.

In entrambi questi processi, finalizzati a rendere la sanzione più elastica per potersi adeguare alle necessità rieducative dell'individuo delinquente e per meglio garantire la difesa sociale, il principio di legalità subisce trasformazioni e riduzioni. Che l'astratta fissità del *nullum crimen nulla poena sine lege* debba essere storicizzato, poiché «la reale portata garantista del principio — ed il suo effettivo e mutevole atteggiarsi — sono storicamente condizionati dalle attese diversamente riposte nei vari organi partecipi della potestà punitiva e, più in generale, dagli equilibri di forza che tra quelli vengono ad

---

<sup>(55)</sup> Profili indagati nel quarto capitolo.

instaurarsi »<sup>(56)</sup>, è un dato ormai acquisito dalla storiografia e dalla dottrina penalistica. Merita rilevare come le tesi positiviste, ed in particolare il criterio dell'individualizzazione, incidano profondamente sul significato della legalità, scomponendone la formula nelle due distinte parti del *nullum crimen* e del *nulla poena sine lege*: la prima è ripensata alla luce del paradigma della pericolosità sociale fino ad essere riformulata come *nulla poena sine crimine*, la seconda è 'abbandonata' per consentire la massima flessibilità della pena-trattamento in ragione delle caratteristiche variabili del reo, delle possibilità rieducative e delle necessità di difesa sociale.

Anche senza perseguire tutti gli ambiziosi obiettivi che si era prefissato (il determinismo non viene accolto, per es., se non in forma attenuata, così come non si rinuncia mai del tutto alla funzione retributiva della pena), il positivismo criminologico mette in crisi le certezze del penale liberale, ne svela le ipocrisie, ne attacca le inefficienze. L'inutilità delle pene detentive brevi, l'incapacità di contrastare la recidiva, i fallimenti rieducativi, l'ingiustizia dell'astratta uguaglianza nelle sanzioni, la dannosa sfiducia nei confronti della discrezionalità giudiziale ereditata da una cultura illuminista anti-giurisprudenziale ormai priva di ogni giustificazione, sono argomenti con i quali i riformatori mostrano i limiti di un sistema da rifondare. La legalità ottocentesca entra in crisi sotto i colpi della criminologia perché sia le esigenze sociali sia la cultura giuridica di fine secolo non corrispondono più al 'progetto giuridico' liberale<sup>(57)</sup>. Mentre la scuola classica erige un diritto penale individualista, a tutela delle libertà del singolo e dei diritti dell'imputato contro possibili abusi da parte dello Stato, la scuola positiva — scrive Ferri — « cerca ora di porre un limite alla prevalenza, talvolta soverchia, di questo individualismo, e tende a ristabilire l'equilibrio fra l'ele-

---

(56) F. PALAZZO, *Ancora sulla legalità in materia penale (Storicità ed universalità di un principio)*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 5*, Seminario 1994, Torino, Giappichelli, 1995, p. 60; oltre al volume monografico dei « Quaderni fiorentini », 36, 2007 dedicato a *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, cfr. ora anche MARTYN, MUSSON, PIHLAJAMÄKI (eds.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle*, cit.

(57) Quello ben descritto, nella genesi, nelle forme, nel vocabolario utilizzato, da P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. I. *Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974, specie pp. 357-378.

mento sociale e l'elemento individuale » (58). Non è l'attacco di una nuova corrente dottrinale a minare l'architettura della giustizia penale liberale, ma la trasformazione del quadro politico-istituzionale, il cambio di mentalità cui la nuova scuola dà voce e che impone di rivedere i fondamenti costituzionali del diritto di punire.

« El Derecho penal procede de la Política y retorna a la Política » (59), osserva con grande realismo Quintiliano Saldaña nella conferenza tenuta ad Amburgo nel 1922 sulle moderne concezioni del diritto penale in Spagna. L'acceso confronto dottrinale di dimensione internazionale sulla portata del principio dell'individualizzazione rinvia, pertanto, a diversi modelli politico-costituzionali di bilanciamento tra autorità pubblica e diritti individuali, tra interessi della società e garanzie personali. I limiti della legalità, le regole processuali, gli organi deputati a gestire la fase esecutiva della pena, sono il riflesso di come l'assetto di poteri costituzionali definiti dal *Rule of law* nell'esperienza americana e dallo Stato di diritto nel contesto europeo continentale recepiscono le istanze della criminologia entro l'ordinamento giuridico. Equilibri che sono sempre instabili e oscillano con il variare delle politiche criminali, senza mai trovare un definitivo, convincente assetto.

La soluzione europea del doppio binario (tipicamente continentale, ma con un significativo precedente nel *Prevention of Crime Act* inglese del 1908) continua a suscitare dubbi di costituzionalità per l'utilizzo frequente di misure di sicurezza in chiave di neutralizzazione del delinquente ritenuto pericoloso, secondo indici di temibilità sociale variabili in funzione dei rischi — reali o percepiti — diffusi nella classe politica e nell'opinione pubblica (60). Analoga-

(58) E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 4<sup>a</sup> ediz., 1900, p. 23.

(59) Q. SALDAÑA, *Modernas concepciones penales en España: Teoría pragmática del derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed. aumentada con notas y epílogo del autor y un prólogo de Moritz Liepmann, Madrid, Calpe, 1923, p. 67, che così continua: « Lo que llamamos Derecho penal no es, pues, otra cosa que *Política penal limitada por normas jurídicas*. Es la misma actividad del Estado, que, dentro de los límites del Derecho, trata de prevenir el delito ».

(60) Cfr., ad es., A. WYVEKENS, *La rétention de sûreté en France: une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur)*, in « *Déviance et Société* », 34, 4, 2010, pp. 503-525, in riferimento alla legge 25 febbraio 2008 sulla *rétention de sûreté*, e M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008, sulle misure di sicurezza nell'ordinamento italiano.

mente, i problemi e le ambiguità insiti nella scelta americana dell'*indeterminate sentence*, duramente criticata a partire dagli anni Settanta del Novecento ma ancora in vigore in molti *States*, continuano a riflettersi sull'odierna situazione della giustizia penale d'oltreoceano <sup>(61)</sup>, giunta, secondo alcuni, al punto di 'collasso' <sup>(62)</sup>. I confronti tra l'evoluzione storica dei modelli penologici, tra le culture giuridiche e le concezioni della giustizia penale, possono forse offrire al lettore qualche strumento d'interpretazione delle peculiarità e delle contraddizioni che ancora oggi caratterizzano i sistemi penali sia negli Stati Uniti sia in Europa.

*L'impostazione di questo volume matura nel 2009, durante una Emil Noël Fellowship presso lo Jean Monnet Center della NYU School of Law diretto da Joseph Weiler, dove ho potuto beneficiare dei colloqui, iniziati allora e poi proseguiti, con James Jacobs e David Garland. Sono grato a numerosi amici e colleghi che, in forma personale o invitandomi a presentare relazioni sul tema del libro, mi hanno permesso di sviluppare la ricerca anche in funzione delle loro osservazioni: mi fa piacere ricordare James Whitman, Mary Gibson, Gianluigi Palombella, Pietro Costa, Thomas Green, Michael Tonry, David Liebermann, Maurizio Fioravanti, Paolo Marchetti, Carlos Petit, Thomas Duve, Cristina Vano, Francesco Rotondo, Julia Solla, Monica Stronati. Gran parte del testo è stato scritto nell'autunno 2012 durante un proficuo soggiorno con una Robbins Fellowship alla Berkeley UC, School of Law, grazie alla generosa ospitalità di Laurent Mayali. Debbo un ringraziamento particolare, come sempre, a Giovanni Cazzetta per avermi sostenuto e consigliato nel lavoro, ed a Bernardo Sordi e Paolo Cappellini, succedutisi alla direzione del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, per aver accolto il volume in questa collana.*

---

<sup>(61)</sup> In questo senso cfr. per es. M. TONRY, *Prosecutors and Politics in Comparative Perspective*, in « Crime and Justice », 41, 1, 2012, pp. 1-33, specie pp. 9-12; K.R. REITZ, *The "Traditional" Indeterminate Sentencing Model*, in J. PETERSILIA, K.R. REITZ (eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, Oxford-NY, OUP, 2012, pp. 270-298.

<sup>(62)</sup> Cfr. W.J. STUNTZ, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.



PARTE PRIMA

**RIVOLUZIONE CRIMINOLOGICA  
E COMPARAZIONE GIURIDICA  
TRA EUROPA E STATI UNITI**



CAPITOLO I  
IL RIFORMISMO ALLA RICERCA DI UN METODO

1. Pragmatismo USA vs. dottrinarismo europeo. — 2. Comparare per progettare il futuro: l'Unione internazionale di diritto penale. — 3. Il ruolo propulsivo dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology*. — 4. Il *Journal* e la *Series* come strumenti di divulgazione della scienza criminologica. — 5. Rileggere il passato per cambiare il futuro.

1. *Pragmatismo USA vs. dottrinarismo europeo.*

« Italia pensó el nuevo Derecho Penal; Estados Unidos lo hace. La teoría nació Latina; la práctica es anglosajona » (1). Con queste sintetiche parole lo psichiatra e criminologo italo-argentino José Ingenieros coglie uno degli aspetti più caratterizzanti del processo di criminalizzazione e illustra i motivi di una comparazione necessaria. Esiste, infatti, una differenza di fondo, strutturale, tra il riformismo penale europeo (italiano in particolare) e quello nordamericano (ed in parte anche inglese): il primo, dottrinario, si basa sulla critica al modello classico liberale e sull'elaborazione di nuove teorie della responsabilità, del reato, della pena; il secondo, pragmatico, è il prodotto di una riflessione penitenziaria che nasce dall'osservazione della situazione concreta dei detenuti e si sviluppa per successive sperimentazioni nei metodi punitivi (2).

---

(1) J. INGENIEROS, *Criminología*, Madrid, Daniel Jorro, 1913, p. 211.

(2) Cfr. A.C. TRAIN, *Introduction to the English version*, in G. ASCHAFFENBURG, *Crime and its Repression*, Boston, Little, Brown and Co., 1913, p. XVIII: « Thus there is a lack of intelligent observation as to the working of our institutions, and consequently a dearth of reliable data upon which to base scientific conclusions. Our progress is apt to be less a steady growth than an accidental jerk in the right direction ». Un quadro di sintesi del riformismo penitenziario nordamericano è in E. ROTMAN, *The Failure of Reform. United States, 1865-1965*, in N. MORRIS, D.J. ROTHMAN (eds.), *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*, Oxford-NY, Oxford University Press, 1998, pp. 151-177.

Il primo è profondamente intriso di studi filosofici e sociologici (da Spencer a Durkheim, da Tarde a Comte ad Ardigò), e si pone, in prima battuta, come un'alternativa dogmatica al pensiero penalistico corrente destinato a produrre, solo in un secondo momento e dopo aver vinto la battaglia culturale, concrete conseguenze sui metodi punitivi. Il secondo procede per emergenze ed intuizioni, *by trial and error*, cercando rapide ed efficaci soluzioni a problemi concreti come il tasso di recidiva, l'inefficacia della pena retributiva, la degenerazione morale che il delinquente subisce in carcere. Se uno è appannaggio di accademici e intellettuali, l'altro è rimesso all'esperienza di direttori e operatori d'istituti penitenziari o all'attenzione caritatevole di filantropi e cappellani dei detenuti; uno diffonde il suo credo positivista con *pamphlets*, saggi su riviste, articoli di giornale, orazioni destinate a 'convertire' la classe dirigente e mobilitare l'opinione pubblica, l'altro segue percorsi interni all'amministrazione della giustizia e mette a confronto diverse esperienze nei *prison congresses* <sup>(3)</sup>.

Questa contrapposizione di metodi, pur con qualche eccezione, rappresenta il punto di partenza del movimento per l'individualizzazione: scaturito da sorgenti diverse sulle due sponde dell'Atlantico, confluisce poi per un lungo tratto in un fiume unitario, fatto di comparazione continua, imitazione di modelli, rapporti personali, traduzioni e recensioni, per separarsi nuovamente alla foce. La diversità genetica, tuttavia, caratterizza anche tutto il percorso successivo e spiega in larga misura la distanza culturale che su alcuni temi, come la detenzione a tempo indefinito, separa i penalisti continentali da quelli statunitensi. A partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento matura, sia tra i criminologi e giuristi europei sia tra quelli americani, la consapevolezza della necessità di un aperto

---

<sup>(3)</sup> Sul *practical approach* dei primi criminologi e riformisti americani, « the artisans who knew all the stones of the mosaic, but not the artists capable of designing the whole mosaic picture », cfr. G.O.W. MUELLER, *Crime, Law and the Scholars. A History of Scholarship in American Criminal Law*, London, Heinemann, 1969, pp. 67-81 (citaz. p. 71); sull'approccio antiformalista e asistemico della penalistica americana, poco influenzata dalla cultura giuridica europea almeno fino al secondo dopoguerra con i *General Principles* di Jerome Hall (1947), cfr. E. GRANDE, *Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli*, in « Quaderni fiorentini », 29, 2000, pp. 173-215, specie pp. 179-186 e 193-212.

confronto, di un reciproco arricchimento di esperienze, nel comune sforzo per una riforma dei sistemi penali che persegua gli identici obiettivi di maggiore sicurezza sociale e di progressivo ammodernamento dei metodi punitivi in funzione riabilitativa. È un momento decisivo per gli studi peno-criminologici, perché apre una fase nuova in cui si cerca un'ibridazione tra approcci, istituti, culture diverse. « The European criminologists [...] have worked for the most part purely as scientific investigators », osserva il medico psicologo inglese Havelock Ellis, mentre « 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 » (4).

Gli scritti dei giuristi europei, specie della scuola italiana, esercitano un'influenza notevole sulla criminologia americana in formazione, che vede negli autori d'oltreoceano il sostegno teorico necessario, « the formal justification, and eventually the guide » (5) per legittimare culturalmente le riforme introdotte in via sperimentale e in modo sporadico in alcuni stati dell'Unione. La penalistica continentale, viceversa, guarda con grande attenzione alle pragmatiche misure penologiche nordamericane, cercando in esse conferme alla praticabilità e all'efficacia delle loro proposte teoriche (6). Nei

---

(4) H. ELLIS, *The New York State Reformatory in Elmira*, London, Alexander Winter, 1891, *Preface*, p. iv. Sulla vicinanza di Ellis alle tesi lombrosiane nel suo volume *The Criminal*, London, Walter Scott, 1890, un'eccezione nel panorama inglese generalmente molto critico verso le tesi del medico veronese, cfr. N. DAVIE, *La recezione dell'Antropologia criminale nel mondo. L'Inghilterra*, in *Cesare Lombroso cento anni dopo*, cit., pp. 242-244. Ancora nel 1910 Bruno Franchi traccia uno schema per « dare sistemazione giuridica alle istituzioni amministrative, giurisdizionali, di polizia, carcerarie e similari, sbocciate dal positivismo spontaneo anglo-americano e accumulate per vie fittizie dall'ecclettismo dottrinale e legislativo » (*Il sistema giuridico della difesa sociale e i suoi presupposti storici e antropo-sociologici*, in « La Scuola Positiva », 20, 1910, pp. 97-108 e 145-171, citaz. p. 145).

(5) ELLIS, *The New York State Reformatory*, cit., p. iv.

(6) Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., p. 58: « Ma nelle legislazioni penali più recenti, le conclusioni e proposte della scuola criminale positiva hanno trovato, presso i popoli più progressivi, ben altre attuazioni notevolissime, prelude di applicazioni anche

paesi dove « the practical phase is stronger and where the academic traditions are least deadening », scrive Ferri nella prefazione alla traduzione in lingua inglese della sua *Sociologia criminale* nel 1917, si è sviluppato negli anni un continuo movimento di riforme parziali e novità legislative che, sebbene in evidente contraddizione con le premesse filosofiche delle dottrine tradizionali, rappresenta, tuttavia, « the recognition, although not confessed, of the new doctrines of criminology » (7). Gli Stati Uniti hanno intrapreso con convinzione questo nuovo percorso, esemplificato dall'istituzione di corti speciali per i delinquenti minori, dalla reclusione dei criminali pericolosi per un tempo indeterminato, dall'applicazione della psicologia sperimentale nel processo penale per testare la credibilità del testimone: tutte queste riforme, precisa il fondatore della scuola positiva, « are practical », e proprio per questo il suo lavoro sulla sociologia criminale « offers a logical and rational demonstration », non attraverso le astrazioni della filosofia metafisica, « but with the scientific method of observations and positive induction » (8).

Il successo internazionale dell'antropologia criminale e l'influenza esercitata dalle teorie lombrosiane e dalla scuola positiva italiana anche, e forse più, oltre i confini nazionali (9), sono ormai un

---

più complete e sistematiche ». Oltre che agli Stati Uniti, Ferri si riferisce, tra gli altri, al codice penale norvegese, al progetto svizzero, al codice penale brasiliano influenzato dal positivista Vieira de Araujo.

(7) E. FERRI, *Author's preface to the American edition*, in Id., *Criminal Sociology*, ed. by W.W. Smithers, Boston, Little, Brown, and Co., 1917, pp. xli-xlii.

(8) Ivi, p. xliii. Il diverso approccio riformatore in campo penale tra Europa e Stati Uniti è oggetto di riflessione ancora negli anni Trenta del Novecento; cfr., ad es., EXNER, *Kriminalistischer Bericht*, cit., pp. 345-393, 511-543, dove il criminologo viennese, al termine di un lungo soggiorno oltreoceano per studiare il sistema della giustizia penale americano, così sintetizza le proprie impressioni: « so viel wie nichts auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts und Strafprozesses, einiges Wesentliches auf dem Gebiete des Strafvollzugs und eine ganze Menge auf dem Gebiete der kriminologischen Forschung » (p. 345).

(9) Era lo stesso Lombroso a riconoscere il maggior successo delle sue teorie oltreoceano, conseguenza di un'attitudine più pratica del popolo americano e delle minori resistenze dogmatiche da superare; cfr. ad es. C. LOMBROSO, *Introduction*, in A. MAC DONALD, *Criminology*, New York, Funk and Wagnalls Co., 1893, p. 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

dato acquisito dalla storiografia <sup>(10)</sup>. Può, tuttavia, essere ancora utile indagare, specie per ricostruire l'*individualization movement*, come ha funzionato il processo di *legal transfer*, attraverso quali canali e con che esiti è avvenuto il matrimonio d'interesse tra pragmatismo e dottrinarismo.

Maurice Parmelee è un esempio rilevante dell'influenza esercitata dai positivisti italiani sul riformismo penale statunitense; nel suo studio *The Principles of Anthropology and Sociology in Their Relations to Criminal Procedure*, è evidente, infatti, il condizionamento degli scritti dei tre padri fondatori, Lombroso, Ferri e Garofalo. L'autore ribadisce, nell'introduzione, la necessità che il « reforma-

---

ideas originating in the Old World shall die there, sterilized by the 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. LOMBROSO, *Introductory*, in A. DRÄHMS, *The Criminal. His Personnel and Environment. A Scientific Study*, New York, The MacMillan Co., 1900, p. xiv: « This treatise [...] is an evidence of the advancement of the American over the ultramontane countries of Europe ».

<sup>(10)</sup> È qui sufficiente rinviare a P. KNEPPER, P.J. YSTEHEDE (eds.), *The Cesare Lombroso Handbook*, Abingdon - NY, Routledge, 2013; S. MONTALDO, P. TAPPERO (a c. di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, UTET, 2009; M. GIBSON, *Born to Crime. Cesare Lombroso and the Origins of Biological Criminology*, Westport, Praeger, 2002 (trad. it. *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Mondadori, 2004). In particolare sull'importanza e la resistenza del pensiero Lombrosiano negli USA, cfr. A. LINDSMITH-Y. LEVIN, *The Lombrosian Myth in Criminology*, in « The American Journal of Sociology », 42, 5, 1937, pp. 653-671; M.G. SCHLAPP, E.H. SMITH, *The New Criminology. A Consideration of the Chemical Causation of Abnormal Behavior*, N.Y., Boni and Liveright, 1928, p. 54, dove la pubblicazione de *L'Uomo delinquente* è considerato l'evento che « caused a revolution in social thought and put the term criminology into languages » e Lombroso, nonostante i suoi errori, è definito « an epoch maker » e « a pioneer in the study of crime and its causation »; N.H. RAFTER, *Criminal Anthropology in the United States*, in « Criminology », 30, 4, 1992, pp. 525-545; ID., *Creating Born Criminals*, Urbana, University of Illinois Press, 1997; J. SIMON, *Positively Punitive: How the Inventor of Scientific Criminology Who Died at the Beginning of the Twentieth Century Continues to Haunt American Crime Control at the Beginning of the Twenty-first*, in « Texas Law Review », 84, 7, 2006, pp. 2135-2172, e O.J. KELLER, *The Criminal Personality or Lombroso Revisited*, in « Federal Probation », 44, 1980, pp. 37-43; P. GUARNIERI, *Caesar or Cesare? American and Italian images of Lombroso*, in KNEPPER, YSTEHEDE (eds.), *The Cesare Lombroso Handbook*, cit., pp. 113-130.

tory movement » americano, grazie al quale sono state introdotte sia nel sistema penitenziario sia nella procedura penale « many practical reforms » votate alla « reformation of the criminal » (la *indeterminate sentence*, le *juvenile courts*, la *conditional release* o *probation*), tutte « almost entirely empirical in their character », assunta 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 » (11).

Il lavoro, dedicato allo studio del giudizio penale nell'ottica della nuova scienza criminologica, adotta un approccio non strettamente normativista 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 politico-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. L'*individualization*, precisa l'autore, si è ormai affermato a livello internazionale come un « guiding principle in the treatment of criminals » (12) che ha definitivamente sostituito quello delle pene fisse e predeterminate per legge, ma, negli Stati Uniti, si è sviluppato in modo differente rispetto ai paesi europei, più marcato e aperto a sperimentazioni.

Negli *States* i cambiamenti, motivati da un'enfasi nei confronti del delinquente e orientati ad una maggiore mitezza, ispirati sia da idee umanitarie e filantropiche che hanno portato a opere di riforma sociale sia da zelo religioso per la rigenerazione morale e la conversione dei rei, sono stati stimolati principalmente da iniziative private, realizzati in gran parte non dallo Stato ma da *private agencies*. Quest'ultimo aspetto, tipico della prima fase del riformismo norda-

---

(11) PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., p. 6.

(12) Ivi, p. 179.

mericano, è particolarmente rappresentativo della distanza che lo separa da quello europeo: mentre, infatti, nel vecchio continente, l'amministrazione della giustizia penale in tutte le sue fasi, dal giudizio all'esecuzione della sanzione, è considerata una funzione tipicamente ed esclusivamente pubblica, negli Stati Uniti molte innovazioni nel trattamento dei criminali sono state introdotte solo dopo un periodo di sperimentazione da parte di strutture private, cui è stato delegato il compito « of introducing and testing innovations before their adoption by public authorities » (13). Il coinvolgimento di attori privati presenta notevoli vantaggi in termini di praticità e flessibilità, perché, oltre ad animare un forte sentimento popolare a favore di misure penali più miti e riabilitative, consente allo Stato di adottare definitivamente solo quei metodi che, dopo un periodo di prova nelle *private agencies*, si sono rivelati realmente efficaci.

Tale generale tendenza, tuttavia, « has not been inspired by scientific ideas, consequently it has not been governed by science » (14). La razionalizzazione e la legittimazione teorica delle riforme che la nuova criminologia offre spingono, di fatto, verso una statalizzazione della pena: « Political machinery » — scrive Charles Henderson, docente di *social science* a Chicago, poi presidente della *National Prison Association* nel 1902 — « must be invoked, but statecraft waits for the theoretical issues of several sciences and for the organization of personal philanthropy to make its efforts effectual in helping pauper and criminal » (15). Lo sviluppo di criminologia e penologia è, per un verso, il presupposto culturale per avviare un sistema di trattamento del criminale scientificamente fondato e non affidato solo alle iniziative filantropiche dei privati, e, per altro verso, lo strumento con cui il governo si riappropria dell'amministrazione della pena e definisce proprie politiche criminali. Occorre, dunque, per individuare regole applicative e criteri direttivi, uno studio teorico per il quale la comparazione offre un ricco patrimonio d'idee, argomenti, termini tecnici. I testi europei diventano i riferi-

---

(13) *Ibidem*.

(14) Ivi, p. 143.

(15) C.R. HENDERSON, *An Introduction to the Study of Dependent, Defective and Delinquent Classes*, Boston, D.C. Heath and Co., 1883, *Preface*, p. iii.

menti di questo processo di recezione giuridica per i *progressives* americani: le loro speculazioni 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. Riforme già attuate o in corso di prova nel sistema americano sono confrontate con istituti più o meno simili diffusi in Europa e inquadrare entro il principio generale dell'individualizzazione che orienta il diritto e la procedura penale verso l'orizzonte nuovo della *social defense*.

L'influenza esercitata dalla criminologia italiana ed europea sulla *criminal jurisprudence* americana ad inizio Novecento è testimoniata anche dalla proposta, positivistica per eccellenza, di adottare un nuovo codice penale ispirato alla moderna penologia: prima ancora che Parmelee affronti il tema nei suoi *Principles*, 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>(16)</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 science », limitandosi ad un « conservatism which is stagnation »<sup>(17)</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>(18)</sup>, senza alcuna ambizione scientifica ed impermeabile ai temi del dibattito penale internazionale.

## 2. *Comparare per progettare il futuro: l'Unione internazionale di diritto penale.*

L'importanza della comparazione come risorsa indispensabile

---

<sup>(16)</sup> G.C. SPERANZA, *The Proposed Penal Code of the United States*, in « The Green Bag », 14, 12, 1902, p. 15.

<sup>(17)</sup> Ivi, pp. 12, 15.

<sup>(18)</sup> Ivi, p. 15.

per il progresso della scienza penale e per il coordinamento delle politiche criminali è avvertita con altrettanta consapevolezza da parte di giuristi e intellettuali. La criminologia, per sua natura fondata su criteri universali, favorisce la condivisione d'idee, progetti, obiettivi, ponendo le basi per un movimento culturale riformista di portata sovranazionale che diviene, tra Otto e Novecento, la cornice necessaria entro cui leggere le tendenze dottrinali e le novità normative nei singoli stati. Non solo, dunque, matura l'esigenza di un incontro tra pragmatismo angloamericano e dottrinarismo europeo, ma anche entro i confini accademici, sia in Europa sia negli Stati Uniti, cambia l'approccio agli studi comparativi. Non si tratta più di confrontare le diverse legislazioni nazionali per valorizzare somiglianze o differenze, ma di costruire un comune percorso di ripensamento dei fondamenti del diritto penale, di inventare spazi e luoghi di dibattito sulle prospettive del futuro.

Pur se diramato in diversi rivioli, il positivismo criminologico ha una comune base culturale, condivide uniformi metodi di studio e tende a scopi affini: la comparazione non è un esercizio culturale per pochi plurilingue, ma costituisce il motore del cambiamento, la vera anima del riformismo. Se il movimento per l'individualizzazione della pena acquisisce sempre più credito e dà forma a molte legislazioni nazionali, la causa principale va cercata nel sostegno teorico che riceve dalla scienza giuridica 'globalizzata'. Due imprese culturali riflettono questo spirito, la fondazione dell'Unione internazionale di diritto penale (*Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, da ora IKV) nel 1889, ad opera dell'olandese Gerard Anton van Hamel, del belga Adolphe Prins e del tedesco Franz von Liszt, e la successiva fondazione dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology* nel 1910 su iniziativa di John Henry Wigmore.

In un messaggio di commiato redatto per il volume celebrativo dei venticinque anni dell'IKV, van Hamel ripercorre le ragioni culturali e le affinità intellettuali che lo avevano portato, con Prins e von Liszt, a fondare l'associazione. Mentre si occupava degli ampi spazi di discrezionalità giudiziale stabiliti dal nuovo codice penale

olandese in merito alla pena da irrogare <sup>(19)</sup>, era rimasto colpito dalla convergenza di vedute con il discorso di Marburg sullo scopo della pena di von Liszt e con l'analisi sulle cause della criminalità offerta da Prins <sup>(20)</sup>: il comune filo conduttore che univa le loro prospettive di ricerca e le loro convinzioni metodologiche era il contrasto tra realismo e dogmatismo <sup>(21)</sup>.

Lo statuto dell'IKV, dopo aver formalizzato, all'art. I, l'adesione ad un approccio integrato nello studio della criminalità e dei mezzi per combatterla che affianchi al punto di vista giuridico quello sociale, sintetizza in nove punti la base fondamentale dei lavori dell'associazione <sup>(22)</sup>. Tra questi, oltre all'esplicito rinvio all'utilità degli studi antropologici e sociologici (art. II.2), la dichiarazione che lo Stato nell'attività di contrasto alla criminalità non dispone solo della pena ma anche delle misure preventive (art. II.3); l'essenzialità della distinzione tra delinquenti occasionali e abituali (art. II.4); l'irrazionalità della separazione tra funzione repressiva e penitenziaria, tra condanna ed esecuzione (art. II.5); la sostituzione delle pene

---

<sup>(19)</sup> Il riferimento è al *Rapport* di van Hamel per il congresso romano del 1885, sulla terza questione del programma "Quelle latitude la loi doit-elle laisser au juge quant à la détermination de la peine?", pubblicato in *Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome* (Novembre 1885), t. I, Rome, Mantellate, 1887, pp. 100-103.

<sup>(20)</sup> A. PRINS, *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles, C. Muquardt, 1886.

<sup>(21)</sup> G.A. VAN HAMEL, *Zur Erinnerung und zum Abschied*, in *Mitteilungen der IKV*, bd. XXI, Heft 1. *Festband anlässlich des 25 jährigen Bestehens der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, Berlin, J. Guttentag, 1914, pp. 440-445; nello stesso volume, cfr. anche F. von LISZT, *Die Entstehung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, pp. 1-20, che ricostruisce le tappe e le ragioni della formazione dell'Unione, riportando anche le lettere di adesione dei vari giuristi.

<sup>(22)</sup> Il testo dello statuto originario, in tedesco e francese, è leggibile per es. in *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal. Première année, (Mitteilungen der IKV. Erster Jahrgang)*, Berlin, J. Guttentag-Brüssel, Muquardt, 1889, pp. 1-6. Nella sessione di Lisbona del 1897 è modificato: l'art. 1 fa riferimento agli studi antropologici e sociologici e indica il fine dell'Unione nell'« l'étude scientifique de la criminalité, de ses causes et des moyens propres à la combattre ». Scompare invece il precedente art. II, con le dichiarazioni di principio: tale scelta, osserva criticamente Paul Cuhe (*L'Union internationale de droit pénal et l'individualisation de la peine*, in *Mitteilungen der IKV*, bd. XXI, Heft 1. *Festband anlässlich des 25 jährigen*, cit., specie pp. 43-45), fatta per favorire un allargamento delle adesioni all'Unione, ne ha però reso più equivoca e confusa l'identità scientifica.

detentive brevi con misure alternative (art. II.7) <sup>(23)</sup>; la commisurazione della durata delle pene detentive lunghe non solo alla gravità materiale e morale dell'infrazione ma anche ai risultati ottenuti durante il regime penitenziario (art. II.8) e, infine, la possibilità di prevedere un trattamento particolare per i delinquenti abituali incorreggibili così da renderli inoffensivi il più a lungo possibile (art. II.9).

L'attività dell'IKV è la cartina al tornasole del movimento riformista d'ispirazione criminologica; aderiscono molti tra i giuristi più impegnati nell'opera di ammodernamento dei sistemi penali dei vari paesi, esponenti di correnti dogmatiche e orientamenti metodici non omogenei ma accomunati dallo spirito che anima la sfida culturale progressista dell'Unione <sup>(24)</sup>. I bollettini, che pubblicano i resoconti delle periodiche sessioni d'incontro divulgando le varie posizioni teoriche e i temi discussi, assieme alle vicende dell'impresa editoriale de *La législation pénale comparée*, ridefiniscono il significato della comparazione giuridico-penale, diventando un privilegiato canale di trasmissione per tutti i progetti (e i problemi) del diritto penale 'in formazione', dalla giustizia minorile alla recidiva, dal lavoro carcerario alla delinquenza abituale, dal concetto di pericolosità alla condanna condizionale.

Nello scritto di presentazione del primo volume de *La législa-*

---

<sup>(23)</sup> L'inutilità rieducativa e l'effetto antisociale provocato da brevi periodi di carcere sono temi ricorrenti del modernismo penale, in forza dei quali si chiedono misure alternative alla detenzione e pene individualizzate; cfr. ad es. F. VON LISZT, *Die Reform der Freiheitsstrafe. Eine Entgegnung auf Adolf Wachs gleichnamige Schrift*, in *Preußische Jahrbücher*, Bd. 66, 1890, ed ora in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I (1875 bis 1891), Berlin, J. Guttentag, 1905, pp. 511-536; per una ricostruzione storica delle ragioni che a fine Ottocento portano la scienza giuridica a criticare le pene detentive brevi e a cercare misure sostitutive, cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, Giuffrè, 1981, specie cap. II, pp. 41 ss.

<sup>(24)</sup> La posizione dell'IKV, contemperando posizioni riformiste diverse, è certamente meno radicale di quella espressa dalla scuola positiva italiana, tanto che Ferri l'accusa di essere « addormentata nel limbo dell'ecllettismo », a causa dell'influenza di Liszt e Prins, ed afferma che le discussioni e proposte dei congressi « sempre meno eterodosse e radicali », documentano « l'irrimediabile sterilità di quelle idee medie » (FERRI, *Sociologia*, cit., p. 53). Sulle vicende dell'IKV, cfr. E. BELLMANN, *Die Internationale Kriminalistische Vereinigung (1889-1933)*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994.

*tion pénale comparée*, von Liszt spiega che, per lui e per il piano dell'opera, la comparazione non è « die Nebeneinanderstellung zweier oder mehrerer Rechte », né « die Hervorhebung des Gemeinsamen wie des Verschiedenen » (25). Per parlare di legislazione comparata in senso propriamente scientifico occorre trovare qualcosa di nuovo e indipendente, che il professore tedesco sintetizza in tre punti: in primo luogo, lo studio dei fattori che, dietro l'aspetto continuamente mutevole del diritto, hanno generato e determinato la sua crescita e la sua evoluzione, con considerazioni causali e teleologiche che si fondino « auf Rechtsgeschichte und Ethnologie » (26). In secondo luogo, la ricerca rivolta « nach einem neuen Recht des Zukunft » partendo dall'analisi del presente e del passato: l'obiettivo è identificare un patrimonio di principi che siano accettabili in tutti i paesi e possano valere per elaborare in futuro codici sempre più uniformi che tengano conto delle esigenze di politica criminale, sfruttando la comparazione per portare « Ordnung in das Chaos, Einheit in die vielgestaltige Fülle des Einzelnen » (27). Infine, la comparazione non deve tendere solo a trovare la legge che meglio corrisponda allo scopo, ma anche sviluppare la scienza giuridica. Liszt è convinto che la legislazione penale lasci ampio spazio alla « wissenschaftliche Konstruktion » (28), chiamata ad operare con metodo storico-dommatico per indagare il reciproco influsso di teorie e concetti oltre i confini nazionali.

È, ormai, un fatto incontestabile, che, nel XIX secolo soprattutto, « die wissenschaftliche Erkenntnis des nationalen Rechts durch rechtsvergleichende Untersuchungen bedingt wird » (29). Questa consapevolezza del necessario ricorso ad una nuova comparazione è, certamente, uno degli effetti più importanti prodotti dalla

---

(25) F. VON LISZT, *Zur Einführung. Rückblick und Zukunftspläne*, in *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in Rechtsvergleichender Darstellung*. I Band. *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Berlin, Otto Liebman, 1894, p. XIX.

(26) Ivi, p. XX.

(27) *Ibidem*; cfr. anche p. XXI: « Der Gewinnung einheitlicher Grundgedanken für eine den Forderungen der Kriminalpolitik Rechnung tragende Strafgesetzgebung der Zukunft soll unsere rechtsvergleichende Darstellung, nach meiner Auffassung, in erste Linie dienen ».

(28) Ivi, p. XXII.

(29) Ivi, p. XXIII.

criminologia sul moderno diritto penale, e si traduce in una fase di continuo confronto programmatico (quali misure adottare) e sperimentale (quali hanno prodotto risultati e dove). Ogni legislazione penale, anche se caratterizzata da un'impronta nazionale per conformarsi alle caratteristiche dello Stato e del popolo cui è destinata, ha tuttavia una base scientifica e la scienza giuridica, chiamata a stabilire tali « Grundlagen », è, come ogni altra scienza, « an nationale Schranken nicht gebunden »: per questo motivo, sostiene Listz, anche l'Unione deve essere internazionale, « um die in gemeinsamen Wettbewerb errungenen Ergebnisse den Gesetzgebungen der einzelnen Länder zur Verfügung zu stellen »<sup>(30)</sup>. La prospettiva della difesa sociale, così come l'individualizzazione, implicano quella costante oscillazione dello sguardo dal generale al particolare, dall'esterno all'interno, che, come prima anticipato, sono una chiave di lettura indispensabile del positivismo, perché « the policy of splendid isolation is as foolish in criminology as it is in the conduct of foreign affairs »<sup>(31)</sup>.

In un articolo che van Hamel scrive per il *Journal* dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology* nel 1911, traccia un bilancio positivo del primo ventennio d'attività dell'IKV: il consenso dottrinale che è maturato tra i criminologi e i penalisti europei sulla necessità di studiare il crimine non come un ente astratto ma come un fenomeno naturale e sociale complesso « is due in no small part to the cooperation which the International Union has gradually secured from scholars of differing minds and views »<sup>(32)</sup>. Rivolgendosi al pubblico americano, il giurista olandese rimarca la differenza dell'esperienza europea e il faticoso sforzo di conversione della disciplina al 'realismo' sostenuto dalla nuova scuola: può sembrare strano ai lettori d'oltreoceano che occorresse l'impegno scientifico di un'associazione per sensibilizzare la cultura penale ai temi pratici della giustizia e ai fattori concreti della criminalità, « but they will

---

<sup>(30)</sup> F. v. LISZT, *Eine internationale kriminalistische Vereinigung*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », IX, 1889, p. 367.

<sup>(31)</sup> M. CRACKANTHORPE, *Crime and Punishment from the Comparative Point of View*, in « Journal of the Society of Comparative Legislation », 1, 3, 1901, p. 17.

<sup>(32)</sup> G.A. van HAMEL, *The International Union of Criminal Law*, in « Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology » [da ora JAICLC], 2, 1911, p. 23.

have to remember this: it has always been one of the most beneficent characteristic of the Anglo-Saxon penal jurisprudence, that it kept away from purely theoretical reasoning and was influenced mostly by realistic views » <sup>(33)</sup>.

La dottrina e le legislazioni europee hanno registrato progressi sui temi ampiamente discussi dall'Unione, a dimostrazione del ruolo propositivo giocato da questo laboratorio d'idee nel far crescere un diffuso riformismo. I criminalisti del vecchio continente hanno dibattuto per anni su questioni che, fin dall'inizio, apparivano del tutto ovvie agli americani, ed anzi su alcuni principi (ad es. trattamento riabilitativo, condanna condizionale, *probation*) l'esperienza statunitense ha influenzato l'« European thought and practice ». Van Hamel, tuttavia, rivendica due tratti d'originalità all'Unione: primo, la scelta di dedicarsi allo studio sistematico del crimine e dei criminali come « social phenomena », secondo, il forzare la « legal profession » a riconoscere l'importanza di tale approccio <sup>(34)</sup>, a differenza, invece, della marcata separazione tra *sociology* e *law* che ha caratterizzato la cultura nordamericana almeno fino alla fondazione dell'*Institute*.

### 3. *Il ruolo propulsivo dell'American Institute of Criminal Law and Criminology.*

Nel giugno 1909, la *National Conference on Criminal Law and Criminology*, organizzata a Chicago da John Henry Wigmore, preside della Northwestern University, per celebrare il cinquantésimo anniversario della fondazione della *School of Law*, segna la nascita dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology* e del relativo *Journal*. Le ragioni del complessivo progetto scientifico dell'*Institute* e di tutte le iniziative ad esso collegate sono da ricercare sia nel clima culturale sia nella situazione della giustizia criminale americana di inizio secolo. Le riforme introdotte in alcuni settori del penale o del sistema penitenziario, spinte da una diffusa richiesta di cambiamento nell'opinione pubblica, mancavano di un adeguato supporto scientifico che consentisse l'elaborazione di

---

<sup>(33)</sup> *Ibidem*.

<sup>(34)</sup> *Ivi*, p. 27.

un'organica strategia d'intervento sul diritto sostanziale, la procedura e la fase esecutiva. Sembrava il momento propizio per avviare una proficua collaborazione tra *lawyers* e *scientists*, tra operatori del diritto e giuristi accademici, supportata dal confronto con l'esperienza europea dove, tra diffusione del credo positivista e attività dell'IKV, tale connubio aveva prodotto un radicale rinnovamento disciplinare.

Scientifizzazione e comparazione divengono così, tanto per l'attività dell'*Institute* quanto per la rivista che ne rappresenta l'organo ufficiale, non solo un obiettivo programmatico da perseguire, ma anche un nuovo approccio metodologico da sperimentare. La sfida culturale è quella di avviare « a new era in the history of American criminal jurisprudence », fondata su un « common understanding »<sup>(35)</sup> di pratici e studiosi, guardando all'Europa non con l'alterigia di chi vanta un efficace pragmatismo non impastoiato in vani dottrinarismi, ma con l'interesse di comprendere le potenzialità riformatrici della *criminology* intesa come *science*. La nazionalistica rivendicazione del « practical genius » americano, « unfettered by precedent and tradition » e pertanto molto più libero « to adopt and realize conceptions formulated by leaders of thought in the Old World »<sup>(36)</sup>, lascia il passo, almeno negli studiosi più provveduti, ad un'apertura verso la solidità teorica della criminologia continentale.

La comparazione risponde al bisogno di rifondare il sistema criminale statunitense, ormai del tutto inadeguato sul versante repressivo e inefficiente su quello preventivo, non su estemporanee riforme attuate da lungimiranti dirigenti carcerari né su pionieristici e rudimentali studi criminologici, ma su un profondo *scientific study* del crimine in tutti i suoi profili eziologici e sociologici<sup>(37)</sup>. Emerge

<sup>(35)</sup> J.W. GARNER, *Editorials — The American Institute of Criminal Law and Criminology*, in « JAICLC », 1, 1, 1910, p. 3.

<sup>(36)</sup> WINES, *The New Criminology*, cit., p. 3.

<sup>(37)</sup> Il problema di un approccio nuovo alla questione criminale che, per poter incidere efficacemente sul diritto praticato, parta 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*, 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.

una consapevolezza nuova, maturata entro il quadro di una progressiva internazionalizzazione della riflessione sul delinquente e sul diritto penale, sospinta dalla reciproca speranza, su ambo le sponde dell'Atlantico, di trovare attraverso il confronto soluzioni migliori per risanare le condizioni critiche della giustizia. Alla fine dell'Ottocento è diffusa la percezione che il sistema criminale, sul vecchio come sul nuovo continente, « [has] reached a point where the apparently firm foundations of criminal law appear to quake »<sup>(38)</sup>, ed occorra una sorta di rivoluzione metodologica per sollevarne le sorti.

La comparazione giuridica e il dialogo interdisciplinare sembrano costituire la possibile via d'uscita, gli strumenti per ripensare i principi teorici e le manifestazioni concrete del giure punitivo, combinando insieme dogmatismo europeo e pragmatismo americano; si cerca un equilibrio tra teoria e pratica, tra *jurists* e *scientists*<sup>(39)</sup>, che fornisca agli esperimenti statunitensi una copertura teorica e mostri, viceversa, agli europei (giuristi e legislatori) i vantaggi di un sistema più dinamico, pronto ad innovare, meno ingabbiato in tradizionali formule ormai superate. I Congressi penitenziari internazionali<sup>(40)</sup>, i Congressi internazionali di antropologia criminale<sup>(41)</sup>, le sessioni dell'IKV e della *Société générale des prisons*, le numerose recensioni di libri d'impronta criminologica su riviste statunitensi<sup>(42)</sup>, sono segnali evidenti di questa tendenza globale.

---

<sup>(38)</sup> TRAIN, *Introduction to the English version*, in ASCHAFFENBURG, *Crime and its Repression*, cit., p. XXI.

<sup>(39)</sup> In questo senso cfr. F.A. KELLOR, *Criminal Anthropology in its Relation to Criminal Jurisprudence*, in «The American Journal of Sociology», 4, 4, 1899, pp. 515-527, specie p. 27: «The tendency is, however, for jurists and scientists to unite in the effort for reform».

<sup>(40)</sup> Londra 1872, Roma 1885, San Pietroburgo 1890, Parigi 1895, Bruxelles 1900, Budapest 1905, Washington 1910, Londra 1925, Praga 1930, Berlino 1935, L'Aia 1950.

<sup>(41)</sup> Roma 1885, Parigi 1889, Bruxelles 1892, Ginevra 1896, Amsterdam 1901, Torino 1906, Colonia 1911, Budapest 1914. Sull'importanza di questi congressi per l'internazionalizzazione di temi e metodi di ricerca nelle scienze criminali e criminologiche, cfr. S. KESPER-BIERMANN, P. OVERATH (hrsg.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930). Deutschland im Vergleich*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.

<sup>(42)</sup> Tra il 1896 e il 1914, Charles Richmond Henderson, docente di *Social Science* alla Chicago University, scrive quattordici recensioni di libri di autori europei o

Per dotare la scienza giuridica americana di strumenti d'approfondimento attraverso la comparazione, Wigmore redige una bibliografia di opere che dovranno essere acquisite dalla *Gary Library of Law* della Northwestern e fungeranno da *reference-list* per i membri della conferenza di Chicago del 1909. La 'costruzione' della biblioteca riflette, evidentemente, l'impresa culturale avviata da Wigmore, e costituisce un contributo essenziale nello studio della *criminal science*, « now so practical in its contrast to the barren lack of science in our existing system »<sup>(43)</sup>: l'autore insiste sull'importanza di considerare tale scienza come « one and comprehensive », e pertanto sulla necessità di studiarla non più secondo « the traditional but unnatural separation of its constituent and contributory sciences »<sup>(44)</sup>, ma di combinare l'analisi del diritto positivo con l'antropologia, la sociologia, la penologia, la psicologia. Il cambio di paradigma criminologico dal reato al delinquente, dalla pena al

---

americani in tema di criminologia e penologia per « The American Journal of Sociology », tra i quali *The Principles* di Parmelee (14, 4, 1909, p. 548), *The Criminal* di August Drähms, cappellano del carcere di San Quentin in California (6, 2, 1900, pp. 274-275), *Criminalité et conditions économiques* di Willem A. Bongers (1906, pp. 269-271), *The Science of Penology. The Defence of Society against Crime* di Henry M. Boies (8, 1, 1902, pp. 139-140) *La Défense Sociale et les transformations du droit pénal* di Prins (15, 6, 1910, pp. 846-847), *Le Concept Social du Crime, son évolution* di Joseph Maxwell, medico francese e procuratore generale della Corte d'Appello di Bourdeaux (20, 4, 1915, pp. 556-557), *La pena e il sistema penale del codice italiano* di Ugo Conti (17, 1, 1911, pp. 127-128), *Crime in its Relations to Social Progress* di Arthur Cleveland Hall (8, 2, 1902, pp. 276-277), oltre ai trattati di Tarde (19, 2, 1913, pp. 266-267), Aschaffenburg (19, 5, 1914, pp. 690-691) e Lombroso (18, 3, 1912, p. 398) per la *Series* dell'*Institute*. Sulla stessa rivista, J. WEIDENSALL recensisce *The Individual Delinquent* di William Healy (1916, pp. 538-542), S.F. CHAPIN *La Conception Sociologique de la Peine* di Mieczyslaw Szerer (1914, pp. 844-846), e D.W. LARUE *Criminology* di Garofalo (1914, pp. 413-416). L'edizione per la serie di Wigmore del libro di Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, Paris, F. Alcan, 1898 (la traduzione è della seconda edizione di Paris, F. Alcan, 1909), è recensito in « 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.

(43) J.H. WIGMORE, *A Preliminary Bibliography of Modern Criminal Law and Criminology*, Chicago, Northwestern University Building, 1909, p. vi.

(44) *Ibidem*.

trattamento, comporta un'apertura interdisciplinare della scienza criminale a tutte le materie complementari e implica, altresì, che il legislatore, i giudici e gli avvocati *devono* utilizzarle con consapevolezza<sup>(45)</sup>.

#### 4. *Il Journal e la Series per divulgare la scienza criminologica.*

Il *Journal dell'American Institute of Criminal Law and Criminology* si pone come il luogo in cui pensare e progettare questo incontro proficuo tra i metodi della scienza criminologica, le teorie penologiche e l'elaborazione delle riforme<sup>(46)</sup>. Come scrive il caporedattore James W. Garner, docente di scienze politiche all'Università dell'Illinois, nell'editoriale del primo numero in cui spiega il piano della rivista, essa mira a colmare la lacuna nella letteratura specialistica in lingua inglese, priva di pubblicazioni che si occupino in modo approfondito e sistematico dei temi connessi al diritto penale, alla criminologia, all'antropologia criminale. Il notevole

---

<sup>(45)</sup> Per contribuire a tale scopo, « in this new perspective (new, at any rate, for the man of the law), a list of materials for study must subsume the contributions of all the various contributory sciences. For lack of any existing list of such a scope, the present list (however preliminary and inadequate) will supply, it is hoped, a real need » (*ibidem*). La bibliografia copre un arco temporale che parte da Cesare Beccaria e John Howard, poiché « the one in the theory and the other in the practice of punishment, must be taken as the founders of the system that comes down in continuity » (p. x), prende spunto dalle precedenti raccolte bibliografiche contenute nei lavori di Enrico Ferri (in appendice a *La Sociologie Criminelle. Traduction de l'Auteur sur la troisième édition italienne. Complètement refondue*, Paris, Arthur Rousseau, 1893, *Bibliographie*, pp. 595-643), Hans Gross (in appendice alla traduzione inglese di *Criminal Investigation. A Practical Handbook for Magistrates, Police Officers, and Lawyers*, Madras, A. Krishnamachari, 1906, *Appendix I*, pp. i-xxxvi), Charles Richmond Henderson (in appendice a *Introduction to the Study of the Dependent, Defective and Delinquent Classes and of their Social Treatment*, Boston, D.C. Heath & co., 1901, 2<sup>nd</sup> ed., *Appendix*, pp. 349-394) e Arthur MacDonald (*Criminology*, New York, Funk & Wagnalls Company, 1893, 2<sup>nd</sup> ed., Part III. *Bibliography of Crime*, pp. 275-408), e tiene conto delle « national distinctions » nei vari contributi, l'Italia per l'antropologia e la sociologia, la Germania per la psicologia, la Francia per la sociologia, l'Inghilterra per la procedura, gli Stati Uniti per la penologia.

<sup>(46)</sup> 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 », 1, 11, 1912, pp. 50-55.

risveglio d'interesse per lo studio scientifico del reato e dei metodi punitivi che caratterizza il dibattito americano a cavallo tra Otto e Novecento si manifesta tanto in ricerche innovative quanto in un « destructive criticism of antiquated methods and in constructive proposals of reform » (47), tendenze di cui il *Journal* vorrebbe farsi sia promotore sia portavoce nella comunità accademica e degli operatori del diritto.

I principali temi che la rivista programmaticamente si propone di affrontare riguardano sia i profili teorici e metodologici legati alla comparazione, sia le concrete proposte di riforma supportate dai nuovi saperi: approfondire, sulla scia del positivismo criminologico europeo, le indagini sulle cause e i modi di prevenzione del reato, sui metodi per un processo più efficiente e sul *treatment* (non più *punishment*) del reo; costruire un comune campo di confronto tra i risultati dei migliori studi teorici e le esperienze della pratica professionale a livello internazionale; promuovere un'analisi complessiva dello stato attuale della *criminal law* in ogni suo settore in modo da combinare questioni di diritto sostanziale, processuale, amministrativo e dell'esecuzione.

Da questo breve manifesto emerge non solo la « popular dissatisfaction with the administration of the criminal law », tema ricorrente e già lucidamente descritto nelle sue cause da Roscoe Pound nel 1906 (48), cui l'*Institute* si propone di cercare rimedi, ma anche la scelta metodologica volta alla recezione dei diversi 'positivismi' continentali. L'attenzione verso le potenzialità riformatrici che le teorie degli europei sembrano dischiudere non comporta una presa di posizione a favore dell'antropologia italiana di Lombroso o di quella francese di Lacassagne, della sociologia di Ferri o dell'analisi economica di Bongers (49). La scienza giuridica americana non è

---

(47) J.W. GARNER, *Editorials. Plan of the Journal*, in « JAICLC », 1, 1, 1910, p. 6.

(48) Il riferimento è alla nota analisi *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, che Pound propose al XXIX Annual Meeting of the American Bar Association a St. Paul, Minnesota, il 29 agosto 1906, ora edita in S. GLUECK (ed.), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, Dobbs Ferry - NY, Oceana Publications, 1965, pp. 57-73.

(49) In una breve comunicazione inviata nel 1925 *Per il Cinquantenario della "Rivista Penale"*, cit., intitolata *Il progresso della legislazione penale negli Stati Uniti d'America (1874-1924)*, pp. 387-390, Robert Gault, James Garner, Edwin Keedy e John

interessata a scegliere una posizione, ma ad accogliere la più grande varietà di metodi, a far circolare negli ambienti accademici e forensi la pluralità degli approcci riformatori, non per aderire a un'unica scuola, ma per cercare pragmaticamente tra le diverse teorie le singole proposte o gli strumenti di analisi capaci di adattarsi meglio alla realtà nazionale.

Questa curiosità eclettica verso tutti i possibili approcci criminologici è testimoniata, in primo luogo, dall'eterogeneità sia dei contributi di autori stranieri pubblicati sulla rivista, sia dei libri che vengono sulla stessa recensiti, sia delle segnalazioni bibliografiche. Fin dai primi numeri del *Journal* è evidente la scelta programmatica per la dimensione comparativa e internazionale. Sono ospitati (e tradotti quando necessario) articoli dei più autorevoli criminologi ed esperti di discipline carcerarie europei<sup>(50)</sup>, pubblicate ampie sintesi di congressi internazionali o relazioni particolarmente rilevanti in essi tenute<sup>(51)</sup>: il comitato scientifico è profondamente convinto che solo da un'attenta lettura delle teoriche continentali possa partire una razionale riforma del sistema penale americano e per questo crede fermamente nell'urgenza di una loro divulgazione al vasto pubblico di avvocati, giudici, membri di commissioni legislative statali e federali, accademici. La rubrica dedicata alle recensioni, in particolare, dimostra l'attenzione quasi esclusiva per la letteratura criminologica italiana, tedesca e francese, commentata e criticata in base a differenze ed affinità con la *legal science* americana, nella

---

Wigmore, ricordano come « Negli Stati Uniti l'ispirazione dei criminalisti italiani ebbe notevole influenza per la fondazione del "Journal of the Institute" » (p. 388).

<sup>(50)</sup> Cfr., ad es., l'articolo del magistrato tedesco Adolf HARTMANN, *Reform of the Criminal Law in Germany*, in « JAICLC », 2, 3, 1911, pp. 349-355; le traduzioni, ad opera dell'avvocato di Chicago Robert W. Millar, del saggio di G. BATTAGLINI, *The Function of Private Defense in the Repression of Crime*, in « JAICLC », 2, 3, 1911, pp. 370-374, e, ad opera di Victor von Borosini, di S. OTTOLENGHI, *The Scientific Police*, in « JAICLC », 3, 6, pp. 876-880.

<sup>(51)</sup> Cfr., per es., il resoconto di R. H. GAULT, *The Congress for Criminal Anthropology*, in « JAICLC », 2, 5, 1912, pp. 661-663; CONTI, PRINS, *Some European Comments*, cit.; E. RUGGLES-BRISE, *An English View of the American Penal System*, in « JAICLC », 2, 3, 1911, pp. 356-369, che riproduce parte del *report* indirizzato dal riformista inglese a capo della *Prison Commission* al Segretario di Stato per gli Affari Interni dopo l'ottavo Congresso penitenziario internazionale del 1910 a Washington.

costante ricerca di qualche proposta valida per la riorganizzazione della *criminal justice* federale.

Il secondo pilastro dell'attività di comparazione avviata dall'*Institute* è la traduzione in lingua inglese delle opere dei più influenti criminalisti europei nella *Modern criminal science series*. Una commissione, presieduta da Wigmore, individua nove testi da tradurre, ciascuno dei quali è pubblicato con un'introduzione comune alla *Series* e un'*Introduction to the English version* da parte di un membro dell'istituto<sup>(52)</sup>. Nella programmatica *General introduction*, i sei membri del *Committee on translation* esprimono la ferma convinzione che i confini della *criminal science* siano più ampi di quelli tradizionali del diritto penale e che, così come la medicina ha abbandonato vecchie supposizioni attraverso un percorso di ricerca sperimentale che l'ha condotta a riconoscere le varie cause della malattia e le cure corrispondenti in un progressivo « individualization of disease », così la moderna scienza criminale riconosce che il crimine, come la malattia, ha diverse possibili cause naturali e che, di conseguenza, il « penal or remedial treatment cannot possibly be indiscriminate and machine-like » ma deve adattarsi ai fattori della delinquenza e al soggetto che ne risente<sup>(53)</sup>. « Thus the great truth of the present and the future, for criminal science, is the individualization of penal treatment »<sup>(54)</sup>: questa certezza nell'individualiz-

---

<sup>(52)</sup> Sull'importanza ed il significato culturale che tale *Series* ha avuto nella diffusione delle idee e dei metodi europei negli Stati Uniti, grazie soprattutto all'attività dello stesso Wigmore, cfr. C. PETIT, *Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science Americana*, in « Quaderni Fiorentini », 36, 2, 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; cfr. anche MUELLER, *Crime, Law and the Scholars*, cit., pp. 78-81. Nella *Series* la casa editrice Little, Brown & Co. di Boston pubblica: Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, *Modern Theories of Criminality* (1911); Hans GROSS, *Criminal Psychology* (1911); Cesare LOMBROSO, *Crime. Its Causes and Remedies* (1911); Raymond SALEILLES, *The Individualization of Punishment* (1911); Gabriel TARDE, *Penal Philosophy* (1912); Gustav ASCHAFFENBURG, *Crime and Its Repression* (1913); Raffaele GAROFALO, *Criminology* (1914); W. A. BONGER, *Criminality and Economic Conditions* (1916); Enrico FERRI, *Criminal Sociology* (1917).

<sup>(53)</sup> W.W. SMITHERS, E. FREUND, M. PARMELEE, R. POUND, R.B. SCOTT, J.H. WIGMORE, *General Introduction to the Modern Criminal Science Series*, ad es. in BERNALDO DE QUIRÓS, *Modern Theories of Criminality*, cit., pp. VII-XI, citaz. pp. 8, 9.

<sup>(54)</sup> Ivi, p. IX.

zazione obbliga evidentemente ad un complessivo ripensamento della disciplina in cui le diverse cause della criminalità siano studiate, sperimentate, comparate.

Mentre in Europa, però, tale rivoluzione è già in atto da almeno un quarantennio, con una vivace cooperazione interdisciplinare che ha dimostrato come il diritto debba servirsi di altre conoscenze, negli Stati Uniti invece « the public in general and the legal profession in particular have remained either ignorant of the entire subject or indifferent to the entire scientific movement », e questo « has blocked the way to progress in administration » (55). Il campo di lavoro dell'*Institute* è, dunque, determinato dall'urgenza di aprire l'ambito strettamente giuridico ad altre conoscenze, in modo da consentire alla giustizia penale di corrispondere meglio alle trasformazioni sociali e ai nuovi compiti richiesti alle corti nella scelta della pena. Il giudice, « in our complex civilization », spiega Quincy Myers nell'introduzione alla traduzione della *Sociologia* di Ferri per la *Series*, non può dedicare al caso individuale l'attenzione richiesta, « for lack both of time and opportunity », e pertanto tale lavoro, che richiede una specializzazione, deve essere fatto da altri. La convinzione sempre più diffusa che il reo richieda un trattamento invece di una pena, implica che le decisioni delle corti non siano ispirate solo da un « merely legislative empiricism », ma si fondino anche sulla « scientific deduction from reliable sources of information »: l'amministrazione della giustizia, in altri termini, « is not exclusively a legal science », ma un'attività complessa nella quale le conoscenze criminologiche devono avere uno spazio rilevante (56). Lo scopo delle traduzioni è, dunque, rendere l'individualizzazione un tema d'interesse scientifico anche negli *States* e colmare il ritardo culturale giovandosi delle teorie da tempo circolanti in Europa: i nove volumi presentano al pubblico le principali e contrastanti dottrine, i punti di contatto e le controversie metodologiche, cercando tutto ciò che può essere utile per animare il dibattito e stimolare il progresso della scienza criminale nordamericana.

---

(55) *Ibidem*.

(56) Q.A. MYERS, *Introduction to this volume*, in FERRI, *Criminal Sociology*, cit., p. xxxvi.

### 5. *Rileggere il passato per cambiare il futuro.*

Il principio dell'individualizzazione della pena rappresenta, dunque, uno dei temi chiave del positivismo criminologico, la cui affermazione viene, tuttavia, sostenuta con argomenti diversi, in funzione dei vari orientamenti metodologici e filosofici. Il dato comune è la convinzione che esso rappresenti una svolta rispetto alla concezione classica della pena, una netta cesura con il precedente modo di intendere il delinquente e la sanzione criminale. La forza del movimento progressista si regge in buona parte sulla capacità di segnare in modo riconoscibile la diversità dal passato, il quale, tuttavia, si presta a diverse possibili interpretazioni; il 'nuovo' della criminologia può allora essere letto come una rivoluzione radicale, un'evoluzione progressiva, un miglioramento graduale in continuità con la tradizione. Rileggere la storia del diritto penale e delle idee della pena ha, in questo contesto riformatore, lo scopo di offrire le coordinate entro cui collocare le proposte di ammodernamento del sistema: se, per i più convinti novatori come Ferri o Puglia, le passate concezioni della pena sono un ostacolo da superare in modo definitivo, per riformisti più moderati come Liszt o Saleilles occorre cercare un compromesso tra vecchio e nuovo, mentre per Roscoe Pound le necessarie trasformazioni nell'amministrazione della giustizia non possono porsi fuori o contro la tradizione.

Nel discorso di Marburg, Liszt colloca la sua idea dello scopo in una posizione di compromesso tra assolutismo ed evolucionismo, che fa salva la fondazione metafisica del castigo come reazione impulsiva della società nei confronti di azioni che turbano le condizioni di vita del singolo o dei gruppi, ma « impedisce nel contempo ad ogni tipo di speculazione metafisica di esercitare il proprio influsso sulla configurazione empirica della pena »<sup>(57)</sup>. La tenuta della teoria si regge su una lettura storica, in base alla quale la pena passa da una concezione primitiva di « azione istintiva », prodotto non dell'ingegno dell'uomo ma di reazioni spontanee proprie di una fase originaria, prestatuale, di tutti i popoli, ad una successiva fase in cui la pena si obbiettivizza, viene cioè trasformata in reazione

---

(57) LISZT, *La teoria dello scopo*, cit., p. 11.

giuridica dell'ordinamento attraverso i suoi organi e le sue procedure, orientata ad uno scopo.

Nella storia universale il professore viennese rinviene tracce di un percorso coerente, sempre nel segno del « carattere sociale » della pena, che passa dalla vendetta gentilizia, della famiglia o della stirpe, alla proscrizione o espulsione di un membro dalla comunità, alla pena statuale <sup>(58)</sup>. Il terzo stadio non è in contraddizione con i primi due, ma ne rappresenta un naturale sviluppo: la pena primitiva, pur avendo un carattere sociale, era azione istintiva, non determinata da uno scopo, ed è stata un'esperienza necessaria su cui poi si è innestata la pena moderna, giuridica, che Liszt vorrebbe finalisticamente orientata. Proseguendo « sulla via che già la storia ci ha indicata », è, dunque, possibile conciliare l'idea metafisica (o comunque non giuridicizzata) della pena, con l'idea dello scopo; ciò che davvero interessa al criminalista austriaco è concludere che « dal principio metafisico della pena, che tutte le teorie assolute eleggono a loro fondamento, non si può dedurre un valido criterio per la misura della pena » <sup>(59)</sup>, il quale dovrà, di conseguenza, essere cercato attraverso il metodo positivista, con l'aiuto della statistica, dell'antropologia criminale e della sociologia. Lo scopo della pena dovrà dunque variare in base alla tipologia del delinquente: risocializzazione per i « principianti della carriera del delitto », intimidazione per i delinquenti occasionali, neutralizzazione per gli irrecuperabili <sup>(60)</sup>.

---

<sup>(58)</sup> Ivi, p. 33: « attraverso un processo di autolimitazione, la forza punitiva è diventata diritto penale (*ius puniendi*), attraverso la recezione dell'*idea dello scopo* la cieca e sfrenata reazione si è trasformata in pena giuridica e l'azione dominata dall'istinto è divenuta azione controllata dalla volontà. La potestà dello Stato ha impugnato la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che vi si ribella ».

<sup>(59)</sup> Ivi, p. 42.

<sup>(60)</sup> Sul programma di Marburg cfr. W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, ora in Id., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 223-264; sull'importanza della storia penale nella riflessione di von Liszt, cfr. O. HEIN, *Vom Roben zum Hohen. Öffentliches Strafrecht im Spiegel der Strafrechtsgeschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts*, Köln-Wiemar-Wien, Böhlau, 2001, pp. 123-140; sulla « Naturgeschichte der Strafe » nella prolusione del 1882, cfr. anche T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin, Springer, 2009, pp. 123-128; G. SMAUS, *The History of Ideas and Its Significance for the Prison System*, in N. FINZSCH, R. JÜTTE (eds.),

Anche il libro di Saleilles sull'individualizzazione dedica ampio spazio alla ricostruzione storico-sociologica dell'idea e della funzione della pena: le tappe che segnano un graduale, costante cammino di progresso vanno dalla vendetta privata, al guidrigildo (espressione di un diritto penale obiettivo e basato sull'equivalenza tra male commesso e male subito), alla visione soggettiva del diritto canonico, la quale, esaltando la corrispondenza tra libertà individuale e responsabilità, porta, però, a proporzionare l'intensità della sanzione solo alla gravità del fatto commesso, fino alle più recenti posizioni delle scuole classica e positiva. Il giurista francese, come Liszt, esprime una posizione 'bilanciata', di riformismo moderato: l'individualizzazione come principio che valorizzi la personalità del delinquente nel momento dell'applicazione e dell'esecuzione della pena, non esclude l'elemento fondamentale del libero arbitrio e della responsabilità individuale <sup>(61)</sup>.

Convinto cattolico, Saleilles non accetta il determinismo puro proposto dalla scuola italiana, pur riconoscendo la necessità di superare i rigidi principi del classicismo penale per conformare la sanzione alla personalità del reo: nella sua visione, certamente più vicina alla concezione sociologica della storia di Tarde come trasformazione dell'ordine giuridico <sup>(62)</sup> che alla tesi evoluzionista spenceriana condivisa dai positivisti italiani, « l'histoire est tout le contraire du fatalisme immobilisé, c'est un déterminisme vivant dont nous sommes les libres facteurs; à nous de la diriger conformément à

---

*Institutions of Confinement. Hospitals, Asylums, and Prisons in Western Europe and North America, 1500-1950*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, specie pp. 183-185.

<sup>(61)</sup> SALEILLES, *L'individualisation*, cit., p. 167: « 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 ».

<sup>(62)</sup> Sull'utilizzo della storia giuridica penale in chiave sociologica e anti-evoluzionista da parte di Tarde, cfr. É. TILLET, *L'histoire du droit au risque de la sociologie. Éléments de réflexion sur la pensée de Gabriel Tarde (1843-1904)*, in *Champ pénal/Penal field* [En ligne], XXXIVe Congrès français de criminologie, *Les criminologiques de Tarde*, mis en ligne le 14 septembre 2005, Consulté le 24 août 2012. URL: <http://champpenal.revues.org/263>; DOI: 10.4000/champpenal.263.

l'intérêt de la vie sociale et du progrès de l'humanité » (63). La storia universale e la storia individuale del criminale non sono eterodirette, ma guidate da scelte libere che possono (o devono) essere reindirizzate nel futuro verso l'interesse collettivo: non tutto ciò che appartiene al passato del diritto penale va rifiutato e se è giusto criticare la dottrina classica « c'est pour ses résultats dans le présent, beaucoup plus que pour sa justification dans le passé » (64).

Un uso diverso della storia è quello di Roscoe Pound. In numerosi contributi nei quali analizza le cause dell'insoddisfacente amministrazione della giustizia penale per proporre soluzioni praticabili, il preside dell'Harvard Law School fonda il suo ragionamento su un continuo confronto tra passato e presente, tra condizioni di 'ieri' ed esigenze di 'oggi'. Con uno sguardo realista e sociologico, riconosce i grandi cambiamenti della società americana dalla Dichiarazione d'indipendenza al Novecento: la società agricola e semplice delle origini, organizzata in piccole comunità, ha lasciato il posto a comunità complesse e frammentate, concentrate nei grandi centri urbani fortemente industrializzati. Continuare ad applicare il sistema di *criminal justice* del passato significa essere incapaci di comprendere il presente, lo statico attaccamento alle tradizioni dei padri fondatori impedisce di rispondere adeguatamente ai bisogni attuali e genera, di fatto, un senso collettivo d'insoddisfazione verso le storture della macchina della giustizia.

La trasformazione radicale nella giustizia penale, che come vedremo accomuna l'analisi di Pound a quella dei positivisti europei, è lo spostamento del baricentro dalla tutela dell'individuo alla sicurezza della società, dalle garanzie per il singolo alla difesa della collettività: questo mutamento ha delle ripercussioni importanti sulle regole del diritto penale e sulla funzione della pena, che spingono verso l'abbandono di tradizionali certezze (65). Il sistema

---

(63) SALEILLES, *L'individualisation*, cit., p. 50. Sulla peculiarità del *méthode historique* nel pensiero del modernista transalpino cfr. ora l'ampia analisi di M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 141-226.

(64) SALEILLES, *L'individualisation*, cit., p. 50.

(65) Cfr. ad es. R. POUND, *Criminal Justice in America*, New York, Henry Holt and Co., 1929, pp. 197-98: « Penal treatment in America today raises specially difficult

che funzionava perfettamente « originally », « in pioneer America », non è più adeguato « now », « today », « nowadays » (66): tuttavia, la chiara diagnosi dei difetti e delle difficoltà che « lie in our social, political, and legal history and have to do with settled frames of mind and received attitudes toward the legal order » (67), non significano per Pound dover cancellare il passato. I tre obiettivi verso cui il moderno diritto penale deve tendere, ovvero una giustizia preventiva, un sistema di trattamento individualizzato del reo ed un ribilanciamento degli equilibri tra sicurezza generale e diritti soggettivi, devono essere perseguiti non attraverso una rottura con la tradizione, ma ponendosi in continuità con essa.

La *legal tradition* ricostruita dall'analisi storico-giuridica va rispettata ma non assolutizzata, deve essere modificata ma non rinnegata: non solo, infatti, « there is a kernel of truth in these traditional legal theories » (68), ma solo la conoscenza storica consente di non ripetere errori, di preservare l'eredità positiva del passato e abbandonare ciò che ostacola il progresso. La *legal history* mostra una continua eccessiva oscillazione tra i due poli dell'individuo e della società, tra un regime di assoluto atomistico individualismo ed uno di onnipotenza dello Stato con concentrazione di potere e funzioni politicamente orientate (69): solo un sistema capace

---

questions because the time calls for individualization and the traditional spirit of our law calls for generalized penalties; because our ideas, inherited from the last century, are characteristically humane and stress the individual life, while the times demand greater regard for the general security; because at the time when we need to experiment and try out new devices the public fears a relaxation of punitive measures; because conditions of urban life and a multitude of new offences have filled our penal institutions with types for which our traditional methods are ill-adapted, and yet new methods are scouted as depriving penal treatment of its deterrent effect ».

(66) Su questa contrapposizione è costruito tutto il cap. V, *Criminal Justice Today*, del libro citato alla nota precedente, pp. 167-215.

(67) Ivi, p. 204.

(68) R. POUND, *The Future of the Criminal Law*, in « Columbia Law Review », 21, 1921, p. 15. Sulla 'posizione mediana', non radicalmente eversiva della teoria di Pound, cfr. T.A. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility in the Age of Pound: An Essay on Criminal Justice*, in « Michigan Law Review », 93, 1995, specie pp. 1965-83.

(69) POUND, *The Future of the Criminal Law*, cit., p. 9: « What we need to observe is that legal history shows a continual movement back and forth between an extreme solicitude for the general security and the security of social institutions, leading to a

di bilanciare in forma rinnovata le due estreme tendenze può, secondo Pound, risolvere i mali della giustizia americana.

Per gli esponenti più radicali della scuola positiva, invece, il rapporto con la storia del diritto penale, specie quella più recente da Beccaria in poi, è funzionale a marcare un salto, a indicare la fine di un'epoca e l'avvio di tempi nuovi. L'adesione alla concezione evolucionista della storia, porta Ferri a riconoscere i meriti passati della scuola classica nel superamento dell'arbitrio medievale, ma a decretarne la fine per lasciare spazio alla nuova corrente, che, « si noti bene, non si presenta già per abbattere d'un colpo tutto quanto si è fatto finora nella scienza e nella pratica, ma si presenta invece come uno svolgimento ulteriore di questa stessa scienza criminale » (70). Il rinnovamento proposto non si pone, almeno nelle dichiarazioni programmatiche, contro il passato, ma piuttosto oltre lo stesso, perché l'evoluzione progressiva non può arrestarsi alle teorie di Beccaria e Carrara: l'individualismo penale, come quello economico, « hanno portato grandi benefici alla società, ma ambedue hanno chiuso ormai il loro splendido ciclo, perché hanno già toccata, e forse oltrepassata, la loro meta » (71).

La storia del diritto penale in chiave evolucionistica serve, dunque, a dimostrare non che lo studio del reato come ente giuridico astratto « sia stato inutile » ma che « più non basta » e che la nuova scuola rappresenta « uno sviluppo ulteriore della scuola classica iniziata da Beccaria » (72). Il movimento di azione e reazione

---

minimum of regard for the interests of the individual accused and reliance upon summary, unhampered, arbitrary administrative punitive justice; and at the other extreme excessive solicitude for the social interest in the individual life, leading to a minimum of regard for the general security and security of social institutions and reliance upon strictly regulated judicial punitive justice, hampered at all points by checks and balances and technical obstacles ». Ma cfr. anche POUND, *Criminal Justice in America*, cit., p. 215: « We are not compelled to choose, as has been assumed, between a régime of atomistic individualism or one of state omnicompetence and concentration of all powers and functions in politically ordered society. Our ideas in this connection have been confused by loose use of the words "individualism" and "socialism". The juristic thinking of today must transcend both nineteenth-century individualism and nineteenth-century socialism ».

(70) FERRI, *Sociologia*, cit., p. 11.

(71) Ivi, p. 21.

(72) Ivi, pp. 16, 23.

che guida il processo storico e domina sia il mondo fisico sia quello morale indica la via di riforma anche del diritto penale, sul presupposto non di un rifiuto dei meriti del passato, ma della convinzione di un « diritto imprescrittibile » di superarlo e modificarlo <sup>(73)</sup>.

Il processo di criminalizzazione e il movimento per l'individuazione della pena seguono, dunque, percorsi diversi in ragione di una molteplicità di fattori, politici, istituzionali e giuridici e, non ultimi, culturali: ogni orientamento, ogni indirizzo, ha bisogno per consolidarsi di un discorso legittimante che non può fare a meno di una lettura storica e storiografica. Il modo, evidentemente variabile, di ricostruire il passato e di interpretarlo, può aiutare a rafforzare il senso della tradizione o, viceversa, può favorire il rinnovamento radicale.

---

<sup>(73)</sup> Ivi, p. 24: « nell'ordine teorico noi accettiamo di buon grado e riconosciamo quanto si è fatto finora dalle scuole classiche nello studio giuridico del reato, riserbando naturalmente l'imprescrittibile diritto di modificare quelle idee, che i progressi delle scienze naturali hanno mostrate non conformi alla realtà dei fatti. E riconosciamo così che senza il lavoro glorioso dei nostri predecessori, noi non potremmo proseguire; come è voluto dalla legge universale di evoluzione, per la quale [...] il presente è figlio del passato, ma è padre dell'avvenire ».



## CAPITOLO II

### LA PENA A TEMPO INDETERMINATO: RIABILITAZIONE INDIVIDUALE E SICUREZZA SOCIALE

1. Il dibattito sulla *indeterminate sentence* negli Stati Uniti. — 2. L'esaltazione dell'ideale riabilitativo. — 3. La dubbia costituzionalità delle *indeterminate sentence laws*. — 4. Interpretazioni evolutive ed « emphasis upon reformation ». — 5. Pena indeterminata e difesa sociale. — 6. Dalla disillusione alla critica. — 7. La pena indeterminata nella criminalistica europea. — 8. Prime teorizzazioni e identità genetiche europee. — 9. La stretta legalità dell'esecuzione e l'individualizzazione 'nei limiti del possibile'. — 10. Il confronto dottrinale e la costruzione di un'alternativa. — 11. La detenzione indeterminata come supplemento di pena. — 12. Il 'retributivismo sociologico' di Durkheim e Tarde. — 13. Il penale per i 'normali' e quello per gli 'anormali'. — 14. La decisione di retroguardia al Congresso di Bruxelles. — 15. Lo scontro di Washington e la frattura tra Europa e Stati Uniti.

#### 1. *Il dibattito sulla indeterminate sentence negli Stati Uniti.*

Il *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* del 1870 a Cincinnati rappresenta una tappa fondamentale del movimento progressista nordamericano. In un intervento che, con ambizione e coraggio, mira a definire l'ideale modello carcerario del futuro, il soprintendente della casa di correzione di Detroit Zebulon Reed Brockway propone di sostituire il fallimentare sistema punitivo vigente di matrice retributiva a pene fisse con un sistema a pena indeterminata. Se il nuovo fondamento del diritto penale è la *reformation* del criminale, la sanzione detentiva deve poter incidere sulla mentalità del condannato, condizionarne e modificarne il comportamento: non può, pertanto, essere né troppo breve, perché il reo ne attende il termine per ritornare alla vita precedente, né troppo lunga, perché genera nel condannato un sentimento vendicativo nei confronti della giustizia e un senso di apatia e scoraggiamento che lo portano ad attendere passivamente la fine della deten-

zione senza alcuno stimolo a rieducarsi. La pena, invece, — sostiene Brockway — deve essere *indeterminate*, nel senso che « all persons in a state, who are convicted of crimes or offences before a competent court, shall be deemed wards of the state, and shall be committed to the 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 » (1). Il *board of guardians* diviene il soggetto fondamentale cui lo Stato delega sia il trattamento sia il reinserimento sociale del delinquente. Privo di funzioni giudiziali, la sua composizione variegata lo rende un organo non strettamente giuridico, espressione di competenze e sensibilità diverse oltre a quella legale (2); non retribuiti né eletti, i membri che lo compongono dovrebbero essere autonomi da influenze esterne, dotati di poteri sufficienti per organizzare l'amministrazione della fase esecutiva e per decidere se e quando rilasciare i detenuti riformati o riarrestarli in caso di ricadute, rispondendo al legislativo

---

(1) Z.R. BROCKWAY, *The Ideal of a True Prison System for a State*, in E.C. WINES (ed.), *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. Nel 1867, come direttore della casa di correzione di Detroit, Brockway aveva ottenuto l'emanazione di una prima legge, la c.d. *three years law*, che toglieva alla corte il diritto di decidere la durata della pena per una persona adulta; la disposizione prevedeva che una donna condannata per prostituzione fosse inviata alla casa di correzione per tre anni e che potesse essere rilasciata, in via definitiva o sotto condizioni, se gli ispettori ne riscontravano l'avvenuta riforma o la buona condotta. Anche se raramente applicata, tale legge anticipa i caratteri dell'*indeterminate sentence*, perché prevede una pena molto lunga, sproporzionata alla gravità dell'offesa, attribuisce all'autorità carceraria il potere di far terminare la durata della detenzione stabilita dal giudice e le conferisce anche il potere sulla condannata dopo il rilascio, con la possibilità di ricondurla nella casa se commette altri reati; sul punto cfr. Z.R. BROCKWAY, *Fifty years of prison service. An autobiography*, New York, Charities Publication Committee, 1912, pp. 126-129; per una sintesi cfr. anche H.A. JOHNSON, N.T. WOLFE, *History of Criminal Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 2003, pp. 255-276.

(2) Il *board* dovrebbe essere così formato « 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 » (BROCKWAY, *The Ideal of a True Prison System*, cit., p. 47).

e all'opinione pubblica dei risultati ottenuti nel contrasto alla criminalità.

In quindici punti Brockway illustra sinteticamente i vantaggi della *indeterminate sentence*, ponendo sul tappeto una serie di argomenti destinati ad animare il dibattito americano ed internazionale sul riformismo penale e penitenziario fino agli Trenta del Novecento. Il sistema della pena indeterminata (1) sostituisce la *law of force* con la *law of love*, trasformando lo Stato ed il suo apparato da governatore a guardiano; (2) assicura certezza nel controllo e continuità nel trattamento del reo, garantendo la prevenzione del crimine meglio di quanto non faccia la mera severità della sanzione; (3) rende possibile l'arresto e la correzione di coloro che commettono i loro primi reati quando ancora il carattere criminoso non sia irrimediabilmente determinato; (4) utilizza per fini di riforma quello che prima rappresentava il principale ostacolo alla rieducazione del detenuto, cioè l'amore per la libertà e il desiderio di essere rilasciato, (5) ponendo l'interesse personale del prigioniero perfettamente in linea con il rispetto delle regole; (6) consente con astuzia di manipolare il carattere del reo; (7) assicura la cooperazione del detenuto nel raggiungimento del fine riabilitativo, aspetto fondamentale se non si vuole andare incontro a frequenti fallimenti; (8) pone la responsabilità di stabilire il periodo di detenzione « in a responsible head, known to the public, easily reached and reviewed, instead of living it to the whim of officers elected by the popular vote, who (as the rule) has neither time nor opportunity to know what is best in the case » <sup>(3)</sup>; (9) non toglie necessariamente il potere di decidere il periodo di detenzione dal *judiciary* ma offre la competenza di esperti nell'esame del condannato; (10) rimuove la determinazione della durata della detenzione dal *trial*, « with its excitements, its prejudices, and any influence of popular clamor » <sup>(4)</sup> e permette di valutare correttamente il reale carattere del criminale; (11) rende possibile una rapida correzione dei *first offenders*; (12) favorisce il ritorno in società al momento giusto di persone riformate ma (13) consente anche, se necessario, di controllare il reo per tutta la vita al fine di proteggere sia la società sia lui stesso da impulsi ingovernabi-

---

<sup>(3)</sup> Ivi, p. 55.

<sup>(4)</sup> Ivi, p. 56.

li; (14) è un sistema costituzionale legittimo e (15) l'esperienza dimostra che è anche « quite indispensable to the ideal of a true prison system »<sup>(5)</sup>.

In questo elenco sono già contenuti tanto gli elementi più innovativi, quanto le contraddizioni e i pericoli della pena indefinita: con un linguaggio diretto, senza tecnicismi e basato sull'esperienza, Brockway traccia la via di una riforma destinata a modificare profondamente il sistema penale statunitense, le regole del processo e la distribuzione di poteri, accentuando la potenzialità riformatrice della nuova misura e nascondendone i rischi repressivi. Dopo un primo, inattuato, progetto di legge per applicare nello Stato del Michigan l'*indeterminate sentence* a tutti i reati puniti con il carcere nel 1870-71, Brockway riesce per la prima volta a far adottare tale sistema punitivo nel riformatorio di Elmira, Stato di New York, nell'aprile 1877.

Chiamato nel 1876 a dirigere il nuovo istituto, egli prospetta in un primo progetto di legge l'adozione di un sistema di pena assolutamente indeterminato, senza né un minimo né un massimo stabiliti dalla legge; capendo, però, che tale proposta sarebbe stata bocciata sia dal legislatore sia dall'opinione pubblica perché considerata troppo rivoluzionaria, propone, ed ottiene, un più moderato modello di *relative indeterminate sentence*, con il limite massimo legislativamente definito<sup>(6)</sup>. Il sistema di Elmira diviene in breve tempo un modello della *reformatory sentence*, applicabile non solo ai detenuti nei riformatori (delinquenti minori *first offenders*) ma anche, gradualmente, a quelli inviati nei penitenziari per ragioni di età

---

<sup>(5)</sup> *Ibidem*.

<sup>(6)</sup> Il testo dell'*Act*, alla sect. 2, prevede infatti che: « Every sentence to the reformatory of a person hereafter convicted of a felony or other crime shall be a general sentence to imprisonment in the New York State reformatory at Elmira and the courts of this state in imposing such sentence shall not fix or limit the duration thereof. The term of such imprisonment of any person so convicted and sentenced shall be terminated by the managers of the reformatory, as authorized by this act; but such imprisonment shall not exceed the maximum term provided by law for the crime for which the prisoner was convicted and sentenced ».

o per reati più gravi, eccetto i condannati al carcere a vita e i delinquenti abituali (7).

Anche se l'idea chiave del sistema di Brockway, ovvero la previsione di una pena senza una durata predeterminata, non è una novità assoluta nei discorsi sulla riforma penitenziaria dell'Ottocento (8), certamente originale e più incisiva è la sua teorizzazione per applicarla come strumento esemplare di una generale visione del diritto penale finalisticamente ripensato in chiave rieducativa e di difesa sociale. Come spiega il suo ideatore nell'intervento di Cincinnati, l'*indeterminate sentence* non è solo un nuovo esperimento nei metodi punitivi, ma implica l'adesione ad un progetto penologico completamente diverso dalla visione tradizionale, la rottura con i classici principi del diritto criminale e il sostegno pieno alle moderne dottrine criminologiche. In realtà — chiarisce Wines —, la pena

---

(7) In origine Elmira ospitava *first offenders* tra i sedici e i trent'anni di età; sull'opportunità di estendere il modello dai riformatori ai penitenziari, cfr. W.F. SPALDING, *Indeterminate Sentence for Penitentiary Prisoners*. A Paper Prepared for the National Prison Congress, 1895, s.l., s.n., 1895?

(8) Come lui stesso riconosce (BROCKWAY, *Fifty years of prison service*, p. 134), un qualche precedente è rinvenibile nelle proposte di Whateley, vescovo di Dublino, del 1832; nel *mark-system* introdotto da Maconochie, sovrintendente della colonia penale inglese sull'isola di Norfolk nel 1840; nella *progressive classification* dei detenuti utilizzata da Walter Crofton, direttore del sistema carcerario irlandese dal 1854, per favorire la riabilitazione del condannato consentendone il passaggio dal carcere rigido in isolamento fino al *tickets-of-leave*, passando per diversi livelli di severità nella detenzione e di graduale reinserimento in società in base ai meriti acquisiti; nelle dichiarazioni favorevoli alla pena indeterminata di Matthew Davenport Hill, giudice criminale a Birmingham tra il 1850 e il 1878; nell'enfasi posta da Bonneville de Marsangy, procuratore del re a Versailles, sullo scopo di riforma del delinquente che la pena deve perseguire; nel modello di amministrazione penitenziaria di Montesinos a Valenica. Sull'importanza e il contributo di questi, ed altri, precursori per Elmira, cfr. F.H. WINES, *Punishment and Reformation. A Study of the Penitentiary System*, new ed., New York, T.Y. Crowell, 1919, pp. 199-234; sulle precorritrici idee di Maconochie, in particolare riguardo alla pena indeterminata e all'idea che il detenuto 'abbia le chiavi della propria cella', cfr. N. MORRIS, *Maconochie's Gentlemen. The Story of Norfolk Island and the Roots of Modern Prison Reform*, Oxford-NY, OUP, 2002, *passim* ma specie pp. 178-194; sul riformista francese cfr. A. NORMANDEAU, *Pioneers in Criminology: Arnould Bonneville De Marsangy (1802-1894)*, in « The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science », 60, 1, 1969, pp. 28-32; sulle prime forme di individualizzazione penitenziaria che, invocando flessibilità e gradualismo del trattamento, propongono la semilibertà e la liberazione condizionale, cfr. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., pp. 29-39.

indeterminata « is merely a tool », non ha alcun valore se non è ben utilizzata da parte di persone competenti, « it has in itself no reformatory power; it is a dead thing »<sup>(9)</sup>: il vero potere sta tutto nelle *reformatory agencies* che, attraverso il lavoro, l'educazione, la religione, favoriscono la riabilitazione del condannato e, in modo più accentuato in un sistema senza pena fissa, ne stimolano una più consapevole introiezione.

## 2. *L'esaltazione dell'ideale riabilitativo.*

Quello inaugurato ad Elmira, e presto introdotto anche in altri stati, è un nuovo sistema penale, fondato sulla « substitution of imprisonment for reformation for imprisonment for retribution »<sup>(10)</sup>. Le ragioni del cambiamento si devono cercare certamente nei fallimenti manifestati dalle *definite sentences*, ed anche, con sguardo più ampio, nei nuovi orientamenti della scienza penalistica influenzati dal determinismo, dall'antropologia criminale, dal positivismo sociologico. Il riformatorio di Elmira diventa in breve tempo un simbolo, celebrato o criticato dal movimento correzionalista a livello internazionale<sup>(11)</sup>. Come prima concreta attuazione della *reformatory sentence* rappresenta uno spartiacque tra il 'vecchio' diritto penale e la nuova criminologia: « This marked an epoch », afferma non senza orgoglio nazionalistico Wines, « the turning-point

<sup>(9)</sup> F.H. WINES, *Punishment and Reformation*, p. 216.

<sup>(10)</sup> W.F. SPALDING, *The Indeterminate Sentence. Its History and Development in the United States*, in S.J. BARROWS (ed.), *The Indeterminate Sentence and the Parole Law. Reports prepared for the International Prison Commission — March 1, 1899*, Washington, Government Printing Office, 1899, pp. 12-13. M. DAVITT, *Criminal and Prison Reform*, in « The Nineteenth Century », 36, 1894, pp. 875-889, considera il metodo proposto sicuramente più efficace per la riforma del delinquente, ma forse ancora non supportata dall'adeguato consenso: « But I fear such a proposed change in the treatment of criminals is not likely to find much support with the authorities of our time » (p. 876).

<sup>(11)</sup> Un giudizio positivo sul riformatorio è, ad es., in E. PASSEZ, *Le régime de la maison de correction (Reformatory) d'Elmira*, in « Revue pénitentiaire et de droit pénal », 9, 7-8, 1885, pp. 989-992. Uno sguardo più critico emerge, per es., nella raccolta e traduzione delle informazioni contraddittorie sullo stabilimento pubblicate dalla stampa americana, in H. DA, *Pénitencier d'Elmira, à New-York (États-Unis)*, nella stessa rivista, 10, 5, 1886, pp. 642-646.

in the history of prison, not only in America, but, as I believe, in the civilized world. It was the birthday of the new criminology » (12).

La battaglia per la pena indefinita diviene, così, il simbolo delle posizioni progressiste per il rinnovamento radicale del diritto penale che parte dagli Stati Uniti, ma è destinato ad abbracciare tutto l'Occidente: le prime legislazioni che, combinando *science e humanity*, introducono parziali sperimentazioni del *reformatory imprisonment* « are but the beginnings of a revolution which is destined radically to change men's habits of thought concerning crime, and the attitude of society towards criminals, to rewrite from end to end every penal code in Christendom, and to modify and ennoble the fundamental law of every state » (13).

I primi, più convinti sostenitori della nuova misura insistono sulla radicale novità del principio punitivo che essa incarna più che sulla sua pratica applicazione: « The change is so radical, in fact so revolutionary, that the underlying principle of the new system should be stated » (14). L'idea centrale, più rivoluzionaria, è quella dell'individualizzazione, di una pena che si adatti non al crimine, « an opera bouffe conception which has been abandoned in reasoning though not in practice » (15), ma al criminale: il reo è posto in carcere non per ciò che ha fatto, ma per ciò che è, il crimine compiuto dimostra il suo essere inadatto alla libertà ma non identifica definitivamente il suo carattere, né può servire come misura della reazione punitiva. Se, infatti, la pena fissa retributiva era tutta proiettata su una valutazione del passato, sia dell'atto sia dell'agente, « under the indeterminate sentence the attention of the prisoner and of the state is fixed upon the future » (16), sulla capacità e lo stimolo

(12) WINES, *The New Criminology*, cit., p. 10.

(13) C.T. LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, in « Yale Law Journal », 9, 1, 1899, pp. 26-27.

(14) SPALDING, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 13. Nello stesso senso anche C.D. WARNER, *Some Aspects of the Indeterminate Sentence*, in « Yale Law Journal », 8, 5, 1899, p. 219: « The introduction of the indeterminate sentence into our criminal procedure would be a radical change in our criminal legislation and practice ».

(15) *Ibidem*.

(16) SPALDING, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 13. Cfr. anche LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 20: « The prison of the old style faces the past, and

del reo a rigenerarsi fisicamente, mentalmente, moralmente e spiritualmente.

Il rapporto tra lo Stato e il cittadino criminale — afferma Spalding — è *perpetual*, non si può risolvere con la fine di una pena prestabilita come se si trattasse del pagamento di un debito, ma deve guardare senza scadenza al momento in cui il reo sarà realmente idoneo a rientrare nella comunità senza pericolo. Nessun giudice, di conseguenza, ha la competenza per decidere l'effettiva durata della pena, ma la conoscenza delle condizioni del detenuto, da cui dipende la scelta sull'eventuale liberazione, non può che spettare alle *prison authorities* che periodicamente testano e verificano la sua condotta in varie circostanze. Se nel sistema retributivo non s'instaura alcun rapporto tra custodito e custode, invece « *under a sentence for reformation the prisoner and those who have him in custody have a common purpose* » (17): il nuovo metodo, facendo leva sul desiderio di libertà del detenuto e riproducendo dentro il carcere le condizioni di vita naturale di una comunità libera, favorisce la cooperazione spontanea e l'auto disciplina del reo. L'immagine ricorrentemente utilizzata è quella del detenuto reso arbitro del proprio destino: la durata della reclusione non dipende più dagli astratti criteri della scala penale, né dalla decisione di altri (il giudice, il direttore del carcere), ma esclusivamente dalla volontà e dalla capacità del reo di rieducarsi (18).

L'accento è posto sulla maggiore efficacia riabilitativa della pena indeterminata, sul coinvolgimento diretto del condannato nel suo processo rieducativo, sulla generale fiducia nella possibile risocializzazione della gran parte dei delinquenti (19). La retorica che ne sostiene l'introduzione fa leva sull'inefficacia e l'illogicità del retri-

---

forever looks backward to the crimes committed, of which the sentences awarded are a perpetual reminder. The true reformatory has turned to the future ».

(17) SPALDING, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 14.

(18) Cfr. per es. LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 19: « The prisoners becomes the arbiter of his own fate », e M.D. FOLLETT, *Aims of the Indeterminate Sentence*, in BARROWS (ed.), *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 23: « By hard experience the prisoner may learn that his own bad character and conduct stand between him and his full freedom, and that, like the rest of men, he controls his own destiny ».

(19) Cfr. per es. G.M. BUCK, *Indeterminate Sentence*, in « Michigan Law Review », 4, 1895, pp. 114-119.

butivismo, tanto incapace di ridurre il crimine e di correggere il colpevole quanto inidoneo a proteggere la società, ed esalta sia il profilo umanitario sia la coerenza della nuova misura punitiva con lo scopo di un'amministrazione della giustizia individualizzata. Nello scontro con le concezioni del passato per legittimare i cambiamenti che disegnano il futuro del diritto penale, il discorso dei riformisti sembra trascurare gli aspetti più contraddittori della pena indefinita, sorvolare sui possibili rischi nella sua applicazione, difenderne incondizionatamente i meriti. In realtà è ben chiara, fin da subito, la doppia anima della *reformatory sentence*, la duplice utilità per riformare i riformabili ed eliminare permanentemente dalla società i soggetti più pericolosi: « the indeterminate sentence has two distinct objects; one is the absolute protection of society from the outlaws whose only business in life is to prey upon society; and the second is the placing of these offenders in a position where they can be kept long enough for scientific treatment as decadent human beings, in the belief that their lives can be changed in their purpose »<sup>(20)</sup>.

La celebrazione dell'ideale riabilitativo, della corresponsabilità del detenuto, offre sì, al criminale che sa e può 'redimersi', le chiavi della propria cella, ma condanna anche ad una reclusione continuativa il delinquente abituale, professionale, costitutivamente degradato e perciò irrecuperabile. Il successo della *indeterminate sentence* dipende dalla capacità di entrambi gli argomenti, quello umanitario rieducativo e quello repressivo, di fare presa tanto sull'opinione pubblica quanto sul legislatore: il volto filantropico della riforma non può fare a meno del suo corrispondente securitario se vuole imporsi nel sistema nordamericano. L'accusa al modello classico di pena fissa può giocare su entrambi i fronti, insistendo sulla sua dannosa propensione a generare criminali attraverso le pene detentive brevi per delinquenti occasionali, o sulla sua deleteria inattu-

---

<sup>(20)</sup> WARNER, *Some Aspects of the Indeterminate Sentence*, cit., p. 221. Affermando che « The fundamental principle on which the indefinite sentence rests, the corner stone of the fabric of rational jurisprudence, is that no man should be imprisoned if it is safe for himself and for society that he be free », Lewis (*The Indeterminate Sentence*, cit., p. 28) enfatizza il lato più umanitario della misura (il carcere solo come estrema misura perché è innaturale e contro il senso umanità), ma di fatto riconosce che se un soggetto non è considerato sicuro per la società può (deve) essere imprigionato senza limiti di tempo.

dine a contrastare la delinquenza professionale; certo è che i riformisti devono demolire l'edificio precedente per rifondare il sistema. Charlton Lewis, per esempio, usa toni molto critici verso « the damning reproach of our traditional penal system that produces and perpetuates in the midst of our civilization a body of professional criminals, a large class of hopeless degenerates », sanzionati con pene fisse che li rimettono dopo poco in condizioni di nuocere nuovamente alla comunità, perché « nothing but universal custom could blind us to the folly of such a practice » (21).

Se il carcere deve essere utilizzato, l'unico impiego razionale è misurarne la durata sull'effettiva riabilitazione del reo, senza termini rigidi; se tale metodo non è ancora universalmente adottato, la colpa è di « all the forces of a narrow and timid conservatism », di « perverse custom and traditional prejudice » (22) le cui critiche impediscono di comprendere il *reformatory system* nel suo complesso. La sfida per l'accettazione e l'implementazione della pena indeterminata si gioca sulla capacità di smontare le ragioni della tradizione e gli argomenti dei conservatori, sradicando false convinzioni e persuadendo la generalità dei cittadini della bontà e dell'utilità del nuovo sistema, perché un vero progresso nelle istituzioni penitenziarie e nella cultura penale non è possibile « until public opinion rises to a broad appreciation of the problem, and, with the full courage of its convictions, demands their incorporation into the law of the land » (23).

Opposizioni al cambiamento sono espresse dai criminali stessi, sia i semplici *law-breakers* che temono l'elemento d'incertezza sempre presente nella natura di chi controlla la loro vita ed il loro destino, sia i delinquenti professionali che vedono la fine obbligata della loro carriera (24); da una parte degli avvocati che temono di

---

(21) Ivi, p. 21.

(22) *Ibidem.*

(23) Ivi, p. 27.

(24) Esprime tale punto di vista 'interno' ai detenuti, peraltro difendendo le ragioni della riforma, un articolo dal titolo *The Indeterminate Sentence* firmato *A prisoner*, pubblicato nel settembre 1911 dall'« Atlantic Monthly », pp. 330-332, poi riedito in C. BACON (ed.), *Prison Reform*, White Plains N.Y., H.W. Wilson Co., 1917, pp. 267-269; nell'articolo si sottolinea l'impreparazione criminologica delle guardie carcerarie, i cui soli requisiti richiesti sono di essere un elettore e di essere in buona condizione fisica.

perdere occasioni di guadagno; da chi teme un'eccessiva disuguaglianza nei trattamenti di criminali che commettono lo stesso reato, dimenticando che già il sistema classico di pene fisse aveva portato, con la varietà di leggi da Stato a Stato e con la possibilità di valutare molteplici circostanze del delitto, ad un'« inequality and apparent inequity in the distribution of punishment », tanto che la durata della detenzione « is largely the result of prejudice, caprice or accident »<sup>(25)</sup>; dai sentimentalisti che considerano troppo severa la pena indefinita e non si rendono conto che la vera crudeltà sta nel rimettere in libertà un soggetto non ancora rieducato e che la pena che dà al condannato « the key to the house in which he is confined » può essere considerata *unusual* ma non certo *cruel*<sup>(26)</sup>; da chi, viceversa, protesta contro l'eccessivo favore che tale metodo riserva al criminale, senza considerare il lato utilitaristico perché « reformation, when possible is vastly more profitable than restraint »<sup>(27)</sup>. Ma resistenze ancora più forti provengono da chi

---

<sup>(25)</sup> F.H. WINES, *Possible Penalties for Crime or the Inequality of Legal Punishment*, (Paper Read at the National Prison Association - Saint Paul, June 1894), Concord, Massachusetts State Reformatory, 1895, p. 16; per questo motivo, continua Wines, i sostenitori della pena indeterminata dovrebbero cambiare strategia e contrattaccare chi li critica con i loro stessi argomenti: « We have been for years advocating the indeterminate sentence upon psychological and ethical grounds, which the public and its representatives in the legislatures of the several states have ridiculed as theoretical and visionary. It is not time to change our tactics? to put the advocates of the existing penal system upon the defensive? to carry the war into the camp of our opponents, and to compel the legal profession to justify the criminal code by argument, or to reform it altogether? ». Sulla difficoltà di creare un sistema penale uniforme tra competenze statali e federali, cfr. E. DALE, *Criminal Justice in the United States, 1789-1939*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, specie pp. 75-121.

<sup>(26)</sup> WARNER, *Some Aspects of the Indeterminate Sentence*, cit., p. 223.

<sup>(27)</sup> LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 23. Argomento sensibile per convincere l'opinione pubblica sia della giustizia sia della convenienza della pena rieducativa, è sottolinearne il vantaggio economico, il risparmio che comporta in termini di costi pubblici (e di peso fiscale individuale) per prevenire e reprimere la criminalità; in questo senso cerca di scuotere la *popular indifference* per i temi penologici con ragioni utilitaristiche E. SMITH, *The Cost of Crime* (Report read at the National Prison Association - Cleveland, 1900), Washington, Government Printing Office, 1901. Similmente anche F.H. WINES, *What is Prison Reform?*, in F.H. WINES, W.F. SPALDING, *Two Important Questions*, Boston, The Massachusetts Prison Association, 1892, p. 5; la tesi secondo cui l'eccessivo favore nei confronti dei condannati avrebbe portato ad un

avanza dubbi sulla competenza dell'organo chiamato a decidere in merito alla durata concreta della detenzione e da chi sostiene l'incostituzionalità della misura.

Sul primo fronte, la critica colpisce forse il punto più debole dell'*indeterminate sentence*, sollevando interrogativi non solo sulle modalità di determinazione della pena, ma anche sul soggetto legittimato a compiere tale scelta, sulla sua adeguata preparazione, sulla possibilità di penetrare l'animo umano e riconoscere il carattere del reo, sull'imparzialità e la responsabilità del giudizio. Anche ammesso che il *reformatory method* non sarà mai amministrato senza errori, « it is a fearful necessity that is thrown upon the state to exercise such a prerogative through fallible agents » (28). Tale obiezione, infatti, può essere rivolta non unicamente nei confronti della pena indefinita, ma di ogni forma di detenzione: una volta ammessa la necessità del carcere come strumento punitivo, la scelta di persone esperte, formate per valutare, dopo un'osservazione costante e prolungata, il carattere del detenuto, è certamente un'opzione che garantisce più attendibilità della decisione del giudice basata solo sulla conoscenza processuale del reato (29). Il problema vero, destinato a non essere risolto nel breve periodo ma, anzi, ad acuirsi sempre più nel corso del Novecento e a determinare il declino dell'*indeterminateness principle*, resta la difficoltà di organizzare « the machinery for its proper administration », soprattutto perché « the men fit to be entrusted with it are extremely rare » (30).

I due mali originari che ostacolavano il successo del riformismo americano erano già stati individuati nel 1877 da Enoch Cobb Wines, segretario della *National Prison Association*, nella « political

---

aumento della criminalità è controbattuto da W.S. SPALDING, *Has Crime Increased in Massachusetts?*, in Ivi, part II, pp. 1-8.

(28) LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, cit., p. 24.

(29) Ivi, p. 25: « The more familiar we are with the practical work of penal jurisprudence, the more irresistibly shall we conclude that, while the difficulty of fair and effective administration will always be felt under any system of law, that difficulty amounts to utter impossibility under the current system of retribution; and is indefinitely diminished under the reformatory plan ».

(30) *Ibidem*.

influence and instability of administration »<sup>(31)</sup>. Era, in particolare, la connessione del tema carcere con la *political machinery* il vizio endemico statunitense, lo *spoil system* penitenziario che impediva a livello locale la crescita e la formazione di personale qualificato, competente, assegnato alla direzione degli istituti di pena per l'acquisita capacità di 'trattare' i detenuti con i moderni metodi rieducativi invece che per la vicinanza con l'ultimo eletto. In questa incomprensibile mescolanza di *prison affairs* e spartizioni politiche, Wines riconosce una profonda differenza con il sistema penitenziario europeo, « not burdened with this weight nor impeded by this obstruction », e profetizza la possibile causa del fallimento del movimento riformatore: « under such a system — that is to say a system of political appointments — the whole theory of our penal and penitentiary legislation becomes well-nigh a nullity », e, se anche si possono correggere isolati abusi con le ispezioni o alleviare particolari sofferenze con l'aiuto della filantropia, tuttavia una « broad, thorough, systematic, and, above all, permanent reform is impossible »<sup>(32)</sup>. La speranza di poter progressivamente formare un apparato di amministratori esperti in discipline criminologiche e capaci di applicare utilmente e correttamente il *reformatory method*, caratterizza l'entusiasmo riformatore dei primi *progressives*, ma lascia via via il campo a considerazioni meno ottimistiche e più realistiche sui limiti di un sistema penale che presuppone per il proprio regolare funzionamento il costante intervento di personale qualificato in discipline extragiuridiche, peraltro in continua evoluzione.

---

<sup>(31)</sup> E.C. WINES, *Prison reform in the United States. Outline draft of a system of preventive, reformatory and penitentiary institutions and discipline*, in Id., *Report on the International Prison Congress of Stockholm, Submitted to the Secretary of State of the U. S.*, Washington, Government Printing Office, 1879, p. 55.

<sup>(32)</sup> *Ibidem*. I danni provocati dalla politicizzazione del sistema penitenziario americano sono evidenziati, con un certo stupore, anche da E. RUGGLES BRISE, *Some observation on the treatment of crime in America*, in *Prisons (treatment of crime)*. Copy of Report of the chairman of the Commissioners of Prisons upon the Treatment of crime in the United States, London, Printed for Her Majesty's Stationery Office by Darling & Son, 1899, p. 8: « The intrusion of politics into the domain of prison administration is, of course, fatal to sound, steady and continuous government. All agree in deploring it, but all see no prospect of placing their prison on a non-political footing in the present temper of public feeling ».

Sul secondo fronte, la questione della costituzionalità delle *indeterminate sentence laws* sposta il dibattito dal campo delle proposte teoriche e delle sperimentazioni pratiche a quello giurisprudenziale della legittimità giuridica delle scelte legislative attuative del principio riabilitativo. I piani discorsivi si sovrappongono nelle decisioni delle corti, mostrando come l'irruente forza del principio dell'individualizzazione abbia ormai forzato anche i rigidi confini del diritto.

### 3. *La dubbia costituzionalità delle indeterminate sentence laws.*

Il radicale cambiamento introdotto nel sistema penale nordamericano dalle *indeterminate sentence laws* e dal *parole* è testimoniato dall'acceso dibattito sulla loro costituzionalità. Prima di essere generalmente accettato e ritenuto compatibile con la legge fondamentale della nazione e con le costituzioni dei singoli stati, il nuovo modello di *sentencing* costruito da tali provvedimenti, viene, infatti, sottoposto ad uno scrutinio di legittimità dagli esiti alterni <sup>(33)</sup>. La durezza dello scontro giurisprudenziale e dottrinale riflette la portata della riforma, che incide profondamente sugli equilibri di potere, la distribuzione di competenze, le garanzie individuali in materia penale previsti dalla Costituzione: il nucleo essenziale della *criminal law* è messo in discussione, di fatto ridisegnato, da interventi legislativi e decisioni giudiziali che, in piena adesione all'ideale riabilitativo e sulla base dell'assoluta fiducia nelle scienze criminologiche, creano nuovi organi, attribuiscono compiti, conferiscono poteri non previsti dalla carta fondamentale.

Le ragioni di chi si oppone a questa rivoluzione 'di fatto', attuata *per interpretationem* senza le apposite procedure rinforzate di modifica costituzionale, ed anzi giustificata dalla necessità di adeguare le istituzioni ormai sclerotizzate previste dai padri fondatori alle mutate esigenze sociali ed alla moderna cultura della pena, sembrano, ad inizio secolo, battaglie di retroguardia animate da uno spirito

---

<sup>(33)</sup> Per una breve sintesi delle posizioni delle corti cfr. P.R. GATENS, *A Brief Upon Question of Constitutionality of the Parole and Indeterminate Sentence Laws*, New York, 1917; E. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*, in « JAICLC », 16, 1, 1925-26, pp. 40-52.

conservatore destinato ad esaurire la propria forza propulsiva. In realtà, alcuni degli argomenti opposti al principio dell'indeterminatezza, si riveleranno, come vedremo, profetici dei limiti che il sistema manifesterà nella pratica attuazione e ritorneranno nelle posizioni critiche già a partire dagli anni Venti e Trenta del Novecento.

Il potere concesso al *board of control* (o *board of prison*) di decidere il tempo di detenzione entro gli ampi margini previsti dalla legge e di concedere al condannato la liberazione, prima sottoposta alle condizioni del *parole* poi definitiva, è, nello stesso tempo, l'essenza delle *indeterminate laws* ed il suo punto più controverso. Poiché la commissione incaricata di gestire tutta la fase esecutiva in piena autonomia non è, infatti, prevista dalla Costituzione, i suoi poteri sono considerati in alcune decisioni come una chiara violazione del *tripartite genius of the American institutions*, un'illegittima lesione della rigida separazione dei poteri <sup>(34)</sup>. Nel 1891, nel caso *People v. Cummings*, la Corte Suprema del Michigan dichiara incostituzionale la legge n. 228 del 1889 istitutiva della pena indeterminata, proprio in ragione del potere assegnato al *board of control* <sup>(35)</sup>. Esso, sia interpretato come facoltà di liberazione assoluta o sia inteso come *conditional release*, sarebbe comunque *unconstitutional* in quanto esercizio illegittimo o del *judicial power* di determinare la durata della detenzione o del potere di grazia che la Costituzione attribuisce in modo esclusivo al governatore.

Il giudice Morse, redattore della sentenza, insiste sui rischi che una rottura dei rigidi confini tra poteri avrebbe per i diritti individuali: spetta al legislatore fissare il ristretto limite edittale delle pene ed assegnare al giudice un margine discrezionale entro il quale irrogare la sanzione nel caso concreto, ma tale discrezionalità non

---

<sup>(34)</sup> Sull'importanza e il significato di tale principio nel costituzionalismo americano, cfr., ad es., G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*. I. *La Costituzione liberale*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 43-47, 189-195.

<sup>(35)</sup> La sec. 3 dell'atto prevede, infatti, che « The board of control of prison shall have power to establish rules and regulations under which prisoners sentenced under this act may be allowed to go upon parole outside of the building and inclosures, but to remain, while on parole, in the legal custody and under the control of the board [...] and full power to enforce such rules and regulations, and to retake and reimprison any convict so upon parole ». Il testo del provvedimento è riportato in *People v. Cummings*, 88 Mich. 249, 13 novembre 1891, pp. 250-251.

può essere riconosciuta a nessun'altra persona o organo, poiché « to do so would imperil the liberties of the citizen by putting his punishment for wrongs committed into the arbitrary power of unauthorized persons, without any right or remedy in the courts »<sup>(36)</sup>. Quando il condannato, nel cui interesse i cosiddetti *humanitarians* hanno pensato l'estrema flessibilità della pena per favorirne la riforma, entra in carcere, « he becomes the servant and slave of the prison board » e, poiché le decisioni dei commissari non sono né sottoposte a controllo giudiziale né appellabili, la loro discrezionalità si tramuta in arbitrio, in « despotic powers »<sup>(37)</sup>.

La legge, infatti, da un lato non prevede condizioni chiare per la concessione del *parole*, né ne stabilisce i contenuti, rimettendo tutto alla valutazione del *board*; dall'altro, non contempla alcuna forma di controllo giudiziale, nel rispetto delle regole del *due process of law* (contraddittorio, *fair hearing*, difesa), nel caso la commissione decida di revocare il beneficio per violazione degli obblighi del *parole* o per commissione di altri reati<sup>(38)</sup>. Inoltre, l'argomento sostenuto in difesa del nuovo provvedimento, secondo il quale il sistema della pena indeterminata non sarebbe più dispotico e arbitrario di quello del *good time*, non è, secondo la Corte, sostenibile: mentre, infatti, quest'ultimo prevede riduzioni sicure di pena per buona condotta senza lasciare alcuno spazio alla valutazione o al capriccio del personale penitenziario, ma in base a regole definite e certe appli-

---

<sup>(36)</sup> *People v. Cummings*, 88 Mich. 249, 13 novembre 1891, pp. 252-253.

<sup>(37)</sup> Ivi, p. 254 e p. 256.

<sup>(38)</sup> Sul punto la Corte si rifà alla propria precedente decisione del 1886 in *People v. Moore*, 62 Mich. 496, dove aveva stabilito l'incostituzionalità dei poteri dell'autorità carceraria di arrestare e riportare in prigione, per supposta violazione delle condizioni prescritte, il soggetto che aveva ottenuto il *pardon on conditions*, perché « when a person has been set at liberty under the pardon or the commutation of his sentence by the executive, he becomes once more a full citizen, clothed with all the rights, privileges, and prerogatives that belong to other freeman » (p. 500). Cfr. su questo H. WEIHOFEN, *Legislative Pardons*, in « California Law Review », 27, 4, 1939, pp. 371-386. Secondo, invece, la *dissenting opinion* del giudice Grant, la decisione del *board* di rilasciare il condannato *on parole* non può essere considerato un *judicial act*, pertanto incostituzionale, né può ritenersi giudiziale la decisione di revocare la libertà per violazione delle condizioni previste nel *parole*, perché lo stesso detenuto le ha accettate così come ha acconsentito alla competenza e vigilanza della commissione (cfr. *People v. Cummings*, cit., pp. 265-266).

cabili a tutti i condannanti indistintamente, il primo attribuisce al *board* poteri molto più ampi e indefiniti. Pertanto, l'*indeterminate sentence law*, anche se può risultare conveniente per i giudici che, in questo modo, scaricano la spiacevole responsabilità della determinazione della pena sui commissari, « is not only unconstitutional, but also wrong in theory and dangerous in practice » (39).

Altre sentenze fondano l'incostituzionalità della *indeterminate sentence* sull'*encroachment* di competenze proprie dell'esecutivo da parte dei *prison commissioners* (40). La concessione del *parole* è considerata equivalente al *conditional pardon*, la cui decisione è esclusiva prerogativa dell'*executive* nella persona del governatore. Infatti, anche se, quando un detenuto viene rilasciato *on parole* o ottiene una commutazione della pena, il giudizio di condanna contro di lui rimane e non c'è alcuna remissione di colpa, ogni liberazione condizionale di parte della pena costituisce comunque « a partial conditional pardon »; perciò la legge che conferisce « upon the board of prison commissioners the power of paroling prisoners, is also unconstitutional and void » (41).

Mentre le sentenze che giudicano incostituzionali le leggi sulla pena indeterminata in quanto *ex post facto* non attaccano la sostanza dei provvedimenti (42), quelle che motivano la decisione con riferimento alla violazione della separazione dei poteri disegnata dalla Costituzione colpiscono il cuore del nuovo sistema. Il modello di

---

(39) *People v. Cummings*, cit., p. 261. Interverrà poi un emendamento della costituzione statale per renderla compatibile con l'*indeterminate sentence*.

(40) Così, per es., *State ex rel. Bishop v. State Board of Correction*, 16 Utah, 478 (16 aprile 1898), e *Fite, Superintendent of County Workhouse, v. State*, 114 Tenn. 646 (aprile 1905).

(41) *In Re Conditional Discharge of Convicts*, 73 Vt. 414, 29 maggio 1901 (Supreme Court of Vermont), p. 429; analogamente cfr. *Ex parte Ridley*, 106 P. 549, 11 gennaio 1910 (Corte d'Appello dell'Oklahoma).

(42) In questo senso cfr., per es., *The State of Kansas v. John Tyree*, 70 Kan. 203, 5 novembre 1904 (Supreme Court of Kansas), che giudica incostituzionale la pena indeterminata applicata a un soggetto condannato per un reato commesso prima dell'entrata in vigore del nuovo sistema, quando ancora vigeva la pena fissa con diritto di ottenere automatici sconti per buona condotta, perché « the right of the appellant under the law as it existed when he committed the offense to have a deduction of his sentence for good behavior was taken away from him by the act of 1903. This deprived him of a substantial right, and made the law of 1903, as to him, *ex post facto* » (p. 207).

*sentencing* che le sempre più numerose *indeterminate sentence laws* stanno introducendo nell'ordinamento nordamericano, in virtù di un diffuso ottimismo correzionalista e sulla spinta dell'ideale riabilitativo di matrice criminologica, rischia di alterare i tradizionali equilibri istituzionali e di eliminare i meccanismi di garanzia previsti a tutela dei diritti individuali del condannato. In dottrina, una delle poche voci apertamente critiche verso le nuove leggi, è quella di James Manford Kerr, giurista conservatore che cerca di demolire l'ingannevole facciata umanitaria della pena indefinita. Il misoneismo di Kerr non riguarda solo il profilo della pena, ma anche i generali presupposti teorici del positivismo: la prevalente 'mania' (*fad*) in voga tra i criminalisti d'inizio secolo di considerare la volontà umana eterodeterminata, di criticare la filosofia retributivista e di considerare la riforma del delinquente come unico scopo della pena, è ritenuta « in utter ignorance of or in total disregard of the nature and history of man in the past and in the present »<sup>(43)</sup>.

Le riforme del *Progressivism* tendono a liquidare con troppa facilità le certezze del passato per aderire a dogmi ancora non provati, ad abbandonare « the wholesome ideals and splendid traditions of our country and institutions », ad ignorare la legge fondamentale e sostituire il giudizio o l'opinione individuale all'« organic law of the land »<sup>(44)</sup>. Fedele, invece, alla tripartizione di poteri e alle prerogative che la Costituzione americana stabilisce in merito alla definizione, applicazione, esecuzione della pena, Kerr conferma gli argomenti delle corti più tradizionaliste e reputa la pena indeterminata assolutamente contraria al dettato costituzionale. « 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 »: i poteri concessi alla commissione carceraria, per non essere considerati una delega del potere sovrano del legislativo, dovrebbero essere definiti e regolamentati dalla legge stessa, ma questo, naturalmente, è proprio ciò che lo spirito della riforma vuole evitare, investendo il corpo

---

<sup>(43)</sup> J.M. KERR, *The Indeterminate-Sentence Law Unconstitutional*, in « American Law Review », 55, 5, 1921, p. 725.

<sup>(44)</sup> Ivi, p. 731.

di 'esperti' del ruolo prima gestito dal giudice sotto la stretta indicazione della legge.

Nello stesso senso, il potere grazioso del governatore viene posto nelle mani di un corpo non previsto in Costituzione, aprendo la porta « to abuse by ignorant and irresponsible persons — probably appointed to pay a “political debt”, not responsible to the people; and also to abuse by corrupt and corrupting influences » (45). La pena indeterminata e il *judicial parole*, ovvero le principali riforme che mirano a favorire la riabilitazione del condannato, attenuare la funzione repressiva e retributiva della pena e rendere il delinquente responsabile della durata della propria detenzione, sono considerate da Kerr la causa principale della « present riot of crime in our community and state » e sono perciò ritenute tanto incostituzionali, quanto « contrary to sound public policy » (46). Neppure il confronto con il potere del *common law judge* inglese giustifica l'adozione del *parole* nell'ordinamento statunitense, perché il *genius* delle istituzioni americane racchiuso nella *written Constitution* lo differenzia da quello della ex madrepatria. Il giudice negli Stati Uniti non rappresenta il potere del re ma quello del popolo sovrano, e può esercitare solo i poteri che il popolo stesso, attraverso la legge fondamentale, gli ha attribuito; né le interpretazioni che forzatamente cercano improbabili precedenti storici, né le decisioni delle corti che accolgono la costituzionalità delle nuove misure possono, secondo Kerr, modificare e redistribuire le competenze attribuite dalla Carta (47).

Convinto conservatore, Kerr vede nei *progressives* degli iconoclasti pericolosi per la società americana, perché, demolendo le

---

(45) Ivi, p. 741.

(46) J.M. KERR, *The Crime Wave*, in « Lawyer and Banker and Southern Bench and Bar Review », 14, 5, 1921, p. 239; nello stesso senso Id., *Judicial Parole against Sound Public Policy*, in « American Law Review », 55, 4, 1921, pp. 512-528.

(47) KERR, *The Crime Wave*, cit., p. 247: « Another consideration to be remembered in this connection is the tripartite character of our institutions above pointed out, and the distribution of the sovereign powers of the people by the fundamental law in the manner indicated; and the fact that no mere court decision can change the genius of our institutions, and make a redistribution of the sovereign powers of the executive the prerogative to extend or deny clemency and to confer that power and prerogative upon the trial judge ».

tradizioni giuridiche, modificando gli equilibri costituzionali e criticando la certezza della pena, rappresentano una minaccia per l'ordine sociale. Liquidati polemicamente come « ignorant humanitarians, silly sentimentalists and visionary Utopians »<sup>(48)</sup>, i riformisti mettono al centro delle politiche pubbliche l'interesse dei criminali, delle *predatory classes*, del sottomondo delinquenziale, pretendendo con le loro teorie stupide e insensate di costruire un diritto penale senza castigo, retribuzione, intimidazione. I toni reazionari, l'ostinato attaccamento alle rigide partizioni della carta costituzionale interpretate in modo restrittivo, l'incapacità di riconoscere i limiti del sistema tradizionale ed i meriti delle proposte avversarie, rendono la posizione di Kerr isolata e quasi fuori dal tempo. Nel totale rifiuto del cambiamento e del progresso penologico, così come nell'assoluta idiosincrasia verso i temi del positivismo criminologico, egli coglie le intrinseche contraddizioni del movimento per l'individualizzazione della pena e ne anticipa le critiche che emergeranno con maggiore consapevolezza, oltre che con la disillusione delle fallite sperimentazioni, a partire dagli anni Trenta e poi, in modo definitivo, dagli anni Settanta del Novecento.

#### 4. *Interpretazioni evolutive ed « emphasis upon reformation ».*

L'orientamento giurisprudenziale che prevale è quello che ammette la costituzionalità delle *indeterminate sentence laws*, attraverso interpretazioni flessibili ed evolutive della legge fondamentale, in virtù di motivazioni che si fondano sul riconoscimento dell'individualizzazione della sanzione come nuovo criterio cui conformare il sistema penale. La sottile linea di confine tra la legittimità o l'illegittimità dei nuovi provvedimenti è tracciata, infatti, più che dalla maggior fondatezza degli argomenti tecnico-giuridici, dall'adesione

---

<sup>(48)</sup> KERR, *Judicial Parole*, cit., p. 524: « Is it sound public policy to permit ignorant humanitarians, silly sentimentalists and visionary Utopians to overturn the only system and method of dealing with the criminal and the predatory classes in the underworld which the wisdom of man and the lapse of time has developed, in order that their sentimental and half-baked ideas and unwise theories [...] may be given operation at the expense of the due and regular and orderly execution of the laws of the land in the manner provided in the constitution? ».

o dal rifiuto dello spirito riformatore cui essi s'ispirano. Più cresce la convinzione, nell'opinione pubblica e nella cultura giuridica, che la pena non possa più essere retributiva ma debba tendere al miglioramento e alla risocializzazione del reo, più il sistema di pene fisse risulta obsoleto e inefficace; più lo Stato si assume la responsabilità di garantire la riabilitazione individuale e la sicurezza sociale attraverso gli strumenti del welfarismo penale, più le politiche d'individualizzazione divengono necessarie.

Nel 1885 la Corte Suprema dell'Ohio avalla la legge istitutiva della pena indefinita negando l'interferenza della commissione carceraria sia con le funzioni giudiziali, sia con l'esclusivo potere esecutivo di concedere la grazia o commutare la pena. La nuova normativa, per un verso, costituisce esercizio del « guardianship and power of discipline » che spetta al legislativo per provvedere ai suoi compiti di « safe-keeping, proper punishment, and welfare of the prisoner »<sup>(49)</sup>; per altro verso, il *parole* non può essere paragonato al *conditional pardon* ma è, piuttosto, la sostituzione della pena base prevista con una di grado inferiore, perché il reo resta comunque in *legal custody*, sotto il controllo del *board* e soggetto alla revoca del beneficio. Anche la Corte Suprema, nel 1902, ritiene costituzionalmente legittima l'*indeterminate sentences law* dell'Illinois che attribuisce al *board of parole* poteri 'nuovi' non tradizionalmente previsti, non riscontrando in essa nessuna violazione del XIV Emendamento e rimettendo la decisione sul definitivo assetto dei poteri al singolo Stato. In effetti, argomenta la Corte citando i *Commentaries* di Joseph Story, la massima sulla separazione dei poteri deve essere intesa « in a limited sense »: non si deve intendere che essi siano « wholly and entirely separate and distinct » e non avere nessuna connessione reciproca, ma il vero significato è semplicemente che « the whole power of one of these departments should not be exercised by the same hands which possess the whole power of either of the other departments; and that such exercise of the whole would subvert the principles of a free constitution »<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> *State v. Peters*, 4 N. E. 81, 15 dicembre 1885, p. 87.

<sup>(50)</sup> Così J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States. With a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states before the*

Con più estese argomentazioni, nel 1914 la Corte del Tennessee rigetta tutte le accuse d'incostituzionalità dell'*indeterminate sentence law*: l'atto impugnato non pregiudica il diritto dell'imputato al *trial by jury*, perché la regola non implica affatto che sia la giuria a decidere la pena, competenza che spetta invece al legislatore; né è configurabile una violazione del *due process of law*, perché la legge in esame è *law of the land, public e general*. Il carattere che salva l'impostazione del provvedimento è, come sempre, la natura solo relativamente indefinita della pena: entro questi limiti i poteri conferiti al *board* hanno natura non giudiziale ma amministrativa e, anche se implicano giudizi e scelte discrezionali sulle condizioni dei detenuti « it is essential that such powers be vested in administrative officers, to a limited extent, at least, otherwise they cannot discharge any of their duties » (51). Il problema è, evidentemente, quello dei limiti legali a tale necessario margine valutativo dell'organo amministrativo. La Corte ritiene, in questo caso, che la legge non solo fissi il minimo della pena, ma offra anche ai commissari i criteri per decidere sul *parole*, i quali non possono che essere gli stessi stabiliti per la liberazione definitiva ('storia' della condotta del detenuto, probabilità di avvenuta risocializzazione).

Non c'è, dunque, nessuna delega di potere legislativo al *board*, il quale è semplicemente « one of a series of agencies for the execution of the judgment » (52). Emerge, nel ragionamento dei giudici, la convinzione che il *sentencing* sia una fase complessa che richiede la partecipazione di soggetti diversi con competenze e ruoli specializzati. La funzione e la legittimità costituzionale del *board of prison* si spiegano solo nella nuova prospettiva finalistica della pena: la riforma del condannato richiede una lettura 'evoluzionista' della legge fondamentale, che non la stravolga ma la modifichi per

---

*adoption of the Constitution*, Boston, Little Brown and Co., vol. I, 1905, 5<sup>th</sup> ed., § 525, p. 393, citato alla lettera in *Dreyer v. Illinois*, 187 U.S. 71 (10 novembre 1902), p. 84.

(51) *Woods v. State*, 130 Tenn. 100, aprile 1914, pp. 108-109.

(52) Ivi, p. 112. Non ci sarebbe sostanzialmente nessuna differenza tra la discrezionalità dei *prison officials* nel concedere i benefici previsti dai *good time statutes*, sempre ritenuti costituzionalmente legittimi, e quella della nuova commissione.

renderla compatibile con il moderno scopo riabilitativo <sup>(53)</sup>. Le attività di assistenza, di guida, di educazione, di controllo che portano il condannato « towards a new citizenship » sono « imbedded in the act we are examining », e sarebbe una « calamity » se tutti gli obiettivi benefici che cerca di perseguire fossero vanificati « because of some supposed conflict with the constitution » <sup>(54)</sup>. La verità è che l'ideale riabilitativo imposto dal *Progressivism* costringe i giudici a forzature interpretative, nel faticoso tentativo di conciliare le rigidità costituzionali con la flessibilità richiesta dalla penologia moderna: l'individualizzazione della pena, di fatto, è « impracticable for any court », né può essere amministrata dal legislatore o dal governatore, ma « it is possible only through the agency of some such board or commission », la quale esercita poteri che non sono né giudiziali, né legislativi, né esecutivi, ma « belong to that great residuum of governmental authority, the police power, to be made effective, as is often the case, through administrative agencies » <sup>(55)</sup>.

Ciò che colpisce di queste decisioni è la visione ingenuamente ottimistica sulle potenzialità riabilitative della pena indeterminata, la

---

<sup>(53)</sup> Ivi, pp. 113-114: « It is now pretty generally agreed that reformation is the end to be attained by imprisonment. This result cannot be reached unless the prisoner's will be enlisted in his own moral rehabilitation, nor unless he be given an opportunity to exercise his volition, and to maintain himself ». Nello stesso senso una nota sulla *Suspension of Sentence* pubblicata sull'« Harvard Law Review », 30, 4, 1917, pp. 369-372 (s.n.), critica duramente una decisione della Corte Suprema (*Ex parte U.S., Petitioner*, n. 11 original, 4 dicembre 1916, 242 U.S. 27) nella quale si stabiliva che le corti federali non avevano alcun potere costituzionalmente riconosciuto di sospendere la pena del condannato per buona condotta, perché tale decisione avrebbe costituito un'usurpazione del potere grazioso riservato all'esecutivo. In realtà, sostiene l'autore della nota, « to say that therefore the exercise of this power by the judiciary is unconstitutional is to adopt a strict, scholastic, and impractical view of the Constitution »: un'interpretazione non meccanica ma evolutiva della legge fondamentale, infatti, non può non tener conto del recente « radical change of attitude » della legge penale nei confronti del reo in senso criminologico. Alla luce di tale nuova prospettiva penologica, la sospensione della pena « better protects society, as it reserves a check upon the prisoner, which is an incentive to good behavior in the future », e l'esercizio di tale potere da parte del giudice (soluzione preferibile, secondo l'autore, alla decisione da parte di un *board of probation*, « expensive, cumbersome, and inadequate mechanism »), « while discretionary, would not be arbitrary ».

<sup>(54)</sup> *Woods v. State*, cit., p. 114.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*.

piena e incondizionata fiducia nei suoi virtuosi meccanismi di stimolo positivo per il condannato. L'artificiosa costituzionalità dell'istituto è determinata solo dall'utilità dello scopo perseguito che, come è ormai « generally recognized by the courts and by modern penology », consiste nella mitigazione della pena: le *indeterminate sentence laws* traducono nella pratica le teorie criminologiche, « place emphasis upon the reformation of the offender », adattano la sanzione al criminale e non al crimine, e, soprattutto, incentivano la buona condotta e il ravvedimento del condannato rendendolo artefice del proprio destino, « instead of trying to break the will of the offender and make him submissive, the purpose is to strengthen his will to do right and lessen his temptation to do wrong »<sup>(56)</sup>.

Le argomentazioni delle corti, facendo proprie le tesi dei promotori della pena indefinita, accolgono in pieno la prospettiva umanitaria, la tensione correzionalista, la fiducia nella possibilità di rieducare ogni delinquente: non solo si manifesta la sfiducia nell'ormai superato modello retributivo della pena fissa, ma si trascura anche l'aspetto più securitario e repressivo della nuova misura, quello, certamente non meno importante, che prevede periodi di detenzione più lunghi per gli irrimediabili. L'ottimismo nell'efficacia del metodo riabilitativo e la convinzione che tutti possano essere risocializzati, se ben 'guidati'<sup>(57)</sup>, porta le corti a non considerare il profilo più oscuro della *indeterminate sentence*, a minimizzare il suo possibile sfruttamento discriminatorio, il margine di discrezionalità incontrollata lasciata all'amministrazione penitenziaria.

##### 5. *Pena indeterminata e difesa sociale.*

La diffusa convinzione nel fine rieducativo della pena e la scelta per l'individualizzazione sono ormai, ad inizio Novecento, dati acquisiti ed elementi indiscutibili della *criminal jurisprudence* americana. I limiti della pena fissa sono altrettanto riconosciuti e il prevalente orientamento delle corti a favore delle *indeterminate*

---

<sup>(56)</sup> *In re Lee*, 177 Cal. 690, 8 marzo 1918 (Supreme Court of California), pp. 692-693.

<sup>(57)</sup> Così, per es., F.H. WINES, *What is Prison Reform?*, cit., p. 5: « If there is hope for every sinner, there is hope for every convict ».

*sentence laws* rappresenta un ulteriore avanzamento nel percorso riformatore promosso dai *progressives* e dai criminologi<sup>(58)</sup>. Sull'onda di questo apparentemente inesorabile cammino di trasformazione, d'incivilimento della giustizia penale, quasi tutti gli stati dell'Unione introducono, pur con alcune varianti, sia il sistema della pena indeterminata sia quello del *parole*<sup>(59)</sup>. Terminata e vinta la battaglia per convincere legislatori ed opinione pubblica della bontà delle idee progressiste, la vera sfida, che si rivelerà ben più difficile, consiste però nel fare concretamente funzionare il nuovo modello di giustizia introdotto. La 'grande rivoluzione' della pena indeterminata comporta, infatti, modifiche rilevanti nel processo penale, e soprattutto nell'amministrazione della fase esecutiva della pena, prevede l'istituzione di commissioni, presuppone competenze specifiche, apparati organizzativi, sistemi di verifica e diffusione dei dati sui detenuti. Se, affermerà Edward Lindsay a metà degli anni Venti del Novecento, è stato relativamente semplice introdurre per via normativa la pena indefinita ed il *parole*, è, invece, « a far more complex and difficult thing to secure the introduction of the refor-

---

<sup>(58)</sup> Cfr. M. ZALMAN, *The Rise and Fall of the Indeterminate Sentence*, in « Wayne Law Review », 24, 1, 1977, specie pp. 79-83, con riferimento alla connessione tra crescita dell'*indeterminate sentence movement* e affermarsi del *general welfare-state*.

<sup>(59)</sup> Se il *parole* può prescindere dalle pene indefinite ed applicarsi anche a *definite sentences*, viceversa il sistema della *indeterminate sentence* presuppone necessariamente, per il suo funzionamento, la creazione di un organo deputato a valutare la condizione del detenuto e a decidere della sua eventuale liberazione *on parole*. Nel 1922, trentasette stati hanno adottato *indeterminate sentence laws*, trentanove nel 1937. Alcune prevedono limiti massimi e minimi di pena fissati dalla legge entro margini piuttosto ampi, altre stabiliscono solo il limite massimo, altre attribuiscono ai giudici il compito di fissare tali limiti, altre ancora lasciano ai giudici la scelta tra pena fissa e indefinita; quasi tutte prevedono l'applicabilità del metodo solo alle *felonies* o ai reati puniti con il carcere mentre solo poche lo estendono anche alle *misdemeanors*; circa la metà eccettua da tale tipo di pena i crimini più gravi (omicidio, tradimento, stupro). Per una sintesi di tali dati, cfr. ad es. A.W. JAMES, *Report of the Commission to Study Prison Sentences, Indeterminate Sentence, Parole, Probation and Good-time Allowance*, Richmond, Division of Purchase and Print, 1934; E. LINDSEY, *Topical Digest of the Indeterminate Sentence and Parole Statutes*, in « JAICLC », 16, 1, 1925, pp. 98-126, che descrive sedici differenti forme di pena indeterminata; *Indeterminate Sentence Laws. The Adolescence of Penocorrectional Legislation*, in « Harvard Law Review », 50, 4, 1937, pp. 677-687 (s.n.).

matory plan and methods in all prisons » (60). Occorre, cioè, costruire una *machinery* che dia forma al complesso sistema riabilitativo senza il quale tutto il sistema perde senso, un insieme di attività che prevedono controllo, educazione, avviamento al lavoro, studio e conoscenza della psiche dei delinquenti, accompagnamento e graduale reinserimento in società, monitoraggio della riuscita del trattamento durante la liberazione condizionale e dopo.

Quando, ad inizio secolo, l'attenzione dei riformisti si sposta dal piano della proposta a quello della verifica, dalla progettazione alla realizzazione, i toni si fanno meno trionfalistici e più critici, emergono i problemi, si scoprono le contraddizioni e le inefficienze del sistema. Nelle valutazioni sul funzionamento della pena indeterminata, nelle analisi sui risultati ottenuti, sulle aspettative soddisfatte o disattese, realismo e disillusione si alternano; non è mai rimessa in discussione la scelta fondamentale per la *reformatory sentence*, ma ci si interroga più obiettivamente sull'opportunità di insistere sulla pena indefinita, di investire risorse per permetterne l'applicazione e completarne lo sviluppo fino all'indeterminatezza assoluta o se non convenga, piuttosto, accontentarsi del *parole* che garantisce gli stessi vantaggi con molte meno difficoltà concettuali e applicative.

Il passaggio dalla retorica persuasiva al confronto con la realtà accentua anche il profilo meno umanitario e più governamentale dell'individualizzazione della pena e dell'*indeterminateness* in particolare: per convincere gli scettici dei vantaggi della riforma prevale sempre più l'argomento della *social defence* su quello della rieducazione del reo, la quale si scopre comunque strumentale ad un più efficace controllo della devianza criminale. I fattori che contribuiscono a tale cambio di prospettiva, sia nell'approccio al problema sia nella sua tematizzazione, sono, come vedremo, diversi: certamente influiscono il confronto con la criminologia europea, il cui apporto teorico sembra rilevante nello spostare il baricentro verso la difesa sociale, e, dal 1910, l'attività di ricerca, di raccolta dati e di commento dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology*.

La soluzione proposta dai più convinti patrocinatori della pena indeterminata per risolverne le sorti sembra muoversi verso una

---

(60) E. LINDSAY, *A Brief Comparative Study of Indeterminate Sentence and Parole Statutes*, in «JAICLC», 16, 1, 1925, p. 72.

sua più piena realizzazione. Per convincere gli scettici, inoltre, è necessario anche insistere sulla maggiore protezione della società che essa garantisce: è con l'estensione del modello del riformatorio a tutti i condannati e con il perfezionamento delle conoscenze criminologiche che si possono correggere i difetti provocati dalla sua incompleta applicazione, ed ottenere così una vera correzione del criminale o una sua totale eliminazione dal corpo sociale <sup>(61)</sup>. In questo senso può interpretarsi la spiegazione offerta da Frederick Howard Wines sulle radici teoriche dell'*indeterminate principle*: esse sono da cercare non tanto nell'influenza esercitata sul riformismo americano dalle tesi dell'antropologia criminale, perché esse erano ancora « little known, and had made no serious impression, in America, at the date of the creation of the Elmira institution » <sup>(62)</sup>, quanto piuttosto nella progressiva sostituzione della *retribution* con la *social self-defence* quale fondamento della legge penale. Tale processo di trasformazione, culturale e filosofica prima che giuridica, che si sarebbe originato negli Stati Uniti senza subire condizionamenti dalle dottrine criminologiche europee, ha ridisegnato la legittimità, lo scopo ed i limiti della potestà punitiva: « whatever is essential for the protection of social order and security is lawful, whether it be the redemption of the offender, his incapacitation for evil, or his extermination » <sup>(63)</sup>.

Ciò che trascende questi nuovi confini è eticamente ingiustificato e contrario all'ordine pubblico; il carcere serve per neutralizzare il criminale, il quale, se può essere riformato, è un suo diritto e un suo dovere perseguire tale obiettivo, ma se è irrimediabile e pericoloso, perde ogni diritto alla libertà e prevale il diritto della società di difendersi per un tempo indefinito, fino a quando il reo non cessi di essere un pericolo sociale. Il nuovo modello di detenzione senza termine « protects the criminal, while it protects the

---

<sup>(61)</sup> E. SMITH, *The Indeterminate Sentence for Crime. Its Use and Its Abuse*, in « Charities and the Commons », 17, 1907, p. 735: « In other words, the state prisons and penitentiaries — all prisons for the confinement of convicts — must be transformed into true reformatories ».

<sup>(62)</sup> F.H. WINES, *The New Criminology*, cit., p. 12.

<sup>(63)</sup> Ivi, p. 13. In realtà, se anche l'origine del movimento riformista ha seguito un percorso autonomo da quello europeo, già dagli anni Settanta dell'Ottocento le reciproche influenze furono, come visto, molto rilevanti.

community » (64). Il cuore della riforma sta, naturalmente, nei metodi che le nuove scienze offrono per conoscere il carattere del reo e nella capacità degli operatori carcerari di utilizzarli nel modo corretto. Il funzionamento del metodo riabilitativo presuppone, in chi custodisce il detenuto, competenza ed esperienza: l'« expert treatment is the ideal of the new criminology », ma il suo corretto funzionamento è anche la sfida più difficile da vincere, perché combina diritto e scienza, apre il tradizionale strumento del carcere a nuove discipline, « it is revolution by means of evolution » (65).

L'*indeterminate sentence* è una necessità imposta dalla moderna filosofia della pena, sia nel suo scopo positivo di rieducazione che in quello negativo di incapacitazione (66), e se ancora la sua applicazione non ha corrisposto alle aspettative, è perché le nuove leggi che la prevedono non sono state ben scritte, o perché le corti chiamate ad applicarle « are not all of them in sympathy with the new legislation », o perché « the right men have not been assigned to the charge of these prisons », o perché, infine, non si è atteso ancora a sufficienza perché l'ideale si diffonda ed affermi (67).

Lo stesso Brockway, nel 1907, teme che l'incompleta previsione legislativa e l'imperfetta applicazione nelle carceri possano screditare agli occhi dell'opinione pubblica e dei criminologi il principio dell'individualizzazione, impedendone di fatto la compiuta realizzazione. L'*indeterminate sentence system*, basato sull'idea che il carcere abbia come solo scopo la « public protection from crimes » e che l'offensore non possa essere rimesso in libertà prima di essere ritenuto « compatible with a reasonable public safety », è una « trinal unity », una struttura, cioè, composta di tre elementi costitutivi, « restraint, reformation, conditional and then absolute relea-

(64) *Ibidem*.

(65) Ivi, p. 14.

(66) Ivi, p. 15: « Affirmatively, as well as negatively the indeterminate sentence is shown to have a rational basis. The indeterminate sentence and the reformatory discipline presupposes each the other as its essential complement. The maintenance of any reformatory system of treatment which shall prove in the highest degree effective, without the aid of the indeterminate sentence, is impossible. The imposition of an indeterminate sentence to a prison in which skillful and curative treatment is not supplied, is a judicial wrong ».

(67) *Ibidem*.

se » (68), nessuno dei quali può essere rimosso o disapplicato senza far crollare l'intera struttura. Se mancano gli strumenti operativi, o le conoscenze necessarie, per combinare le tre anime della misura, essa rischia di non produrre gli effetti sperati.

Per il direttore di Elmira il problema non dipende affatto da difetti intrinseci al metodo che propugna ormai da quarant'anni, ma « any observed inefficiency of the current indeterminate sentence system is primarily attributable to limitations of the present law » (69): né le *good-time laws*, che mirano solo a ridurre il periodo di detenzione, né le *parole laws*, ancora non accompagnate da condizioni per il rilascio che garantiscano il progresso del detenuto per un sicuro reinserimento sociale, né, infine, le leggi che introducono il sistema ibrido della pena indeterminata con limiti minimi e massimi prestabiliti — solo « timid and halting approach to the ideal indeterminate sentence » (70) —, sono provvedimenti capaci di conformare il sistema penale al nuovo principio. Di fronte ai primi segnali di crisi della riforma, il suo più convinto sostenitore rilancia auspicando l'adozione dell'*absolute indeterminate sentence*, senza alcun termine definito dalla legge o dal giudice, unica via per completare il cammino iniziato e per giungere ad un vero *reformatory prison system* (71).

---

(68) Z.R. BROCKWAY, *An Absolute Indeterminate Sentence*, in « Charities and the Commons », 17, 1907, p. 867.

(69) *Ibidem*.

(70) Ivi, p. 868.

(71) Ivi, p. 869: « My contention is that we never can have a reformatory prison system that justifies its necessary cost until the complete indeterminate sentence law is enacted; and that with the indeterminate sentence, and not without it, the correct reformatory prison system will naturally and necessarily follow ». Amos Butler riporta che, quando nel 1915 chiede all'ottantanovenne Brockway di tracciare un bilancio sulla pena indeterminata dopo quarantacinque anni dal discorso di Cincinnati, ottiene la seguente risposta: « I presume that no high ideal is ever completely realized. Nowhere yet has the principle of the indeterminate sentence, pure and simple, been enacted into law. Nevertheless I am as firmly convinced as ever that it is the true principle under which offenders should be committed for institutional treatment. When, later, as must be, the present lackadaisical, fanciful, obtrusive sentiment about offenders is replaced by passionlessness, neither vindictive nor lovelorn — a firm, noble, corrective system of laws and prison administration established and allowed, then surely, the *full* indetermi-

Come lui, nello stesso anno, anche Eugene Smith, presidente della *New York Prison Association*, considera ormai un dato acquisito, irreversibile e destinato ad una più diffusa attuazione il principio della pena indeterminata, « so logically reasonable, so easy of comprehension and so commends itself to common intelligence » che non deve neppure più essere giustificato; « the present need », aggiunge, « is rather for discrimination and caution in its application » (72). In alcuni stati, infatti, l'adozione di tale metodo, esteso ai condannati a qualsiasi tipo di carcere, è stata « premature and ill-judged », ed è avvenuta « in disregard or in ignorance » sia dell'essenziale natura della pena indefinita sia delle condizioni indispensabili per la sua riuscita. È la cattiva applicazione del metodo, e non certo i difetti dello stesso, che ha generato un « feeling of discouragement at the results accomplished and tends to undermine public confidence in the efficiency of the sentence itself » (73).

Anche Smith, come Brockway, teme soprattutto di perdere la fondamentale fiducia della pubblica opinione nell'ideale riabilitativo, faticosamente conquistata dai *progressives* a spese del retributivismo classico: passi falsi nella pratica esecuzione del principio rischiano di vanificare tutto l'impegno riformatore profuso nei decenni precedenti e di sancire la definitiva sconfitta del correzionalismo.

## 6. *Dalla disillusione alla critica.*

Quando l'istituto fondato da Wigmore inizia la propria attività di studio della giustizia criminale americana e di ricerca di possibili strumenti per migliorarne l'amministrazione, i temi della pena indeterminata e del *parole* sono da subito oggetto di un'attenzione particolare (74).

---

nate sentence will be adopted and under it offenders will be cured or continuously restrained » (A.W. BUTLER, *The Operation of the Indeterminate Sentence and Parole Law. A Study of the Record of Eighteen Years in Indiana*, in « JAICLC », 6, 6, 1916, p. 893).

(72) SMITH, *The Indeterminate Sentence for Crime. Its Use and Its Abuse*, cit., p. 731.

(73) *Ibidem*.

(74) È appositamente costituito il *Committee F* per occuparsi di *Indeterminate sentence and release on parole*; è presieduto prima da Albert H. Hall, che ricopre

Simbolo del progressivismo penologico, l'*indeterminate sentence* rappresenta ormai da anni il terreno d'incontro delle due anime del riformismo, quella americana e quella europea, e l'*Institute* riconosce l'importanza cruciale che la propria funzione d'elaborazione e divulgazione teorica può avere sull'efficace riuscita e sul consolidamento di tale metodo punitivo. Il *Committee F*, infatti, interpreta il suo ruolo « as a commission not only to investigate, but to begin work at home in the way of doing something toward the enactment of a law for reform in the treatment of prisoners and developing efficient methods for its execution » (75), e collabora attivamente alla redazione della legge che il 20 aprile 1911 introduce nel Minnesota il sistema della pena indefinita.

Quando la commissione inizia a raccogliere i dati sull'effettiva applicazione delle leggi, a comparare le differenze nei metodi di concessione del *parole* tra i vari *boards* e ad analizzare le statistiche, emerge un quadro tutt'altro che positivo sul funzionamento della pena a tempo indeterminato. Alla validità astratta del metodo, logica conseguenza del principio dell'individualizzazione e del fine rieducativo della pena, non corrispondono ancora né un perfezionamento dei concreti strumenti attuativi, né una progressiva uniformazione delle pratiche. La regola continua ad essere apprezzata « as a marked advance in penal administration », ma « the means and methods of its introduction and application remain the immediate and pressing problem » (76).

Nel 1912, Edwin Abbott, dopo aver raccolto e confrontato

---

l'incarico direttivo anche dell'*American Prison Association's Committee on Law Reform*, poi rispettivamente da Edwin M. Abbott, redattore del *Pennsylvania Indeterminate Sentence Act* del 1911, e da Edward Lindsey, ex giudice, membro dell'*American Anthropological Society* ed *associate editor* del *Journal* dell'*Institute*.

(75) A.H. HALL, *Indeterminate Sentence and Release on Parole*, in « JAICLC », 2, 6, 1912, p. 832.

(76) Ivi, p. 838. Così anche nel successivo studio (1925) di LINDSAY, *A Brief Comparative Study*, cit., p. 96: « what is mainly required for better operation of the indeterminate sentence and parole system is the improvement of the methods in the prison, of the methods of determining how long the prisoner should be detained and when he should be released, including the provision of capable and conscientious parole authorities at salaries which will enable them to devote their whole time to the work and especially of the methods of oversight while on parole ».

informazioni sull'ampia varietà di regole che governano il funzionamento della *indeterminate sentence* e del *parole* nei diversi stati, pur guardando con favore alla recezione sempre più estesa dell'ideale rieducativo, considera l'adozione di una « uniform law » su tali temi « most vital and necessary » (77). La quantità di leggi istitutive di tali modelli penologici è ormai così ampia, che l'anno successivo, su proposta di Wigmore, al *Committee* viene assegnato il compito speciale di compiere non più solo ricerche, ma di svolgere un monitoraggio permanente dell'evoluzione legislativa ed applicativa di *parole e indeterminate sentence* nei vari stati (78).

Già nel 1916 il report della *Prison Association* di New York solleva perplessità sull'operato del *board of prison* e sulla reale capacità dei suoi membri di gestire con competenza l'ampio margine di discrezionalità loro concesso dal nuovo modello sanzionatorio. La moderna concezione del *parole*, si legge nel documento, implica uno studio approfondito di ogni caso individuale per verificare l'idoneità del condannato alla concessione del beneficio: « It is a most serious thing if, in departing from the traditional definite sentence in favor of an indeterminate sentence, that sentence becomes synonymous with a general shortening of terms of imprisonment, unless such shortening of terms of imprisonment be wholly on the basis of adequate and scientific study of each case that is presented to the Board » (79). L'impressione, osservando i dati raccolti, è che la liberazione *on parole* sia concessa quasi automaticamente alla scadenza del termine minimo su richiesta del detenuto, senza un'adeguata valutazione della sua pericolosità o del grado di riabilitazione, trasformando di fatto tutto il sistema in una meccanica ed ingiusti-

---

(77) E.M. ABBOTT, *Indeterminate Sentence and Release on Parole (Report of the Comm. F of the Institute)*, in « JAICLC », 3, 4, 1912, pp. 543-565, citaz. p. 544, che continua: « By segregating the wheat from the chaff, a composite bill could be drawn which should be adopted by the states not now using the parole system, and should be considered also by the remaining states and such amendments made to existing statutes as to secure uniformity ».

(78) La notizia, che testimonia quanto il tema sia ritenuto cruciale per la giustizia criminale americana, è riferita nel successivo *report* in E.M. ABBOTT, *Indeterminate Sentence and Release on Parole*, in « JAICLC », 4, 4, 1913-1914, pp. 520-521.

(79) *Prison Progress in 1916. 72nd Annual Report of the Prison Association of New York*, Albany, J.B. Lyon company, 1917, p. 73.

ficata riduzione della sanzione. Proprio perché il compito assegnato al *board* è di fondamentale importanza, occorre prestare la massima attenzione alla sua composizione, sceglierne i membri non per ragioni politiche ma per competenze professionali, e mettere a loro disposizione tutti i dati sulla vita precedente e le condizioni del condannato utili per comprenderne il carattere e stabilirne il profilo criminologico <sup>(80)</sup>.

L'anno successivo, nel rapporto che presenta al convegno dell'*Institute*, Edward Lindsay osserva come in molte *indeterminate sentence laws* i poteri operativi del *board* non siano chiaramente definiti, i criteri in base ai quali esso possa raccomandare la liberazione del detenuto restino solo vagamente indicati e le condizioni stesse del *parole* non siano in nessun modo specificate ma rimesse completamente alla discrezionalità dei commissari <sup>(81)</sup>. In realtà, lo studio comparativo dell'applicazione dell'*indeterminate sentence system* nei vari stati condotto per conto dell'*Institute*, disegna un quadro diverso da quello temuto nel *report* newyorkese: in particolare, l'accusa di eccessiva *leniency* rivolta al nuovo metodo non corrisponde ai dati rilevati, i quali, viceversa, offrono prove che i

---

<sup>(80)</sup> In questo senso, cfr. ad es. E.R. CASS, *Study of Parole Laws and Methods in the United States*, Published by Prison Association of New York. Albany, J.B. Lyon company, 1921, p. 11: « These boards have been found to be made up of farmers, merchants, journalists, bankers, many of whom are unfamiliar with criminal jurisprudence and usually without experience or any previous acquaintance with the principles of penology. The duties of the parole board are of infinite importance [...] Therefore there is every need of men of a high grade of intelligence, understanding and experience. If the one important qualification for appointment to a parole board or commission is purely political, the efficiency of such a board must necessarily be doubted and the confidence of prison inmates in such a board is badly shaken ».

<sup>(81)</sup> E. LINDSAY, *Indeterminate Sentence, Release on Parole and Pardon* (Report of the Committee of the Institute), in « JAICLC », 8, 4, 1917, p. 491-498: « the basis of recommendation by the parole board is left rather vague by the act; [...] The conditions of the parole are not clearly defined; [...] It is provided that if the Governor shall order the reinprisonment of any person discharged on parole, he may issue his warrant to the sheriff [...] Under what circumstances the Governor may do this is not specified in the act; [...] The conditions of the parole are not stated except that no person can be released on parole until arrangements have been made for honorable and useful employment for such person and also for a proper and suitable home ». Analogamente ID., *A Brief Comparative Study*, cit., p. 88: « Of this number in a few states the rules are quite detailed and in others few and perfunctory ».

condannati con pena indefinita scontano in prigione periodi più lunghi dei condannati a pena fissa <sup>(82)</sup>. Se, infatti, è vero che le promesse dei primi promotori della misura sull'efficacia riformatrice del criminale sono state per lo più disattese, è altrettanto chiaro che non si possono esprimere giudizi definitivi fino a quando non si saranno introdotti metodi corretti per amministrarla e non si avranno statistiche attendibili sul suo reale funzionamento. « It is probably best not to be at all dogmatic at present as to what is the best form of the sentence », afferma con realismo Lindsey nel 1922, perché, rispetto alla grande varietà degli effetti della pena indeterminata, si sa ancora molto poco dei suoi risultati applicativi: prima di procedere oltre con le teorizzazioni « it is time to suspend theoretical discussion and undertake detailed observation of the operation and results of the statutes we have » <sup>(83)</sup>.

Dopo l'impegno dei *progressives* americani per dare fondamento teorico alle varieguate sperimentazioni pragmatiche, con l'attenzione rivolta alle dottrine europee, sembra ora giunto il momento di un ulteriore passo in avanti nel percorso riformatore, diretto ad un'analisi obiettiva del sistema punitivo che parta dalla raccolta attendibile di dati statistici su scala nazionale. Il bilancio stilato dopo il primo mezzo secolo d'*indeterminate sentence* non sembra, infatti, del tutto positivo, né sul versante del consolidamento dei presupposti teorici, né, tanto meno, su quello del pratico funzionamento: in primo luogo, l'idea chiave sostenuta dai più irriducibili *advocates* della misura, quella di una pena assolutamente indefinita al momento della condanna e quindi non conoscibile da parte del condannato, non è più così convincente.

---

<sup>(82)</sup> Così LINDSEY, *A Brief Comparative Study*, cit., p. 96, e ID., *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 », 12, 4, 1922, p. 539, dove, analizzando i dati dell'Illinois e del Minnesota che provano un incremento nei periodi di detenzione, afferma che « this would indicate that where the parole system is carefully administered the prisoners remain in detention a longer time on the average under the indeterminate than under the definite sentence ». Tale dato era già emerso anche in rilevamenti precedenti, tra cui per es. A.W. BUTLER, *Ten Years of the Indeterminate Sentence*, in « Publications of the American Statistical Association », 11, 81, 1908, p. 85, il quale, cantando le lodi del nuovo sistema, constata come « In actual practice this has resulted in considerably lengthening the average time of service in prison ».

<sup>(83)</sup> LINDSEY, *What Should Be the Form*, cit., p. 541.

Si dubita, in altri termini, che la consapevolezza da parte del detenuto che il proprio destino in carcere sia rimesso *in toto* agli ufficiali penitenziari, ne stimoli e faciliti la riabilitazione più di un sistema in cui egli abbia la coscienza di avere ancora alcuni diritti definiti e conosca con certezza il futuro che lo attende <sup>(84)</sup>. In secondo luogo, non sembra opportuno rinunciare del tutto alla funzione retributiva e deterrente della pena, perché essa, in adesione alle tesi di Durkheim, è ancora saldamente avvertita dalla gran parte dei cittadini come naturale reazione dell'ordinamento al reato, « it accords with the moral sentiments of the great mass of people, including criminals themselves » <sup>(85)</sup>. In una comunità dove la pena è vista come necessaria ed adeguata conseguenza del crimine, la morale pubblica manifesta soddisfazione nei confronti dell'applicazione della stessa e si ha un conseguente beneficio nell'osservanza diffusa della legge e nella conservazione dell'ordine pubblico.

I termini minimo e massimo per la sanzione sono auspicabili non unicamente dal punto di vista dell'efficacia deterrente, ma, più in generale, Lindsay considera ancora una domanda aperta se la migliore forma di pena sia quella indefinita, poiché « it may be that a definite sentence with reformatory and parole measures is sometimes to be preferred » <sup>(86)</sup>. L'impressione è che lo scontento per il materiale funzionamento delle *indeterminate sentence laws*, specie a causa dell'inadeguatezza dei metodi rieducativi impiegati e dell'impreparazione dei *parole boards* ripetutamente denunciati <sup>(87)</sup>, unito alla disillusione per il faticoso progresso dell'ideale riabilitativo nel sentire comune, ricevano in questa fase ulteriore impulso da parte delle dottrine europee, prevalentemente assai critiche verso la pena

---

<sup>(84)</sup> Cfr. *ibidem*, dove l'autore replica alle proposte di Brockway di una pena assolutamente indeterminata.

<sup>(85)</sup> Ivi, p. 538.

<sup>(86)</sup> *Ibidem*.

<sup>(87)</sup> Ivi, pp. 541-542: « It seems to the present writer that the pressing need at present is for the improvement of these [*n.d.r.* the reformatory and parole methods]. The need is for the improvement of the methods of treatment of the prisoner in the prison, of the methods of determining how long he should be detained and when he should be released, including the provision of capable and conscientious parole authorities at salaries which will enable them to devote their whole time to the work and especially of the methods of oversight while on parole ».

indefinita ed assai più propense, come vedremo, a sostenere il binomio pena fissa/liberazione condizionale.

Tra gli anni Venti e Trenta del Novecento, il movimento riformista nordamericano sembra avere esaurito l'entusiasmo rinnovatore delle origini e procedere in modo sempre più ripetitivo entro i contraddittori binari già delineati alla fine del secolo precedente. Se il panorama legislativo sembra aver decretato il successo della *reformatory sentence*, in realtà i problemi applicativi, i difetti organizzativi, i limiti amministrativi delle misure rieducative emergono con sempre maggiore chiarezza, oltre che con insistente ricorrenza, senza che un vero rimedio sia teoricamente proposto o legislativamente previsto. Molti studi, anche approfonditi, del sistema riabilitativo di matrice criminologica, continuano a riproporre la difesa della pena indeterminata abbinata al *parole* come metodo astratto, pur denunciandone apertamente, nell'applicazione concreta, le inefficienze, le incongruenze, le resistenze nella mentalità sociale, i fallimenti.

Nel 1928 un'ampia relazione sul *modus operandi* della pena indeterminata e del *parole* nell'Illinois, ribadisce l'opportunità che tale sistema sia confermato e rafforzato nello Stato, ma, nello stesso tempo, denuncia la diffusa sfiducia verso il *parole board* generata nell'opinione pubblica dall'influenza dei condizionamenti politici, il numero insufficiente e l'inadeguata preparazione professionale dei commissari, le carenze delle strutture penitenziarie <sup>(88)</sup>. Le conclusioni cui giunge, comuni a molti studi simili, non sono diverse da quelle che già dall'inizio del secolo caratterizzano gli ambigui discorsi sulla riforma introdotta e che, come vedremo, ne anticipano le

---

(88) A.A. BRUCE, E.W. BURGESS, A.J. HARNO, *The Workings of the Indeterminate Sentence Law and the Parole System in Illinois*. A Report to H.G. Clabaugh, Chairman, Parole Board of Illinois, Chicago, 1928, ad es. p. 255: la commissione ritiene che « there is a general distrust on the part of the public of the freedom of the Parole Board from political influence [...] that any such general belief on the part of the public or among the paroled men themselves is detrimental to the best workings of the Parole Board », e raccomanda pertanto che il *parole system*, analogamente alle scuole pubbliche o all'università statale, sia reso libero da influenze politiche; p. 260: « In the judgment of the Committee « the present staff for parole supervision is too small and its personnel, for the most part, without the training required for dealing with essential aspects of rehabilitation of the paroled men ».

ragioni della crisi <sup>(89)</sup>. È, comunque, ormai chiaro come la retorica che mira a sostenere il principio della pena indefinita debba reagire alle critiche che provengono da fronti opposti, sostenendo gli argomenti di volta in volta più convenienti. A chi accusa il metodo di essere troppo crudele, perché rischia di rendere il condannato schiavo dell'amministrazione penitenziaria per un tempo imprecisato, tale retorica risponde mostrando i dati sulla frequenza della concessione della liberazione condizionale anticipata e sulla riuscita risocializzazione; a chi, invece, sempre più apertamente, critica l'eccessiva indulgenza di tale modello, replica esaltandone la maggiore funzionalità securitaria <sup>(90)</sup>.

Le riforme introdotte tra Otto e Novecento in nome del principio dell'individualizzazione della pena si sono sviluppate lungo due tendenze parallele: la *reformation* del delinquente, più accentuata in una prima fase, e la *protection of society*, nozione decisamente prevalente a partire dal secondo decennio del nuovo secolo in quanto più comprensiva, capace di includere tanto la rieducazione, se possibile, quanto l'esclusione permanente dalla società, dove ritenuta conveniente. La legittimazione dello Stato nell'incarcerare un delinquente ha lo stesso fondamento del potere di condurre in

---

<sup>(89)</sup> Ivi, pp. 267-268: « The Committee repeats its conviction that the indeterminate sentence and parole laws should be continued, but that their administration can and should be improved both by the placing of the work of the Parole Board on a scientific and professional basis and by further safeguards against the constant pressure of political influence ». Nello stesso senso cfr. anche, per es., R.J. WRIGHT, *Digest of indeterminate sentence and parole laws*, (Reprint from 91<sup>st</sup> 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. [...] The important elements contributing to intelligent and well-planned administration, such as modern investigative and social case methods, supervision based on experience in the handling of human beings, and non-political executive leadership, are noticeably lacking in many of the states ».

<sup>(90)</sup> Così ancora BRUCE et AL., *The Workings of the Indeterminate Sentence Law*, cit., p. 254: « Many persons believe that the only justification of parole lies in humanitarian feelings and principles, but the Committee finds that the strongest argument for the indeterminate sentence and parole consists in the protection for society it affords, not only through the opportunity for reformation of the criminal under supervision, but through its use as an instrument to return the parole violator to the penitentiary without the delays and technicalities of court procedure ».

ospedale psichiatrico una persona affetta da infermità mentale con patologie violente o di trattene in ospedale un malato infetto da vaiolo: tanto il motivo che governa l'azione del potere pubblico, quanto il fine da perseguire, sono il medesimo, « the protection of the public »<sup>(91)</sup>. La sostituzione del retributivismo con tale nuovo scopo del diritto penale, naturalmente, « involves a revolutionary upheaval of its entire structure relating to penalties », spostando l'interrogativo dal tipo di sofferenza che il condannato deve subire nella pena, come e quando può spiare la colpa, a quale sia il trattamento più adatto a garantire « the protection and well-being of the community »<sup>(92)</sup>.

L'*indeterminate sentence* è un dispositivo che, concepito proprio « in recognition of the principle of public protection as opposed to that of retribution »<sup>(93)</sup>, riflette coerentemente le doppia anima, *reform* e *social defence*, della pena 'moderna'; infatti, se da un lato enfatizza la possibilità rieducativa del condannato, « there is another side (...) often overlooked both by its advocates and its opponents », poiché « it not only frees the man who deserves his freedom, but it continues to keep in prison the man who should not be permitted to return to society »<sup>(94)</sup>. Il contrasto di tale ultimo argomento con la fiducia nella riformabilità di tutti, o quanto meno

---

<sup>(91)</sup> E. SMITH, *The Indeterminate Sentence for Crime*, in « The Independent », 58, May 11 1905, pp. 1052-1056, poi riedito in BACON (ed.), *Prison Reform*, cit., pp. 251-258, citaz. p. 254.

<sup>(92)</sup> *Ibidem*.

<sup>(93)</sup> Ivi, p. 255.

<sup>(94)</sup> L.B.S. (s.n. ma L.B. SCHLINGHEYDE), *Criminal Law: The Indeterminate Sentence*, in « California Law Review », 7, 2, 1919, pp. 133, 134. Con la stessa chiarezza cfr. anche H.E. BARNES, *The Repression of Crime. Studies in Historical Penology*, New York, G.H. Doran, 1926, p. 27: « The same methods of procedure is to give up the whole notion of punishment, on the ground that it is as anachronistic and indefensible as the ideas of witchcraft and magic, and to concentrate attention upon the various ways in which the criminal class can be handled in such a manner as to insure to the higher possible degree the reformation of the reformable element and the permanent segregation of those whose rehabilitation is quite unlikely or entirely out of the question ». Sullo spostamento del discorso riformista verso l'asse più utilitarista di difesa sociale cfr. anche NORRIE, *Crime, Reason and History*, cit., p. 215: « Rehabilitation and incapacitation represented the positive and negative sides of a doctrine of extended state intervention and individuated treatment of criminality ».

con il fallimento del trattamento rieducativo che si dimostra incapace di rendere ‘innocuo’ il detenuto anche nel lungo termine, non sembra scoraggiare i sostenitori della riforma.

Neppure la constatazione dell’aumento medio della durata della detenzione con il sistema della pena indeterminata <sup>(95)</sup> viene percepita come una sconfitta dell’originario ideale riabilitativo, né ritenuta lesiva dei diritti individuali del criminale, ma, anzi, trasformata in qualità positiva. Per frenare le obiezioni all’*indeterminateness*, molte delle quali fondate sull’osservazione dei fatti, si punta a tranquillizzare l’opinione pubblica insistendo sulla capacità di tale sistema di contrastare meglio la criminalità e di operare una più efficace prevenzione speciale, impedendo perpetuamente al delinquente la possibilità di rientrare nel contesto sociale.

### 7. *La pena indeterminata nella criminalistica europea.*

Il progressivismo criminologico americano, dal convegno di Cincinnati del 1870 fino agli anni Venti del Novecento, segue una traiettoria che porta all’accettazione teorica e all’introduzione legislativa della pena indeterminata. Il percorso tracciato mostra uno sviluppo non sempre coerente, costretto a convivere con contraddizioni irrisolte, a spostare in modo via via più evidente l’originale *ratio* umanitaria della riforma verso un più rassicurante discorso di difesa sociale, ad accettare la distanza tra la rivoluzione promessa e i fallimenti esperiti. Anche se i criminologi statunitensi rivendicano con orgoglio l’originalità e l’autonomia del loro movimento riformatore, scaturito da sperimentazioni pratiche e sempre proiettato verso la ricerca di soluzioni concrete ai problemi, è innegabile che, soprattutto a partire dall’ultimo ventennio dell’Ottocento, il positivismo penale europeo abbia esercitato un’influenza notevole anche sull’esperienza giuridica d’oltreoceano. Se, infatti, è vero che le idee di Brockway iniziano a circolare prima ancora che Lombroso scriva *L’uomo delinquente* e che gli studi d’antropologia o sociologia

---

<sup>(95)</sup> Criticamente osserva come questo incremento, pur non essendo una conseguenza intrinseca dell’*indeterminate sentence*, difficilmente possa considerarsi del tutto fortuito A.M. DERSHOWITZ, *Indeterminate Confinement: Letting the Therapy Fit the Harm*, in « University of Pennsylvania Law Review », 123, 2, 1974, pp. 303-304.

criminale si diffondano anche negli Stati Uniti, la frequenza con cui gli scritti di autori europei sono citati o richiamati nella letteratura e nella giurisprudenza americana a supporto dei principi dell'individualizzazione, della pericolosità o della difesa sociale, dimostra tutta la rilevanza della ricezione dottrinale.

L'apporto della comparazione è stato, tuttavia, reciproco; soprattutto la grande novità dell'*indeterminate sentence* rappresenta, infatti, il 'dono' degli americani alla scienza penale europea, sul quale si apre un acceso dibattito dottrinale che va dalla fine degli anni Settanta dell'Ottocento fino, almeno, al Congresso penitenziario internazionale di Washington del 1910. Essa realizza una rivoluzione così profonda del sistema penale, sia della fase esecutiva sia del processo e dei presupposti teorici dell'imputabilità, da divenire uno dei temi più controversi della penalistica continentale, l'istituto forse più rappresentativo delle potenzialità destrutturanti del positivismo criminologico coerentemente accettato nelle sue logiche ricadute normative. L'esempio di dove le teorie correzionaliste possano portare, delle conseguenze necessarie dell'individualizzazione 'presa sul serio', segna anche il limite estremo della loro accettabilità nella cultura giuridica europea. Il confronto con la pena indeterminata americana obbliga la scienza del vecchio continente a ripensare l'obiettivo della moderna penologia, a ridisegnare i confini del diritto penale dell'avvenire in accordo con i valori costituzionali ritenuti irrinunciabili.

In un continuo gioco di specchi, l'esperienza statunitense è vista da alcuni come il modello da imitare o la direzione da seguire, da altri, viceversa, come il pericolo di una generalizzata uniformazione di modelli punitivi che non tenga conto delle peculiarità e delle differenze politiche, istituzionali, culturali di ogni ordinamento. Esito naturale, progressivo, delle moderne nozioni di crimine e di sanzione <sup>(96)</sup>, oppure, al contrario, spettro del regresso verso forme di giustizia arbitraria, la pena indefinita divide la dottrina tra fautori e oppositori, tra chi (una minoranza) ne auspica l'introduzione

---

<sup>(96)</sup> Cfr. per es. G. de LACOSTE, *Étude historique sur l'idée de sentences indéterminées*, Paris, Arthur Rousseau, 1909, p. 93: « Il est donc certain que l'idée nouvelle n'à point fait faillite. Aussi peut-on être persuade qu'elle progressera, et finira par se réaliser un jour pleinement ».

difendendone i vantaggi e chi (l'ampia maggioranza) ne rifiuta l'importazione' integrale sottolineandone i rischi eccessivi. Dagli atti dei congressi internazionali penitenziari e di antropologia criminale, delle sedute dell'IKV e della *Société générale des prisons*, dall'attenzione riservata al tema nella letteratura giuridica, emerge un quadro complesso del problema. La battaglia per la segregazione a tempo indeterminato in area europea si svolge prevalentemente sul terreno dottrinale, in un confronto di posizioni che pare avere solo poche ricadute normative, specie se paragonate con le leggi statunitensi.

La discussione teorica, tuttavia, non si riduce affatto ad un puro esercizio di stile su un tema eccentrico: la tesi che qui si propone mira, invece, a riconoscere il ruolo centrale che tale questione ha avuto nella costruzione del diritto penale europeo del Novecento. Il movimento d'idee, i progetti e le leggi approvate, gli argomenti utilizzati per promuovere o respingere il modello americano, le decisioni assunte nei congressi, hanno, infatti, caratterizzato la progressiva edificazione di un'identità penologica europea, distinta da quella nordamericana, che ancora oggi permane. Tanto il sistema del doppio binario, che affianca alle pene le misure di sicurezza, quanto la definizione di generiche misure preventive per delinquenti pericolosi e la configurazione d'istituti come la liberazione condizionale o la sospensione della pena, maturano entro le coordinate segnate dal dibattito internazionale sulla pena indeterminata e sul ruolo del giudice nella fase esecutiva.

Il primo dato da rimarcare è che le scelte dei legislatori del vecchio continente in merito alla pena e alla sua concreta esecuzione possono essere comprese solo se collocate entro il dibattito transnazionale, studiandole non in modo isolato ma verificandone le reciproche influenze ed evidenziandone le specificità rispetto al movimento riformatore globale. L'ideale che sostiene l'*indeterminate sentence*, i principi che la giustificano e gli obiettivi che cerca di perseguire sono ormai patrimonio comune della criminalistica internazionale e condizionano a fondo anche le scelte europee, siano esse controproposte, reazioni critiche alla versione 'pura' americana o applicazioni attenuate della medesima filosofia punitiva.

Il secondo aspetto che merita di essere rilevato è l'importanza della dimensione locale nelle strategie di politica criminale e nelle scelte penologiche. Non vi è alcuna contraddizione, infatti, nell'evi-

denziare come opinioni o decisioni che maturano in un contesto culturale internazionale si conformino poi alle peculiari esperienze giuridiche ed alle particolari condizioni socio-politiche nazionali o regionali. Gli argomenti addotti dai giuristi continentali contro la segregazione a tempo indefinito si muovono sempre su un duplice piano, quello del contrasto della misura con la tradizione e la storia giuridica dell'Europa, e quello della migliore perseguibilità dei medesimi fini attraverso strumenti più compatibili con l'assetto (o gli assetti) ordinamentale del vecchio continente. Per un verso, infatti, il modello di Brockway è considerato incompatibile con le conquiste liberali contro margini di discrezionalità amministrativa nella limitazione della libertà personale e dei diritti individuali. Per altro verso, però, la proposta di rendere più duttile l'esecuzione della pena per modularla sulla personalità, l'effettivo recupero sociale o la pericolosità del reo, trova accoglimento in forme meno radicali della pena indefinita, attraverso la graduale introduzione di istituti come la liberazione condizionale prima e le misure di sicurezza poi.

L'impegno teorico per distinguere le specificità della penologia europea da quella americana, per rivendicare nel confronto globale modalità autonome d'individualizzazione della pena, favoriscono così la costruzione di una diversa identità giuridica.

#### 8. *Prime teorizzazioni e identità genetiche europee.*

L'idea della pena a tempo indeterminato inizia a circolare nella cultura giuridica europea a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento, soprattutto per merito di autori italiani e tedeschi. La formulazione compiuta della proposta presuppone l'elaborazione di un sistema penale completamente rinnovato rispetto al modello liberale, basato sulle teoriche del positivismo. Un reale ripensamento della fase esecutiva, momento finale dell'intera macchina punitiva statale, non può avvenire, infatti, senza la trasformazione organica di tutto l'apparato concettuale su cui la pena si fonda e si giustifica, senza aver prima ridefinito il fine del diritto penale, la nozione di delitto, il criterio dell'imputabilità. Quando Garofalo nel 1880 elabora un primo, sintetico programma del 'nuovo' diritto penale, costruito non più sull'idealismo 'illusorio' della dottrina liberale ma su una base naturalistico-sperimentale, la possibilità di applicare ad alcune cate-

gorie di criminali la pena indeterminata è la logica conclusione del percorso teorico complessivo.

Dopo aver constatato il fallimento della legge e del giudizio penale di matrice retributivista, ispirati ai dogmi del libero arbitrio e dell'uniformità della sanzione, il professore napoletano propone di abbandonare il criterio dell'imputabilità, la cui fallacia è ormai dimostrata dalle scienze sperimentali, per sostituirlo con quello della temibilità <sup>(97)</sup>. L'« indice di temibilità » è il nuovo criterio positivo della penalità, fondato su una nozione di pericolo sociale futuro che misura sia « il grado di timore che il fatto criminoso reca universalmente in un dato periodo storico », sia la « diversa probabilità della riproduzione » del reato <sup>(98)</sup>. Tale principio, che secondo Garofalo « trasformerà radicalmente la legislazione » <sup>(99)</sup>, deve anche determinare la pena, il cui scopo non può che essere la sola prevenzione <sup>(100)</sup>. La sanzione deve, perciò, essere calibrata in funzione di un duplice indice che tenga conto sia della gravità del delitto sia del tipo di delinquente <sup>(101)</sup>, evitando il carcere per le categorie di criminali non pericolosi ed applicando, viceversa, soluzioni drastiche per gli incorreggibili, gli abituali, i delinquenti di professione.

Anche per Garofalo, come per tutti i criminalisti di fine Ottocento, l'efficienza della giustizia penale si misura non sulla giusta quantità di sofferenza restituita all'offensore, ma sulla capacità di

<sup>(97)</sup> Anche adottando la tesi moderata dell'imputabilità relativa, che non nega l'autodeterminazione del soggetto ma considera la volontà comunque sempre condizionata dall'influenza di cause preesistenti alla commissione del delitto (impulsi o moventi palesi o nascosti), la logica applicazione della regola per cui se manca il libero arbitrio non vi può essere punibilità porterebbe all'impunità di ogni reo; pertanto, sostiene Garofalo, « alla condizione fondamentale della imputabilità bisogna dunque sostituire altra cosa, poiché questo elemento ci sfugge, si svapora, ci si dilegua dinanzi » (R. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, Vallardi, 1880, p. 33).

<sup>(98)</sup> Ivi, p. 50.

<sup>(99)</sup> Ivi, p. 52.

<sup>(100)</sup> Minacciando la pena « *coerentemente alla diversa temibilità* dei delinquenti » si otterrebbero sia la prevenzione speciale sia quella generale; « lo scopo della pena », continua Garofalo, « non è quello di far soffrire il reo; è unicamente quello di provvedere ad un interesse pubblico, l'attenuazione del male cronico del delitto » (Ivi, pp. 51, 54).

<sup>(101)</sup> Cfr. ivi, p. 55: ai reati (gravissimi, lievi, gravi) si deve abbinare il tipo di reo (*maggiori delinquenti*, abituali, non abituali) per capire che tipo di pena applicare (dai mezzi intimidativi più energici al semplice esperimento di correzione).

impedire la ripetizione del crimine, per cui « bisogna trovare pene che rendano assolutamente impossibile la recidiva, cioè a dire mezzi che rendano il delinquente innocuo » (102). Egli, però, non vuole rinunciare ad ammettere la possibile correzione anche dei criminali più ostinati, per i quali, invece della reclusione perpetua, propone « la custodia o prigionia senza determinazione di tempo, in case di lavoro in cui sia applicato il sistema graduale irlandese » (103). Tale metodo, basato sull'acquisizione di meriti per buona condotta e progressivi passaggi di grado fino all'eventuale liberazione anticipata, dovrebbe, secondo Garofalo, essere applicato ad un sistema non a pena temporanea come fatto fino ad allora, ma a « pena illimitata », in modo da garantire la rimessione in libertà solo dei soggetti considerati realmente « corretti e intimiditi » e la reclusione perpetua degli incorreggibili (104).

Nel 1868, il medico francese Prosper Despine propone che i criminali privi di senso morale e di libero arbitrio siano sottoposti non ad un castigo rapportato alla gravità della loro azione, ma ad un « traitement moral qui puisse féconder les germes de leurs bons

---

(102) Ivi, p. 54. Sulla centralità del problema nella penalistica tra Otto e Novecento, cfr. P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Saggio sulle origini della recidiva*, Ancona, Cattedrale, 2008.

(103) GAROFALO, *Di un criterio positivo*, cit., p. 73.

(104) Ivi, pp. 74, 75-76. Per alcune forme di omicidio aggravato da premeditazione o dallo scopo di lucro, tuttavia, Garofalo ammette la pena capitale, in quanto « solo mezzo *alquanto efficace* per la intimidazione, quindi per la prevenzione generale degli omicidi » (p. 86); in tali ipotesi « la società non può dunque essere tranquilla se non rendendolo [il reo] *assolutamente innocuo*; essa non può ammettere *né pure una lontana possibilità di recidiva*; essa non può darsi il lusso di esperimenti di emenda, i quali d'altra parte sarebbero semplicemente ridicoli in una individualità mostruosamente anomala, per una conformazione psichica che non le permette di sentire l'orrore del sangue » (p. 82). Nella successiva *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, Bocca, 1885, l'Autore propone per alcuni casi la pena detentiva a tempo indeterminato (per es. per alcuni reati commessi da un reo ritenuto imbecille morale o delinquente istintivo o dall'impulsivo alcoolista, pp. 49-50), ma è comunque una soluzione marginale, che si affianca alla pena di morte, alla relegazione, alla deportazione nelle colonie penali, alla riparazione del danno alle vittime. Per una sintesi del pensiero del giurista napoletano, cfr. F.A. ALLEN, *Garofalo's criminology and some modern problems*, in Id., *The Borderland of Criminal Justice*, cit., pp. 63-90.

sentiments à satisfaction égoïste » (105). Per non essere considerato un « utopiste enthousiaste et aveuglé », precisa come tale metodo basato sulle nuove conoscenze della psicologia sia già applicato con buoni risultati in alcuni penitenziari per minorenni. Anche gli adulti, sia i criminali sia gli individui che, pur non avendo ancora commesso alcun reato, offrono indizi certi che lo commetteranno, dovrebbero essere « séparé de la société et placé dans un asile spécial » (106) per subire un ‘trattamento morale’. Tale « séquestration » non dovrà essere percepita dal detenuto come un’espiazione, una punizione o una vendetta, e la modalità d’esecuzione sarà determinata esclusivamente dal fine unico del miglioramento morale del soggetto che, se ottenuto, avrà come conseguente importante risultato « la sécurité de la société » (107). Il tempo necessario per ottenere la moralizzazione del detenuto non può, così, essere « fixée d’avance, doit être maintenue tant qu’il n’y aura pas d’amendement réel chez le détenu, tant que celui-ci peut être un sujet de trouble » (108).

Il contributo scientifico della moderna psicologia spinge verso un completo abbandono del concetto classico di pena retributiva, porta a considerare il criminale come un soggetto moralmente pazzo e dominato da desideri perversi, da curare con un trattamento più che da punire, da moralizzare più che da castigare. Le misure da adottare negli ‘asili’, sarebbero, per Despine, basate su una logica di ricostruzione del senso morale attraverso il sapiente lavoro di controllo e stimolo del personale di sorveglianza, chiamato a studiare la natura istintiva dei detenuti, a far sviluppare il germe del loro sentimento morale qualora lo possiedano, a « leur inculquer des idées d’ordre et de leur donner l’habitude et le goût du travail » (109). Il tema governamentale foucaultiano della normalizzazione dei soggetti, del controllo del nuovo concetto di devianza non attraverso la pena ma attraverso l’educazione, la cura d’inclinazioni eterogenee,

---

(105) P. DESPINE, *Psychologie naturelle. Études sur les facultés intellectuelles et morales dans leur état normal et dans leurs manifestations anormales chez les aliénés et chez les criminels*, t. III, Paris, Savy, 1868, p. 388.

(106) Ivi, p. 389.

(107) Ivi, p. 391.

(108) Ivi, p. 390.

(109) Ivi, p. 391.

l'assoggettamento al lavoro ed al comune senso morale, condiziona in modo rilevante la genesi della riflessione sulla pena indeterminata in Europa.

Anche se poi il discorso rientra nei confini del linguaggio giuridico, si traduce in leggi regole istituti, il senso profondo del cambiamento nei metodi punitivi ha radici culturali che non possono essere considerate solo dal punto di vista normativo<sup>(110)</sup>. Il tema della pena, con tutte le sue diverse implicazioni filosofiche e politiche, sembra un privilegiato punto d'incontro tra scienza giuridica e scienze sperimentali, tra diritto e psichiatria, che reciprocamente s'influenzano, s'intersecano, si scontrano, fino a ridisegnare un nuovo metodo di 'fare giustizia' che oscilla tra la punizione e la cura, la rieducazione e l'eliminazione, la prevenzione e la repressione.

Nello stesso anno in cui Garofalo pubblica *Di un criterio positivo della penalità*, un altro stimato psichiatra, il tedesco Emil Kraepelin, dà alle stampe *Die Abschaffung des Strafmaßes*<sup>(111)</sup>, in cui, lui pure partendo dal rifiuto delle teorie retributive e sposando la difesa sociale come scopo del diritto punitivo, propone che non sia più il giudice a decidere la durata della pena detentiva. Se le pene sono un mezzo di educazione e correzione, finalizzate a proteggere la società rendendo il reo non più pericoloso, è assurdo che la legge in astratto o il giudice al momento della condanna prestabiliscano la durata di privazione della libertà necessaria (e sufficiente) per raggiungere questo scopo: tale compito andrebbe piuttosto affidato

---

<sup>(110)</sup> Sul tema resta fondamentale M. FOUCAULT, *About the Concept of the "Dangerous Individual" in 19th Century Legal Psychiatry*, in « International Journal of Law and Psychiatry », 1, 1978, pp. 1-18, trad. it. *L'evoluzione della nozione di "individuo pericoloso" nella psichiatria legale del XIX secolo*, in *Estetica dell'esistenza, etica, politica. Archivio Foucault 3*, a c. di A. Pandolfi, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 46; ID., *Il potere psichiatrico*, cit.; per un approfondimento cfr. G. CAMPESI, *L'« individuo pericoloso »*. *Saperi criminologici e sistema penale nell'opera di Michel Foucault*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 38, 1, 2008, pp. 121-141; cfr. anche F. CHAUVAUD, *Les experts du crime: la médecine légale en France au XIXe siècle*, Paris, Aubier, 2000; M. DINGES, *The Reception of Michel Foucault's Ideas on Social Discipline, Mental Asylum, Hospitals and the Medical Profession in German Historiography*, in C. JONES, R. PORTER (eds.), *Reassessing Foucault: Power, Medicine and the Body*, London-NY, Routledge, 1994, pp. 181-212.

<sup>(111)</sup> E. KRAEPELIN, *Die Abschaffung des Strafmaßes. Ein Vorschlag zur Reform der heutigen Strafrechtspflege*, Stuttgart, Enke, 1880.

al personale penitenziario addetto all'esecuzione della pena, esperti di psicologia, psichiatria, discipline criminologiche, che possano valutare le condizioni ed il carattere del detenuto con una duratura, costante osservazione. A due anni di distanza il magistrato Anton Willert pubblica un articolo in difesa della proposta di Kraepelin, muovendo dalla teoria della protezione sociale (*Schutztheorie*) <sup>(112)</sup>. Poiché la sanzione penale serve per proteggere la società dal pericolo rappresentato dal potenziale comportamento del criminale, essa deve essere applicata solo se, e fino a quando, tale pericolo sussista.

La possibilità, difesa dalle teorie tradizionali, che il giudice sappia trovare la giusta misura della pena è un inganno (*Täuschung*), dimostrato dal fatto che il verdetto segna una conclusione; « das Urteil bildet einen scheinbar versöhnenden Abschluss » <sup>(113)</sup>, dopo la quale il delinquente scompare dalla scena, cessa nei suoi confronti l'interesse scientifico dei giuristi ed è libero di tornare in società per commettere altri reati non appena la reclusione termina. Ricorrendo al fortunato paragone tra medico e giudice, il magistrato descrive la pena fissa come la decisione di dimettere dall'ospedale il malato prima ancora di aver verificato l'efficacia della cura. Per amore di giustizia, continua ironicamente Willert, i criminali fanno ritorno nella società anche se tutti sono ancora convinti della loro perico-

---

<sup>(112)</sup> WILLERT, *Das Postulat der Abschaffung des Strafmaßes und die dagegen erhobenen Einwendungen*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 2, 1882, pp. 473-496. L'articolo è commentato da Garofalo in « Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente » (da ora solo « Archivio di psichiatria »), 3, 1882, pp. 483-485, che con soddisfazione conclude: « Non faremo qui notare le differenze e le analogie fra il nostro sistema e quello proposto prima da Kraepelin ed ora da Willert. Diciamo solo per ora che siamo lieti di trovare in Germania un nuovo e valoroso alleato ne' punti sostanziali delle nostre dottrine ». In realtà Garofalo non condivide appieno le tesi di Kraepelin e Willert; in particolare, considera quelle dello psichiatra « l'esagerazione delle idee sostenute dalla giovane scuola sperimentalista italiana », vedendo nell'abolizione di ogni misura prestabilita della pena il rischio di aprire « un campo sconfinato all'arbitrio del personale carcerario » e comunque « una negazione dei dati precisi che offre oggi l'antropologia criminale nel distinguere diverse categorie di delinquenti, e la penologia nell'indicazione dei rimedi opportuni » (R. GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in « Archivio di psichiatria », 3, 1882, p. 89).

<sup>(113)</sup> WILLERT, *Das Postulat der Abschaffung*, cit., pp. 484-485.

losità <sup>(114)</sup>; la *Schutztheorie* è l'unica soluzione che può risolvere questo problema, perché « das prinzipielle Kriterium für die Notwendigkeit strafrechtlichen Einschreitens ist die Gemeingefährlichkeit; im Einzelfälle aber hat das Strafmaß der Individualität des Verbrechens sich anzupassen » <sup>(115)</sup>.

Dal punto di vista della difesa sociale le scelte sull'esecuzione della pena, sull'opportunità e il momento della liberazione, devono essere affidate ad un corpo di funzionari amministrativi adeguatamente formati nelle discipline criminologiche. Competenze, queste ultime, in costante evoluzione e certo ancora non sufficientemente diffuse; la necessità di un loro affinamento non è, tuttavia, ragione sufficiente per rifiutare il nuovo metodo proposto, come fa chi farisaicamente invoca lo spettro dell'arbitrio amministrativo nella pena e poi accetta senza problemi che la polizia, attraverso misure di prevenzione, riconduca in carcere per tutta la vita, senza alcun giudizio, il criminale che ha finito di scontare la pena.

Con un decennio di ritardo rispetto al contributo di Borckway del 1870, la nozione di segregazione dalla durata non determinata inizia a circolare anche nella cultura giuridica europea, come proposta strutturata all'interno di un sistematico progetto di revisione dell'intero diritto penale. Vi sono, tuttavia, delle differenze genetiche con l'esperienza statunitense, delle peculiarità che fin dall'origine caratterizzano il discorso europeo. L'approccio è eminentemente scientifico: sia che parta da una prospettiva giuridica, come in Garofalo, sia che muova da studi psichiatrici, come in Kraepelin, l'idea di sostituire la pena fissa con una flessibile matura al termine

---

<sup>(114)</sup> Nello stesso senso cfr. F. von LISZT, *E.F. Klein und die unbestimmte Verurteilung. Ein Beitrag zur preußischen Kriminalpolitik des 19. Jahrhunderts*, (Rektoratsrede 1894), ora in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II (1892 bis 1904), Berlin, J. Guttentag, 1905, pp. 133-169, dove, in un percorso che cerca di fondare storicamente la legittimità dell'istituto, il giurista viennese definisce la pena indefinita uno dei più importanti problemi dell'odierna politica criminale ed una possibile soluzione all'inefficacia delle pene fisse per contrastare i criminali recidivi e pericolosi, poichè « Wir lassen heute die gemeingefährlichsten Verbrecher nach ausgestandener Strafe wieder los auf die wehrlosen Mitbürger. Wir greifen sie erst wieder auf, wenn sie neue Schuld auf sich geladen, neues Elend ins Land getragen haben. Und das „von Rechts wegen“ ». (p. 153).

<sup>(115)</sup> WILLERT, *Das Postulat der Abschaffung*, cit., p. 485.

di un complessivo studio dei fondamenti legali o dei presupposti neurologici e comportamentali dell'imputabilità<sup>(116)</sup>. Le basi dogmatiche del positivismo criminologico, dalle quali poi scaturiscono le richieste di modificare anche gli strumenti sanzionatori, si reggono su una stretta comunicazione tra circuito giuridico e circuito scientifico-sperimentale (medico, psichiatrico, antropologico).

Prima di applicare tale metodo punitivo, occorre ripensare i principi della responsabilità penale, i criteri di valutazione della criminalità come pericolosità, la funzione della pena: diversamente dal pragmatico *reform movement* americano, la proposta ha alle spalle un progetto culturale *in progress*, nasce come « concetto forse accettabile e ad ogni modo degno di considerazione »<sup>(117)</sup> non perché risponde ad esigenze pratiche, ma perché sembra coerente con la teoria positivista di un diritto penale del delinquente e non del delitto<sup>(118)</sup>, finalisticamente orientato alla difesa sociale, fondato sulle ricerche psichiatriche che rivelano l'inesistenza del libero arbitrio e l'influenza delle cause determinanti, sociali od organiche (biologiche, ereditarie), dei comportamenti.

Un secondo carattere originario del dibattito sulla pena indeterminata in area europea è la stretta connessione con la teoria della sicurezza sociale. Se nei primi riformisti americani l'argomento umanitario sembra avere un peso rilevante per convincere opinione pubblica e giurisprudenza dei vantaggi dell'*indeterminate sentence*, nel vecchio continente la retorica che sostiene tale metodo fa leva, in modo solo apparentemente contraddittorio, sulle maggiori garanzie che esso può offrire alla pubblica tranquillità, eliminando definitivamente dal contesto sociale il delinquente pericoloso. Non è enfa-

---

<sup>(116)</sup> Per un es. di tale approccio cfr. T. KLIPPEL, *Determinismus und Strafe*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 10, 1890, pp. 534-573.

<sup>(117)</sup> E. FERRI, *Il diritto di punire come funzione sociale*, in « Archivio di psichiatria », 3, 1882, p. 68: « Che la durata della segregazione non debba determinarsi *a priori* dal giudice, ma spetti invece al direttore di quello speciale stabilimento, a cui quegli ha assegnato il delinquente, il decidere sulla necessità di una detenzione perpetua, o temporanea, in seguito allo studio pur sempre psico-antropologico del detenuto, questo è un concetto forse accettabile e ad ogni modo degno di considerazione ».

<sup>(118)</sup> In questo senso cfr. K. BIRKMEYER, *Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht „nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen“*, Leipzig, W. Engelmann, 1909, pp. 63-65.

tizzato, almeno in prima battuta, il carattere rieducativo, l'ideale riabilitativo del condannato reso massimamente responsabile della propria correzione, ma il vantaggio collettivo, compatibile con le tesi retributiviste, che tale misura comporta attraverso la definitiva incapacitazione del delinquente abituale o professionale <sup>(119)</sup>. Il compito del *unbestimmte Verurteilung*, spiega Freudenthal, è trasformare il nemico (*Feind*) della società e dello Stato, il parassita (*Schädling*), in un uomo e in un cittadino utile (*nützlich*) <sup>(120)</sup>. Se il miglioramento del delinquente (*Besserung*) per renderlo un buon cittadino è lo scopo primario della pena a tempo indeterminato, fine secondario è la neutralizzazione del reo (*Unschädlichmachung*) e, attraverso la minaccia e l'esecuzione di una misura privativa della libertà per un lungo termine, si persegue anche, come terzo obiettivo, l'intimidazione generale (*Abschreckung der Allgemeinheit*) <sup>(121)</sup>.

Già nella fase iniziale del percorso europeo della pena indeterminata è, dunque, possibile individuare alcuni tratti che ne segneranno i successivi sviluppi, ne caratterizzeranno i progressi e le frenate, le deviazioni o le trasformazioni. L'idea che per la categoria di delinquenti ritenuti pericolosi o incorreggibili occorra uno strumento di detenzione-esclusione flessibile, che vada oltre la classica nozione di pena, avrà, come vedremo, una fortuna di lungo periodo, destinata ad influenzare profondamente la scelta, tipicamente europea appunto, del *dual-track system*. Il dibattito che per più di mezzo secolo anima la scienza giuridica 'di qua' dall'oceano, spesso in contrapposizione con ciò che accade 'di là', nasce con impressi i

---

<sup>(119)</sup> B. FREUDENTHAL, *Unbestimmte Verurteilung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, Hrsg. auf Anregung des Reichs-Justizamtes von K. Birkmeyer et al., *Allgemeiner Teil*, Bd. III, Berlin, Otto Liebmann, 1908, p. 276: « Was in Amerika als Besserungsstrafe über den Täter verhängt wird, das hält man im Volke zugleich für gerechte Verheltung. An einen Gegensatz oder Widerspruch beider, an ihre Unvereinbarkeit glaubt die allgemeine Meinung nicht ».

<sup>(120)</sup> Ivi, p. 268.

<sup>(121)</sup> Ivi, p. 269: « Der wertvollste der drei Strafzwecke Besserung, ist unter allen Umständen ihr erstes Ziel. Unschädlichmachung bringen sie in der — verhältnismäßig langen — Zeit der Freiheitsentziehung unter allen Umständen mit sich. Abschreckung der Allgemeinheit endlich wird durch die Androhung und den Vollzug der eventuell eintretenden langfristigen Freiheitsentziehung, die ihnen eigen ist, erstrebt ».

segni di una distinta identità, culturale politica giuridica, che si ridefinisce proprio nel confronto e nel contrasto con modelli differenti.

9. *La stretta legalità dell'esecuzione e l'individualizzazione 'nei limiti del possibile'.*

Il confronto dottrinale internazionale sulla pena indeterminata rappresenta un complesso e articolato laboratorio di teorie, progetti di legge, risoluzioni congressuali <sup>(122)</sup> che, benchè giuridicamente non vincolanti, offre una testimonianza indicativa dei prevalenti orientamenti scientifici. L'osservatorio non riguarda esclusivamente il problema della materiale esecuzione della sanzione, ma interessa, in senso più ampio, contrastanti filosofie della pena, concezioni degli equilibri tra potere giudiziario ed amministrativo, visioni delle garanzie dell'imputato e dei diritti del condannato <sup>(123)</sup>. Il fatto che il tema sia percepito dalla scienza giuridica europea come così rilevante fino agli anni Trenta del Novecento, per poi scomparire quasi dalla scena, si spiega, a nostro avviso, con l'iniziale 'paura' che tale proposta suscita inizialmente, per l'effetto rivoluzionario che avrebbe su tutto il sistema penale, seguita dalla 'calma' per la raggiunta formalizzazione di scelte diverse che ne disinnescano il pericolo.

Il Congresso penitenziario internazionale di Stoccolma del 1878 non affronta direttamente il tema della segregazione a tempo indeterminato, ma discute la questione, strettamente collegata, della definizione legislativa dei modi d'esecuzione della pena e degli eventuali margini di potere discrezionale da lasciare all'amministrazione peni-

---

<sup>(122)</sup> Benchè giuridicamente non vincolanti, le decisioni dei congressi, esito di lunghe discussioni e di studi comparati, sono, ad un tempo, la causa e l'effetto delle scuole e delle legislazioni nazionali: i giuristi che partecipano alle sedute o inviano relazioni, che si confrontano e si scontrano con i delegati di altri paesi, sono sempre, infatti, la rappresentanza dell'*élite* culturale, giuridica e politica dei singoli stati, chiamati poi in patria a partecipare attivamente all'attività legislativa.

<sup>(123)</sup> L'interesse suscitato dal confronto dottrinale sul tema è testimoniato, per es., dalle ampie sintesi comparative di FREUDENTHAL, *Unbestimmte Verurteilung*, cit., pp. 245-320; LACOSTE, *Étude historique sur l'idée de sentences indéterminées*, cit.; L.J. DE ASUA, *La sentencia indeterminada*, cit.

tenziaria (124). Si confrontano due possibili, opposte, posizioni: quella che vuole un'esecuzione assolutamente regolamentata dalla legge e quella che auspica una maggiore libertà per i direttori delle carceri. La prima è evidentemente connessa ad una visione rigidamente retributivista e afflittiva della pena, che considera un valore irrinunciabile l'uniformità della sanzione come conseguenza diretta dell'eguaglianza giuridica formale. È il portato della dottrina liberale pura, descritta in modo esemplare nelle pagine di Francesco Carrara.

Nel 1863 il professore lucchese rifiuta con fermezza il principio dell'emenda come fondamento della pena poiché incompatibile con quello della tutela giuridica, che « esige per logica necessità la irrimediabilità, la certezza della pena » (125). L'applicazione della pena, « certa ed inevitabile conseguenza di ogni reato », deve essere « impreteribile, né può dipendere da eventualità successive » (126) come l'avvenuta *correzione* del reo. Carrara non teme solo il possibile « sindacato della coscienza » da parte dell'autorità sociale che, nel compito di verificare l'avvenuto ravvedimento, « si renderebbe despota delle credenze religiose e delle opinioni politiche dei cittadini », ma vede nell'emenda un semplice effetto consequenziale della pena, che non può mai far « dimenticare il fondamento primitivo della sua legittimità, la difesa della legge; e il suo fine precipuo, il ristabilimento della quiete negli animi onesti » (127). L'eventualità di

---

(124) È la prima questione del Congresso: « Jusqu'à quel degré le mode d'exécution des peines doit-il être défini par la loi? L'administration des prisons doit-elle jouir d'un pouvoir discrétionnaire quelconque vis-à-vis des condamnés, lorsque le régime général serait inapplicable en certains cas? »; cfr. *Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm. 15-26 aout 1878, Comptes rendus des séances publiés sous la direction de la commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume*, t. I, Stockholm, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1879, la cui discussione è alle pp. 109-138.

(125) F. CARRARA, *Emenda del reo assunta come unico fondamento della pena*. Prolusione al corso accademico dell'anno 1863-64, in *Id.*, *Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca, Giusti, 1870<sup>6</sup>, p. 196; ma cfr. anche *Id.*, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*. (Prolusione al corso accademico 1861-62 rifiuta ed ampliata nel 1866), in *ivi*, pp. 219-287.

(126) CARRARA, *Emenda del reo*, *cit.*, p. 196.

(127) *Ivi*, p. 203. Sulle critiche di Carrara alla teoria dell'emenda cfr. F. COLAO, "Il dolente regno delle pene". *Storie della "varietà della idea fondamentale del giure punitivo" tra Ottocento e Novecento*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* », 40, 2010, n. 1, pp. 141-142.

far cessare la pena al momento della correzione, azzera la difesa del diritto e toglie alla pena la certezza, elemento che più la rende efficace. Carrara, fermo nell'assolutezza dei suoi principi di giustizia, demolisce perfino l'istituto della liberazione provvisoria, « gravido di pericoli alla quiete sociale »<sup>(128)</sup>.

Per quanto tale orientamento 'classico' esprima ormai, al tempo del congresso nella capitale svedese, una posizione « complètement contraire au but que se propose la réforme pénitentiaire »<sup>(129)</sup>, almeno nell'opinione del danese Goos, è sostenuta con forza dal belga Thonissen, il quale, fedele interprete del legalismo liberale, ribadisce che, se il carattere e la durata della pena non sono attentamente determinate dal legislatore, si rischia di « introduire l'arbitraire et l'inégalité dans une sphère où doivent régner avant tout l'égalité devant la justice et l'égalité devant le pouvoir exécutif »<sup>(130)</sup>. L'ineguaglianza nell'applicazione della sanzione penale sarebbe « la négation manifeste, scandaleuse, des principes fondamentaux du droit public moderne »<sup>(131)</sup>, fondato sul primato assoluto della legge, sulla separazione dei poteri e sulla rigida difesa dell'eguaglianza formale.

Se il moderno fine della pena è la rieducazione del reo, affermano invece Goos, l'altro belga Berden, l'olandese Pols e l'italiano Tancredi Canonico, occorre uscire da questo schema tradizionale, individuare una razionale via mediana e trovare soluzioni più flessibili che tengano conto delle singole personalità da correggere. « En premier lieu, — sostiene Goos — il est donc nécessaire d'individualiser. Or, qui dit individualisation, dit pouvoir discrétionnaire; car,

---

<sup>(128)</sup> CARRARA, *Emenda del reo*, cit., p. 213: « Per cotesto sistema ne viene coraggio al male inclinato, timore nei buoni: si turba l'ordine delle gerarchie, lanciando i decreti della magistratura in balia della inferiore potestà che deve rispettosamente eseguirli: si apre la via ad arbitrii pericolosi; al discredito della giustizia: si aumenta la timidità dei testimoni a deporre, i sospetti degli offesi a denunciare: ed in generale si diminuisce la sicurezza, e la opinione delle sicurezza ».

<sup>(129)</sup> C. GOOS, *Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm*, t. I, cit., p. 114.

<sup>(130)</sup> THONISSEN, *ivi*, pp. 120-121, che continua: « C'est la loi qui doit régner partout, c'est l'arbitraire ministériel qui doit être partout écarté. L'égalité devant la loi entraîne forcément l'égalité devant la justice répressive, devant le Code pénal. Il faut, pour chaque espèce de peine, un système d'exécution rigoureusement uniforme ».

<sup>(131)</sup> *Id.*, *ivi*, p. 122. Della stessa opinione anche lo svedese Schönmeier (p. 134).

sans ce pouvoir, on ne peut individualiser » (132). Il principio dell'individualizzazione non può convivere con una rigida legalità della sanzione ed è necessario, quindi, adeguare l'approccio illuministico puro alle moderne convinzioni penologiche. Se, infatti, è vero che l'essenza stessa del diritto come garanzia consiste nel porre limiti e vincoli maggiori proprio dove vi è la possibilità che un uomo eserciti potere a danno di un altro uomo in modo dispotico, il legislatore può limitarsi a fissare le regole generali, valide universalmente, per l'esecuzione della pena, delegando poi all'amministrazione carceraria il compito d'individualizzare.

Anche Canonico, pur sostenendo che il fine primario della pena non è la rieducazione del condannato ma la rivendicazione del diritto leso e la difesa dei supremi principi di giustizia, crede che essa debba poi essere adattata al singolo criminale, per migliorarlo nell'interesse della società stessa. La legge deve definire i caratteri essenziali della pena, uguali per tutti, ma entro certi limiti si deve riconoscere discrezionalità agli organi amministrativi nell'esecuzione, perché, da un punto di vista soggettivo, la pena è il trattamento, l'educazione del reo. « *Traitement et non pas guérison; éducation et non pas correction* » (133), precisa il giurista torinese, perché se la pena dovesse mirare a guarire e correggere dovrebbe, di conseguenza, essere indeterminata, liberando il detenuto dopo molto o poco tempo a seconda della più o meno lunga persistenza della 'malattia'; ma « *dans le premier cas, on violerait le droit de l'individu, dans le second, celui de la société, et, dans les deux cas, les droits de la justice* » (134).

L'assemblea generale del congresso alla fine approva la risoluzione di mediazione elaborata da Canonico, Thonissen e Goos (135):

---

(132) GOOS, *ivi*, p. 114.

(133) CANONICO, *ivi*, p. 118.

(134) *Id.*, *ivi*, pp. 118-119.

(135) *Ivi*, p. 637: « Sans porter atteinte à l'uniformité du mode d'application de la peine, l'administration des prisons doit jouir d'un pouvoir discrétionnaire dans les limites déterminées par la loi, afin de pouvoir appliquer (autant que possible) l'esprit du régime général aux conditions morales de chaque condamné ». La contraddittorietà di tale posizione, che cerca di rendere flessibile il momento esecutivo della pena in ragione delle caratteristiche del reo, pur senza intaccare il principio di uguaglianza espresso nella ferma proporzione tra azione delittuosa e reazione punitiva, emerge anche nel pensiero

si tratta, in realtà, solo di una moderata apertura alle conseguenze teorico-applicative del principio dell'individualizzazione, ben lontana da quanto in quegli stessi anni iniziano a chiedere con insistenza gli *advocates dell'indeterminate sentence* negli Stati Uniti <sup>(136)</sup>. La dottrina continentale continua ad avere fiducia nella funzione positiva della tradizionale pena-castigo, afflittiva e commisurata al reato, anche quando auspica l'adozione della liberazione condizionale. Tale misura, infatti, — sostiene Arnould Bonneville de Marsangy — costituisce una « sorte de moyen terme » tra la concessione della grazia e l'integrale espiatione della pena, che, « loin d'affaiblir la répression, doit la fortifier; loin de coûter à l'Etat, doit lui procurer de notables économies », invece di disorganizzare la prigione rinsalda le idee di disciplina e di emenda, e, « comme le châtement lui-même, a le mérite de reposer sur les principes les plus incontestables de la raison et de la justice! » <sup>(137)</sup>.

La sola idea di un superamento della stretta legalità della pena, contenuta entro i limiti di una generale cornice legislativa, desta perplessità, suscita netti rifiuti, contrasta gli incontestabili principi di ragione e di giustizia maturati nella cultura illuminista e liberale perché evoca il ritorno ad un dispotico arbitrio dell'esecutivo contro

---

di Alessandro Stoppato (*La scuola giuridica italiana e il progresso del diritto penale*. Discorso letto per la inaugurazione dell'anno scolastico 1908-1909 nella R. Università di Bologna, Bologna, Monti, 1908), il quale ambiguamente rifiuta l'individualizzazione poiché « muovendo da un criterio empirico, distrugge la base per la uniformità delle repressione, ne disconosce l'essenziale giustizia e conduce [...] alla arbitraria inegualianza di colpe uguali » (p. 28), ma accetta la pena indeterminata, perché « altra cosa è il principio, non mutabile, della proporzione fra delitto e pena, altra quella della misura, che è mutabile, della proporzione » (p. 50).

<sup>(136)</sup> Tra i delegati statunitensi al congresso c'è Enoch Cobb Wines il quale, nel *Report on the International Prison Congress of Stockholm*, cit., dovrebbe allegare anche una relazione sulle eventuali proposte per le riforme carcerarie negli Stati Uniti. In realtà ripresenta lo stesso *report* elaborato nell'agosto del 1877 per una conferenza tenuta nel Rhode Island, e li adottato all'unanimità come documento programmatico da sottoporre ai legislatori statali e agli studiosi per le future riforme. Il testo, *Prison reform in the United States*, cit., (pp. 54-84), propone soluzioni molto più avanzate di quelle approvate a Stoccolma, tra cui le *indefinite sentences* (pp. 68-70).

<sup>(137)</sup> A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *Rapport sur la libération conditionnelle des libérés amendés*, pronunciato nella *Séance de la Société Générale des Prisons, du 5 Juin 1878*, in « Revue pénitentiaire et de droit pénal », 1, 6, 1878, pp. 556-569, citaz. p. 557.

cui si è costruito il diritto pubblico moderno, con rigide separazioni di competenze, rassicuranti proclami di uguaglianza legislativa, fiducia nel valore simbolico, pedagogico, dell'uniformità della pena. Il congresso di Stoccolma è ancora ben radicato nel penale liberale europeo e l'incidenza del riformismo penitenziario, non supportato dagli argomenti dirompenti delle teorie criminologiche, è ridotta ad un'individualizzazione 'nei limiti del possibile'.

10. *Il confronto dottrinale e la costruzione di un'alternativa.*

La risoluzione adottata al Congresso penitenziario di Roma del 1885 sulla latitudine dei poteri da attribuire al giudice nella determinazione della pena non fa alcuna menzione della segregazione a tempo indeterminato, ma si limita a stabilire, accogliendo la proposta di Enrico Pessina, che la legge deve prevedere il limite massimo della pena per ciascun reato, non superabile dal giudice, e quello minimo, che può essere ulteriormente ridotto qualora il magistrato riscontri la presenza di circostanze attenuanti <sup>(138)</sup>.

La relazione inviata da van Hamel, invece, prevede per la prima volta un limitato utilizzo della pena indeterminata, introducendo così il concetto nel confronto dottrinale (anche) europeo. Il giurista olandese prende le mosse dalla fondamentale antitesi teorica tra « principe de représaille et celui de la protection sociale » <sup>(139)</sup> che, dopo Stoccolma, ha guadagnato interesse grazie alle teorie dei giuristi tedeschi, alla scuola d'antropologia criminale italiana ed alla legge francese sulla recidiva (27 marzo 1885). Sia l'onnipotenza del giudice sia quella della legge sono concezioni ormai superate, poiché se un potere troppo ampio delle corti nella determinazione della sanzione rischia di produrre scelte arbitrarie, portare all'ineguaglianza e generare incertezza, una previsione legislativa eccessivamente dettagliata non rende giustizia alle esigenze dei singoli casi.

---

<sup>(138)</sup> La risoluzione sulla terza questione, prima sezione, del congresso è in *Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome* (novembre 1885), t. I, Roma, Mantellate, 1887, p. 745. Scelta conservatrice che, secondo Ferri (*Sociologia*, cit., p. 841), riflette « l'esagerato individualismo classico ».

<sup>(139)</sup> G. v. HAMEL, *Rapport*, in *Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome*, cit., p. 100. Una breve sintesi tradotta del rapporto è in « Rivista di discipline carcerarie », 14, 1884, pp. 415-416.

Van Hamel pone come questione centrale la distinzione dei criminali in tre categorie: gli abituali incorreggibili, gli abituali correggibili, gli occasionali. Entro tale tripartizione deve essere chiarito ciò che compete alla definizione legislativa e ciò che spetta alle scelte del giudice. Tocca alla legge tracciare dei limiti negativi: stabilire i reati la cui recidiva porta all'abitualità, decidere se i crimini o i delitti ripetuti appartengano alla stessa specie o categoria, fissare il lasso di tempo entro il quale si ha recidivismo. Per gli incorreggibili la pena deve essere « indéterminée, c'est-à-dire perpétuelle en principe »<sup>(140)</sup>; l'assoluta demarcazione tra correggibilità ed incorreggibilità non può essere fissata preventivamente *ex lege* ma va verificata caso per caso. Occorre allora « scinder en quelque sorte en deux parties le jugement »<sup>(141)</sup>; il tribunale deciderà in via ordinaria sull'ultimo reato del soggetto il quale poi, se sussistono le condizioni legali, sarà destinato ad un trattamento eccezionale per gli incorreggibili in cui sarà sottoposto per un intervallo di tempo ad una sorveglianza speciale, con attento esame dei suoi precedenti. Per gli abituali correggibili, invece, l'olandese propone di far seguire ad una pena determinata, come sanzione accessoria, un periodo di detenzione indeterminato con un minimo generale non troppo elevato. Per i malfattori occasionali può essere mantenuto il sistema in vigore a pena fissa, proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del reato.

È una costruzione confusa, basata su una complessa interazione tra vincoli di legge e spazi d'intervento giudiziale, con categorizzazioni che la norma definisce solo in astratto delegandone poi l'applicazione concreta alla valutazione delle corti, con limiti legislativi vaghi imposti a spazi di discrezionalità giurisdizionale, con la necessaria divisione del processo in due fasi distinte senza chiarirne ruoli, funzioni, attori. Sono individuati alcuni punti centrali della misura che verranno, di lì a poco, discussi in modo più approfondito e sistematico, come la connessione con il fine di protezione sociale, il nodo del rapporto tra conoscenza processuale del giudice e competenza di esperti, la possibilità di sommare (non sostituire) la pena indeterminata a quella fissa: complessivamente, però, la proposta di

---

<sup>(140)</sup> Ivi, p. 102.

<sup>(141)</sup> *Ibidem*.

van Hamel sembra eccentrica e poco convincente. Nella discussione congressuale, dominata dalla tesi e dall'autorevole presenza di Pessina, il *report* del professore di Amsterdam non viene praticamente considerato: il giurista napoletano nella sua relazione considera la pena indeterminata semplicemente « en contradiction absolue avec la nature et le but de la justice pénale » <sup>(142)</sup> e dedica solo poche righe alla critica dell'idea che « n'ont pas fait un grand chemin, malgré les efforts des novateurs au nom d'une prétendue rénovation de la science du droit pénal sur la base de la sociologie » <sup>(143)</sup>.

La posizione prevalente è sempre quella di una pena definita dalla legge, attuata dal giudice con quel poco di discrezionalità necessaria per adeguarla ai singoli casi, proporzionata al reato commesso e non tagliata sul criminale. Una forma, ancora, molto ridotta d'individualizzazione, sostanzialmente limitata alla ponderazione giudiziale delle circostanze ed alla possibilità di concedere la liberazione condizionale <sup>(144)</sup>, piegata a un'impossibile conciliazione con i principi classici d'eguaglianza, certezza della pena, impersonalità della giustizia e con il tradizionale principio di proporzionalità, semplicemente riadattato per estenderlo tanto al momento dell'elaborazione della norma quanto a quello dell'applicazione giudiziale <sup>(145)</sup>. Il principio di legalità, come spiega Pessina in uno

---

<sup>(142)</sup> E. PESSINA, *Rapport*, *ivi*, p. 111.

<sup>(143)</sup> *Ibidem*.

<sup>(144)</sup> Per Pessina già questa misura, una delle più interessanti 'conquiste' della scienza penale, deve essere applicata con le dovute cautele, perché sarebbe pericoloso confondere « dans la même personne juridique le double pouvoir de l'administration et du jugement » (*ivi*, p. 110): meglio, quindi, che la decisione sia rimessa al potere giudiziario e non ad organi amministrativi.

<sup>(145)</sup> Così ancora PESSINA, *ivi*, pp. 111-112: « Toutes ces attributions de la puissance judiciaire forment la sphère d'activité que la loi doit laisser au juge pour compléter l'œuvre du législateur dans la réalisation de la justice pénale. Seulement par elles on pourra obtenir que la peine soit proportionnée au délit: et seulement par elles le principe de l'individualisation offrira la conciliation complète des exigences de l'égalité juridique, de la certitude de la peine, de l'impersonnalité de la justice avec le principe substantiel du droit pénal que les délits différents soient tous punis selon leur nature et gravité respectives. Et cette proportionnalité accompagnera la justice pénale non seulement lorsque la loi fixe les différentes hypothèses délictueuses, mais aussi lorsque l'autorité judiciaire apprécie les actions qui viennent troubler l'ordre social ». Conciliazione tra uguaglianza penale e individualizzazione che lo spagnolo Manuel Silvela ritiene ancor

scritto del 1906, esclude ogni possibile forma di pena indefinita. Esso, infatti, nel significato di *nulla poena ultra nec supra legem*, implica che la legge « non può né debbe nel suo contenuto determinare tutto quello che si riferisce alla pena, ma in quella vece fissare il limite massimo di rigore oltre il quale non deve manifestarsi l'azione del potere sociale nel punire »; il giudice pertanto, nel compiere « l'ufficio dell'individuazione della pena », dovrà certo tenere conto delle circostanze aggravanti ed attenuanti, soggettive ed oggettive, ma sempre restando entro i rigidi « confini del massimo legale » (146).

La relazione di van Hamel, marginalizzata nel congresso romano, ottiene comunque il risultato di aprire tra i giuristi europei un nuovo terreno di confronto. Non si tratta di una provocazione estemporanea destinata a cadere nel vuoto, ma di una prima anticipazione del dibattito che vedrà coinvolti su posizioni spesso differenti, talvolta contrapposte, tutti i migliori criminalisti del vecchio continente. In particolare i due decenni a cavaliere del XX secolo sono decisivi per la costruzione di una nozione di pena indeterminata alternativa a quella americana, per l'elaborazione dottrinale e l'attuazione legislativa di metodi punitivi che, partendo dal confronto con l'*indeterminate sentence* degli *States* allora all'apice del consenso, riescano a recepire ciò che di utile può avere il principio dell'indeterminatezza, rifiutandone i profili più incompatibili con la

---

meglio realizzata se la legge determina non solo il massimo ma anche il minimo della sanzione (ivi, p. 121).

(146) E. PESSINA, *La legge penale avvisata in sé e nella sua efficacia*, in « Enciclopedia del diritto penale italiano », a. c. di Enrico Pessina, vol. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, pp. 15-16. Tale posizione, conforme alla più tradizionale dottrina penale liberale, è sostenuta anche in G. GUIDI, *Legge penale (efficacia della)*, in « Il Digesto Italiano », XIV, Torino, Utet, 1902-1905, pp. 387-388: « l'aforisma *nulla poena sine lege* deve interpretarsi nel senso lato [...] che non vi sia pena applicabile se non quella determinata per ogni singolo reato (nella *qualità*, nel *massimo* e nel *minimo*); che non si possa altra qualità od altra quantità di pena applicare, diversa da quella indicata dalla legge; ma che il giudice abbia la duplice facoltà, date le peculiari circostanze del fatto soggetto al suo esame, di dichiarare l'evento di circostanze speciali (indicate dalla legge) che aumentano, o diminuiscono, o cambiano la pena, e di spaziare nel quantitativo della pena medesima (al di fuori di quelle circostanze suaccennate) onde applicare la giusta misura a seconda della diversità delle circostanze obiettive e subiettive che determinarono e accompagnarono il fatto delittuoso ».

storia giuridica dell'Europa moderna. È in questo arco temporale che si consolidano le basi teoriche per l'uso della liberazione condizionale o di misure alternative alla detenzione, ed è discutendo di questo tema che la scienza giuridica arriva a definire le caratteristiche del c.d. doppio binario.

La necessità di distinguersi dal modello d'oltreoceano costringe criminologi e giuristi impegnati nella progettazione del futuro ad affrontare i nodi più problematici della pena indeterminata entro le coordinate culturali e costituzionali dello Stato di diritto: il risultato sarà, come vedremo, la configurazione di un ibrido che sembra conservare alcune garanzie tipicamente liberali ma che di fatto risponde ad una logica di pura difesa sociale.

#### 11. *La detenzione indeterminata come supplemento di pena.*

Nel 1893 Alfred Gautier, docente di diritto penale a Ginevra, pubblica un lungo articolo in cui analizza vantaggi e svantaggi della pena indeterminata <sup>(147)</sup>. L'autore non vuole schierarsi, perché confessa di essere ancora in preda alla più completa indecisione, ma il lavoro è una puntuale ricostruzione dello stato del dibattito ad inizio anni Novanta, presentando le diverse tesi contrapposte. Non sono le obiezioni teoriche (lo svuotamento dei poteri giudiziari, il contrasto con la tradizione e il pericolo dell'arbitrio, l'assenza di fondamento giuridico, la mancanza di un criterio per stabilire l'avvenuta rieducazione), tuttavia, quelle che rendono ancora scettico il giurista svizzero, perché a tutte è possibile trovare una convincente replica. È la realizzabilità concreta del sistema che non lo convince, con riferimento specialmente a tre profili: la composizione dell'autorità di sorveglianza, la scelta dei condannati ai quali applicare tale metodo, il modo di determinazione della durata esatta della pena. A conclusione di un controverso percorso personale, che lo ha portato dalla difesa della pena indeterminata dal punto di vista teorico, alla constatazione delle difficoltà attuative, Gautier assume una posizione decisamente critica e sfiduciata: « je ne crois pas que

---

<sup>(147)</sup> A. GAUTIER, *Pour et contre les peines indéterminées*, in « Revue pénale suisse », 6, 1893, pp. 1-52.

l'introduction de la peine sans durée fixe dans la législation pénale soit désirable ni possible »<sup>(148)</sup>.

L'articolo dello svizzero suscita molto interesse, rappresenta un punto di svolta che può segnare la fine definitiva del principio dell'indeterminatezza in area europea o, viceversa, servire da stimolo per un ripensamento che lo trasformi in forme accettabili. Nello stesso anno Gabriel Vanier pubblica sulla *Revue pénitentiaire* un commento al contributo di Gautier, in cui assume una posizione decisamente critica verso l'istituto in oggetto. Il modello di Elmira non può assolutamente essere adottato in Europa, per l'eccesso di arbitrio, l'incertezza nella composizione della commissione di sorveglianza e l'uniformità di pena con cui sono sanzionati crimini diversi. Il magistrato francese rifiuta con fermezza la reintroduzione di spazi di discrezionalità giudiziale o amministrativa, nei quali vede un « rétablissement de la peine ecclésiastique »<sup>(149)</sup>, e appoggia con decisione la « vieille idée de justice et d'expiation pénale qui a inspiré les législations anciennes et a présidé à l'application de la loi »<sup>(150)</sup>. L'ordinamento francese già prevede la concessione della grazia, la liberazione condizionale, un regime carcerario che tende alla correzione del detenuto, le *société de patronage*, tutti sforzi preziosi che mirano all'utilità pubblica ma che « ne sauraient se substituer au droit supérieur des sociétés de punir le coupable »<sup>(151)</sup>. Tanto l'idea di una giustizia retributiva, quanto l'opposizione ad ogni spazio di arbitrio penale hanno radici profonde nella mentalità del corpo giuridico europeo.

Sempre nel 1893, la quarta sessione dell'IKV a Parigi dedica alla pena indeterminata la seconda questione del programma. Van Hamel, che rinvia allo scritto di Gautier per un quadro generale sull'argomento, presenta una nuova relazione, questa volta molto più chiara sia nell'esposizione dei fondamenti teorici della misura, sia nell'indicazione delle concrete modalità attuative. Essa va impiegata solo nei confronti dei delinquenti abituali o incorreggibili e non

---

<sup>(148)</sup> Ivi, p. 50.

<sup>(149)</sup> G. VANIER, *Pour ou contre les peines indéterminées*, in « *Revue pénitentiaire et de droit penal* », 17, 6, 1893, pp. 737-749, citaz. p. 748.

<sup>(150)</sup> *Ibidem*.

<sup>(151)</sup> Ivi, p. 749.

è un dispositivo generale, né solo per i minori, i *first offenders* o i soggetti destinati a case di correzione come avviene negli Stati Uniti. C'è una differenza fondamentale nella *ratio* dell'istituto tra le due sponde dell'Atlantico: mentre, infatti, l'*indeterminate sentence* americana « zu Gunsten der Verbrecher ist » e mira ad accorciare il periodo di detenzione, il principio « des unbestimmten Strafurteils gegenüber den gefährlichen und unverbesserlichen Verbrechern zu Gunsten der sozialen Sicherheit aufgestellt wird » <sup>(152)</sup>.

L'esperienza americana, di conseguenza, va valutata con molta cautela, perché se lo stesso strumento deve servire due fini così contrapposti — il reo e la società, il recupero del delinquente e la difesa della sicurezza pubblica — evidentemente deve anche avere caratteri differenti. Diversa è, infatti, la categoria dei destinatari, e diversi sono i requisiti, con riferimento alla prova sia della tendenza a delinquere sia del pericolo sociale. Il professore olandese considera incorreggibili quei criminali che a causa delle loro inclinazioni rappresentano un pericolo incessante per la società. La prova principale della loro condizione è data dalla recidiva, ma, anche fuori da tale ipotesi, altre ripetizioni di reati accompagnate da particolari manifestazioni antropologiche possono dimostrare la vocazione a delinquere; vi sono poi casi in cui la gravità e l'efferatezza anche di un solo crimine sono indizi sufficienti. La questione centrale è capire quando questi soggetti possano tornare in libertà, e, conseguentemente, chi abbia la competenza per deciderlo e con quali procedure: nella soluzione a queste domande starebbe, secondo van Hamel, l'« Hauptargument zur Rechtfertigung des unbestimmten Strafurteils » <sup>(153)</sup>.

In sostanza, per quelle categorie di delinquenti, parlare di pena indeterminata significa parlare di reclusione indeterminata, dove l'incertezza sulla durata diventa la regola e deve essere assoluta. Non può esserci, come negli *States*, un limite massimo, perché vanificherebbe il senso stesso dell'istituto. Fuori dalle ipotesi di recidiva o di 'delinquenzialità' manifesta, van Hamel aggiunge poi che anche in altri casi, previsti obbligatoriamente dalla legge o rimessi alla valu-

---

<sup>(152)</sup> G.A. VAN HAMEL, *Gutachten*, in *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, IV, Berlin, J. Guttentag, 1894, p. 290.

<sup>(153)</sup> Ivi, p. 295.

tazione del magistrato, il giudice può condannare l'imputato ad una pena determinata e prevedere una successiva verifica delle sue condizioni, nella quale eventualmente decretarne l'incorreggibilità e applicare il trattamento conseguente. Con questo sistema « die unbestimmte Gefangenschaft » assume « den Charakter einer Zusatzstrafe »<sup>(154)</sup>, una pena supplementare, concettualmente simile a ciò che già molte legislazioni prevedono con la casa di lavoro per i vagabondi e i mendicanti o alla legge francese sulla relegazione. È un punto che van Hamel intuisce essere di fondamentale importanza<sup>(155)</sup>, perché apre al principio dell'indeterminatezza nuove, utilissime prospettive d'applicazione in chiave securitaria: come pena supplementare (*Zusatzstrafe*), infatti, la segregazione a tempo indefinito assume in modo chiaro ed inequivocabile il carattere di una misura di difesa (*Verteidigungsmassregel*), non di riabilitazione.

Dal punto di vista applicativo, la decisione in merito alla continuazione o all'interruzione della detenzione, subordinata a periodici controlli, deve mirare a rimettere in società un individuo 'normale' per condizioni psico-fisiche, carattere e rapporti sociali e deve, secondo l'olandese, essere assunta da un organo giurisdizionale. Per meglio garantire i diritti individuali, « ich würde die richterliche Behörde und das gewöhnliche strafrechtliche Verfahren vorschlagen »<sup>(156)</sup>, afferma van Hamel, suggerendo l'istituzione di una corte di giustizia che segua l'ordinaria procedura con inchiesta, dibattimento, partecipazione della difesa<sup>(157)</sup>.

La questione della composizione dell'organo incaricato di decidere in merito alla durata della detenzione viene percepita da subito, nella penalistica europea, come un problema connesso alle garanzie giurisdizionali della fase esecutiva. Il tema, che verrà poi ripetuta-

---

<sup>(154)</sup> Ivi, p. 299.

<sup>(155)</sup> *Ibidem*: « Ich glaube, das ist ein wesentlicher Punkt, und ich lege Gewicht darauf, wenigstens in dem gegenwärtigen Zustande des Strafrechts ».

<sup>(156)</sup> Ivi, p. 303.

<sup>(157)</sup> Von Listz propone un collegio di sorveglianza della prigionia composto da un comitato misto che comprenda il direttore dell'istituto, il pubblico ministero, il giudice dell'istruzione e alcune persone di fiducia scelte tra cultori del diritto penale e membri di associazioni di assistenza e protezione; Gautier invece suggerisce la presenza in questo comitato anche del presidente del tribunale o della corte di giustizia che ha decretato la condanna.

mente dibattuto <sup>(158)</sup>, è considerato il cuore della riforma ed anche l'impedimento più rilevante alla sua pratica attuazione: senza una soluzione che marchi una distanza netta con le funzioni e la struttura del *board of prison* americano, il principio della pena indeterminata non può essere accettato nel vecchio continente, perché l'attribuzione ad un organo amministrativo di competenze che incidono così profondamente sulla libertà individuale rappresenta, per la mentalità giuridica europea, post-illuminista e post-rivoluzionaria, una difficoltà insormontabile. Più che nelle giustificazioni teoriche, secondo alcuni superabili nella logica della difesa sociale, è nel concreto funzionamento dell'istituto che il progetto riformatore rischia di fallire, scontrandosi con il 'fantasma' dell'*arbitrium* di antico regime.

Al di là della crescita delle funzioni amministrative dello Stato sociale tra Otto e Novecento, questione che come vedremo coinvolge anche il dibattito sulle modalità dell'individualizzazione, già in questi primi confronti dottrinali sui vantaggi o i limiti della segregazione a tempo indefinito emerge chiaramente la necessità di costruire una via alternativa a quella statunitense; gli argomenti dei *reformers*, fatti propri dalle corti, che hanno sancito la costituzionalità delle *indeterminate sentence laws* con il principio della separazione dei poteri, non possono trovare accoglimento nella mentalità giuridica europea.

Anche van Hamel, convinto sostenitore della misura, è consapevole di dover segnare, su questo aspetto, una 'alterità' europea, di dover rispettare il limite invalicabile della giurisdizionalità della pena: introdurre nell'esecuzione il modello del processo amministrativo sarebbe, infatti, un irrazionale ritorno ad un pre-rivoluzionario sistema privo di garanzie, proprio laddove, essendo in gioco la libertà individuale, esse sono più che mai necessarie <sup>(159)</sup>. Nella discussione parigina dell'IKV le maggiori critiche all'intervento di

---

<sup>(158)</sup> Il tema è affrontato in seguito nel cap. III.4. e nel cap. IV.1. e 6.

<sup>(159)</sup> van HAMEL, *Gutachten*, cit., p. 304: « Ist es rationell, dem beizustimmen, dass die Revolution des 18. Jahrhunderts der Welt ein System des Verfahrens gab, welches die anerkannten Garantien [*sic*] bot, und dieses System wieder zu verlassen, wenn es sich um Entscheidungen handelt, welche für die individuelle Freiheit noch wichtiger sind als die Hauptverurteilung, für welche man um nichts in der Welt zum alten Regime

van Hamel riguardano proprio questo aspetto: gli interventi dei francesi Le Poittevin e Bérenger insistono, l'uno, sull'opportunità di attribuire tutti i poteri solo al giudice poiché la prassi ha mostrato i pericoli che possono venire dall'intervento dell'amministrazione<sup>(160)</sup>, l'altro, sull'impossibilità di stabilire l'incorreggibilità del soggetto osservandone il comportamento in carcere e sull'irrinunciabilità delle garanzie offerte dalla pena fissa, « eine der großen Errungenschaften der Revolution gewesen »<sup>(161)</sup>. Altri invece, il russo Foinitzky e il francese Léveillé in particolare, insistono sulla convenienza di continuare ad utilizzare il già sperimentato strumento della liberazione condizionale: consente, infatti, di ottenere la stessa flessibilità 'in uscita', permettendo al giudice di liberare anticipatamente il detenuto che mostra di essere già riformato, senza toccare né il sistema della pena determinata né il principio di giurisdizionalità<sup>(162)</sup>.

I codici europei, questo è l'argomento più convincente, avrebbero già trovato proprio nella liberazione condizionale una loro forma d'individualizzazione, compatibile con l'assetto ordinamentale del penale liberale, moderno ma non rivoluzionario, che consente di tener conto della rieducazione del reo senza dover destrutturare l'apparato teorico, gli equilibri istituzionali e gli organi applicativi progettati per il penale dello Stato di diritto. In realtà, come precisa Prins, pena indeterminata e liberazione condizionale rispondono a due logiche diverse, non sono assimilabili e comportano rischi assai

---

zurückkehren möchte? ». Ciò, tuttavia, non impedisce al professore olandese di ammettere eccezioni al principio della pubblicità nel processo sulle condizioni dell'individuo.

<sup>(160)</sup> LE POTTEVIN, *ivi*, p. 328.

<sup>(161)</sup> BÉRENGER, *ivi*, p. 334.

<sup>(162)</sup> Cfr. LÉVEILLÉ, *ivi*, pp. 326-327: « Ohne zu dem radikalen und nutzlosen Mittel des unbestimmten Urteils greifen zu wollen, halte ich es für hinreichend, wenn das Gesetz den Richter ermächtigt, eine Strafe von genügender Dauer zu verhängen; [...] Es ist aber ferner nötig, dass diese hinreichend lange — eventuell lebenslängliche — Strafe im Einzelfall auch verkürzt werden kann zu Gunsten der Verurteilten, die die Vergünstigung verdienen, und zwar mittels der bedingten Entlassung »; FOINITZKY, *ivi*, pp. 328-330, pur apprezzando il sistema di Elmira che mira al recupero del detenuto, non approva invece il modello proposto da van Hamel, spostato tutto sulla difesa sociale: meglio allora continuare con la liberazione condizionale decisa dal giudice e non da un organo amministrativo.

differenti: la prima affida alla discrezione (*Belieben*) dei custodi la decisione sulla permanenza in carcere del reo, la seconda può al più rimettere in libertà anticipatamente un soggetto ancora non riabilitato, « was ein unendlich viel geringerer Schaden ist » (163).

Nel rapporto che Prins presenta alla sessione dell'IKV del 1894 ad Anversa, la direzione sembra ormai definita. Prima chiarisce come lo schema proposto negli Stati Uniti 'vada troppo lontano' e sia « contraire à l'esprit du droit public moderne », che vede nell'obbligo del giudice di scegliere e pronunciare una pena determinata « une garantie de la liberté de tous les citoyens » (164). Il confronto con l'esperienza europea non può essere fatto, perché mentre la riforma americana è rivolta a condannati scelti, senza precedenti, sottoposti ad un eccezionale trattamento di educazione sociale e di reinserimento nella comunità, la pena indeterminata di cui si parla « sur le continent est tout le contraire » (165). Non si tratta di protezione sociale, né di delinquenti primari da rigenerare, ma di « préservation sociale » e di criminali ostinati, per i quali la sentenza indeterminata « est l'antithèse du système pratiqué à Elmira » (166). Così intesa, continua il belga, non deve stupire che la proposta sollevi obiezioni e preoccupazioni tra i giuristi: è come se l'idea originaria, nell'attraversare l'Atlantico, si sia trasformata in qualcosa di diverso, perdendone i tratti più innovativi e utili, e non abbia quindi più alcuna attrattiva. Il modello europeo, quello esposto chiaramente da van Hamel l'anno prima, secondo Prins accorda troppi poteri ai *gardiens de prison* e si regge sull'ipocrisia di una possibile riforma morale in carcere.

Molto meglio, allora, ricorrere alla *libération conditionnelle* la quale, rispetto alla pena indeterminata, ha per fine non di prolungare indefinitamente la detenzione di un condannato ritenuto pericoloso, ma di abbreviare la detenzione legale di un recluso degno

---

(163) PRINS, *ivi*, p. 333.

(164) A. PRINS, *Rapport*, in *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, V, Berlin, J. Guttentag 1896, p. 77.

(165) *Ibidem*.

(166) *Ibidem*; nello stesso anche von Listz nella discussione di Parigi, in *Mitteilungen der IKV*, IV, cit., p. 327.

d'indulgenza <sup>(167)</sup>. Mentre la nuova misura proposta richiede cambiamenti significativi nell'ordinamento giuridico, « met en œuvre des rouages multiples, fait appel à des dévouements nouveaux, à des aptitudes spéciales, à un outillage judiciaire plus développé », la liberazione condizionale offre la possibilità di dare alla pena la flessibilità e l'elasticità necessarie senza stravolgere il sistema, è meno pericolosa perché meno arbitraria, permette di « tempérer la rigidité des sentences fixes » senza rinunciare alla pena determinata, che rimane « la sauvegarde de la liberté individuelle » <sup>(168)</sup>. I cambiamenti in corso in molte legislazioni, tendenti ormai ad introdurre pene accessorie alla scadenza di quelle ordinarie, con l'internamento dei soggetti ancora pericolosi in istituti o case di lavoro e la possibilità di rilasciarli sempre attraverso la liberazione condizionale, sono il modo con cui il legislatore tutela il corpo sociale dai delinquenti professionali « sans compromettre les bases du droit public moderne, sans prolonger indéfiniment le régime pénal » <sup>(169)</sup>.

---

<sup>(167)</sup> PRINS, *Rapport*, in *Mitteilungen der IKV*, V, cit., p. 79.

<sup>(168)</sup> Ivi, p. 80. A favore della liberazione condizionale si esprime anche Gautier nel *Rapport* che presenta alla medesima sessione (ivi, pp. 62-76): mentre con la pena indeterminata il soggetto liberato può essere ricondotto in istituto solo se commette un'infrazione, la libertà condizionale può essere revocata più facilmente e pertanto, « la différence est notable et tout en sa faveur, permet donc de corriger facilement les erreurs inévitables » (pp. 71-72). L'utilizzo della liberazione condizionale come misura di temperamento della detenzione lunga determinata dal giudice è sostenuto da molti giuristi continentali come l'alternativa europea alla pena indeterminata: lascia meno spazio all'arbitrio amministrativo, premia la rieducazione, offre le garanzie giurisdizionali, è più conforme ai sistemi penali degli stati europei. Di tutt'altro avviso, nella seduta della *Société Générale des Prisons*, è Saleilles, che insiste sulle profonde differenze tra sistema della pena indeterminata e liberazione condizionale, (*Séance de la Société Générale des Prisons du 17 mai 1899*, in « *Revue pénitentiaire et de droit pénal* », 23, 1899, p. 806), sia nella determinazione del massimo della pena, sia nel ruolo dell'amministrazione penitenziaria, affermando polemicamente che ciò che la liberazione condizionale ha prodotto « ce n'est pas la sentence indéterminée, mais la sentence inorganique, ou plutôt la libération inorganisée; et c'est là ce dont nous ne voulons plus ».

<sup>(169)</sup> PRINS, *Rapport*, in *Mitteilungen der IKV*, cit., p. 83. Il giurista belga fa riferimento agli articoli 26 e 27 della legge belga del 1891 sulla repressione del vagabondaggio e della mendicizia, che consentono al giudice di prevedere, in caso di condanna di un minore di diciotto anni, che il reo, dopo la scadenza della pena, venga trasferito in uno stabilimento d'educazione e beneficenza fino al compimento della maggiore età; all'art. 32 del C.P. olandese che lascia al giudice la facoltà di assegnare

A fine Ottocento dottrina e legislatori del vecchio continente hanno predisposto varie misure alternative alla detenzione, finalizzate ad attenuare la severità della sanzione penale pur assicurando il controllo di soggetti pericolosi <sup>(170)</sup>. In questo quadro la funzione della pena indeterminata svanisce, poiché altri rimedi sostitutivi perseguono i medesimi scopi senza comportare rischi o stravolgimenti delle regole: « Ce n'est pas l'indétermination qu'il faut introduire dans le système pénal, c'est la diversité. Le vice ne réside pas dans la fixité, mais dans l'uniformité des peines » <sup>(171)</sup>.

Il dibattito dottrinale continentale sulla pena indeterminata che caratterizza i primi anni Novanta dell'Ottocento anticipa già gli elementi tipici che porteranno alla graduale elaborazione di un sistema penale autonomo, rinnovato rispetto a quello della prima età liberale ma non in opposizione ad esso, aperto alle istanze del positivismo criminologico ma entro i limiti della legalità e della giurisdizionalità, orientato alla difesa sociale ma senza rinunciare al retributivismo. Gli argomenti utilizzati per costruire questa identità sono diversi, seppur convergenti su alcuni aspetti essenziali: l'accettabilità teorica astratta del principio ma la sua inattuabilità concreta <sup>(172)</sup>, la differenza dal modello statunitense, la configurabilità di

---

alcuni condannati ad una casa di lavoro; ai progetti di revisione dei codici penali francese e svizzero, che prevedono l'internamento in una casa di lavoro come pena accessoria. Ma già da un decennio nei vari paesi europei la liberazione condizionale è considerata la migliore soluzione da introdurre o implementare per contrastare la recidiva; cfr., ad es., l'inchiesta internazionale sul *patronage* e la liberazione condizionale promossa dalla *Société générale des Prisons*, inviando domande ai corrispondenti nei vari paesi, il cui esito è pubblicato da E. PROUST, *Enquete sur la liberation conditionelle. Compte rendu*, in « *Révue pénitentiaire et de droit pénal* », 7, 6, 1883, pp. 674-714.

<sup>(170)</sup> Con riferimento, in particolare, alle leggi francesi, cfr. J.-L. SANCHEZ, *Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891)*, in *Criminocorpus, revue hypermédia* [En ligne], Histoire de la criminologie, 3. Criminologie et droit pénal, mis en ligne le 01 janvier 2005, consulté le 09 octobre 2012. URL: <http://criminocorpus.revues.org/132>.

<sup>(171)</sup> PRINS, *Rapport*, cit., p. 83, p. 84.

<sup>(172)</sup> A titolo esemplificativo cfr. la posizione di Enrico Altavilla nella prelezione al corso di diritto e procedura penale letta nell'Università di Napoli il 5 dicembre 1914 e poi pubblicata con il titolo *Il Primo convegno della Società Italiana di Antropologia, sociologia e diritto criminale e la segregazione a tempo indeterminato*, in « *Rivista di diritto e procedura penale* », 6, 1915, pp. 80-93, dove, riferendosi al manicomio criminale, precisa (p. 91): « Sarà opportuno ripetere qui che io riconosco l'esattezza del concetto

una misura di detenzione a tempo indeterminato non come pena ordinaria ma come supplemento di pena, la preferibilità della liberazione condizionale.

Un ulteriore, determinante contributo per la formazione della penologia europea è rappresentato dagli studi sociologici sulla funzione della pena. In area francese soprattutto, matura un approccio al problema della criminalità diverso da quello seguito dalla sociologia criminale del positivismo italiano, che sostiene con gli argomenti ed i metodi della scienza sociale la 'normalità' del crimine e l'utilità della dimensione retributiva del castigo.

## 12. *Il 'retributivismo sociologico' di Durkheim e Tarde.*

Il 1893 segna un momento importante nel percorso europeo sulla pena indeterminata non solo grazie alla partecipazione dei giuristi. In quello stesso anno, infatti, il sociologo Emil Durkheim dà alle stampe *De la division du travail social* (173), opera che apre nuove prospettive di analisi anche nel campo del diritto e della giustizia criminale. Del complesso contributo del sociologo francese agli studi del fenomeno criminale (174), interessa qui evidenziare la forte ricaduta delle sue tesi sul dibattito in corso in merito alla natura della pena ed all'ammissibilità della segregazione a tempo indefinito. Secondo Durkheim la pena « ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles », e da entrambi questi punti di vista la sua efficacia « est

---

scientifico a cui si ispira la segregazione a tempo indeterminato, ma ne ritengo impossibile l'attuazione, in special modo per le difficoltà che presenta la diagnosi di pericolosità. Ecco perché mi sembra necessario un complesso di norme che garantiscano i diritti dell'individuo ».

(173) E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, F. Alcan, 1893.

(174) Per i quali si rinvia almeno a F. DIGNEFFE, *Durkheim et les débats sur le crime et la peine*, in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. vol. 2. C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, A.P. PIRES, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 403-447; D. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milano, Mondadori, 2002, pp. 73-88; M.S. CLADIS (ed.), *Durkheim and Foucault. Perspectives on education and punishment*, Oxford, Durkheim Press Ltd., 1999; GARLAND, *Punishment and Modern Society*, cit., pp. 23-82 (pp. 61-84 nella trad. it.); P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 3. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 104-107.

justement douteuse et en tout cas médiocre »; la sua vera funzione « est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune » (175).

Il crimine, infatti, definito come « un acte contraire aux états forts et définis de la conscience commune » (176), come un'azione che ferisce il 'tipo collettivo', « rapproche donc le consciences honnêtes et les concentre » (177), genera, cioè, un sentimento di solidarietà tra i membri dell'organismo sociale che si esprime nel diritto repressivo. La pena, nel rappresentare la disapprovazione unanime verso il fatto criminoso e nel dare soddisfazione alla *colère publique*, attesta i sentimenti collettivi, li rinsalda, rafforza lo spirito di appartenenza e di solidarietà sociale (178). Essa, pertanto, deve consistere in un dolore inflitto al reo, che, invece di essere una crudeltà gratuita, è il segno per confermare la comunione degli spiriti ed il gesto per riparare al male che il crimine ha prodotto alla società: ecco perché, conclude Durkheim, è giusto dire che il criminale deve soffrire in proporzione al reato commesso e « les théories qui refusent à la peine tout caractère expiatoire paraissent à tant d'esprits subversives de l'ordre social » (179).

L'argomento che il sociologo oppone alle teorie della difesa sociale o della rieducazione pura è che la pena serve non al condannato ma alle persone oneste perché, nella misura in cui il suo scopo è guarire le ferite inflitte ai sentimenti collettivi, essa può svolgere tale funzione solo là dove questi sentimenti esistono e sono ben vivi. Tale concezione, afferma Durkheim, in sostanza riconcilia le due opposte teorie, quella dell'espiazione e quella della difesa sociale: « Il est certain, en effet, qu'elle a pour fonction de protéger la

---

(175) DURKHEIM, *De la division du travail social*, cit., pp. 115-116.

(176) Ivi, p. 112.

(177) DURKHEIM, *De la division du travail social*, cit., p. 109. Le considerazioni di Durkheim sulla 'normalità' del crimine sono sviluppate in ID., *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, F. Alcan, 1895, pp. 5979; sul punto cfr. MELOSSI, *Stato, controllo sociale, devianza*, cit., pp. 78-84.

(178) Essa svolge una funzione fondamentale di conferma e rafforzamento di quei valori comuni sui quali si fonda la convivenza civile, è « un produit des similitudes sociales les plus essentielles et elle a pour effet de maintenir la cohésion sociale qui résulte de ces similitudes » (DURKHEIM, *De la division du travail social*, cit., p. 114).

(179) Ivi, p. 116.

société, mais c'est parce qu'elle est expiatoire »<sup>(180)</sup>, e di conseguenza, per poter essere espiatoria, deve provocare dolore al condannato, non per ragioni mistiche, ma perché solo a questa condizione può produrre il suo effetto socialmente utile.

La tesi di Durkheim offre alla teoria retributivista un appoggio validissimo ed inaspettato, perché proveniente da quella stessa disciplina sociologica che ne aveva attaccato i fondamenti. Ancora nel 1893, subito dopo la stampa de *De la division du travail social*, Gabriel Tarde pubblica sulla *Revue pénitentiaire* un breve contributo sul principio dell'indeterminatezza interpretato in chiave durkheimiana<sup>(181)</sup>. Tarde è nettamente contrario al metodo della sentenza indeterminata, nella quale vede il pericolo di abusi amministrativi; meglio piuttosto affidarsi alla *jurisprudence du tribunal*, forma di arbitrio giudiziale imparziale e senza passione, a differenza di quello « capricieux, parfois irritable, vindicatif, passionné »<sup>(182)</sup>

<sup>(180)</sup> *Ibidem*.

<sup>(181)</sup> G. TARDE, *Considération sur l'indétermination des peines*, in « *Revue pénitentiaire et de droit pénal* », 17, 6, 1893, pp. 750-759. Lo stesso autore aveva affrontato sinteticamente il problema anche in uno scritto precedente, *Positivismes et pénalité*, in « *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales* », 2, 1887, pp. 32-51, (riedito come lavoro autonomo a Lyon, A. Storck, 1887), nel quale, partendo da una critica alla simmetria inversa utilizzata da alcuni positivisti tra delitto e lavoro, ragiona sulle affinità e sulle differenze tra pena e salario. Il raffronto, a tratti confuso e paradossale, tra la possibilità di corrispondere un prezzo variabile al lavoratore e la pena indeterminata, vede comunque Tarde piuttosto scettico, specie perché riconosce alla punizione tradizionale dell'azione criminosa un valore non rinunciabile (« Non, nos évolutionnistes le savent bien, il y a des organes, rudimentaires et inutiles, reste du passé, que le progrès organique est impuissant à faire disparaître », p. 44). La tendenza attuale della civilizzazione, sostiene il francese, va ancora nella direzione della pena fissa che sanziona l'atto in ragione del suo valore intrinseco senza tener conto della personalità dell'agente, così come la tendenza è quella di corrispondere al lavoratore un salario stabilito e uguale per uguale prestazione. L'argomento di Tarde è criticato da Gautier, *Pour et contre les peines indéterminées*, cit., pp. 24-27, che lo considera « plus ingénieux que solide » (p. 25); la replica di Tarde sulla *Revue pénitentiaire* è sicuramente più convincente, proprio perché ispirata dalla lettura durkheimiana.

<sup>(182)</sup> TARDE, *Considération sur l'indétermination*, cit., p. 751. Invece che l'indeterminatezza, in conclusione del suo articolo Tarde propone la *détermination conditionnelle et relative* della pena, basata sull'idea di Garofalo di una pena riducibile in proporzione alla riparazione del danno subito dalla vittima del reato da parte del reo, attraverso il denaro guadagnato con il lavoro nell'istituto detentivo (ivi, pp. 758-759). In generale,

dei carcerieri. Al di là del criterio applicativo, non condivide la nuova funzione della pena teorizzata dai positivisti, né nella veste riabilitativa né in quella di difesa sociale, e ritiene che, a differenza della cura per la malattia, la sanzione debba essere « *exemplaire et intimidante* » (183). Dal punto di vista teorico, continua il criminologo francese, non è affatto vero che l'indeterminatezza giovi alla causa dell'utilità sociale e sia contraria al criterio dell'espiazione, perché la speranza che genera nel condannato e nei possibili delinquenti o, viceversa, la possibilità di verificare il ravvedimento in corso d'esecuzione sembrano supportare la tesi opposta. Questi due simmetrici principi non hanno, in vero, nulla a che fare con il problema della pena indeterminata, almeno che uno di essi, quello utilitaristico, non venga inteso in un senso 'nuovo'.

La funzione della pena, infatti, non è né la prevenzione speciale né quella generale, ma « *est faite aussi en vue du groupe plus vaste des honnêtes gens, pour resserrer leur union, pour attester publiquement, et fortifier en l'attendant, le degré de leur indignation, réaction salutaire et nécessaire contre le trouble jeté dans les meilleurs consciences par le crime* » (184). L'eco del pensiero durkheimiano è evidente, ed infatti Tarde menziona in nota l'apprezzato lavoro pubblicato poco prima dal sociologo. Grazie all'analisi della funzione sociale della pena elaborata da Durkheim, il giurista di Sarlat ha modo di supportare la propria convinzione sulla necessità di una sentenza che condanni il reo ad un pena determinata. « C'est

---

sulle opere penalistiche del giurista di Sarlat, cfr. P. SEMERARO, *Il sistema penale di Gabriel Tarde*, Padova, Cedam, 1984; R. BISI, *Gabriel Tarde e la questione criminale*, Milano, FrancoAngeli, 2001.

(183) TARDE, *Considération sur l'indétermination*, cit., p. 753.

(184) Ivi, p. 754. L'idea è sviluppata da Tarde anche in *La philosophie pénale*, Cinquième édition (revue et corrigée), Lyon-Paris, Stork-Masson, 1900: cfr. per es. p. 473: « Ce que le sentiment populaire demande à la peine, ce n'est pas seulement d'être efficace dans l'avenir en prévenant la répétition ultérieure de l'acte puni, c'est encore d'effacer une injustice du passé en établissant une compensation aux jouissances illicites que le crime a procurées à son auteur ». Sul conflitto tra Durkheim e Tarde, con riferimento alle loro ricostruzioni sociologiche più generali, cfr. DIGNEFFE, *Durkheim et les débats sur le crime*, cit., pp. 437-442, e P. VAN CALSTER, M. VAN SCHUILENBURG, *On Gabriel Tarde, Complexity Theory and Complex Interaction*, in R. LIPPENS, P. VAN CALSTER (eds.), *New directions for criminology. Notes from outside the field*, Antwerpen, Maklu, 2010, pp. 171-189.

de la sentence judiciaire que la réprobation publique attend sa justification ou sa direction précise » (185); la coscienza collettiva rimarrebbe insoddisfatta se il giudice si limitasse a dire che l'imputato è colpevole senza precisare, attraverso la pena, in che misura esattamente lo condanna (186).

Il punto di vista per analizzare sia il principio dell'individualizzazione sia la sentenza indeterminata è, chiarirà Tarde nel 1899, considerare lo scopo della sanzione penale: esso non consiste solo nella correzione del reo, né nella minaccia, ma, soprattutto, nella risposta ad un « véritable besoin de l'opinion publique, le besoin de la fixation du jugement populaire sur un point déterminé » (187). L'opinione pubblica delega al giudice il compito di esprimere, attraverso la sentenza e l'irrogazione della pena, un giudizio che non serve tanto a punire il singolo episodio illecito, quanto, più in generale, a soddisfare il bisogno di unità, di certezza di valori. È un bisogno comunitario così intenso che diviene una « préoccupation politique », « une curiosité morale spéciale, une anxiété véritable de la conscience publique », ed è proprio a tale sentimento che risponde la pena determinata nel senso tradizionale. La prigione ha un valore comunicativo così rilevante, « fournissent un moyen de renseignement et de mesure tellement excellent » che anche quando, con le *lois Bérenger*, di fatto si rende il carcere illusorio, tuttavia la sentenza continua ad indicare all'opinione pubblica la misura della gravità del fatto e l'intensità della disapprovazione (188). In questa prospettiva sociologica, per nulla secondaria secondo il francese, la sentenza indeterminata « ne remplit pas le but d'une bonne peine »: si può anche sostenere, come van Hamel, che essa sia una pena *de*

---

(185) TARDE, *Considération sur l'indétermination*, cit., p. 755.

(186) I criteri per proporzionare la pena al reato non dipendono dal capriccio del giudice, ma si basano sulle convinzioni, principalmente d'origine religiosa, relative alla gerarchia dei diversi crimini, sui bisogni che contribuiscono alla formazione o alla modificazione di tale gerarchia e sulle consuetudini locali o nazionali (ivi, pp. 756-757).

(187) G. TARDE, in *Séance de la Société Générale des Prisons du 17 mai 1899*, cit., p. 785.

(188) Ivi, p. 786.

*réforme e de sûreté*, « mais il est clair qu'elle ne répond pas au besoin de satisfaire et de fixer l'opinion publique » (189).

Che le tesi durkheimiane siano destinate ad esercitare un'influenza rilevante sul dibattito penologico europeo, spendendo le interpretazioni sociologiche in chiave 'conservatrice' a difesa del modello retributivo, lo si vede già nella seduta dell'IKV del 1894. Il *Rapport* di Prins, per esempio, pur senza citare espressamente Durkheim, ne utilizza gli argomenti per confermare la sua contrarietà all'abbandono della pena tradizionale. Poiché la criminalità è « un phénomène à la fois individuel et social » (190), anche la reazione deve corrispondere a questi due aspetti, e la repressione deve essere un freno tanto per il colpevole, quanto per i possibili imitatori. Il dovere di garantire alla società l'esemplarità della punizione può comportare l'opportunità di prolungare la detenzione anche del condannato già rieducato, perché, continua il belga, occorre considerare il clamore provocato dalla vicenda, l'effetto che produrrebbe la liberazione del reo nella comunità dove è stato compiuto il reato e il ricordo è ancora vivido, lo stato d'animo sia dei testimoni che temono la vedetta del condannato, sia degli amici e dei parenti della vittima. Il reato non è una patologia individuale, né la difesa sociale si realizza trasformando la pena in un trattamento rieducativo individualizzato: ogni illecito è anche la perturbazione dei rapporti di solidarietà tra i membri d'una collettività, la rottura di quelle condivise regole di convivenza che esige, per essere ricomposta e per rafforzare il senso stesso di appartenenza, l'esemplarità del castigo.

Le letture sociologiche di Durkheim e Tarde hanno una qualche eco anche tra i criminologi americani. La celebrazione del progressivo cammino del *reformatory system* viene interpretato da alcuni come una semplificazione eccessiva del fine della pena: una parte di simbolico messaggio retributivo va preservato e la difesa sociale, orientata all'interesse collettivo, deve bilanciare la tensione riformatrice tutta proiettata sulla correzione del singolo delinquente. Il sociologo Maurice Parmelee, membro attivo dell'*Institute* di Wig-

---

(189) *Ibidem*. L'intervento di Tarde condiziona tutto il successivo dibattito nella seduta della *Société Générale des Prisons*.

(190) PRINS, *Rapport*, in *Mitteilungen der IKV*, V, cit., p. 81.

more, nel considerare i rischi di una piena individualizzazione esclusivamente orientata alla riforma del reo, è certamente più pragmatico di alcuni suoi connazionali *progressive* che sostengono senza riserve l'affermazione del *rehabilitative ideal*. Il discorso penologico deve tenere conto di una complessità di fattori: le reazioni della pubblica opinione, che fatica a giustificare pene ineguali per il medesimo crimine, la richiesta sociale di giusta punizione per i criminali, utile alla coesione politica, e gli interessi sociali alla sicurezza, da bilanciare sempre 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 *individualization* e *social defense* procedano 'mano nella mano', afferma Parmelee, ed anzi la prima sia una delle principali armi per realizzare la seconda, « 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>(191)</sup>. Il concetto di difesa sociale, nell'interpretazione sociologica, può avere un perimetro più esteso della sola individualizzazione, fino a ricomprendere anche atti rispondenti all'innato sentimento retributivo o provvedimenti che per altre ragioni di politica criminale sacrificano l'interesse del reo alla rieducazione.

In *Criminology*, pubblicato nel 1918, Parmelee assume posizioni più moderate rispetto allo scritto precedente, attenuando l'entusiastica adesione alle teoriche positiviste e mostrando, invece, di risentire delle cautele avanzate dalla prevalente dottrina europea in tema d'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, ma « have not understood clearly the mental mechanism which is back

---

(191) PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., p. 179.

of the penal function » (192). 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 been reckoned with » (193). 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 » (194).

### 13. *Il penale per i 'normali' e quello per gli 'anormali'.*

Nel ventennio compreso tra gli anni Novanta dell'Ottocento ed il congresso penitenziario di Washington del 1910 sembra delinearsi compiutamente il modello europeo d'individualizzazione, esito di un dibattito che guarda alle sperimentazioni penitenziarie americane con diffidenza ed elabora gradualmente soluzioni di compromesso tra i campi di tensione che caratterizzano il processo di criminalizzazione. Preme qui insistere sulla formazione di un'identità penologica continentale capace di combinare repressione e prevenzione sociale, libero arbitrio e determinismo, retribuzione e rieducazione, fissità ed elasticità della pena: l'aspro confronto dottrinale provocato dalla *vis* polemica del positivismo criminologico avvia un percorso riformatore in tutta Europa che non segna la vittoria né dei progressisti né dei conservatori, ma di fatto trasforma i fondamenti del penale liberale e getta le basi per edificare un nuovo sistema. Gli argomenti messi in campo nelle sedi di confronto internazionale, l'autorevolezza dei giuristi coinvolti, lo sforzo costante di ricondurre i metodi applicativi alle teorie generali del diritto penale e del diritto pubblico, eserciteranno un influsso rilevante anche sulla cultura penologica statunitense, costretta, ad inizio Novecento, a confron-

---

(192) M. PARMELEE, *Criminology*, New York, The Macmillan Co., 1918, p. 382.

(193) Ivi, p. 383.

(194) Ivi, p. 385.

tarsi con gli insuccessi pratici delle misure adottate e con una crescente sfiducia nell'attuazione dell'ideale riabilitativo.

Dopo il 1910, data del congresso nella capitale americana e della fondazione dell'*Institute* a Chicago, la comparazione sembra seguire un'onda di ritorno: la criminologia statunitense, che aveva orgogliosamente esportato il sistema della *indeterminate sentence* come l'«invezione» nazionale destinata a rivoluzionare su scala globale la legittimazione del diritto punitivo e la funzione della pena, avvia una riflessione critica sui limiti delle riforme introdotte che fa proprie molte delle posizioni teoriche degli europei. D'altra parte, però, non corrisponde a verità l'ironico giudizio con cui nel 1905 Jean André Roux, commentando l'affermazione di Liszt per il quale la sentenza indeterminata era destinata a fare il giro del mondo, dice che «effectivement, elle l'a fait, si bien et si complètement quelle est revenue à son point de départ; partie d'Elmira, elle y est retournée et n'est restée nulle part...»<sup>(195)</sup>. Se, infatti, la maturazione di un atteggiamento critico verso il riformatorio-simbolo di Brockway è innegabile nella penalistica continentale, non si può certo sostenere che l'idea dell'indeterminatezza sia passata senza lasciare traccia, senza produrre cambiamenti importanti. Continuando con la metafora del francese, è forse più corretto sostenere che nel compiere il viaggio che la riporta al punto di partenza, la pena indefinita si trasforma, assume caratteri diversi attraversando l'Europa, e torna negli Stati Uniti come una nozione differente da quella che da lì era partita.

Nella seduta parigina dell'IKV del 1899 il tema, ancora considerato di vitale importanza<sup>(196)</sup>, è lungamente discusso. Le opinioni che si confrontano sembrano ormai solo perfezionamenti di quelle già precedentemente avanzate, variazioni che mirano a raggiungere un ragionevole compromesso dottrinale. Van Hamel propone questa volta di considerare la pena indeterminata sotto due aspetti, come

---

<sup>(195)</sup> J.A. ROUX, *La sentence indéterminée et l'idée de justice*, in «Revue pénitentiaire et de droit pénal», 29, 1905, nt. 1, p. 366.

<sup>(196)</sup> Così G.A. van HAMEL, *Séance de la Société Générale des Prisons du 19 avril, 1899*, in «Revue pénitentiaire et de droit pénal», 23, 1899, p. 663: «on peut dire qu'il touche, du point de vue théorique, à toutes les questions fondamentales de la criminologie et du droit pénal».

« peine de réforme », finalizzata ad ottenere la rieducazione dei delinquenti primari, degli abituali che hanno commesso reati non gravi e dei minori, e come « peine de sûreté », avente per scopo la protezione della società contro soggetti pericolosi, da adottare nei confronti di anormali, criminali nati e incorreggibili (197). Accettata sia l'idea dell'indeterminatezza relativa, in cui il giudice stabilisce il minimo e la legge il massimo in modo da avere una *soupepe de sûreté* contro eventuali errori di giudizio, sia quella di un graduale, condizionato reintegro in società, lo studioso olandese continua a preferire questa misura alla liberazione condizionale, meno efficace nel convincere l'opinione pubblica del fine rieducativo e della necessità di protezione sociale della pena (198).

Il duplice valore della segregazione a tempo indefinito, riabilitativo per alcuni condannati ma eliminativo per altri, è un dato ormai acquisito nella cultura continentale. L'indeterminatezza può essere utilizzata come strumento d'individualizzazione in direzioni diverse, concettualmente opposte, basata l'una sulla convinzione della riformabilità del soggetto, l'altra sulla prognosi della sua irrecuperabilità. Si tratta di capire come impiegarla, a quali categorie di delinquenti applicarla in un verso o nell'altro, ma i vantaggi del principio, in termini astratti, sembrano stabilmente radicati nel discorso giuridico. Nel 1911 Ferri, commentando con entusiasmo alcuni progetti di codice in ambito europeo i quali, oltre alla condanna condizionale e alla liberazione condizionale, prevedono anche le misure di sicurezza, elogia il « diritto di cittadinanza conquistato ormai dalla sentenza a tempo indeterminato [...] che è, certo, *in opposizione logica coi principi tradizionali*, che dalla materialità del talione sono faticosamente arrivati alla pena proporzionata al delitto », ma corrisponde pienamente, invece, alle teorie sociologiche e della difesa sociale avanzate dalla scuola positiva (199).

---

(197) Ivi, pp. 671-672.

(198) La liberazione condizionale, in questo senso, non sarebbe che « un pas vers le système des sentences indéterminées et que les partisans de cette institution devraient, par cela même, arriver à reconnaître que la sentence indéterminée en est le couronnement » (ivi, p. 671).

(199) FERRI, *I progetti preliminari di codice penale per la Germania Austria Svizzera dal punto di vista della sociologia criminale* (Rapporto al Congresso internazionale di

Il fatto che sia soprattutto il profilo di difesa sociale ad essere apprezzato, è testimoniato dalla grande attenzione che viene riservata al codice penale norvegese, primo testo legislativo ad introdurre il sistema della pena indeterminata nel continente europeo <sup>(200)</sup>. Esso, pur con cautele giurisdizionali e garanzie di durata massima, traduce in legge quanto van Hamel già da tempo proponeva, ovvero di sfruttare la detenzione indefinita con controllo periodico della correzione non come pena base, ma come sanzione accessoria <sup>(201)</sup>.

Il lento, progressivo cambiamento in atto nella scienza giuridica europea, orientata a negare l'indeterminatezza come regola assoluta e principio generale, ma ad accettarla per alcune categorie di criminali o soggetti pericolosi, spesso nella forma di una detenzione supplementare, è simboleggiato dalle graduali aperture di Prins. Pur continuando a rifiutarla per i delinquenti 'normali', considerandola non in armonia « avec l'ensemble des principes de notre droit publique » che mirano, in campo repressivo, « à sauvegarder la liberté individuelle contre l'arbitraire » e pur vedendo nella misura

---

antropologia criminale a Colonia, 1911), ora in ID., *Studi sulla criminalità* (Seconda ed. riveduta e molto ampliata), Torino, UTET, 1926, p. 572 (corsivi nostri).

<sup>(200)</sup> Al progetto, elaborato dopo varie stesure nel 1896, segue il C.P. del 22 maggio 1902, entrato in vigore il 1 gennaio 1904. Esso prevede che quando la corte e la giuria sono convinti che l'autore del reato sia un soggetto pericoloso (in base alla gravità del crimine, definita dalla legge, ed alla personalità del reo), la corte condanna il reo ad una pena determinata, ma ordina anche, nello stesso provvedimento, che il criminale, dopo aver scontato la pena ordinaria, possa essere trattenuto in carcere o in una casa di lavoro per un tempo indefinito, che non può mai essere più del triplo del tempo già trascorso in carcere e comunque mai più di quindici anni. Sul progetto e, più in generale, sulla criminalistica norvegese del periodo, cfr. A. URBYE, *Les sentences indéterminées dans le nouveau projet de Code pénal norvégien*, in « Revue pénale suisse », 11, 1898, pp. 71-80; ID., *Der norwegische Kriminalistenverein. Ein Überblick*, in *Mitteilungen der IKV*, VII, Berlin, J. Guttentag, 1899, pp. 84-112; una traduzione in tedesco del progetto è pubblicata a cura di Andreas Urbye e Ernst Rosenfeld (*Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuches für das Königreich Norwegen*, Berlin, Guttentag, 1898) ed allegato anche al VII volume dei *Mitteilungen der IKV* prima citato.

<sup>(201)</sup> « Tutto sommato », commenta G. AMALFI, *Segregazione indeterminata*, Napoli, Detken e Rocholi, 1907, p. 92, « l'innovazione si riduce ad un aumento di pena determinata a priori, col temperamento della libertà condizionale, in caso di correzione. Dunque, aumento, inasprimento, e non pena indeterminata, come è intesa generalmente. E, fuor della pena, la cura psichiatrica, correzione, o segregazione ».

proposta un ritorno alle antiche *lettres de cachet* <sup>(202)</sup>, il giurista belga è di diverso avviso quando si tratta « de la mise à la disposition du gouvernement et des mesures de préservation » da prendere nei confronti degli « anormaux, aliénés ou défectueux » <sup>(203)</sup>. Contro tali categorie di soggetti, l'arbitrio che non può essere tollerato nei confronti delle persone 'oneste', diviene invece *inévitabile*, perché si tratta non di punire l'azione illecita liberamente scelta da persone 'normali', ma d'« apprécier un état physique » <sup>(204)</sup>. Quando la fisiologia, la psichiatria, la medicina mentale riscontrano nell'individuo « le résidu des classes dangereuses » ed è dimostrata l'incapacità psichica, la condizione patologica esclude il ricorso al carcere tradizionale e rende illogica la pena determinata <sup>(205)</sup>.

Lo schema binario che si va ormai consolidando anche tra chi sembra più critico con il principio dell'indeterminatezza prevede un penale dei normali e uno degli anormali, degli onesti e dei pericolosi, degli emendabili e dei perduti, di chi è « en possession de son entière personnalité » e di chi non lo è <sup>(206)</sup>. Mentre per i primi la

---

<sup>(202)</sup> A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1899, § 759, pp. 457-458.

<sup>(203)</sup> Ivi, § 765, p. 459.

<sup>(204)</sup> Ivi, § 769, p. 460.

<sup>(205)</sup> Ivi, § 766, p. 459. Nello stesso senso cfr. anche l'intervento di Prins in *Séance de la Société Générale des Prisons du 19 avril, 1899*, cit., pp. 676-679, dove sostiene che per coloro che sono « dans une situation intermédiaire entre le délinquant normal et responsable et l'aliéné irresponsable », la reazione deve essere una via di mezzo tra la condanna alla prigione e all'asilo per alienati, ovvero una « mesure de préservation sociale » (p. 678). Sul punto cfr., con particolare riferimento all'esperienza della legislazione belga, P. MARY, D. KAMINSKI, E. MAES, F. VANHAMME, *Le traitement de la "dangerosité" en Belgique: internement et mise à la disposition du gouvernement*, in *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Séminaire du GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (2008-2009), mis en ligne le 25 octobre 2011, Consulté le 23 avril 2013. URL: <http://champpenal.revues.org/8351>; DOI: 10.4000/champpenal.8351; e gli iniziali, sintetici riferimenti storici in J. DANET, C. SAAS, *De l'usage des notions de "délinquants anormaux" et "délinquants d'habitude" dans les législations allemande, belge, française et suisse*, in *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Séminaire du GERN "Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité" (2008-2009), mis en ligne le 18 décembre 2010, Consulté le 23 avril 2013. URL: <http://champpenal.revues.org/8352>; DOI: 10.4000/champpenal.8352

<sup>(206)</sup> Questi i termini usati al congresso di Bruxelles da F. THIRY, *Rapport su la 4<sup>a</sup> question*, in *Actes du Congrès Pénitentiaire Internationale de Bruxelles. Aout 1900*,

retorica delle garanzie liberali continua ad essere difesa con ostinazione, invocando le regole della legalità e della giurisdizionalità, proteggendo la libertà individuale dal possibile arbitrio di organi amministrativi, preservando le tutele del penale costituzionale ed il 'diritto alla pena' del cittadino, per i secondi, devianti per inclinazione o abitudine acquisita, affetti da anormalità psichica, pericolosi per costituzione organica o croniche patologie comportamentali, « i deboli » — come vengono definiti — la cui natura « non avrà forza bastante per vincere gli impulsi criminosi »<sup>(207)</sup>, si rende necessario un sistema diverso, che utilizza la segregazione a tempo indeterminato come strumento di controllo prolungato, di incapacitazione fino a quando la temibilità del soggetto non sarà cessata, di preservazione sociale<sup>(208)</sup>.

Il vero successo del principio dell'indeterminatezza in Europa non può essere misurato sul rifiuto formale di accettare il modello

*Rapports sur les questions du programme de la section de la législation pénale*, II, Bruxelles et Berne, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1901, p. 619.

<sup>(207)</sup> A. MARRI, *Il delinquente incorreggibile e la condanna indeterminata*, in « Rivista di discipline carcerarie », 22, 8, 1897, p. 480; ci sono, dice l'Autore, i *buoni*, i *cattivi* e, tra loro, « una immensa zona grigia dove stanno i *deboli* di Sighele, i *servili* di Sergi, la gran massa cioè d'individui ondegianti tra il bene e il male, con volontà debole, con fiacca energia, facilmente suggestionabili dall'ambiente in cui vivono » (*ibidem*). Di questi ultimi è possibile sperare di ottenere l'emenda giuridica, ma non attraverso il metodo punitivo tradizionale.

<sup>(208)</sup> È in questo senso che possono essere letti il *Disegno di legge sui delinquenti recidivi*, presentato dal Guardasigilli Finocchiaro-Aprile alla Camera dei Deputati il 4 febbraio 1899 ed i successivi d.d.l. per contrastare i delinquenti pericolosi e la recidiva. Nel progetto Finocchiaro-Aprile era prevista, come misura contro i delinquenti pericolosi, la relegazione a tempo indeterminato, non temperata neppure dalla periodica revisione (il testo del d.d.l., in sedici articoli, con la relazione introduttiva del Guardasigilli e del Ministro dell'Interno Pelloux, è riportato in « La Scuola Positiva », 9, 2, 1899, pp. 83-92). Per questa ragione Enrico Ferri esprime un giudizio molto critico (il suo intervento in assemblea pronunciato l'8 marzo 1899 ed il dibattito, che continua anche il giorno successivo, sono riportati in *Il progetto di legge sui delinquenti recidivi*, in « La Scuola Positiva », 9, 3, 1899, pp. 142-165, poi riedito in FERRI, *Studi sulla criminalità*, cit., pp. 456 ss.): « Ma io debbo notare con dolore che nel disegno di legge che abbiamo dinanzi, il principio di segregazione a tempo indeterminato è affermato in modo così monosillabico, così sguarnito di ogni altro congegno legislativo e pratico che lo possa far funzionare, che io non posso in alcun modo accettarlo, perché così rappresenta il massimo dell'arbitrio da parte del giudice che condanna »; la revisione periodica, prevista nel sistema americano, è, infatti, « la grande guarentigia del diritto personale dei condannati » (p. 153). Sul dibattito cfr. AMALFI, *Segregazione indeterminata*, cit., pp. 96-104.

americano come metodo punitivo generale, ma va riconosciuto nella progressiva convinzione, diffusa a tutti i livelli, dalla penalistica accademica alla pubblica opinione agli operatori penitenziari, che esistono due tipologie di criminali, le quali devono essere corrispondentemente trattate in modo radicalmente diverso. Al di là delle differenze di scuola, delle proclamazioni d'inaccettabilità del principio perché « la pena dev'essere determinata o non essere » ed « una pena indeterminata è dunque un assurdo, una contraddizione »<sup>(209)</sup>, nel linguaggio e nella cultura giuridica è ormai accettata la necessità di differenziare il penale dei 'normali' da quello degli 'anormali', di adottare due sistemi di giustizia paralleli<sup>(210)</sup>. Il positivismo criminologico ridefinisce, come ha rivelato Foucault, l'immagine del mostro, costruito attraverso un linguaggio — espressione di un potere-sapere — che unisce conoscenze mediche e scienza giuridica: il comportamento patologico del criminale, spiegabile in termini naturalistici, scientifici, edifica un modello di devianza, di alterità, di mostruosità, per opporsi al quale l'apparato punitivo, ed il discorso penale e penologico, devono modificare il paradigma liberale<sup>(211)</sup>.

---

<sup>(209)</sup> U. CONTI, *Sulla pena indeterminata* (Conclusioni sulla sezione 4<sup>a</sup> della I sezione al VI Congresso Penitenziario Internazionale di Bruxelles del 1900), in « Cassazione unica », 10, 36, 1899, p. 1121. Per sintetici dati biografici sul giurista bolognese cfr. *Conti Ugo*, in « Novissimo Digesto Italiano », IV, 1959, pp. 402-403.

<sup>(210)</sup> Le parole esplicite di Marri sono una testimonianza di consapevolezza ormai penetrate nella mentalità comune: « È dunque evidente che in certi delinquenti vi è qualche cosa di anormale dal punto di vista psicologico; si vede che essi pensano, sentono, operano secondo la loro natura, ma in un modo differente dagli altri uomini normali. [...] a prescindere anche dall'anatomia, dalla costituzione ed orientamento delle cellule, dalla funzionalità dei nervi, dalla composizione del sangue, dalla legge di ereditarietà, esistono tuttavia delinquenti privi di quella normalità fisio-psicologica di cui la maggior parte degli uomini dimostrasene fornita; che versano in condizioni — specialmente psichiche — (intellettuali e morali) eccezionali, e tali da distruggere ogni autonoma personalità; individui insomma dal senso morale naturalmente mancante o perverso » (*Il delinquente incorreggibile*, cit., pp. 482, 485). Ferri (*Gli anormali*, in « La Scuola Positiva », 10, 1900, pp. 321-333) propone di distinguere tra la piccola minoranza formata dall'« anormale involutivo », cioè « il cretino, l'idiota, l'imbecille più arretrato, il delinquente atavico, antiumano ed egoista, l'invertito sudicio e ripugnante [...] macrobi deleteri o inutili nell'organismo sociale », e « l'anormale evolutivo », che comprende anche il « delinquente evolutivo (politico e sociale) » (pp. 325-326).

<sup>(211)</sup> Sul punto rinvio alle utili riflessioni di L. NUZZO, *Foucault and the Enigma of the Monster*, in « International Journal for the Semiotics of Law », 26, 1, 2013, pp. 55-72,

La dottrina lavora sulle sfumature terminologiche: la pena deve rimanere quella classica, prevista nei codici liberali, retribuzione contro chi coscientemente infrange la legge, reazione giuridica contro il delitto e non contro il delinquente se non come elemento del delitto medesimo. Essa presuppone autori *normal et responsable*, come ammette lo stesso Prins, cittadini per i quali il diritto penale può, anzi deve, essere ancora lo scudo di difesa contro abusi del potere, circondato di garanzie certe e di limiti tassativi, soggetti che hanno violato la legge e meritano il castigo, ma entro il patto di cittadinanza che ancora li ricomprende e li protegge <sup>(212)</sup>. Ad essa, però, si devono aggiungere altri strumenti di tutela sociale per i delinquenti anormali, che consentano al giudice ed all'amministrazione di avere margini ampi di valutazione dell'individuo, dei momenti, delle condizioni organiche e psichiche: siano essi surrogati e complementi di pena o forme non di pena ma di cura <sup>(213)</sup>, l'indeterminatezza diviene qui necessaria per ragioni di sicurezza <sup>(214)</sup>. Nei confronti degli incorreggibili e delle nature organicamente malvagie, scrive ancora Marri, « la parola pena, è usata in tal caso in senso improprio; non è vendetta, non è espiazione, è isolamento reso necessario dal pericolo che altri rimanga tocco dal contagio dell'al-

---

e Id., *Notes on Monstrosity. A Constructivist Deconstruction of Criminology*, in LIPPENS, VAN CALSTER (eds.), *New directions for criminology*, cit., pp. 155-170; per una discussione della categoria di *abnormal individual* in Foucault, cfr. anche A.N. SHARPE, *Foucault's Monsters and the Challenge of Law*, London, Routledge, 2011, specie pp. 43-57.

<sup>(212)</sup> Sull'idea di pena come strumento d'inclusione e riconoscimento d'appartenenza comunitaria per alcuni rei e come mezzo di lotta contro i criminali ritenuti 'estranei', cfr. G. CAZZETTA, Qui delinquit amat poenam. *Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, in « Quaderni fiorentini », 38, 2009, I, pp. 421-494.

<sup>(213)</sup> Così CONTI, *Sulla pena indeterminata*, cit., il quale dopo aver affermato che « la pena cessa solo così dove comincia la cura » (p. 1121), prevede che « rispetto ai soli delinquenti riconosciuti per imperfezione organico-psichica o per immaturità di sviluppo anormali è ammissibile l'affidamento alla autorità amministrativa per la cura senza determinazione di durata », oltre al ricovero per tempo indefinito in appositi stabilimenti per i delinquenti anormali propriamente detti (p. 1123).

<sup>(214)</sup> Su tale « reconception of crime as the symptom of some psychological defect » apportata dall'ideale riabilitativo e dagli studi criminologici, per cui « punishment no longer affirmed the offender's dignity as a fellow person; instead it corrected the offender's abnormality », cfr. M.D. DUBBER, *The Right to Be Punished: Autonomy and Its Demise in Modern Penal Thought*, in « Law and History Review », 16, 1, 1998, pp. 114-145 (citaz. p. 137).

trui perversità », è un metodo di cura che consiste essenzialmente nella segregazione indeterminata finalizzata ad introdurre « in questi organismi » l'abitudine al lavoro come miglior « antidoto » contro il delitto <sup>(215)</sup>.

Il confine è ormai molto sottile: normalità e anormalità, malattia e pericolosità, pena e trattamento si confondono e sovrappongono. Il custodialismo per scopi di difesa sociale non riguarda più solo il trattamento a tempo indeterminato dei malati di mente pericolosi entro le mura dei manicomi criminali, ma coinvolge ogni forma di delinquenza spiegata in termini di devianza e nevrosi <sup>(216)</sup>. La penalistica continentale continua, tuttavia, ripetitivamente a rifiutare l'indeterminatezza della pena come principio ordinario, per i delinquenti comuni, marcando la propria alterità dall'esperienza americana, evocando la presa della Bastiglia come il momento che ha segnato la fine definitiva di ogni possibile arbitrio nella pena. Anche tra i positivisti il sistema dell'*absolute indeterminate sentence*, richiesta dai più radicali riformisti d'oltreoceano, non convince più del tutto: « è certo che lo spirito di quel popolo nuovo, — scrive Bruno

---

<sup>(215)</sup> MARRI, *Il delinquente incorreggibile*, cit., p. 486. In modo analogo cfr. AMALFI, *Segregazione indeterminata*, cit., p. 106: « Ammettiamo che il delinquente sia, per lo più, uno squilibrato, un anomalo, un degenerato, una varietà antropologica del genere umano, o arrestato o regresso nello sviluppo, e che malamente si faccia a confonderlo con l'individuo normale [...] Possiamo ritenere, che tutt'i delinquenti siano di assoluta spettanza dell'antropologia criminale, o solo una certa percentuale; e che bisogna, invece, dividerli in *normali*, da sottoporsi alle pene comuni, e in *anormali*, meritevoli di diverso trattamento, e di essere segregati dalla società, come pericolosi? »; ai secondi Amalfi ritiene di applicare la segregazione a tempo indeterminato, ad es. nella forma della relegazione, non come pena ma come « misura di prevenzione, di difesa sociale, di rigore per la sua vita prava e pericolosa (constatata giuridicamente e dal complesso delle circostanze), inadattabile all'ambiente sociale ed all'umano consorzio » (p. 234).

<sup>(216)</sup> Per la storia dei manicomi criminali in Italia ed il dibattito sulla loro costituzionalità in età postunitaria, cfr. F. COLAO, *Un'« esistenza mezza legale mezza no »*. *Il manicomio giudiziario nell'Italia liberale*, in F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI, C. VALSECCHI (a c. di), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata, EUM, 2012, pp. 439-463; sul sottile confine tra normalità ed anormalità nel confronto tra scuola classica e positiva in Italia, cfr. anche ID., « *Consorelle* » tra « *vincoli indissolubili* », « *scuole* », « *indirizzi* » del penale, in LACCHÈ, STRONATI (a c. di), *Una tribuna per le scienze criminali*, cit., pp. 29-32; utili spunti anche in F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.

Franchi — scevro di tradizioni giuridiche e di pregiudizi scolastici, possiede uno spirito troppo differente dal nostro, perché si possa trapiantare tale e quale nel vecchio mondo in genere e nelle nazioni latine in specie, un istituto transoceanico » (217). Non si può rinunciare all'idea tradizionale di pena, comminata dal legislatore nel suo ruolo di artefice di un sistema di diritto che ha per base l'unità dello stesso, irrogata dal giudice in una misura chiara che « provveda al passato dando soddisfazione alla civile coscienza » ma, contemporaneamente, « con le solennità del pubblico giudizio », pensi all'avvenire tranquillizzando i cittadini ed indicando loro una scala di valori civili tutelati (218).

Traducendo in termini giuridici le tesi di Durkheim, Franchi precisa come « mai debba trascurarsi questo lato politico della penologia » (219). Per un verso, la proporzione tra reato e pena per

---

(217) B. FRANCHI, *Di un sistema relativo di pene a tempo indeterminato*, in « La Scuola Positiva », 10, 1900, p. 457. La profonda diversità tra penologia americana ed europea emerge anche nella disponibilità ad utilizzare metodi eugenetici come la castrazione o la sterilizzazione nei confronti dei criminali pericolosi e devianti: le teorie medico-legali per prevenire la moltiplicazione dei degenerati, elaborate in particolare in Francia ed Italia, trovano attuazione legislativa negli Stati Uniti, dove maggiore è l'apertura alle sperimentazioni e minore la preoccupazione per la loro legittimità costituzionale, ma vengono criticate dai giuristi continentali. Ugo Conti, per esempio, nel resoconto della visita agli istituti penitenziari americani in occasione del congresso di Washington del 1910, critica duramente la previsione legislativa dello Stato dell'Indiana (legge 10 febbraio 1907) che, in adesione alle teorie sull'ereditarietà criminosa, autorizza la vasectomia “to prevent procreation of confirmed criminals, idiots, imbeciles and rapists”, poiché « In our own opinion, it is not to be conceded that the state, in the name of race-purity, has the right to take away a person's virility, and prevent him from procreation »; nei confronti del soggetto che ha una *harmful influence* sulla società, lo Stato « by way of punishment or self-protection » può segregarlo e privarlo di tutti i poteri di influenzare gli altri, « but it may not injure or nullify his very personality » (CONTI, PRINS, *Some European Comments*, cit., p. 205). Aperture sono invece espresse, per es., da G. BATTAGLINI, *Eugenics and the criminal law*, in « JAICLC », 5, 1, 1914, pp. 12-15. Per le teorie di Gobineau sulla degenerazione e per l'utilizzo fattone dalla penalistica antropologica, in particolare da Garofalo, cfr. COSTA, *Civitas*, 3, *La civiltà liberale*, cit., pp. 438-452; sui risvolti eugenetici della penologia statunitense e sulle differenze con l'esperienza europea cfr. GARLAND, *Punishment and Welfare*, cit., pp. 130-158, e J. PRATT, *Governing the dangerous. Dangerousness, law and social change*, Sydney, The Federation Press, 1997, pp. 48-52.

(218) FRANCHI, *Di un sistema relativo di pene*, cit., p. 472.

(219) *Ibidem*.

soddisfare simbolicamente la comunità non può essere l'unica preoccupazione dell'ordinamento, ma, per altro verso, l'individualizzazione non può del tutto trascurare queste aspettative sociali. Esiste « la necessità politico-sociale di non diminuire il pronunciato giudiziale in quanto è forma e garanzia giuridica »: la pena determinabile solo con una procedura amministrativa successiva alla condanna e senza contraddittorio « sarebbe spoglia di ogni carattere giuridico, proprio nella manifestazione più cospicua del potere giurisdizionale, la quale si rivela nell'atto in cui la pena, passando dallo stato generico di statuizione legislativa alla applicazione specifica contro un determinato cittadino, ha bisogno di rivestire solenni forme di diritto » (220). Tuttavia, se questo è il principio generale dello Stato di diritto, lo stesso Franchi prevede che esistano speciali categorie di delinquenti (i pazzi, i criminali nati o incorreggibili, i recidivi e i minorenni) per i quali la sentenza deve determinare la natura della pena ma non la sua durata.

#### 14. *La decisione di retroguardia al Congresso di Bruxelles.*

Al congresso penitenziario di Bruxelles del 1900 l'intervento di Saleilles esemplifica il progressivo cambiamento d'opinione della penalistica europea sulla sentenza indeterminata. Il giurista francese espone prima i tre argomenti più rilevanti che potrebbero ostacolare l'accettazione della misura: l'esecuzione della pena è un compito dello Stato e non può essere affidata ai privati; applicare pene diverse allo stesso reato va contro il principio d'uguaglianza; rimettere la decisione sulla durata della pena al direttore del carcere è una minaccia alla libertà ed una fonte d'arbitrio. Questi rischi non sarebbero presenti nella realtà americana, paese di democrazia, libertà ed eguaglianza, dove il progetto di Brockway ha portato

---

(220) Ivi, p. 473. Tra le voci dei positivisti più disponibili, invece, ad accettare il modello americano cfr. V. OLIVIERI, *Le condanne a tempo indeterminato*, in « La Scuola Positiva », 1899, 9, 3, pp. 129-138, secondo cui « Si teme l'arbitrio dell'amministrazione carceraria e non si accorgono dell'*arbitrio grandissimo oggi legalizzato con la uniformità delle pene*. Se queste devono individualizzarsi, il giudice val meglio della legge, e l'autorità esecutiva meglio del giudice, perché questa ha il tempo e il modo di conoscere il detenuto » (p. 135).

buoni risultati ed utilizza l'*indeterminate sentence* solo come uno degli aspetti del più complessivo sistema rieducativo. È nel passaggio dalla pratica alla teoria, quando viene discussa e giudicata da un punto di vista astratto, che l'idea cambia completamente carattere e subisce una « *déformation, au moins doctrinale* » (221).

L'anno precedente, nell'assemblea della *Société Générale des Prisons*, Saleilles aveva espresso un giudizio favorevole sul principio rieducativo posto a base della pena indeterminata, considerandola « *le couronnement logique, presque nécessaire, de tout système spiritualiste, idéaliste et social* », ma l'aveva anche definita « *impraticable et impossible* », perché l'attuazione del fine specifico dell'indeterminazione, ovvero fare sì che il detenuto sia artefice della propria riabilitazione, presupponeva « *la modification du régime actuel des prisons* » (222). L'amministrazione penitenziaria in Francia, come in molti altri stati europei, centralizzata e uniforme, pensata e costruita per essere teatro di un castigo retributivo, sembrava un ostacolo insuperabile per importare l'utopistico metodo americano.

A Bruxelles si dichiara, invece, più possibilista: riconosce il « *chemin qui paraît en brillante fortune* » del principio in tutti i paesi o le scuole dottrinali dove la pena è considerata « *comme un moyen de politique sociale* » e, quindi, « *comme une mesure de défense et de préservation* », specie contro i recidivi (223). Delle tre originarie obiezioni, dice Saleilles, le prime due sono ormai superate, perché il sistema della pena indeterminata è inteso come un metodo statale non delegato ai privati e perché da molto tempo ormai, grazie al *sursis* e alle altre forme d'individualizzazione, « *l'idée d'égalité, entendue au sens classique et doctrinaire du mot, avait cessé d'être un dogme, et heureusement* » (224). Pur restando convinto che l'individualizzazione debba essere essenzialmente giudiziaria, l'apertura del modernista francese, che ammette l'indeterminatezza non

---

(221) R. SALEILLES, *Rapport su la 4<sup>a</sup> question*, in *Actes du Congrès...de Bruxelles*, *Rapports...*, II, cit., p. 589.

(222) R. SALEILLES, in *Séance de la Société Générale des Prisons du 17 mai 1899*, cit., p. 803.

(223) SALEILLES, *Rapport su la 4<sup>a</sup> question*, cit., p. 592.

(224) Ivi, p. 593.

come principio uniforme per tutti i delinquenti, ma solo per i recidivi e gli incorreggibili <sup>(225)</sup>, testimonia come la cultura europea si sia ormai appropriata dell'idea di pena indefinita per usarla come misura supplementare, facendone un uso selettivo di politica criminale orientata alla più efficace sicurezza sociale. Il dato, che non traspare dalla risoluzione, emerge limpidamente nella discussione e nei *reports*.

Édouard Gauckler, docente a Nancy, nel suo *Rapport* cerca di interpretare da un nuovo punto di vista il difficile equilibrio tra la concezione sociale, durkheimiana, di punizione e il principio moderno dell'*amendement*: la sua proposta è non di scegliere l'una o l'altra filosofia punitiva, ma di sommare retributivismo e correzionalismo nella maniera che risulta più utile alle politiche criminali continentali. Se, infatti, corrisponde all'idea di tutte le società civilizzate il principio della *punition* <sup>(226)</sup>, la repressione è un concetto più vasto che ricomprende anche le misure rieducative di difesa sociale. Non bisogna però confondere i due piani, poiché « en réalité, amendement et punition sont deux choses distinctes, deux fins différentes assignées à la répression » <sup>(227)</sup>: dato che le misure di punizione non sono necessariamente misure di emenda e viceversa, anche le regole a cui devono sottostare non possono essere le stesse. Mentre la punizione è giusto che rispetti i precetti tradizionali della proporzionalità, della legalità, della certezza, l'emenda è logico che si basi su altri principi, tra cui anche l'indeterminatezza.

L'errore fondamentale, continua il francese, è che se, come normalmente accade, le *mesures de punition* e quelle d'*amendement* sono confuse, diviene una « contradiction irréductible » applicare i metodi delle seconde alle prime. Dalla netta distinzione tra *punition*

---

<sup>(225)</sup> Nel 1899 l'aveva ritenuta applicabile ai minori, ai degenerati mentali e, in via eccezionale, non a tutti i detenuti in tutte le carceri, ma « pour certains dégénérés moraux ou plutôt pour certains condamnés, pour lesquels le juge reconnaîtrait que la libération immédiate, telle qu'elle peut résulter du sursis, par exemple, est trop peu et que la prison, sous sa forme actuelle, est beaucoup trop » (SALEILLES, in *Séance de la Société Générale des Prisons du 17 mai 1899*, cit., p. 807).

<sup>(226)</sup> E. GLAUCKLER, *Rapport su la 4<sup>a</sup> question*, in *Actes du Congrès...de Bruxelles, Rapports...*, II, cit., p. 521: « Principe I. La peine est avant tout une punition proportionnée à la gravité de l'infraction ».

<sup>(227)</sup> Ivi, p. 522.

e *correction* è così ricavabile un secondo principio generale in forza del quale « *Il est désirable qu'à l'expiration de sa peine (punition) le condamné puisse être soumis à des mesures n'ayant d'autre but que son amendement et se prolongeant tant que cet amendement n'aura pas été obtenu* » (228).

Glauckler, dunque, giustifica teoricamente la possibilità di introdurre un doppio binario repressivo, composto di un'ordinaria pena a cui si aggiunge, nel caso in cui il soggetto sia considerato ancora bisognoso di rieducazione, un'ulteriore misura di controllo, a forma variabile e di durata indefinita. Per non compromettere del tutto l'apparato di garanzie individuali che lo Stato di diritto ha eretto a difesa del cittadino, il francese indica altri due principi, uno secondo cui la decisione sulle misure supplementari deve sempre essere presa da un tribunale entro limiti massimi fissati dalla legge, e l'altro per cui, scontata la pena, il condannato deve essere rimesso in libertà in forma condizionale, salvo poi applicare la misura suppletiva qualora non rispetti le condizioni stabilite o 'usi male' la sua libertà.

Una proposta molto simile è avanzata da Evelyn Ruggles Brise; funzionario di spicco e poi direttore dell'amministrazione penitenziaria britannica, moderato riformatore e promotore del *Borstal system*, presidente della *National Prison Commission* dal 1895 al 1921, l'inglese non può certo annoverarsi tra i radicali positivisti (229). Ruggles Brise ha visitato i penitenziari degli Stati Uniti, conosciuto personalmente Brockway ed osservato il funzionamento di Elmira. L'*indeterminate sentence* non lo convince se non nei confronti dei minori e a Bruxelles suggerisce un metodo alternativo, aprendo alla possibilità di utilizzare il principio dell'indeterminatezza per i delinquenti professionali, contro i quali serve non una « *peine de "réforme"* » ma una « *peine de "temps"* » (230). Poiché non si tratta, in questo caso, di rieducare i condannati, ma di

---

(228) Ivi, p. 523.

(229) Per un profilo biografico e intellettuale cfr. L. RADZINOWICZ, R. HOOD, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*. vol. 5, *The Emergence of Penal Policy*, London, Stevens & Son, 1986, pp. 596-599.

(230) E. RUGGLES BRISE, *Rapport su la 4a question*, in *Actes du Congres...de Bruxelles, Rapports...*, II, cit., p. 576.

proteggere la società contro le loro depredazioni, propone di applicare una forma di pena non più proporzionata al delitto, ma che non possa comunque eccedere il limite massimo previsto dalla legge per quella fattispecie. Contro i delinquenti di professione, colpevoli di reiterati crimini appropriativi, dice Ruggles Brise, « j'appliquerais alors la sentence "indéterminée", dans son sens nouveau ou renversé »<sup>(231)</sup>, come una *supplementary sentence* a quella per il crimine: in caso di appurata professionalità dell'imputato, nella sentenza di condanna il giudice dovrebbe ordinare che, « in addition to the penalty for the immediate offence », il reo, dopo aver finito di scontare la pena, sia detenuto in uno speciale stabilimento (come la colonia penale) per un periodo equivalente al massimo previsto dalla legge per quel tipo di reato, con la possibilità comunque di liberazione condizionale<sup>(232)</sup>.

Questo suo progetto — precisa l'inglese — avrebbe il vantaggio di rispettare due principi, quello retributivo della corrispondenza immediata della sofferenza al peccato, o « en d'autres mots, de la pénalité au délit », e quello della detenzione preventiva; esso, inoltre, definirebbe in modo chiaro i destinatari della misura ed il tipo di condanna ed eviterebbe, altresì, di incorrere nei due ostacoli che hanno sbarrato la strada all'adozione in Europa di provvedimenti contro il crimine professionale, perché non postula l'incorreggibilità, né lede in alcun modo il potere discrezionale del giudice<sup>(233)</sup>.

Pur muovendo da due diverse esperienze giuridiche, *civil* e *common law*, e provenendo da realtà penologico-penitenziarie differenti come quella francese ed inglese, Glauckler e Ruggles Brise progettano, con minime differenze, un nuovo analogo modello punitivo, che sfrutta l'*indeterminateness* in chiave preventiva come misura supplementare alla pena contro i delinquenti più pericolo-

<sup>(231)</sup> Ivi, p. 577.

<sup>(232)</sup> E. RUGGLES BRISE, *Question 4: "Indeterminate sentences. Their value and applicaton"*, in Id., *Two Prison Congresses, Paris 1895 - Brussels 1900. Report to the Secretary of State of the Home Dept.*, London, Darling & Son, 1901, p. 58. Sulla precedente proposta di *dual-track scheme* per i delinquenti abituali avanzata, senza successo, da Henry Taylor nel 1868, cfr. RADZINOWICZ, HOOD, *A History of English Criminal Law...*, vol. 5, cit., pp. 240-241.

<sup>(233)</sup> RUGGLES BRISE, *Rapport su la 4<sup>a</sup> question*, cit., pp. 577-578.

si<sup>(234)</sup>. Anche se le loro proposte non incidono sulla decisione finale dell'assemblea, quest'affinità dice molto sia della maturazione di una via penologica europea, sia dell'importanza che il confronto penale-penitenziario internazionale ha avuto sulla circolazione culturale di modelli di *criminalisation*<sup>(235)</sup>. In realtà, la risoluzione adottata al congresso di Bruxelles<sup>(236)</sup>, apparentemente una vittoria dei francesi più conservatori ed ostili alla riforma<sup>(237)</sup>, sembra l'ultimo, anacronistico, tentativo della scuola classica di respingere il principio<sup>(238)</sup>. Essa, infatti, non corrisponde né alla dottrina prevalente,

---

<sup>(234)</sup> Tale orientamento è espresso, per es., anche nella formulazione conclusiva del 28. *Deutschen Juristentagen*, tenutosi a Kiel nel 1906: «Gegen gemeingefährliche und rückfällige Gewohnheitsverbrecher kann neben der Strafe auf Sicherungsnachhaft von unbestimmter Dauer erkannt werden», citato in FREUDENTHAL, *Unbestimmte Verurteilung*, cit., p. 279; alla medesima conclusione giunge lo stesso Freudenthal, con riferimento alla possibilità di applicare la pena indeterminata ai delinquenti abituali e recidivi pericolosi (cfr. *ivi*, p. 320).

<sup>(235)</sup> L'interessante convergenza di prospettive tra i due è sottolineata dallo stesso RUGGLES BRICE, *Question 4: "Indeterminate sentences..."*, cit., p. 59.

<sup>(236)</sup> La risoluzione dell'assemblea generale sulla 4ª questione (ci sono categorie di persone alle quali possa essere applicata la sentenza indeterminata e come questa misura debba essere realizzata), prevede che si debbano distinguere tre categorie di provvedimenti: per le pene, la sentenza indeterminata è inammissibile e può essere sostituita dalla liberazione condizionale con il prolungamento progressivo della pena per i recidivi; per le misure di educazione di protezione e di sicurezza, il sistema sarebbe ammissibile ma con limitazioni tali (minimo e massimo, intervento del giudice) da comportarne di fatto l'abbandono, e quindi sarebbe comunque più logico continuare con pene prolungate e correttivo della liberazione condizionale; l'*indétermination* si applica solo al trattamento dei delinquenti irresponsabili, ma le misure adottate nei loro confronti non hanno carattere penale (cfr. *Actes du Congrès Pénitentiaire Internationale de Bruxelles. Aout 1900. Procès-Verbaux des Séances*, I, Bruxelles et Berne, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1901, p. 218).

<sup>(237)</sup> In questo senso cfr. per es. L. DE COMBES, *Les peines indéterminées*, in «Revue catholique des institutions et du droit», 24, 1900, p. 66: «L'école française prit une éclatante revanche. Elle n'eut pas de peine à dissiper les rêveries plus ou moins libres-penseuses, venues d'au de là de l'Océan et du Rhin».

<sup>(238)</sup> Lo scritto di Pessina sulla questione da discutere a Bruxelles, *La pena indeterminata (1900)*, in *Id.*, *Discorsi varii*, Napoli, Casa ed. Napoletana, 1912, pp. 65-92, è un esempio della dottrina liberale 'pura' sul tema, destinata ad essere poi superata nei primi decenni del Novecento; cfr. ad es. le conclusioni, pp. 91-92: «Ebbene è diritto imprescrittibile dell'individuo, quando lo si vuol assoggettare a sofferenze per avere violato la legge, quale che sia lo scopo ultimo di questo istituto sociale, che gli si faccia sapere quanta è la sofferenza che a cagione del Diritto violato gli viene inferta; e,

che come visto tende sempre più ad accettare l'indeterminatezza per alcune tipologie di criminali, né alle tendenze legislative che iniziano a sperimentare forme di doppio binario.

Il progetto di Ruggles Brise, in particolare, trova piena attuazione nel *Prevention of Crime Act* inglese del 1908: il provvedimento prevede che, se la giuria decreta che l'imputato è un *habitual criminal*, il giudice, nel condannarlo alla *penal servitude* (carcere e *hard labour*), qualora ritenga che per la protezione della pubblica sicurezza debba essere assoggettato ad un periodo di custodia più lungo, può ordinare come ulteriore pena (*further sentencing*) una detenzione aggiuntiva, compresa tra un minimo di cinque ed un massimo di dieci anni <sup>(239)</sup>. Non molto dissimile dalla precedente legge norvegese, l'*Act* contro la delinquenza abituale recepisce le proposte di utilizzare la segregazione a tempo relativamente indeterminato come pena accessoria, rimettendo alla valutazione periodica del *Secretary of State*, sentito il parere del direttore del carcere, la decisione su un eventuale rilascio anticipato. La disciplina prece-

---

trattandosi di limitazione della sua libertà, deve questa essere prefinita dalla legge entro certi limiti, e in quei limiti debbe essere determinata dal giudice ». Su posizioni analoghe anche S. RAPOPORT, *Les sentences indéterminée*, in « *Revue internationale de sociologie* », 12, 1904, pp. 729-774, secondo il quale la pena indeterminata, presentata come « un avantage social n'est au fond qu'une atteinte terrible à la liberté individuelle. Ainsi, quoi qu'on fasse, il apparait de plus en plus que l'originalité unique de la sentence indéterminée consiste à sacrifier la liberté » (pp. 772-773).

<sup>(239)</sup> L'*Act* è del 21 dicembre 1908 (8 Edw. 7 Ch. 59); l'articolo che interessa è Part II. Sect. 10 (1): « Where a person is convicted on indictment of a crime, committed, after the passing of this Act, and subsequently the offender admits that he is or is found by the jury to be a habitual criminal, and the court passes a sentence of penal servitude, the court, if of opinion that by reason of his criminal habits and mode of life it is expedient for the protection of the public that the offender should be kept in detention for a lengthened period of years, may pass a further sentence ordering that on the determination of the sentence of penal servitude he be detained for such period not exceeding ten nor less than five years, as the court may determine ». Perché la giuria possa ritenere abituale un delinquente (2), il reo deve, dopo i sedici anni, aver subito tre condanne prima di quella per cui è processato e deve condurre in modo continuativo una vita disonesta o criminale, oppure deve essere già stato condannato come abituale in precedenza. Sull'origine e l'applicazione della *penal servitude*, cfr. M.H. TOMLINSON, *Penal servitude 1846-1865: a system in evolution*, in V. BAILEY (ed.), *Policing and Punishment in Nineteenth Century Britain*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1981, pp. 126-149.

dente contro l'abitudine, prevista nel *Prevention of Crime Act* del 1871 poi emendato nel 1891, si limitava ad un periodo di *supervision of the police* per un massimo di sette anni dopo la pena: le scelte di non aggiungere un'ulteriore detenzione, si giustificava, secondo quanto lo stesso Ruggles Brise scriveva nel 1895, sia per la contrarietà della *public conscience* ad una *deprivation of liberty* aggiuntiva, sia per non ledere la libera discrezionalità del giudice di decidere la pena per gli *habituals criminals* <sup>(240)</sup>.

Il risultato di una pubblica inchiesta avviata nel 1894 sull'amministrazione penitenziaria, avente ad oggetto il trattamento dei *professionals*, fa emergere con insistenza nel dibattito politico inglese la necessità di adottare soluzioni di prevenzione più efficaci ed avvia l'iter legislativo che porta poi all'adozione dell'*Act* del 1908. Dopo una lunga discussione in Parlamento, scriverà con soddisfazione Ruggles Brise nel 1910 in vista dell'appuntamento di Washington, il principio di un *accessory penalty* è stato accettato, con una limitazione minima e massima: si tratta di un buon compromesso tra le tesi di chi chiede metodi più severi contro i *persistent criminals* che continuano a depredare la società, e le opposizioni di chi teme pene sproporzionate rispetto ai reati ed eccesso di potere arbitrario nelle mani dell'esecutivo: « the new departure which is involved in this

---

<sup>(240)</sup> Così E. RUGGLES BRISE, *Discretionary Powers of Judges in England* (Contributed to the Paris Congress), in Id., *Two Prison Congresses*, cit., p. 120, dove precisa anche che, sebbene non ci siano minimi di pena obbligatori decisi per legge, i giudici, aumentando la pena, hanno di fatto sposato la teoria del cumulo, « and this discretion affords a practical solution of this, as of many other questions, which present great theoretical difficulties ». È, in sostanza, grazie al ruolo fondamentale del *judiciary* che si trovano soluzioni a problemi di politica penale. Tra i più autorevoli sostenitori della *judicial discretion* nella commisurazione della pena, cfr. J.F. STEPHEN, *Variations in the Punishment of Crime*, in « The Nineteenth Century », 17, 1885, pp. 755-776. In generale, sintesi sul ruolo del *judiciary* nella storia del *sentencing* nel Regno Unito, sono in D.A. THOMAS, *The Penal Equation. Derivations of the penalty structure of English criminal law*, Cambridge, University of Cambridge, 1978; J. SHAPLAND, *Between conviction and sentence. The process of mitigation*, London, Routledge & Kegan Paul, 1981, pp. 14-42; A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 51-55; P. HANDLER, *Judges and the criminal law in England 1808-61*, in P. BRAND, J. GETZLER (eds.), *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law. From Antiquity to Modern Times*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 138-156.

system of preventive detention has, I believe, no exact analogy in the present European law as a means of combating recidivism, and its operation will, no doubt, be watched with extreme interest »<sup>(241)</sup>. La legge, infatti, che si applica solo laddove vi sia un reale pericolo per la società e non contro *petty habitual delinquents* (vagabondi, ubriachi, contravventori), può essere « an invaluable instrument for social defence »<sup>(242)</sup>: la sua riuscita dipende « almost entirely on the capacity and discretion of the Advisory Committee »<sup>(243)</sup> incaricato di monitorare il comportamento del detenuto<sup>(244)</sup>.

Anche se l'atto non otterrà in patria il successo che Ruggles Brise sperava, con un'applicazione modesta della *preventive detention*<sup>(245)</sup> ed una diffusa sfiducia nel nuovo metodo ritenuto un ibrido tra classicismo e positivismo non corrispondente alla tradizione giuridica inglese<sup>(246)</sup>, esso, assieme al codice norvegese ed al

---

<sup>(241)</sup> E. RUGGLES BRISE, *Indeterminate Sentence (Contributed to the Washington Congress)*, in ID., *Report to the Secretary of State for the Home Dept. on the proceedings of the Eight International Penitentiary Congress held at Washington, October 1910*, London, H.M. Stationery Off., 1911, p. III, Appendix n. I, p. 35.

<sup>(242)</sup> E. RUGGLES BRISE, *The English Prison System*, London, Macmillan and Co., 1921, p. 58.

<sup>(243)</sup> Ivi, p. 55.

<sup>(244)</sup> È la Part II. Sect. 14 (4) dell'*Act*.

<sup>(245)</sup> Sulla genesi legislativa, l'interpretazione giurisprudenziale e i meccanismi di funzionamento dell'*Act*, cfr. RADZINOWICZ, HOOD, *A History of English Criminal Law...*, vol. 5, cit., pp. 268-278; N. MORRIS, *The Habitual Criminal*, Cambridge, Harvard University Press, 1951, pp. 33-80; cfr. anche *Preventive Detention. Report of the Advisory Council on the Treatment of Offenders*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1963, pp. 1-3, dove si precisa che già nel 1932 l'*Act* è considerato lettera morta: tra le cause dell'insuccesso, la difficile prova dell'abitudine e l'accusa di infliggere due pene per lo stesso reato.

<sup>(246)</sup> Cfr. L. RADZINOWICZ, R. HOOD, *Judicial Discretion and Sentencing Standards: Victorian Attempts to Solve a Perennial Problem*, in « University of Pennsylvania Law Review », 127, 5, 1978-79, p. 1327: « Nevertheless, these measures ran counter to deeply held notions of justice. The classical tradition of criminal law, itself a reflection of the liberal state, was too firmly entrenched. There remained a revulsion to long sentences out of proportion to the gravity of the crime, whatever the offender's past record or future prognosis. The juxtaposition within the same sentencing structure of the classical tenet of just proportion and the positivist credo of social defense was bound to produce conflicts in attitude and disparity in practice ».

progetto di codice penale svizzero del 1893, costituisce per la penalistica internazionale un altro importante passo verso il *dual-track system* <sup>(247)</sup>.

### 15. *Lo scontro di Washington e la frattura tra Europa e Stati Uniti.*

Il congresso penitenziario di Washington del 1910 sembra stravolgere le scelte di Bruxelles, adottando una risoluzione molto ambigua, esito di una discussione animata, nella quale si delinea ormai la trasformazione della sentenza indeterminata in qualcosa di diverso dall'originaria proposta americana <sup>(248)</sup>. Il congresso è il

---

<sup>(247)</sup> L'Act è, infatti, tradotto in tedesco su proposta dell'IKV (E. ROSENFELD, *Neueste englische Kriminalpolitik*, Berlin, J. Guttentag, 1909). Sull'interesse suscitato dai nuovi progetti legislativi che recepiscono le proposte criminologiche sulle misure di sicurezza o i complementi di pena, cfr. ad es. B. ALIMENA, *Il progetto di codice penale svizzero*, in « Rivista penale », 40, 1, 1894, pp. 10-23; L. LUCCHINI, *Il progetto di codice penale svizzero*, in « Rivista penale », 45, 1, 1897, pp. 5-24; E. CALDARA, *Ancora sul progetto di Codice penale Svizzero*, in « La Scuola Positiva », 9, 5, 1899, pp. 288-295 e 9, 6, pp. 333-337; F. GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione*, in « La Scuola Positiva », 2, 1911, pp. 193-312; FERRI, *I progetti preliminari di codice*, cit., pp. 566-573; F. von LISZT, *Die „sichernden Maßnahmen“ in den drei Vorentwürfen*, in « Österreichische Zeitschrift für Strafrecht », 1, 1910, pp. 3-24; C. STOOSS, *Die sichernden Maßnahmen gegen Gemeingefährliche im österreichischen Strafgesetzentwurf*, ivi, pp. 25-36; S. LONGHI, *Leggi di prevenzione contro le delinquenza nella legislazione comparata*, in « Il Progresso del diritto criminale », 2, 1910, pp. 95-106 e 3, 1910, pp. 148-162; A. DE MARSICO, *Le misure di sicurezza nei progetti preliminari germanico, austriaco e svizzero*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 3, 1912, pp. 65-78; un quadro completo è offerto poi da J. DE ASUA, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, cit.

<sup>(248)</sup> Il testo della risoluzione, che vale la pena di riportare per intero, è il seguente: « § 1. Le Congrès approuve le principe scientifique de la sentence à durée indéterminée. § 2. La sentence à durée indéterminée devrait être appliquée aux personnes moralement ou mentalement défectueuses. § 3. La sentence à durée indéterminée devrait être appliquée de plus, comme partie importante du système éducatif, aux criminels, surtout aux jeunes délinquants, ayant besoin d'un traitement éducatif et dont les crimes sont dus surtout à des circonstances individuelles. § 4. L'introduction de ce système dépendra des conditions suivantes: I. Que les idées courantes au sujet de la culpabilité et de la peine ne soient pas en contradiction avec la conception de la sentence à durée indéterminée. II. Qu'un traitement individualisé du délinquant soit assuré. III. Que le Board of Parole or Conditional Release (Bureau pour la libération conditionnelle) soit composé de façon

momento forse più aspro di scontro tra le due opposte anime dell'indeterminatezza, quella statunitense che ne fa uno strumento essenziale della *reformatory sentence* e ne auspica l'adozione progressiva in forma assoluta, e quella europea che la intende esclusivamente come mezzo di difesa sociale contro specifiche categorie di criminali <sup>(249)</sup>.

«Paradoxical as it may sound», aveva scritto Ruggles Brise dopo Bruxelles, «the underlying idea, or the principle, of the Indeterminist School in America, and the “determinist”, or Italian, School in Europe, is the same» <sup>(250)</sup>, ovvero che si deve punire il criminale e non il crimine e che la pena deve essere regolata solo in funzione della difesa sociale. Entrambe le scuole professano «“the pathological principle” of punishment» secondo cui si devono studiare le passioni del reo: quella americana, «notoriously lenient, and with a generous faith in humanity» <sup>(251)</sup>, studia le tendenze ereditarie o acquisite del delinquente e crede di poterle sradicare attraverso un sistema di cura fisica e morale che consenta poi al soggetto riformato di ritornare in società senza alcun pregiudizio per i concittadini, quella europea, invece, riconosce nelle passioni i segni di una decadenza congenita e degenerativa che rende il soggetto un predestinato all'infelice vita criminale.

Il risultato dell'applicazione di queste due teorie divergenti, seppur basate sulla medesima idea, è che nel primo caso «the

---

à exclure toute influence du dehors, sous la forme d'une commission dont seraient appelés à faire partie au moins un représentant de la magistrature, de l'administration pénitentiaire et de la science médicale. L'établissement des maxima de peines ne se recommande que dans les cas où cela est nécessaire, a cause de la nouveauté du système et du manque d'expérience» (*Actes du Congrès pénitentiaire international de Washington. Octobre 1910*, Publiés par L.C. Guillaume et E. Borel, *Procès-verbaux des séances et voyage d'études*, vol. I, Groningen, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1913, pp. 99-100).

<sup>(249)</sup> Così, in modo chiaro, Prins, in *Actes du Congrès...de Washington, Procès-verbaux des séances*, I, cit., p. 90, il quale rimarca che «les mots “sentence indéterminée” ont deux significations; l'une l'indétermination absolue et l'autre la conception européenne».

<sup>(250)</sup> RUGGLES BRISE, *Question 4: “Indeterminate sentences...”*, cit., p. 55; cfr. anche ID., *Prison reform at home and abroad. A short history of the international movement since the London congress, 1872*, London, Macmillan and co., 1924, pp. 91-92.

<sup>(251)</sup> RUGGLES BRISE, *Question 4: “Indeterminate sentences...”*, cit., p. 55.

criminal will only be detained for a sufficient time to admit of a cure », mentre nel secondo « he will be eliminated either by death or perpetual seclusion »; in entrambi i casi, evidentemente, il trattamento è indeterminato, la funzione del giudice « disappears » ed al suo posto regnano « the prison official and the medical professor ». Per fortuna, conclude l'inglese, l'assemblea di Bruxelles ha affrontato il tema con « great sobriety and good judgment » ed ha stabilito che per i crimini ordinari la pena indeterminata è « absolutely rejected » (252). La sintesi sommaria del riformista inglese, che certamente semplifica la complessità delle posizioni interne alle correnti americane ed europee, rappresenta comunque una significativa testimonianza di quanto la criminalistica internazionale d'inizio secolo riconosca chiaramente i termini della contrapposizione di fondo tra i due movimenti.

La consapevolezza che il contrasto d'opinioni su questo punto sia uno dei temi cruciali dell'incontro di Washington e sia necessario individuare soluzioni per ricomporre la frattura teorica creatasi tra il riformismo americano e quello europeo, emerge fin dal discorso d'apertura di Charles Richmond Henderson, docente di sociologia a Chicago e presidente dell'*International Prison Commission*. Egli indica come compito del Congresso di Washington quello di assumere « unity of reason », pur riconoscendo la necessità di « local adaptations » nella scelta degli strumenti e delle misure per l'applicazione dei principi generali (253). Per cercare di ricucire gli strappi ed elaborare scelte condivise assume, a nome dei delegati statunitensi, una posizione di grande apertura al confronto, senza nessun preconcetto (254). Con questo spirito, continua Henderson, « by no means do we ask you, lawyers of the Old World, to accept our phrase, "the indeterminate sentence". If it seems to you, as to some of our own jurists to savor of the arbitrary and uncertain, the

---

(252) Ivi, p. 56.

(253) C.R. HENDERSON, *Address*, in ID., *Report of the Proceedings of the Eighth International Prison Congress, Washington D.C., Sept. - Oct. 1910*, Washington, Government printing office, 1913, p. 23.

(254) Ivi, p. 24: « We Americans have not invited you hither to convince you that we have found the final solution of the vexed problems of criminal law, prison administration, and methods of prevention ».

capricious and the lawless, reject the name; it will not offend us » (255). Non è certo la questione nominalistica ciò che conta, ma occorre, piuttosto, andare all'essenza degli istituti, scavando sotto la superficie di un « much debated epithet which awakens suspicions and antagonism » (256).

Dopo anni di dispute dottrinali sulla specifica misura ideata da Brockway, di polemiche sulla sua natura e legittimità che hanno diviso e allontanato i percorsi riformatori sulle due sponde dell'oceano, il professore di Chicago spera che si possa giungere finalmente a una condivisione di principi, di contenuti, di programmi. Individua prima i punti di accordo della moderna scienza criminale: procedure speciali e trattamenti rieducativi per i minori (257); esclusione del carcere e trattamento in ospedali o asili per i *clearly insane*; sospensione della pena, con *probation* e sorveglianza, per tutti quei trasgressori, non criminali né viziosi, che possono salvare la propria reputazione ed evitare il contatto con il carcere; liberazione condizionale (*liberté surveillée*) come metodo di graduale reinserimento sociale 'in prova' dei detenuti, cosa non dissimile dal *parole system* americano; ed, infine, necessità di abolire le pene detentive brevi per i delinquenti pericolosi (vagabondi abituali, ubriachi ecc.) e professionali (quelli che lui chiama *birds of pray*), nei confronti dei quali la fase di detenzione e sorveglianza deve essere prolungata o con un periodo di carcere supplementare o con quella che Prins e la legge belga sui minori chiamano la 'messa a disposizione del governo'. In riferimento a quest'ultima misura, dice Henderson, « we call this the

---

(255) *Ibidem.*

(256) *Ibidem.*

(257) Sulle trasformazioni della giustizia minorile come laboratorio d'idee e riforme da estendere poi agli adulti il consenso era ampio; cfr. ad es. N.K. TEETERS, *Report, in Proceedings of the Twelfth International Penal and Penitentiary Congress. Reports, Proceedings at the Hague, August 14-19 1950*, VI, Berne, International Penal and Penitentiary Commission, 1951, p. 107: « it is a truism in penology that the ideas applicable to children and adolescents in one generation are extended to adults in the next »; per un confronto tra Stati Uniti e Germania, cfr. ad es. K.T. WINKLER, *Reformers United. The American and the German Juvenile Court, 1882-1923*, in FINZSCH, JÜTTE (eds.), *Institutions of Confinement*, cit., pp. 235-274; sulla realtà italiana cfr. E. DAGGUNAGHER, *La disciplina "per circolare" della delinquenza minorile (1870-1940)*, in COLAO, LACCHÈ, STORTI, VALSECCHI (a c. di), *Perpetue appendici e codicilli*, cit., pp. 515-544.

“indefinite sentence”, perhaps improperly and not exactly, but we’re all trying to get at the same thing — social protection and reeducation » (258).

Lo sforzo di stemperare le differenze, per esaltare l’uniformità di molte proposte condivise nel riformismo penale internazionale, porta Henderson a destrutturare la forma che l'*indefinite sentence* ha assunto negli *States* per individuarne solo la *ratio* essenziale: difesa sociale e rieducazione sono i due fondamenti di questo metodo punitivo, che può anche assumere altri nomi, altre concrete modalità applicative, ma di cui non si dovrebbe contestare lo scopo. Perdendo la propria vera identità originaria, indebolendo lo spirito rivoluzionario con cui l'*indefiniteness* è stata proposta, sperimentata e poi applicata in America, essa diviene così un concetto molto vago, che si presta a molteplici interpretazioni e a differenti utilizzi di politica criminale. In questo senso la prima dichiarazione della risoluzione, che approva il principio scientifico della pena indeterminata, sembra dare ragione al presidente del Congresso ed appare come una rivincita della criminologia statunitense, ma, in realtà, combinata con gli enunciati successivi, perde ogni connessione con l’idea di Elmira e diviene, se così si può dire, un ‘vestito’ americano su un ‘corpo’ tutto europeo.

Sia i diversi *reports* presentati sia la discussione ripropongono gli argomenti che già circolano nel dibattito da diversi anni, confermando l’esistenza di tre correnti, quella radicale a favore della pena indeterminata, quella più tradizionalista che la esclude categorica-

---

(258) HENDERSON, *Address*, cit., p. 23. In chiusura di discorso Henderson non manca di lanciare un messaggio polemico ai colleghi europei: « The ultimate and final test of a penal law, of any law, is not its constitutionality, its agreement with tradition of judicial decision, its conformity with ancient usages. “New occasions teach new duties, times make ancient good uncouth” » (p. 25). Giulio Battaglini, *Su alcuni fondamentali problemi della politica criminale (A proposito dei progetti di Codice penale per l’Austria, per la Germania e per la Svizzera)*, in « La Giustizia penale », 18, 1912, p. 1407, criticando il rifiuto continentale di accogliere la pena indeterminata, scrive che la buona riuscita della misura negli Stati Uniti dimostra come essa non sia un’irrealizzabile utopia: « E non dobbiamo noi avere neppure un momento di dubbio che la nostra riluttanza ci derivi dall’educazione scientifica iniziale, impregnata delle idee storiche? ».

mente <sup>(259)</sup> e quella intermedia che l'accetta solo per alcuni criminali. Più che ripercorrere il lungo dibattito, caratterizzato anche da notevoli tensioni in assemblea vista l'importanza del tema discusso, interessa qui cogliere lo spirito della risoluzione finale, formalmente proposta dall'austriaco Gleispach e dall'ungherese Vambéry. Il secondo punto, che prevede l'applicazione della sentenza indeterminata alle persone 'moralmente o mentalmente difettose' è, in sostanza, il riconoscimento della tesi di Prins. Il principio generale sancito all'inizio non si applica ai criminali 'normali', che hanno agito liberamente e nel pieno delle loro facoltà volitive, ma solo a coloro che da tempo il professore belga chiama gli *anormaux*.

Il *rapport* dello svizzero Gustave Beck è probabilmente quello che spiega meglio tale logica penale binaria, fondata sulla distinzione tra imputabilità e responsabilità. Il criterio che legittima l'intervento dello Stato non può essere solo quello dell'imputabilità, perché resterebbe esclusa da ogni forma di sanzione proprio quella classe d'individui « *impuissants à repousser des actes illégaux, à dominer leurs penchants déréglés et leurs habitudes coupables, qui constitue le plus grand danger pour la sécurité publique* » <sup>(260)</sup>. La vigilanza per salvaguardare la sicurezza pubblica è il primo e più importante dovere dello Stato, che, nei confronti di questi individui, deve sostituire l'applicazione di una *peine compensatoire* con una *mesure de sécurité*, la quale potrebbe anche chiamarsi *mesure pénale de sûreté*, purché sia chiaro che, essendo un mezzo di prevenzione dei reati, non ha il carattere di *punition* <sup>(261)</sup>.

Per questi *semblables délinquants*, psicologicamente irresponsabili dei loro atti ma socialmente responsabili per il pericolo che rappresentano, la pena compensatoria, determinata nella durata e nell'intensità in proporzione alla gravità del fatto attraverso il regolare processo, non ha alcun senso e occorre, invece, rinunciare

---

<sup>(259)</sup> Su questa posizione sono per es. il magistrato francese A. BERLET, *Rapport*, in *Actes du Congrès...de Washington, Rapports sur le questions du programme de la section de la législation pénale*, II, Groningen, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1912, pp. 15-17; l'americano S.E. BALDWIN, *ivi*, pp. 2-8, e l'ungherese E. FRIEDMANN, *ivi*, pp. 69-87.

<sup>(260)</sup> G. BECK, *Rapport*, in *Actes du Congrès...de Washington, Rapports sur...de la législation pénale*, *cit.*, p. 11.

<sup>(261)</sup> *Ibidem*.

completamente all'azione giudiziaria per rimettere ogni decisione all'autorità amministrativa, incaricata di adottare i provvedimenti più idonei alla pubblica sicurezza. Se, dunque, per gli individui imputabili, non è giusto applicare la pena indeterminata, poiché la pena classica è efficace mezzo d'emenda e poiché « serait porter une atteinte à leurs droits personnels, atteinte qui ne saurait se justifier par aucune raison d'Etat »<sup>(262)</sup>, per i criminali abituali e professionali essa è invece indispensabile. Le logiche che guidano l'intervento pubblico sono radicalmente diverse: nei confronti dei primi, lo Stato deve operare entro i limiti della legalità e della giurisdizione, nel rispetto formale dei diritti individuali che, secondo la costruzione ottocentesca dello Stato di diritto, prevalgono anche sulla ragion di stato; contro i secondi, invece, « alors le moment est venu où se justifie le procédé administratif sommaire [...], en quelque sorte un droit de guerre appliqué à la vie civile »<sup>(263)</sup>. Il delinquente incorreggibile, anormale, professionale, rappresenta per la criminalistica d'inizio secolo il nemico interno da combattere, utilizzando le regole eccezionali, le procedure sommarie ed irrituali del diritto di guerra: il penale dei cittadini, con le sue garanzie costituzionali, lascia il posto ad un antesignano 'penale del nemico'<sup>(264)</sup>.

La relazione di Ugo Conti, considerato da Henderson « an ingenious attempt to graft certain indeterminate features upon the system of determinate punishment »<sup>(265)</sup>, utilizza argomenti analoghi a quelli di Beck e teorizza in modo esplicito l'adozione di misure di sicurezza come complementi di pena. Conti conferma quanto sostenuto a Bruxelles e rifiuta la nozione d'*indeterminate sentence* americana, perché la pena non può perdere il carattere retributivo e deve continuare a svolgere la 'funzione di giustizia' non 'di poli-

---

<sup>(262)</sup> Ivi, p. 12.

<sup>(263)</sup> *Ibidem*.

<sup>(264)</sup> Sul tema cfr. P. MARCHETTI, *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in « Quaderni fiorentini », 38, 2009, II, pp. 1009-1080.

<sup>(265)</sup> HENDERSON, *Report of the Proceedings of the Eighth International Prison Congress*, cit., p. 35.

zia' <sup>(266)</sup>, ma progetta, per i soggetti ancora 'temibili' ad esecuzione terminata, l'introduzione di una misura aggiuntiva dalla durata indefinita <sup>(267)</sup>.

La misura di sicurezza, in questo modo, « couronne l'ouvre de la peine, par son intervention, comme par ses variations successives, suivant la réalité du danger que pourra présenter la libération complète de l'individu » <sup>(268)</sup>. La pena reagisce ad un danno ed è proporzionata all'infrazione, la misura di sicurezza risponde ad un pericolo, naturalmente indeterminato nel suo carattere e nella sua durata, e segue la prima come restrizione ulteriore; la pena chiude il conto con il passato e la sua azione è necessaria e normale, la misura di sicurezza ha per scopo d'impedire il reato futuro ed è contingente ed eccezionale. Esse, distinte concettualmente, devono « agir de concert », perché, salvaguardando il « caractère intime » delle due istituzioni, concorrono insieme « à se fortifier mutuellement » <sup>(269)</sup>. Lo stato di pericolosità, situazione dell'individuo in contraddizione con l'ordine giuridico, provoca, secondo Conti, conseguenze diverse a seconda dei casi: se la temibilità del delinquente persiste dopo l'esecuzione della pena, la misura di sicurezza come 'complemento di pena' quasi si immedesima con questa; se, invece, l'autore materiale di un reato, benché ritenuto comunque pericoloso, è prosciolto perché non imputabile o per mancanza di oggettività antiggiuridica nel fatto, allora la misura di sicurezza sostituisce la pena ed appartiene non più al diritto penale ma, più genericamente, al diritto criminale. Sfumature teoriche utili al giurista bolognese, da un lato, per ricondurre anche le misure di sicurezza nell'alveo di una più

---

<sup>(266)</sup> U. CONTI, *Rapport*, in *Actes du Congrès...de Washington, Rapports sur...de la législation pénale*, cit., p. 48: « Par la peine, on entend l'ouvre légale coordonnée de la magistrature et de l'administration, mais non point la substitution de l'administration à la magistrature, et la substitution de la fonction de police à la fonction de justice ».

<sup>(267)</sup> Ivi, p. 46: « Le complément de peine est donc la mesure de sûreté qui peut s'ajouter à la peine: pour le même individu, après l'achèvement de la peine, une nouvelle restriction possible de la liberté, suivant que l'auteur des délits les plus graves, ou d'infractions successives caractéristiques, manifesterà qu'il est encore particulièrement dangereux ».

<sup>(268)</sup> *Ibidem*.

<sup>(269)</sup> Ivi, p. 48.

estesa legalità <sup>(270)</sup> e, dall'altro, per escludere, dall'area penale la pericolosità semplice non nascente né da reato né da fatto di reato, rimessa al campo della polizia di sicurezza.

Il problema del confine tra pena e misura è inscindibilmente connesso a quello delle garanzie. Certo nei due concetti di reato e pericolosità criminale la repressione si combina con la prevenzione, ma oltre la condanna od il proscioglimento si è nel campo delle misure di polizia complementari che continuano ad essere atti amministrativi. « Il diritto penale trova ai suoi confini il diritto di polizia » <sup>(271)</sup>: le due sfere restano autonome, non si sovrappongono, poiché alla giurisdizione compete la valutazione del fatto e all'amministrazione quella dell'uomo. Per offrire ai cittadini migliori tutele, anche i complementi di pena vengono circondati di guarentigie, di sostanza e di rito, d'organi e di formalità, sul modello della giurisdizione. Conti propone l'estensione di garanzie a questo spazio liminale, pur escludendo sia la giurisdizionalizzazione sia la penalizzazione delle misure di sicurezza <sup>(272)</sup>. In una prospettiva più cauta rispetto alla proposta dei positivisti radicali, pena e misura di sicurezza non si confondono né si identificano, ma semplicemente si integrano, mentre il diritto penale « non si denatura, ma si sviluppa logicamente fino alle ultime conseguenze possibili » <sup>(273)</sup>.

Nella logica di una più efficace difesa sociale l'indeterminatezza non deve stravolgere la natura della punizione, ma garantire flessi-

---

<sup>(270)</sup> U. CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali (concetto della "pericolosità criminale")*, Cagliari, Dessì, 1912, pp. 47-48: « La legge definirà le condizioni di esistenza che essa ritiene pericolose per il diritto, e per queste sole, anche senza attendere che un reato sia commesso, autorizzerà determinate misure di sicurezza (sempre in largo senso), con ogni garanzia di organi e di procedure, a protezione della società e dello stesso individuo colpito. Né si potrà mai riconoscere anche una simile pericolosità se non a base di "fatti": non già per semplici sospetti, come per una sentenza di assoluzione per insufficienza di prove ».

<sup>(271)</sup> U. CONTI, *Diritto penale e suoi limiti naturali (giurisdizione e amministrazione)*, Cagliari, Società Tipografica Sarda, 1913, p. 42.

<sup>(272)</sup> Ivi, p. 40: « Nessuna guarentigia vien meno, per tal modo, né alla società, né all'individuo, che dev'essere particolarmente protetto: mentre sarebbe dannosissimo il confondere attività statuali così diverse fra loro come la giurisdizione e l'amministrazione. Qui appunto che le due attività raggiungono il massimo di somiglianza tra loro, bisogna guardarsi dal confondere l'una con l'altra! ».

<sup>(273)</sup> Ivi, p. 56.

bilità di controllo con provvedimenti ulteriori e successivi. Una commissione penitenziaria, nuova autorità incaricata dell'opera d'integrazione penale, organo non giurisdizionale ma di pubblica sicurezza autorizzato a prendere provvedimenti amministrativi di 'buon governo', nella quale un magistrato sarà comunque presente, assumerà le decisioni sulle misure di sicurezza, i cui limiti d'applicabilità saranno sempre definiti dalla legge <sup>(274)</sup>. Gli interventi al congresso di Washington di Beck e Conti, il quale senza successo propone con insistenza all'assemblea di adottare la sua risoluzione sui complementi di pena, sono forse quelli che, ancora inconsapevolmente, descrivono meglio la logica e le possibili modalità attuative del doppio binario, tracciando la direzione delle future codificazioni continentali ed extraeuropee che adotteranno tale sistema <sup>(275)</sup>.

Le limitazioni che la risoluzione finale prevede (§ 4, I-III) rispondono, invece, alle richieste ferme che provengono dalla maggioranza dei delegati europei e sono così stringenti da disinnescare ogni possibile effetto rivoluzionario che il principio puro provocherebbe <sup>(276)</sup>. In particolare si dichiara di non voler rinunciare né al concetto tradizionale d'imputabilità né alle vigenti idee sulla pena, che non possono che essere quelle (anche) retributive: la compatibilità della segregazione indefinita con la teoria classica della responsabilità e della pena è un problema non facile, sul quale l'assemblea non si pronuncia, e che riflette le ambiguità del processo di crimi-

---

<sup>(274)</sup> Conti ipotizza una procedura in cui la commissione assuma informazioni sulla situazione del condannato attraverso la documentazione o le testimonianze degli ufficiali penitenziari, ed, alla presenza di un difensore che può produrre prove, assuma la decisione a maggioranza ed in camera di consiglio, senza pubblicità e senza motivazione, contro la quale il detenuto può inoltrare un ricorso in cassazione, non sospensivo, solo per inosservanza di formalità procedurali (CONTI, *Rapport*, cit., p. 52).

<sup>(275)</sup> Lo stesso Conti, infatti, parteciperà attivamente al dibattito italiano sull'adozione delle misure di sicurezza nel Codice Rocco, continuando a sostenere la sua tesi dei complementi di pena; cfr., per es. anche Id., *Diritto penale e suoi limiti naturali (Le ultime sistemazioni proposte)*, Cagliari, Dessì, 1911; Id., *Diritto penale e suoi limiti naturali (procedimento amministrativo)*, Torino, Utet, 1916; sul punto sia consentito rinviare a M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 36, 2007, pp. 784-787.

<sup>(276)</sup> L'estensione della pena indeterminata ai delinquenti minori e a coloro che necessitano solo di un trattamento rieducativo è un dato ormai indiscusso nella criminalistica internazionale.

nalizzazione. Esso presuppone evidentemente la scissione del processo penale in due fasi distinte, una nella quale si valuta la colpevolezza dell'agente secondo le regole 'classiche', una successiva in cui la sanzione del condannato è individualizzata secondo i canoni del penale 'progressista'.

Saleilles è tra i pochi giuristi europei che cerca di tematizzare questo compromesso teorico tra l'interpretazione sociologica durkheimiana e le istanze della penologia riformatrice. La pena « *reste une sanction* », scrive il giurista di Beaune, perché l'idea di responsabilità ne è ancora il fondamento e perché dona « *satisfaction au sentiment de justice sociale* », in base al quale la società, attraverso il potere pubblico, deve riconoscere e respingere il male morale nocivo alla collettività <sup>(277)</sup>. Tale sanzione, anche se giustificata dall'idea di responsabilità, che indica la *criminalité active* del reo, non si misura su di essa, ma sulla *criminalité subjective* dell'agente, sull'elemento qualitativo (e non più quantitativo) della volontà. La durata della pena, che risponde alle idee di sanzione e di proporzionalità, sarà rivelata dai motivi, considerati come « *le facteur psychologique d'où est sortie l'impulsion directe du crime* » <sup>(278)</sup>, mentre il regime della pena sarà deciso in funzione del *fond de l'être* del condannato, del suo stato latente e statico. Il giudice deve sempre avere « *deux points de vue et deux bases très différentes* »: fissa la durata della pena « *d'après la criminalité active* » che ha caratterizzato l'atto corrispondendo all'idea di sanzione, ma determina « *la nature de la peine d'après la criminalité passive de l'agent* », corrispondendo così all'idea finalistica dell'individualizzazione <sup>(279)</sup>.

La mediazione proposta da Saleilles tra il nucleo irrinunciabile delle teorie liberali e le innovative tesi positivistiche non è sviluppata dalla dottrina continentale, mentre negli Stati Uniti si traduce nella distinzione tra *verdict* e *sentence* <sup>(280)</sup>. L'obbligo di prevedere nella commissione penitenziaria o *board of parole* la presenza di un magistrato, ultima limitazione della risoluzione adottata a Washing-

---

<sup>(277)</sup> SALEILLES, *L'individualisation*, cit., p. 249.

<sup>(278)</sup> Ivi, p. 251.

<sup>(279)</sup> *Ibidem*.

<sup>(280)</sup> Sul punto si veda il capitolo successivo, § 5.

ton, soddisfa almeno in parte la richiesta di giurisdizionalizzare tale organo che viene dai delegati europei. Il risultato finale è un compromesso che proclama solennemente l'adesione al principio della pena indeterminata ma poi lo limita entro ambiti e criteri attuativi ristretti. Dell'idea originaria resta molto poco, privata del valore di metodo generale, costretta ad abdicare del tutto al determinismo, a contemperare il fine rieducativo con quello retributivo, a depotenziare il ruolo del *board of prison*. Più che un punto di arrivo della ventennale controversia internazionale, il congresso di Washington sancisce la definitiva separazione tra penologia americana ed europea e costituisce il punto di partenza per la definizione dogmatica e la codificazione delle misure di sicurezza.

PARTE SECONDA

**INDIVIDUALIZZAZIONE E CRISI  
DELLA LEGALITÀ PENALE NEL  
*RULE OF LAW* E NELLO STATO DI DIRITTO**



### CAPITOLO III

## DALL'INDIVIDUALISMO ALLA DIFESA SOCIALE: IL *BI-PHASIC TRIAL* E IL DOPPIO BINARIO

1. Individualizzazione, indeterminatezza e legalità nello Stato di diritto e nel *Rule of law*. — 2. L'insoddisfazione per l'amministrazione della giustizia e la critica alle arcaiche garanzie processuali. — 3. La *social defence* e la nuova 'economia della repressione'. — 4. La ridistribuzione dei poteri nel *reformatory system*. — 5. Il *bi-phasic trial* e la separazione tra *verdict* e *sentence*. — 6. Il 'dilemma' del giudice e il *disposition tribunal*. — 7. Le trasformazioni del *nulla poena* nello Stato di diritto. — 8. Le misure di sicurezza come *Zweckstrafe*. — 9. Il *nulla poena sine crimine* e la legalità della pericolosità. — 10. « What a vast gulf separates the two conceptions »: *indeterminate sentence* e misure di sicurezza.

#### 1. *Individualizzazione, indeterminatezza e legalità nello Stato di diritto e nel Rule of law.*

Il principio dell'individualizzazione della pena, ed in particolare il sistema della sentenza indeterminata come sua forma più caratteristica, producono delle radicali trasformazioni nelle filosofie punitive, nelle dottrine criminali e nelle legislazioni su scala globale. L'impatto del positivismo criminologico sugli ordinamenti penali, variabile a seconda dei contesti ma guidato da processi comuni, incide su molti concetti fondamentali della disciplina, modificando la legittimazione del potere repressivo statale, i presupposti della punibilità, le regole processuali di accertamento della responsabilità, gli scopi ed i meccanismi di esecuzione della pena.

Il *criminalisation process* ridefinisce il significato della legalità penale. Quando a fine Ottocento la criminologia progetta un radicale ripensamento del 'diritto penale in formazione' e riesce gradualmente a creare varchi tra le solide mura dell'ortodossia liberale, anche il principio *nullum crimen nulla poena* è sottoposto a critiche. L'individualizzazione e la pena indeterminata, in particolare, richie-

dendo la massima flessibilità nella sanzione per poterla adeguare al singolo individuo, sia nel tentativo di riformarlo sia nella volontà di eliminarlo, si oppongono alle idee di certezza, proporzionalità, determinatezza del castigo.

Il *nullum crimen nulla poena sine lege*, come noto, è il cardine del penale liberale continentale nel quale sono sintetizzate le idee dei Lumi e della Rivoluzione francese sul « nesso 'individuo, Stato, disciplinamento sociale' » <sup>(1)</sup>: nel legicentrismo che si oppone all'arbitrio dell'antico regime tutta la sfera del penale deve essere rigorosamente definita dalla legge, generale ed astratta, espressione imparziale della volontà generale, traduzione continentale dell'immagine di un governo delle leggi e non degli uomini. Devono essere tassativamente predeterminate non solo le fattispecie, ma anche le regole processuali che consentono all'imputato di proteggersi dal possibile abuso dell'autorità, e, naturalmente, le pene. Il cittadino ha diritto di sapere con esattezza ed anticipatamente a quale sanzione andrà incontro qualora volontariamente decida di violare la norma: la certezza del castigo esercita così sul libero volere l'effetto deterrente e comunica, nello stesso tempo, lo spirito d'uguaglianza su cui si regge la giustizia dell'ordinamento. I codici liberali, ispirati da tale logica utilitaristica e legalitaria, prevedono scale penali proporzionate all'oggettività dei reati, al danno prodotto o al pericolo procurato, che il giudice è chiamato ad applicare meccanicamente ed indistintamente verso tutti <sup>(2)</sup>.

Questo, in sintesi, è il modello del penale costituzionale nello Stato di diritto, nel quale le funzioni dei poteri sono rigorosamente separate e l'individuo è sufficientemente, necessariamente garantito da tale divisione <sup>(3)</sup>. Il diritto penale costituisce « die unübersteigbare

---

<sup>(1)</sup> Per la tematizzazione del problema si rinvia alle riflessioni P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale*), pp. 1-39.

<sup>(2)</sup> Per un inquadramento filosofico e storico del principio di legalità nello Stato di diritto e nello Stato costituzionale, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, *passim*, ma in particolare pp. 368-419.

<sup>(3)</sup> Sul punto cfr. ad es., nel volume dei « Quaderni fiorentini » prima citato, i saggi di W. NAUCKE, *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit, dargestellt an den Lehren J. P. A. Feuerbachs (1775-1832)*, pp. 321-345; G. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, pp. 611-662;

Schranke der Kriminalpolitik », la legge penale può paradossalmente definirsi « die magna charta des Verbrechers » ed il *nullum crimen* è l'irrinunciabile arma di difesa del soggetto contro la società (contro l'esecutivo, contro abusi giudiziari, contro invasioni della propria sfera d'autonomia) su cui si regge il penale dell'Ottocento, è « das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit, gegenüber dem 'Leviathan' » (4). Il principio del *nullum crimen*, pur connotato in modo diverso e maturato entro un percorso storico e culturale del tutto peculiare, è presente anche nell'esperienza giuridica inglese e americana. Infatti, sia la *common law*, nella sua dimensione prevalentemente processuale e giurisprudenziale, sia le *statutory laws*, elaborano strumenti di tutela dell'individuo, di limitazione del potere e di certezza della pena che traducono in forme differenti l'idea di legalità (5).

---

L. LACCHÈ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, pp. 663-695; F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra « giustizia penale eccezionale » e « repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale »*, pp. 697-742.

(4) La nota espressione è di F. VON LISTZ, *Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen*, ora in ID., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, bd. II, Berlin, 1905, [rist. an. Berlin, De Gruyter, 1970], p. 80. Sul principio di legalità in Listz, cfr. S. EHRET, *Franz von Listz und das Gesetzlichkeitsprinzip. Zugleich ein Beitrag wider die Gleichsetzung von Magna-charta-Formel und Nullum-crimen-Grundsatz*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996.

(5) Sul punto è qui sufficiente rinviare a M. ANCEL, *La création judiciaire des infraction pénales en droit anglais et en droit français (Etude comparative de l'élément légal de l'infraction)*, in « Bulletin de la Société de législation compare », 1931, pp. 91-116, specie pp. 101 ss.; ID., *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, pp. 251-255; S. POMORSKI, *American Common Law and the Principle Nullum Crimen Sine Lege*, The Hague, Mouton, 1975; F.A. ALLEN, *The Habits of Legality. Criminal Justice and the Rule of Law*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996, specie pp. 14-26; J.R. SPENCER, *Nulla Poena sine lege in English Criminal Law*, in *The Cambridge-Tilburg Law Lectures*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 35-57; E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy. Tipicità e stretto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in « Politica del diritto », 27, 3, 1996, pp. 469-484; ID., *Droit pénal, principe de légalité et civilisation juridique: vision globale*, in « Revue international de droit compare », 1, 2004, pp. 119-129; A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007, pp. 1161-1201.

Il dibattito dottrinale e i conflitti giurisprudenziali illustrati nel capitolo precedente dimostrano come la cultura giuridica avesse la chiara percezione del rischio di crollo dell'intero sistema liberale, nascosto nelle più o meno sovversive proposte del positivismo criminologico. L'accoglimento del determinismo, il fine esclusivo di difesa sociale, la necessità di valutare non il fatto ma la personalità del reo, implicano la rinuncia sia alla concezione tradizionale della legalità formale sia al principio dell'eguaglianza davanti alla legge, minando le colonne del sistema <sup>(6)</sup>. L'attacco positivista al principio del libero volere, presupposto necessario della nuova funzione della pena-trattamento, va oltre lo scontro tra scuole e sovverte gli equilibri costituzionali dello Stato liberale, nei quali il diritto penale svolge una funzione fondamentale perché « nella imputabilità morale, comunque distinta dall'etica responsabilità, trova un possente sussidio la coscienza del merito, della virtù, del dovere, della personalità umana e cittadina » <sup>(7)</sup>. Togliendo la pietra angolare della imputabilità/responsabilità la disciplina del giure penale perde la sua capacità 'attiva' di formare i cittadini ai valori democratici « con l'educare e sviluppare il *sentimento morale, giuridico e politico* » <sup>(8)</sup>.

È, dunque, naturale la reazione difensiva della penalistica *tradizionale*, la quale non rinuncia al dogma della responsabilità individuale pur accettando minimi correttivi all'idea di pena come castigo, poiché, se anche si ammette che la pena debba tendere sia ad intimidire sia a correggere, resta fermo che « la correggibilità sup-

---

<sup>(6)</sup> L. LUCCHINI, *Della dignità politica del diritto penale*, Prolusione al corso di diritto e procedura penale letta il 6 maggio 1878 all'Università di Siena, Siena, Tip. Lazzeri, 1878, il quale afferma che « i caratteri supremi dello Stato costituzionale sono: nel suo organismo, l'impersonalità dei poteri; nei suoi rapporti con gli individui, l'eguaglianza dei cittadini. Considerato nei riguardi del singolo, lo Stato costituzionale è la sorgente e la custodia delle libertà individuali; considerato nei riguardi del tutto, lo Stato costituzionale è il propugnacolo della moralità » (p. 16), offre un sintetico quadro della dimensione costituzionale del penale liberale, caratterizzato da principio d'eguaglianza, separazione dei poteri, applicazione della legge da parte del giudiziario regolata « da norme assolute ed invariabili » (p. 21).

<sup>(7)</sup> L. LUCCHINI, *La giustizia penale nella democrazia*. Prolusione al corso di diritto e procedura penale nell'Università di Bologna (11 dicembre 1882), Bologna, Zanichelli, 1883, p. 14.

<sup>(8)</sup> Ivi, p. 12.

pone l'intimidabilità »<sup>(9)</sup>. Enrico Pessina nel 1905 riconosce come nell'ultimo trentennio dell'Ottocento « un fermento intellettuale ingenerò una crisi violenta nella scienza del diritto penale, specialmente in Italia », una « rivoluzione *ab imis fundamentis* »<sup>(10)</sup> che mira a capovolgere il principio generatore delle istituzioni penali, quello della retribuzione giuridica, della pena come giustizia sociale retributrice. L'applicazione alla scienza criminale del metodo delle scienze naturali, il determinismo, l'antropologia criminale e la craniologia hanno portato una scuola di giuristi ad « impugnare come una congerie di ipotesi metafisiche le dottrine della legge morale e delle libertà dell'arbitrio umano, poste a fondamento della punizione dei delinquenti »<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> G.B. IMPALLOMENI, *Il principio specifico della penalità*. Prolusione letta nell'Università di Parma l'11 dicembre 1890, in « Rivista Penale », 33, 1891, p. 222. Il legislatore del 1889, sostiene Impallomeni, ha evitato « la fallacia » di entrambi i dogmi puri, tanto del libero arbitrio quanto del determinismo biologico, optando per una soluzione di bilanciamento che, per un verso, non concede l'impunità al reo che nega la propria responsabilità morale perché la sua volontà non sarebbe stata davvero libera ma ottenebrata dalle passioni, né, per altro verso, confonde pazzia e delinquenza: il codice, infatti, avrebbe « ripudiato il principio della responsabilità morale quale fondamento della responsabilità penale: questa non s'innalza che sul principio politico della necessità difensiva dell'ordine giuridico » (p. 236). Con argomenti simili, nella penalistica italiana, cfr. ad es., E. PESSINA, *La libertà del volere*. Prolusione al corso di diritto penale letta nella R. Università di Napoli il dì 20 dicembre 1875, in ID., *Discorsi varii*, vol. VI, Napoli, Casa ed. Napoletana, 1915, pp. 97-118, il quale, pur riconoscendo che non esiste una libertà assoluta del volere, « senza motivi e senza influenze determinatrici », afferma che « tutto questo non perverrà mai a persuaderci che nulla debbe attribuirsi per gli atti umani all'atto del volere libero » (pp. 108, 110); G. NAPODANO, *Il diritto di punire e la imputabilità umana*. Prolusione letta nella R. Università di Macerata come cominciamento al corso ordinario di diritto penale, Napoli, Gennaro De Angelis, 1879, che, riconoscendo che la libertà « dell'uomo storico » subisce limitazioni in ragione del proprio organismo, del clima, delle generazioni da cui discende, dei pregiudizi individuali e sociali, propone di « fare un conto esatto di tutti questi fattori, che sottraggono e limitano la libertà dell'uomo, e poi la risultante dirla il coefficiente della libertà dell'uomo di un dato tempo, sopra cui fondare la responsabilità penale »; G. TALAMO, *Sulla imputabilità del delitto*. Prolusione al corso di diritto penale, Messina, Carlo Capra, 1885.

<sup>(10)</sup> E. PESSINA, *Storia della crisi scientifica del diritto penale nell'ultimo trentennio del secolo XIX*. Prolusione al corso di Diritto penale nella R. Università di Napoli nel dicembre 1905, in ID., *Discorsi varii*, vol. VI, cit., p. 217.

<sup>(11)</sup> Ivi, p. 223.

Il professore napoletano, impegnato a difesa del penale liberale tanto nel confronto teorico nazionale quanto nei congressi internazionali, coglie la minaccia delle tesi positiviste che produrrebbero una rottura con il modello penale post-illuministico. I 'novatori' attaccano tutte le garanzie individuali, etichettandole come « esagerazioni artificiali in pro dei malfattori, fondate sopra un individualismo eccessivo » (12), dalla presunzione d'innocenza alla libertà provvisoria, dalla giuria (13) alla determinatezza della pena. La risposta al pericolo di delegittimazione dei presupposti filosofici classici del diritto di punire, e quindi di una graduale distruzione del sistema, è, per Pessina, un ritorno a Kant: « *Zurück zu Kant* », ovvero riaffermare la centralità della *coscienza morale*, per ribadire che « noi non siamo il prodotto puro e semplice degli elementi materiali, il nostro spirito non è una secrezione delle reni » (14).

La ragione delle ripetute discussioni sulla sentenza indeterminata, della ricerca da parte dei giuristi europei di soluzioni alternative al metodo americano e poi, soprattutto a partire dagli anni Trenta del Novecento, delle critiche di alcuni influenti criminalisti statunitensi, è, fondamentale, un sentimento di paura. Paura per la fine di un mondo, fatto di certezze, di regole chiare e competenze definite, paura per la crisi di un modello che offriva garanzie formali e nascondeva le disuguaglianze sostanziali; paura per la perdita di legittimazione del sapere tecnico-giuridico, schiacciato dal primato epistemologico delle scienze medico-sociali.

La difesa della legalità della pena non significa necessariamente difesa delle garanzie individuali: la storiografia giuridica recente ha dimostrato, sotto diversi aspetti, quanto ambigue ed eludibili fossero le formali tutele del *nullum crimen* nei sistemi liberali, quante 'zone grigie' rendessero vaghi i confini della penalità: al penale 'della legge' si affiancava quello della pubblica sicurezza, quello regolamentare

---

(12) Ivi, p. 227.

(13) Per le critiche sollevate da Ferri e da altri positivisti alla giuria composta di cittadini, da sostituire con un corpo di esperti in discipline criminologiche, cfr. E. D'AMICO, *Strategie di manipolazione dei giurati: Enrico Ferri e la coscienza popolare*, in F. COLAO, L. LACCHÈ, C. STORTI (a c. di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 265-290.

(14) PESSINA, *Storia della crisi scientifica*, cit., pp. 230, 231.

delle contravvenzioni, quello eccezionale contro i criminali politici, gli anarchici, i socialisti, quello poliziesco-preventivo contro i vagabondi, gli oziosi e i mendicanti, quello amministrativo delle circolari ministeriali <sup>(15)</sup>. Quella che i classicisti oppongono alla rivoluzione positivista è piuttosto una difesa di tradizioni culturali, d'istituti giuridici ormai radicati nella mentalità, della storia politico-costituzionale europea che ha prodotto lo Stato di diritto.

L'individualizzazione stravolge questo assetto consolidato, di regole e di valori, e cambia il significato della legalità penale tanto nel *Rechtsstaat* continentale quanto nel *Rule of law* anglo-americano. È, in particolare, la seconda parte del principio consolidato nel brocardo latino ad essere messa in discussione, perché il *nulla poena* deve essere rivisto alla luce della risposta del condannato al trattamento; ma, più in generale, è la stessa idea di legalità che assume significati nuovi, con la legge che serve solo a definire dei limiti (o delle nozioni) molto vaghi e con la pena che, nella formulazione dell'alternativo principio *nulla poena sine crimine*, sembra sempre più autonoma da ogni prescrizione legislativa e determinata solo dal criterio della pericolosità <sup>(16)</sup>.

Proprio perché la legalità assume forme diverse nel modello europeo dello Stato di diritto e in quello americano del *Rule of law* <sup>(17)</sup>, l'impatto dell'individualizzazione provoca reazioni differenti: le configurazioni dei limiti costituzionali della legalità nei due tipi di ordinamento spiegano, pertanto, molte delle diverse visioni che i

---

<sup>(15)</sup> Cfr. per es. MARTÍN, *Penalística y penalistas españoles*, cit.; ID., *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)*, in «Quaderni fiorentini», 38, 2009, pp. 861-952; L. LACCHÈ, M. STRONATI, *Beyond the statute law: the 'grey' government of criminal justice system. History and theory in the modern age*, Macerata, EUM, 2011; COLAO, LACCHÈ, STORTI, VALSECCHI (a c. di), *Perpetue appendici*, cit..

<sup>(16)</sup> In questo senso cfr. GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera*, cit., p. 295 per il riferimento al *nulla poena sine crimine*; E.S. RAPPAPORT, *Judicial Guarantees of Measure of Security*, in «Revue Pénitentiaire de Pologne», 1928, pp. 220-221, come citato da P. KUMAR SEN, *From Punishment to Prevention*, London, Oxford University Press, 1932, nt. 1, p. 67, e le stesse considerazioni di Kumar Sen pp. 65-66.

<sup>(17)</sup> Sulle differenze di fondo tra i due modelli sono utili le considerazioni di G. PALOMBELLA, *Il Rule of law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, in «Sociologia del diritto», 36, 1, 2009, pp. 27-66.

giuristi hanno dell'individualizzazione, comprensibili solo attraverso la storicizzazione dei dogmi, dei principi e dei modelli istituzionali. Il riconoscimento definitivo delle divergenze tra il movimento penitenziario europeo ed americano che si consuma al congresso di Washington può essere spiegato, in sintesi, con le due contrastanti idee della legalità penale: mentre i criminalisti del 'vecchio mondo', che non vogliono assolutamente rinunciare al *nullum crimen nulla poena*, osteggiano la pena indeterminata come un insanabile *vulnus* al sistema, i colleghi d'oltreoceano sono assolutamente disponibili ad introdurre l'idea di Brockway e cercano d'elaborare, non senza contraddizioni, altri bilanciamenti garantistici al venir meno della pena certa.

L'esito della separazione dei due percorsi porta quasi tutti gli stati europei (e molti stati sudamericani che adottano quel modello) ad introdurre il sistema del doppio binario, mentre negli Stati Uniti si consolida l'*indeterminate sentence system* almeno fino alla critica degli anni settanta del Novecento, seguita dalle *Federal Sentencing Guidelines* del 1984 e dai più recenti ritorni a forme di *mandatory sentences* <sup>(18)</sup>. Le misure di sicurezza recuperano l'idea d'indeterminatezza (almeno relativa), ma la legge ne stabilisce i presupposti d'applicabilità, le tipologie, le procedure d'applicazione: presuppongono non solo il reato, almeno come sintomo della pericolosità, ma spesso, smentendo la proposta di chi sostiene l'ingiustizia della doppia privazione di libertà, anche la precedente esecuzione della pena ordinaria di cui sono un 'supplemento' (così per es. il *Prevention of Crime Act* inglese del 1908 e il codice norvegese del 1902). Le *indeterminate sentences* non prevedono, invece, forme cumulative di detenzione o controllo, ma si basano sull'idea di una netta separazione tra la fase di accertamento della colpevolezza (*trial* e *verdict*) e l'esecuzione della pena (*sentencing*).

---

<sup>(18)</sup> Per una ricostruzione storica delle ragioni che hanno portato all'adozione delle *Guidelines* ed una valutazione del loro effetto, cfr. ad es. K. STITH, J.A. CABRANES, *Fear of Judging. Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, specie pp. 1-77; A. VON HIRSCH, K.A. KNAPP, M. TONRY, *The Sentencing Commission and Its Guidelines*, Boston, Northeastern University Press, 1987; un recente studio del loro reale funzionamento alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali è R.W. SCOTT, *Inter-Judge Sentencing Disparity After Booker: A First Look*, in «Stanford Law Review», 63, 1, 2010, pp. 1-67.

Alla medesima istanza criminologica di sanzioni indefinite per individualizzare, le risposte dei due sistemi sono distinte, ma corrispondenti: si potrebbe dire, in sintesi, che le misure di sicurezza sono la risposta europea alle sentenze indeterminate statunitensi (19). Ciò che interessa ora analizzare è come mai, partendo da situazioni di partenza non dissimili, maturino le condizioni culturali, politiche e costituzionali che portano ad intraprendere tali due paralleli percorsi.

## 2. *L'insoddisfazione per l'amministrazione della giustizia e la critica alle arcaiche garanzie processuali.*

A partire dagli anni settanta dell'Ottocento, negli Stati Uniti prende corpo un movimento di critica del sistema penale e penitenziario, per lo più competenza dei singoli stati, perché le differenti legislazioni e l'ampio margine di discrezionalità lasciato ai giudici producono un'eccessiva difformità nella definizione delle fattispecie e nelle sanzioni irrogate (20). Il sentimento d'insoddisfazione popolare sui modi d'amministrazione della giustizia è accresciuto anche dalla percezione di una macchina processuale inefficiente, bloccata o depotenziata da formalismi e inutili cavilli che sembrano ormai proteggere il criminale a danno della sicurezza sociale. Il *reform movement* è sospinto da motivazioni variegata, non sempre coerenti: si chiede maggiore uniformità penale, una giustizia più efficace, discrezionalità del giudice conformata a *standards* comuni ed anche, con la crescita dell'ideale riabilitativo, maggiore flessibilità nella pena per poterla individualizzare.

Le *technicalities* avvolgono ormai il giudizio in una rete di ridicoli formalismi che moltiplicano le eccezioni della difesa, provocano inutili ritardi, rendono la pena incerta, favoriscono irrazionali

---

(19) In questo senso L.J. DE ASUA, *La sentencia indeterminada*, 2. ed., muy aumentada y puesta al día, Buenos Aires, Tipografica Editora Argentina, 2ª ed., 1948, p. 267; ANGEL, *The Indeterminate Sentence*, cit., pp. 23-26; H. SILVING, *Rule of Law in Criminal Justice*, in G.O.W. MUELLER (ed.), *Essays in Criminal Science*, South Hackensack, F.B. Rothman, 1961, pp. 77-154.

(20) Cfr. WINES, *Possible Penalties for Crime*, cit.; di solito la legge fissava solo il massimo della pena.

*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. La *popular dissatisfaction* 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* nella legge e genera un corto circuito nei meccanismi della rappresentanza politica che si traduce in sempre più frequenti episodi di linciaggio<sup>(21)</sup>. 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 »<sup>(22)</sup>.

---

(21) Cfr. G.C. BRANDON, *The Unequal Application of the Criminal Law*, in « JAICLC », 1, 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 », 1, 1, 1910, p. 83). Sulle ragioni storiche e culturali delle *lynch laws* nell'America tra fine Ottocento e inizio Novecento, specie negli stati del sud, e sul loro rapporto con la pena capitale, cfr. ora D. GARLAND, *Peculiar Institution*, cit., e Id., *Penal Excess and Surplus Meaning: Public Torture Lynchings in 20th Century America*, in « Law and Society Review », 39, 4, 2005, pp. 793-834; sui linciaggi degli immigrati italiani in particolare, cfr. P. SALVETTI, *Corda e sapone. Storie di linciaggi degli italiani negli Stati Uniti*, Roma, Donzelli, 2003.

(22) 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 », 2, 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 », 1, 6, 1911, pp. 845-846. Per cercare di porre rimedio a questa

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 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 (23), deve lasciare il posto ad un rito diverso, più 'moderno', più rispondente alle nuove funzioni del diritto penale.

Quel tipo di procedura era stato pensato per un'epoca in cui la libertà individuale doveva essere difesa da possibili abusi del potere pubblico, era il prodotto di conquistate garanzie che doveva imporre, attraverso limiti formali e rigorosi meccanismi procedurali, il massimo rispetto per i diritti dell'imputato. Ora esso appare 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 sorpassata da nuove problematiche, piegata a fini contrari a quello che appare il comune senso di *equal justice* nella società americana d'inizio Novecento. Le regole nate per proteggere l'imputato, 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 (24), non

---

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 »; sul *bill* cfr. J.W. GARNER, *Editorials. Proposed Reforms in Federal Procedure*, in « JAICLC », 1, 1, 1910, p. 11.

(23) La « sporting theory of justice », conseguenza delle « our American exaggerations of the common law contentious procedure », è criticata già da POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction*, cit., pp. 64-65. Cfr. anche A. MEYER, *Editorial Comment. The "Game" Spirit in the Administration of Justice*, in « JAICLC », 1, 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 ».

(24) 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 », 2, 2, 1911, pp. 216-227, sia il

possono trasformarsi in opportunità per il colpevole di sfuggire alla giustizia, poiché « it is necessary to the protection of the innocent, however, that the guilty shall be punished » (25). L'arcaico apparato costituzionale di regole della *criminal machinery* costruito per garantire i diritti del cittadino non può divenire una minaccia alla sicurezza collettiva, poiché se il diritto penale offre una « overprotection » all'imputato, la società perde fiducia nella capacità della legge di punire il colpevole e ricorre a forme popolari di giustizia sommaria, mentre gli *officers of the law*, nel timore di dover rimettere in libertà accusati della cui responsabilità sono certi, fanno ricorso a metodi extralegali di ricerca della verità (26). Il contrasto tra giustizia formale e sostanziale, divenuto intollerabile per la pubblica opinione, è tematizzato dai *Progressives* nei primi decenni del Novecento come uno degli obiettivi della riforma che spinge nella direzione di un'estensione dei poteri del giudice.

La *criminal procedure* inglese è presa ad esempio, perché ha saputo evolversi nel rispetto della tradizione ma nel segno dell'efficienza: nella madrepatria gli appelli sono limitati e i *reversals* rarissimi, i difetti formali dell'*indictement* e gli errori tecnici sono insignificanti e, soprattutto, « the English judge takes a very active part in the proceedings and directs the trial at every stage » (27). In

---

giudice della *Superior Court* della California W.P. LAWLOR, *Needed Reforms in Criminal Law and Procedure*, in « JAICLC », 1, 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).

(25) Ivi, p. 882.

(26) E.R. STEVENS, *Archaic Constitutional Provisions Protecting the Accused*, in « JAICLC », 5, 1, 1914, pp. 16-19 (citaz. p. 18).

(27) J.W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Procedure in England*, in « JAICLC », 1, 5, 1911, p. 683. 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*,

questo modo la giuria decide rapidamente, i processi sono brevi, gli appelli relativamente pochi sebbene sia riconosciuto ad ogni condannato the *right of appeal*: l'immagine che deriva dall'osservazione di questo 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 »<sup>(28)</sup>. L'aspirazione ad imitare il modello inglese introduce anche tra i riformisti l'idea di un giudice dai poteri rafforzati, 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 faticò ad accogliere tali proposte per aprirsi ad interpretazioni antiformalistiche, gradualmente affiora qualche *sign of progress*<sup>(29)</sup>.

I riformisti propongono un ribaltamento delle polarità del

---

in « JAICLC », 1, 4, 1910, pp. 595-611, e 1, 5, 1911, pp. 748-778. Da esso emerge il quadro di un giudice dai poteri più estesi: 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.

<sup>(28)</sup> J.W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Procedure*, cit., 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. ID., *Editorial Comment. The Law Made Ridiculous*, in « JAICLC », 1, 5, 1911, pp. 689-691; ID., *Editorial Comment. Substantial Justice Versus Technicality*, in « JAICLC », 1, 6, 1911, pp. 855-856.

<sup>(29)</sup> Tra le decisioni più criticate cfr. ad es. *Goodlove v. State*, (92 N.E. 491, 28 giugno 1910) della Corte Suprema dell'Ohio, con commento fortemente critico di J.W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Justice in Ohio*, in « JAICLC », 1, 6, 1911, pp. 853-855. Tra quelle più 'rivoluzionarie', cfr. invece *Caples v. State*, 104 P. 493 della Corte Suprema dell'Oklahoma, *Hack v. State*, 141 Wis. 346, 11 gennaio 1910 della Corte del Wisconsin, commentate in J.H. WIGMORE, *Comment on Recent Decisions*, in « JAICLC », 1, 1, 1910, p. 144-145; J.W. GARNER, *Editorial Comment. Signs of Progress*, in « JAICLC », 1, 2, 1910, pp. 6-9; ID., *Editorial Comment. Judicial Disregard of Technicalities*, 1, 4, 1910, pp. 522-525; 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, pp. 695-700.

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 per eludere la pena <sup>(30)</sup>. Si tratta, dirà 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, al fine di restituirle efficienza, equità, credibilità. La prospettiva, tuttavia, deve essere rovesciata, perché le nuove scienze penologiche e criminologiche, esaltando la prevenzione, le cause sociali del crimine e la difesa sociale 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 » <sup>(31)</sup>. Il principio dell'individualizzazione che si è imposto come criterio moderno della penalità deve anche comportare modifiche nei meccanismi tecnici del processo e nelle funzioni del giudice; l'idea ha bisogno di strumenti giuridici nuovi per potersi attuare perché l'apparato elaborato per rispondere al tradizionale modello di giustizia retributiva è incompatibile con le trasformazioni portate dalla criminologia.

---

<sup>(30)</sup> Cfr. BOSTWICK, *Proposed Reform*, cit., p. 216, dove sostiene che la causa principale dell'aumento di criminalità negli Stati Uniti, 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 ».

<sup>(31)</sup> R. POUND, *Criminal Justice in America*, New York, Hanry 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.

### 3. *La social defence e la nuova 'economia della repressione'.*

« People now feel very 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 »<sup>(32)</sup>: l'affermazione di Pound testimonia in modo evidente lo spostamento della giustizia criminale verso una dimensione securitaria, il cambio di mentalità che porta a concepire (e 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. È evidente che questa metamorfosi, che trova piena corrispondenza nei testi dei positivisti europei<sup>(33)</sup>, è un effetto del movimento criminologico internazionale, il quale offre argomenti a sostegno delle maggiori responsabilità che il *welfare-State* sta assumendo anche nel controllo della criminalità<sup>(34)</sup>. Gli effetti dei movimenti culturali e sociali sono rilevanti per la giustizia penale, in graduale trasformazione per sincronizzarsi con il « trend of the day away from nineteenth century individualism toward a new sense of the importance of collective interests »<sup>(35)</sup>.

Le decisioni sempre più frequenti delle corti che permettono la condanna per lievi *police offenses* senza provare la colpevolezza dell'agente, ma solo come conseguenza dell'accertamento del fatto, corrispondono alla necessità di disciplinare l'aumentata complessità sociale attraverso regolamentazioni aggiuntive di carattere ammini-

---

<sup>(32)</sup> R. POUND, *The Individualization of Justice* (1930), ora in GLUECK (ed.), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, cit., p. 176.

<sup>(33)</sup> Cfr. ancora le analoghe parole di Enrico Ferri in *Sociologia criminale*, cit., p. 23, riportate *infra*, nell'*Introduzione*, nt. 14.

<sup>(34)</sup> In questo senso cfr. D.J. ROTHMAN, *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston, Little, Brown and Co, 1980, p. 60: « the most distinguished characteristic of Progressivism was its fundamental trust in the power of the state to do good. The state was not the enemy of liberty, but the friend of equality [...] In criminal justice, the issue was not how to protect the offender from arbitrariness of the state, but how to bring the state more effectively to the aid of the offender. The state was not a behemoth to be chained and fettered, but an agent capable of fulfilling an ambitious program ».

<sup>(35)</sup> F.B. SAYRE, *Public Welfare Offenses*, in « Columbia Law Review », 33, 1, 1933, p. 67.

strativo del tutto indipendenti da problemi di responsabilità personale. L'aumento di contravvenzioni, di *public welfare offenses* e di forme di responsabilità oggettiva, sono il risultato dello spostamento dell'enfasi dalla protezione degli interessi individuali, tipica della giustizia criminale del XIX secolo, alla protezione di interessi pubblici e sociali e del conseguente, crescente impiego dello strumento penale per punire, oltre i *true crimes*, anche nuove forme di *regulatory measure* sganciate da ogni riprovevolezza morale. Tale oscillazione del pendolo penale verso il polo pubblico, caratteristica del Novecento, coincide evidentemente con le proposte dei *modern criminologists*, secondo cui « the objective underlying correctional treatment should change from the barren aim of punishing human beings to the fruitful one of protecting social interest »<sup>(36)</sup>. La *new criminology*, nell'attaccare i fondamenti individualistici del penale liberale, costruisce un discorso che legittima il potere punitivo statale su basi diverse, mescolando rieducazione e sicurezza, sostituendo alle vecchie iniquità nelle decisioni dei giudici i poteri valutativi delle commissioni amministrative, erodendo il criterio dell'imputabilità a favore della pericolosità, estendendo l'area del *social control* ed imponendo necessariamente di ripensare il tema dei limiti dei poteri, dei *checks* e dei *balances*, delle garanzie individuali.

Il passaggio « from individualism to individualization » e « from the forms of legal *prohibition and penalty* to a new mode of *normalisation* »<sup>(37)</sup>, ha come presupposto l'attacco frontale ai fon-

---

<sup>(36)</sup> Ivi, p. 68. Nello stesso senso cfr. anche ID., *The Present Signification of Mens Rea in the Criminal Law*, in R. POUND (ed.), *Harvard Legal Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1934, pp. 399-417, dove, tuttavia, precisa che l'enfasi nella protezione di « public and social interests » non può portare ad un totale ribaltamento del paradigma penale liberale della responsabilità a favore di tesi deterministiche o di responsabilità oggettiva (e sociale), « it does not, and never can, mean an abandonment of the law's concern for the interest of the individual. It bears no promise of a time when a *mens rea* will cease to be a general prerequisite of criminal guilt. An oscillatory movement must not be mistaken for a continuously progressive one » (p. 405). Cfr. sul punto anche J.E. STARRS, *The Regulatory Offense in Historical Perspective*, in MUELLER (ed.), *Essays in Criminal Science*, cit., pp. 235-267.

<sup>(37)</sup> GARLAND, *Punishment and Welfare*, cit., pp. 28, 29, ma *passim*; cfr. anche ID., *La cultura del controllo*, Milano, il Saggiatore, 2007, specie il cap. 2 sullo 'Stato penale assistenziale'. Nello stesso cfr. NORRIE, *Crime, Reason and History*, cit., p. 215: « Individualism within the law was to give way to individualisation of the treatment of the

damenti del penale liberale, ma conduce, nel corso del Novecento, ad un modello di giustizia penale in cui si amplia il ruolo dello Stato e l'individuo non è né riconosciuto né tutelato come tale, in considerazione del suo carattere e del contesto di vita, ma è « studiously pushed to the edge of the picture so that individuals can be blamed for, or 'cured' and controlled in relation to, the real problems of violence and poverty created by our society »<sup>(38)</sup>. Tanto l'ideologia individualistica dell'illuminismo, quanto quella moderna dell'individualizzazione, considerano il criminale come un soggetto astratto dalle sue concrete relazioni sociali, da punire in base ad un'artificiosa proporzione retributiva o da controllare e guarire per la sua devianza, per l'anormalità rispetto al modello di cittadinanza virtuosa. L'orizzonte culturale, il quadro teorico complessivo entro il quale opera il riformismo progressista americano non è diverso da quello continentale: le critiche antistoriciste, l'antiformalismo insistentemente invocato da Pound o 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 'globali' della *social defence*, che proiettano la *criminal justice* in una dimensione di consapevole *social control*.

Lo scritto di Garofalo su come dovrebbe essere il giudizio penale di difesa sociale muove dagli stessi presupposti teorici: il beneficio della libertà provvisoria, l'appello, il ricorso in Cassazione, la grazia o l'ammnistia sono « agevolazioni concesse ai malfattori »<sup>(39)</sup>, che non hanno più senso nella logica di un diritto penale

---

offender [...] The interventionist state had a licence to move beyond the ideologies of deterrence and the individual tariff either to treat the criminal or, failing that, to defend society by incapacitating him through extended detention ». Cfr. anche ID., *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of the Liberal Ideal of Criminal Justice*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1991, pp. 194-195; P. BECKER, *Criminological Language and Prose from the Late Eighteenth to the Early Twentieth Centuries*, in A.G. SREBNICK, R. LÉVY (eds.), *Crime and Culture. An Historical Perspective*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 23-36; J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., *passim*, ma specie *Introduzione* pp. 3-15.

<sup>(38)</sup> NORRIE, *Crime, Reason and History*, cit., p. 220.

<sup>(39)</sup> GAROFALO, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, cit., p. 92.

che serve per difendere la società con armi adeguate e non, come prima, per creare argini all'intervento pubblico <sup>(40)</sup>. Come spiega efficacemente Prins, non ha più senso l'illuministica paura del giudiziario, perché ora l'individuo, il singolo onesto e 'normale', non ha più nulla da temere <sup>(41)</sup>: è la società che deve cautelarsi contro i criminali, e per farlo occorre trasformare le regole pensate per difendere l'individuo in regole idonee a proteggere la società. Anche le proposte indirizzate a rendere il processo penale più rapido, ad evitare gli 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.

Il progresso porta nuove problematiche, forme diverse di delinquenza e devianza, rapporti tra Stato e cittadini che non corrispondono più all'immagine 'semplificata' del primo Ottocento. La richiesta dei riformisti di focalizzare l'attenzione sull'individuo delinquente corrisponde al progetto di trasformare il crimine da fatto individuale a problema sociale; viceversa, i conservatori vedono in questi argomenti il rischio che la società sia meno protetta da un sistema che si pone come obiettivo, almeno formalmente, la rieducazione dell'offensore invece che la sua punizione, la prevenzione invece che la repressione, e indebolisce, così, la pena stessa trasformandola in trattamento.

---

<sup>(40)</sup> Cfr. *ivi*, p. 99: « il giudizio penale non diventerà una cosa praticamente utile e rispondente allo scopo che quando esso si muti in un esame psichico del delinquente per indurne, non già il grado della sua responsabilità morale, bensì quello della sua temibilità, e quando la legge sappia designare, ed i giudici sappiano applicare i provvedimenti opportuni alla difesa sociale ».

<sup>(41)</sup> Cfr. A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles-Leipzig, Misch et Thron, 1910, pp. 139-140: « Ne perdons pas non plus de vue que nous possédons des garanties morales qui sont des acquisitions définitives de la culture et de la civilisation modernes. Le juge de l'ancien régime ignorait le droit de l'individu. Le juge moderne a pour le droit individuel un respect qui est entré dans les mœurs, et fait partie de son atmosphère, et lui inspire des scrupules dont il faut reconnaître la valeur quand il s'agit du sort et de la liberté du citoyen ».

Tali contrastanti letture si ripercuotono anche nel dibattito sull'individualizzazione, investendo la funzione e i poteri del giudice. Paul Cuche, in occasione dei venticinque anni dell'IKV, critica l'individualizzazione perché vanifica l'interesse collettivo perseguito dalla pena, da lui identificato con la prevenzione generale e l'esemplarità retributiva, sostituendo il bene dell'individuo che la subisce a quello della società che la impone. Grazie all'*individualisation judiciaire*, con il potere di assolvere, di condannare con il *sursis* o di concedere le attenuanti, « il est loisible aux juges de pulvériser les incriminations légales et d'administrer cette poussière aux doses les plus variées » (42). L'« économie de la répression » è capovolta da una « véritable interversion des valeurs », per cui la pena cessa di essere un *rèmede social* e diviene un *rèmede individuel*; l'errore teorico di tale impostazione consiste, secondo Cuche, nel confondere il fine 'pubblico' della pena con il suo impiego nel singolo caso (43). In realtà, come dimostra il dibattito sulla pena indeterminata, dietro la facciata della 'cura' dell'individuo si nasconde una consapevole strategia, a volte più velata altre volte palese, di controllo e difesa della società: ciò non toglie che la nozione di pena come rimedio sociale assuma un significato diverso, in forza del quale anche il ruolo del giudiziario deve essere ripensato.

#### 4. *La redistribuzione dei poteri nel reformatory system.*

L'effetto della *criminalisation* sulla legalità penale dipende essenzialmente dal modo in cui il principio dell'individualizzazione opera sul processo penale. La possibilità di trasformare la pena da compensazione retributiva del fatto commesso in correzione preventiva della pericolosità implica, infatti, l'elaborazione di una procedura con regole, attori, competenze orientate non più al solo accertamento del reato ma alla conoscenza del soggetto. La scelta dei vari ordinamenti su come adeguare il giudizio al nuovo 'orizzonte' del diritto penale, ovvero sugli strumenti per rendere la macchina processuale idonea ad individualizzare la sanzione, dipende dalle

---

(42) P. CUCHE, *L'Union internationale de droit pénal e l'individualisation de la peine*, in *Mitteilungen der IKV*, bd. XXI, Heft 1. *Festband*, cit., p. 47

(43) *Ivi*, pp. 48-49.

diverse rappresentazioni del rapporto tra poteri dello Stato e dalla concezione 'dualistica' o 'monistica' che si ha del processo penale (44).

Se questo viene inteso, infatti, nel senso liberale, come il luogo di accertamento di una verità giudiziaria sul fatto attraverso il confronto paritario di accusa e difesa, l'individualizzazione non può che essere quella ridotta che si esprime nella possibilità del giudice di agire entro il margine edittale fissato *ex lege*, pesando le circostanze nei termini pure legalmente definiti e rimettendo all'eventuale liberazione condizionale la considerazione del buon carattere del condannato. Il rito, in sostanza, non è scalfito dal nuovo principio, e tutto è rinviato ad un momento successivo, separato, quando l'iter processuale si è già concluso con la sentenza che determina la punizione. Se, invece, il processo diventa lo strumento di riconoscimento della verità materiale, in cui lo Stato soverchia l'imputato perché il fine della difesa sociale prevale sui diritti individuali e perché il giudizio verte non su un evento oggettivo ma su uno *status* soggettivo, l'individualizzazione può produrre effetti ben più dirompenti: nell'ottica di un diritto penale della prevenzione in cui ciò che si punisce o si 'tratta' è la temibilità del soggetto, in cui si 'cura' la personale inclinazione alla delinquenza, individualizzare può significare piegare il processo ai fini della riabilitazione o a quelli della eliminazione.

L'esperienza americana e quella europea scelgono due strade diverse per dare forma al principio dell'individualizzazione nel processo: mentre negli Stati Uniti, soprattutto per via giurisprudenziale, si sceglie di separare la fase d'accertamento della colpevolezza per il fatto da quella relativa alla determinazione ed all'esecuzione della pena, in Europa la struttura del processo criminale non viene radicalmente modificata ma solo adattata alle nuove teorie. In entrambi i casi, le modifiche comportano una definizione dei poteri del giudice che non corrisponde più al modello liberale di *bouche de la loi* e di arbitro terzo rispetto alle parti. In reazione allo spirito anti-giurisprudenziale che ha caratterizzato la cultura penalistica

---

(44) L'espressione è mutuata da M. NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della "difesa sociale"*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 4, 1974, pp. 417-455.

dell'Europa continentale dalla Rivoluzione francese fino a fine Ottocento, « el arbitrio judicial », afferma Bernaldo de Quirós, « gana lo perdido y se despoja de la antigua nota desfavorable, según el tipo del magistrado adquiere á la vez ciencia y conciencia » (45).

Il giudice penale, spiega Aschaffenburg, chiamato ora a tracciare un profilo psicologico del reo, sarà più stimolato a sviluppare le proprie abilità rispetto alla meccanica applicazione della legge: la sua attività, inoltre, non si esaurirà con la condanna e l'affidamento del criminale agli ufficiali penitenziari, ma « er soll sich auch an dessen weiteren Schicksalen verantwortlich beteiligen » (46). Dovrà essere responsabile della fase esecutiva della pena, studiare i detenuti in modo approfondito e con le adeguate competenze, imparare a conoscerli bene così da poter decidere con cognizione se e quando concedere la libertà condizionale, scegliere se il reo è rieducato o ancora pericoloso (47). Anche lo psichiatra tedesco riconosce, tuttavia, come la responsabilità principale nella fase esecutiva ricadrà sul direttore del penitenziario, che potrà esercitare nel modo giusto il

---

(45) B. de QUIRÓS, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid, Hijos de Reus, 1898, p. 280. Nello stesso senso cfr. anche van HAMEL, *Zur Erinnerung und zum Abschied*, cit., p. 444: « In der Lehre von der Gebundenheit oder Freiheit des Richters strebt die neue Richtung stets dahin, dass seine Macht erhöht werde. [...] Es liegt doch das Hauptgewicht für die Entwicklung des Strafrechts in anti-dogmatischer Richtung in der Richterschaft. Es hängt für die Fortbildung der neuen Richtung viel mehr davon ab, wie die Richter, als davon, wie die Gesetzgeber denken ». Accanto a chi guarda con favore l'estensione delle prerogative giudiziali ritenendola il veicolo della modernizzazione, altri più cautamente criticano il rischio di « dare un fucile di nuovo modello ad un soldato incapace a servirsene » (BATTAGLINI, *Su alcuni fondamentali problemi della politica criminale*, cit., p. 1405) e osservano come « dopo un meraviglioso sviluppo delle libertà, noi siamo per cedere, tratti dalle seduzioni di un falso psicologismo, le maggiori garentie del diritto individuale allo sconfinato apprezzamento del giudice » (A. DE MARSICO, *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative*, Prolusione al corso pareggiato di diritto penale, letta nella R. Università di Napoli il 12 dicembre 1921, ora in Id., *Studi di diritto penale*, Napoli, Morano, 1930, pp. 31-62, citaz. p. 37, criticando il Progetto Ferri).

(46) G. ASCHAFFENBURG, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung. Einleitung in die Kriminalpsychologie für Mediziner, Juristen und Soziologen; Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung*, Aufl., Heidelberg, C. Winter, 1906, p. 263.

(47) Ivi, pp. 263-264: « Der Richter selbst aber müsste weiter den Strafvollzug überwachen und die Entscheidung mit zu treffen haben, was mit dem Gefangenen zu geschehen hat ».

proprio lavoro solo se preliminarmente formato nelle varieghe discipline criminologiche: proprio dove il detenuto può essere realmente preparato per un futuro migliore, lì occorre concentrare il massimo impegno riformatore, perché l'abolizione dei termini fissi della pena, la liberazione condizionale, « die ganze Hoffnung auf Besserung unserer gefährdeten Rechtssicherheit *steht und fällt* mit der Organisation des Strafvollzuges » (48).

Se, dunque, tutta la tenuta del sistema di difesa sociale dipende dall'amministrazione della fase esecutiva della pena, il potere chiamato a svolgere una funzione sempre più rilevante è quello esecutivo: mentre nel modello penale liberale il ruolo dell'amministrazione era assolutamente confinato al compito di meccanico applicatore di decisioni prese dal legislativo o dal giudiziario, organi che per legittimazione o competenza offrivano garanzie formali di giustizia, ora il *board of prison* viene investito di ampi poteri valutativi che incidono in modo determinante sulla libertà del condannato. Il diritto penale positivista proclama la necessità di un giudice non più mero esegeta del codice, ma la svolta più radicale e problematica è proprio il ricorso ad una necessaria discrezionalità della commissione penitenziaria nella gestione dell'esecuzione della sanzione. « L'ufficio attuale del giudice nella repressione », scrive con chiarezza Silvio Longhi nel progettare l'ordine nuovo, « potrà subire notevoli modificazioni e restrizioni a profitto del periodo amministrativo, col perfezionarsi delle discipline penitenziarie e specialmente del sistema di determinazione e individualizzazione della pena nel periodo di esecuzione » (49).

La 'battaglia' sulla legittimità della sentenza indeterminata tra riformisti e conservatori, sia negli Stati Uniti che in Europa, tocca il cuore del problema, ovvero la distribuzione di poteri e responsabilità nella *sentencing phase* tra legislatore, giudici, amministrazione (50). La logica dell'*indeterminate sentence*, infatti, sembra, per un

---

(48) Ivi, p. 265 (corsivi nostri).

(49) S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, Società ed. Libreria, 1911, pp. 702-703.

(50) In questo senso cfr. 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

verso, ampliare la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, non essendo più vincolato ad un ristretto limite edittale 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* 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 'relativamente' indeterminato (entro un minimo ed un massimo molto ampi). In concreto spetterebbe poi alla commissione penitenziaria 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, scegliendo 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 segregazione a tempo indeterminato, 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 ad una di prevenzione, incide anche sulla legittimità e la competenza dei soggetti chiamati a gestire la fase del *sentencing* nei suoi diversi momenti.

L'individualizzazione giudiziale, in altri termini, è considerata da molti riformisti come un passaggio intermedio verso la 'vera' individualizzazione amministrativa. Negli Stati Uniti soprattutto, questo è l'orientamento prevalente a fine Ottocento: dei tre rami del potere, spiega Wines, due hanno fino ad ora cercato di assicurare

---

“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 ».

una *penal justice*, il legislativo e il giudiziario, ma « neither has succeeded », perché si sono basati su regole astratte e sulla *mathematical proportion*. È giunto il momento, pertanto, di affidarsi all'esecutivo ed elaborare un sistema nel quale le autorità incaricate della custodia del carcerato, nominate dal *governor* come suoi rappresentanti, « 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 »<sup>(51)</sup>.

Lo stesso Saleilles, al congresso di Bruxelles del 1900, si mostra possibilista verso forme d'*individualisation administrative*. Il principio sovrano della libertà individuale unito alla paura, tipicamente continentale, per ogni forma d'arbitrio, si traduce nella diffidenza verso l'amministrazione penitenziaria e nella convinzione che solo l'autorità giudiziaria, *gardienne de la liberté*, possa fissare la durata della pena con il correttivo della liberazione condizionale, soluzione di compromesso che obbliga il giudice ad intervenire due volte in momenti distinti. In realtà, continua il francese, è una questione di principio, un problema d'autorità, ma « si tout est une question de garantie, comment croire que la liberté individuelle trouvera plus de sécurité auprès du juge qui ne connaît presque rien de l'individu qu'auprès de celui qui peut le suivre de près et le connaître à fond? »<sup>(52)</sup>. Non si può pretendere dal giudice ciò che è incapace di fornire: la valutazione della riformabilità del criminale, dei mezzi e del tempo necessario per ottenerla, non possono essere decisi nella sentenza di condanna.

Una reale individualizzazione della pena, *tailored* sul singolo delinquente, richiede un necessario coinvolgimento dell'amministrazione penitenziaria; anche quando si prevedono procedure formali in cui le concrete decisioni esecutive siano rimesse ad un organo giudiziario, di fatto questi non potrà fare altro che ratificare quanto proposto e documentato dal direttore del carcere o dai membri del *board of prison* i quali, studiando costantemente il carattere del detenuto, presentano argomenti difficilmente contestabili da un

---

<sup>(51)</sup> WINES, *The New Criminology*, cit., p. 11.

<sup>(52)</sup> R. SALEILLES, *Rapport su la 4<sup>a</sup> question*, in *Actes du Congrès...de Bruxelles, Rapports...*, II, cit., p. 594.

giudice che nulla sa della storia passata e del comportamento quotidiano del soggetto in carcere.

Le implicazioni necessarie dell'individualizzazione, nel passaggio dall'accettazione del principio alla sua concreta implementazione, costringono a un ripensamento delle regole processuali, delle funzioni coinvolte, degli equilibri costituzionali progettati per bilanciare, nel processo, i poteri e gli interessi contrastanti. La proposta di concedere nuovi spazi decisionali ad un corpo amministrativo, variamente composto, dotato delle competenze criminologiche per scegliere il trattamento, non risolve il problema, ma, anzi, solleva ulteriori questioni.

##### 5. *Il bi-phasic trial e la separazione tra verdict e sentence.*

Nella decisione che conferma la legittimità dell'*indeterminate sentence* introdotta nel *Penal code* della California con legge del 18 maggio 1917, la Corte statale afferma che con il nuovo sistema « the judicial branch of the government is intrusted [*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 », mentre « 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 » (53). È questo l'argomento utilizzato dagli *advocates* della riforma per giustificarne la costituzionalità rispetto al principio della separazione dei poteri: il giudizio penale è una procedura articolata in diverse fasi, in ciascuna delle quali operano soggetti diversi con funzioni specifiche. Il giudiziario accerta la colpevolezza dell'imputato ed il suo compito termina con la sentenza di condanna, al *board of prison* è affidata la fase esecutiva che comprende la scelta sulla durata della detenzione, la valutazione della pericolosità, le condizioni del *parole*.

L'ideale riabilitativo ed il principio dell'individualizzazione motivano tale distinzione di ruoli, perché la formazione tecnico-giuridica dei magistrati o il 'senso comune' della giuria non sono

---

(53) *In re Lee*, 177 Cal. 690, cit., p. 693.

idonei ad individuare il trattamento più adeguato alle condizioni personali del condannato; occorre un corpo di esperti in *criminological sciences* per indirizzare il reo lungo il percorso correzionale, necessariamente personalizzato, che la pena indefinita gli prospetta. Nello schema dei riformisti americani, l'accertamento della colpevolezza dell'imputato non è che la prima tappa di un complesso itinerario rieducativo, la premessa indispensabile di ogni trattamento correzionale la quale non può né condizionare né determinare tempi e modi dell'*individual treatment*, perché il giudice del fatto non può sapere preventivamente se e quando il malato/reo sarà 'guarito'. Se le funzioni sono diverse (accertare la responsabilità penale nel processo, prendersi cura della rieducazione del criminale nella pena/trattamento), allora diversi dovranno essere anche sia gli strumenti sia i protagonisti delle due fasi: il diritto dovrebbe cedere il passo ad altre scienze, così come il giudice dovrebbe lasciare spazio ad esperti delle nuove discipline carcerarie <sup>(54)</sup>.

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*. La nozione di *mens rea* resta ancora il fondamento della *guilty phase*, ma viene sostituita dalle idee positivistiche di responsabilità sociale e pericolosità nel *sentencing* <sup>(55)</sup>. L'opportunità della biforcazione

---

<sup>(54)</sup> Cfr. per es. V.P. ARNOLD, *Insanity and Criminal Responsibility (Report of the Committee "A" of the Institute*, in « JAICLC », 10, 2, 1919-20, p. 186, in cui raccomanda « (1) That in all cases of felony or misdemeanor punishable by a prison sentence the question of responsibility be not submitted to the jury, which will thus be called upon to determine only that the offense was committed by the defendant. (2) That the disposition and treatment (including punishment) of all such misdemeanants and felons, i. e., the sentence imposed, be based upon a study of the individual offender by properly qualified and impartial experts co-operating with the courts. [...] (4) That no maximum term be set to any sentence ».

<sup>(55)</sup> Sulla biforcazione del processo penale nell'*American jurisprudence*, come riflesso teorico dei « differing ways in which jurists and behavioral scientists conceptua-

sarebbe, peraltro, confermata dalle resistenze nella mentalità del corpo giudiziario, convinto della sufficienza del proprio sapere giuridico e restio ad aprirsi alla criminologia <sup>(56)</sup>.

Tale impostazione altera gli equilibri costituzionali, modificando la rigida partizione montesquieviana seguita dai padri fondatori e correggendone le imperfezioni: mentre prima la *function of punishment*, « stood, like an island of administration, in the midst of the conflicting currents of the legislature and the judiciary, a forlorn outpost beset by the combers of the seas » <sup>(57)</sup>, ora essa è ricondotta nell'ambito dell'attività amministrativa. Secondo tale lettura la bipartizione del processo in due fasi, più che avere ricadute costituzionali, è essa stessa una revisione del *tripartite genius* della carta fondamentale che, togliendo il *sentencing* fuori dai 'frangenti' quasi-giudiziali che lo investono, lo colloca nelle acque sicure della competenza amministrativa, certamente extra giudiziale <sup>(58)</sup>. Tale sche-

---

lized criminal responsibility », cfr. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility*, cit., specie pp. 1923-1927.

<sup>(56)</sup> Cfr. 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, cfr. 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* Richard Everard Webster 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.

<sup>(57)</sup> G.P. GARRETT, *The Function of Punishment*, in «JAICLC», 6, 3, 1915, p. 422.

<sup>(58)</sup> Cfr. ivi, p. 423: « Consequently, the trial should end with the verdict. Sentence is not merely superfluous (aside from its mere formal aspect as approval of the verdict), it is extra-judicial [...] The object of a criminal trial is to adjudicate guilt or innocence of one act. On the other hand, the object of sentence is according to notions now becoming current, to reform the person convicted of having done that one act ». In senso contrario, W.H. TOWNSEND, *The Punishment of Crime*, in «JAICLC», 10, 4, 1920, pp. 533-548, ribadisce che « Indisputably under our constitutional system the right to try offenses

ma, consentendo la piena realizzazione delle teorie penologiche, fa sì che la sentenza indeterminata s'imponga senza più opposizioni. Comporta, certo, una *radical reconstruction*, ma è l'unica via per correggere la *simmetry of government*: la 'vecchia' distribuzione del *sentencing* secondo cui condannare è compito del giudiziale, imprigionare di una commissione amministrativa e concedere la grazia dell'esecutivo, impedisce la realizzazione del sistema rieducativo, poiché « the reformative purpose of punishment is hampered by conflicting powers of three conflicting authorities » (59).

Presentata come semplice e logica conseguenza della scelta rieducativa, la biforcazione è carica di complicazioni applicative che incidono profondamente sui meccanismi procedurali, genera possibili contraddizioni non semplici da comporre e presuppone un apparato penitenziario (dalle strutture architettoniche degli edifici detentivi alla preparazione del personale) non corrispondente alla concreta realtà americana. È, nello stesso tempo, il punto di forza e di debolezza dell'*individualization* statunitense: di forza, perché consente di realizzare le riforme, permettendo la sperimentazione prima ed il consolidamento poi della sentenza indeterminata, costruendo la tipicità del sistema penale americano rispetto a quello europeo (60); di debolezza, perché mette a regime un modello di amministrazione della giustizia senza aver prima provveduto a costruire e verificare la sussistenza dei necessari presupposti per il suo corretto funzionamento.

Il fatto che, ancora nel 1959, lo psichiatra Karl Menninger accusi i metodi punitivi statunitensi di essere inefficaci perché dipendenti dalle vecchie teorie giuridiche ed impermeabili alle nuove scoperte scientifiche sui criteri di trattamento dei crimina-

---

against the criminal laws, and, upon conviction, to impose the punishment prescribed by law, is judicial » (p. 548).

(59) GARRETT, *The Function of Punishment*, cit., p. 425.

(60) Cfr. in questo senso R. FERRARI, *French and American Criminal Law. Three Points of Resemblance*, in « JAICLC », 8, 1, 1917-18, che considera migliore il sistema americano del *probation* rispetto al bilanciamento delle circostanze da parte del giudice francese, p. 39: « All the facts which are, as a matter of course, brought out in a French trial in Court, may, in America, be brought out by the Probation Officer and by persons interested in the conviction, in Court or in the Chambers of the Judge after conviction. Again, the American system is preferable to the French system ».

li <sup>(61)</sup>, dimostra come la separazione tra *verdict* e *sentence* non sia di fatto facilmente realizzabile e come il *reformatory system*, nonostante la legislazione progressista, faticò concretamente ad imporsi sui tradizionali meccanismi ideati per una pena retributiva. Il *bi-phasic trial* comporta, infatti, modifiche alle regole processuali che hanno una ricaduta rilevante sui diritti dell'imputato: il rito disegnato dalla nuova *penology* s'impone gradualmente, con la dottrina impegnata a riconfigurare il bilanciamento dei poteri nel processo e le corti chiamate a mediare tra rispetto dei principi costituzionali e nuovo spirito delle riforme. Nel sistema di *common law*, per esempio, la giuria emetteva semplicemente il verdetto di assoluzione o colpevolezza, mentre il compito di stabilire la pena era prerogativa della corte, la quale, solo dopo il verdetto, poteva raccogliere ulteriori *character evidences* per meglio definire la sanzione <sup>(62)</sup>. Poi, in forza

---

<sup>(61)</sup> K. MENNINGER, *Verdict Guilty -Now What?*, in «Harper's Magazine», agosto 1959, pp. 60-64; lo psichiatra, 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: «With knowledge comes power, and with power there is no need for the frightened vengeance of the old penology. 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».

<sup>(62)</sup> La *undue prejudice rule* prevede che 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*, limitata allo specifico *fatto* contestato. Sulla graduale definizione del ruolo della giuria nel *common law* è qui sufficiente rinviare a T. GREEN, *Verdict According to Conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800*, Chicago, University of Chicago Press, 1985; J.H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA SCHIOPPA (ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, pp. 13-39. Lo studio di A. HOROVITZ, *The emergence of sentencing hearings*, in «Punishment & Society», 9, 2007, pp. 271-299, ricostruisce la divisione del lavoro tra il *jury*, cui è affidato il compito di stabilire la colpevolezza, e il *judge*, competente a decidere la pena, come uno dei tratti caratteristici nella storia del *common law trial*, valorizzando in particolare l'emersione di una fase processuale separata per il *sentencing* già nel XVIII secolo, e riconosce poi come essa si carichi di significati nuovi nel Novecento in funzione della pena riabilitativa di stampo criminologico, tanto che i «sentencing hearings were stripped of procedural regulations and evidentiary obstacles, and judges were authorized to conduct unhindered inquiries into

della *statute law*, in molte giurisdizioni il *sentencing power* è stato tolto al giudiziario e affidato alla giuria, senza che le corti abbiano provveduto a separare la *sentencing function* dalla *trial function*, divenute entrambe competenza del *jury*, e senza modificare l'applicazione della *undue prejudice rule*, che, in questo modo, rendeva impossibile ogni apprezzamento del carattere del condannato nel momento dell'irrogazione della pena.

Con l'avvento dell'individualizzazione e con la centralità assunta dalla valutazione del singolo delinquente nella scelta del trattamento, la *undue prejudice rule* deve necessariamente essere configurata in modo diverso, perché, sia che *trial* e *sentence-fixing functions* siano eseguite da uno stesso soggetto (*jury*) sia che spettino a corpi separati (*jury* e *court*), l'accesso ai dati sulla personalità del criminale diviene essenziale nella determinazione della pena, senza per questo dover pregiudicare le garanzie dell'imputato nel processo <sup>(63)</sup>. La dottrina e la giurisprudenza propongono quindi un ritorno al modello bifasico di *common law*, aggiornato alle moderne istanze criminologiche, perché l'applicazione del *separation principle* è imprescindibile per la corretta attuazione degli *habitual criminal statutes* e, soprattutto, delle *indeterminate sentence laws*: nei provvedimenti dove maggiore è l'influenza del positivismo criminologico, con

---

the offender's psyche and circumstances » (p. 281); sul punto cfr. anche S. HERMAN, *The tail that wagged the dog: Bifurcated fact-finding under the Federal Sentencing Guidelines and the limits of due process*, in « Southern California Law Review », 66, 1, 1992, pp. 289-356. In realtà preme qui sottolineare come negli Stati Uniti, con il riformismo criminologico del XIX secolo, oltre a cambiare profondamente la ragione di politica criminale che sta alla base della bipartizione processuale, si apre anche il problema costituzionale 'nuovo' del ruolo del potere amministrativo nel *sentencing*.

<sup>(63)</sup> 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. Popescue*, 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 », 1, 5, 1934, pp. 810-811.

l'enfasi posta sul riconoscimento della personalità del soggetto, il bilanciamento tra l'imparzialità della decisione sul fatto e la valutazione del trattamento individualizzato, obbliga a riconfigurare le regole tradizionali <sup>(64)</sup>.

*Trial* e *sentencing*, concepiti ora come due momenti autonomi del processo penale, sono non solo guidati da soggetti diversi per competenze e formazione, ma anche governati da norme differenti: solo la logica della biforcazione, con due fasi distinte teleologicamente e quindi anche metodologicamente, riesce a conciliare l'attività valutativa del *board* con la *undue prejudice rule* <sup>(65)</sup>. 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 alla difesa sociale, poiché « to deprive sentencing judges of this kind of information would undermine modern penological procedural policies that have been cautiously adopted throughout the nation after careful consideration and experimentation » <sup>(66)</sup>. Anche le garanzie costituzionali del XIV Emendamento, cui la *character evidence* è evidentemente ricondotta, sono rimodellate dall'individualizzazione, perché « the due process

---

<sup>(64)</sup> Per una critica agli *habitual criminal statutes* perché, consentendo alla corte o alla giuria di conoscere la condanna precedente, ledono le garanzie costituzionali dell'*undue prejudice rule*, cfr. A.S. WOLFF, *Prejudicial evidence in prosecutions under habitual criminal acts*, in « The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science », 44, 6, 1954, pp. 759-767, dove l'autore vede nella sentenza indeterminata una possibile soluzione proprio grazie alla separazione tra *trial* e *sentence*.

<sup>(65)</sup> 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, 2<sup>nd</sup> Ed., Boston: Little Brown and Co., 1923, § 193, p. 413).

<sup>(66)</sup> *Williams v. State*, 337 U.S. 241, 6 giugno 1949, p. 250. La decisione, in cui la Corte Suprema legittima differenti utilizzazioni di materiale probatorio, dimostra come la logica bifasica sia ormai penetrata nel discorso giuridico sulla pena; cfr. anche pp. 248-249: « 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* e *sentencing*, 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 (s.n.).

clause should not be treated as a device for freezing the evidential procedure of sentencing in the mold of trial procedure », interpretazione conservatrice e restrittiva che ostacolerebbe « if not preclude all courts — state and federal — from making progressive efforts to improve the administration of criminal justice » (67).

Altro profilo in cui l'*individualization* interferisce con il *due process* è l'applicazione della *reasonable doubt clause* (68). Nei molti stati in cui *by statute* la giuria è autorizzata ad interferire con la decisione della corte (per esempio con la raccomandazione della grazia) o perfino a determinare la pena, la *ratio* della separazione tra *verdict* e *sentencing* viene meno, e il *jury* è portato a condannare anche non 'al di là di ogni ragionevole dubbio', compensando la decisione con una pena ridotta, o viceversa, quando ritiene che il reo meriti una pena esemplare, vanificando la funzione rieducativa del *parole* stabilendo pene molto elevate, così che il condannato non possa ottenere la concessione del beneficio penitenziario troppo anticipatamente (69). Anche in questo caso, l'adozione dell'*indeterminate sentence* rappresenta un rimedio che compone le diverse esigenze delle due fasi, poiché « the best solution to this problem, and that most consistent with modern theories of individualized punishment, would be to take the sentencing power completely

---

(67) *Williams v. State*, cit., p. 251; con *dissenting opinion* del giudice Murphy, p. 253: « Due process of law includes at least the idea that a person accused of crime shall be accorded a fair hearing through all the stages of the proceedings against him. I agree with the Court as to the value and humaneness of liberal use of probation reports as developed by modern penologists, but, in a capital case, against the unanimous recommendation of a jury, where the report would concededly not have been admissible at the trial, and was not subject to examination by the defendant, I am forced to conclude that the high commands of due process were not obeyed ».

(68) Sull'origine storica e il significato della formula cfr. da ultimo J.Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, Yale University Press, 2008.

(69) Lo stesso ultimo problema si presenta anche con la decisione giudiziale della pena, con le differenze, però, che il giudice dovrebbe essere più rispettoso del *parole system* di cui conosce il funzionamento e che almeno verrebbe rispettata l'*undue prejudice rule*. Di nuovo, se la giuria deve decidere sia della colpevolezza che della pena, risulterebbe quasi impossibile garantire che la decisione dei giurati non sia condizionata dalle prove sulla vita passata dell'imputato.

away from the courts and to confer the authority to fix punishments on the same agency which has control of paroles » (70).

Osservata dalla prospettiva del diritto costituzionale, l'individualizzazione agisce, *in primis*, sull'allocazione della responsabilità del *sentencing* tra legislativo, giudiziario, amministrativo (71): la strada scelta dalla penologia americana per dare legittimità al *reformatory system* ed all'indeterminatezza senza svuotare le garanzie della legge fondamentale, è una rivisitazione del principio di *common law* che si traduce nella distinzione bifasica del processo penale. Non è, tuttavia, un semplice ritorno alla discrezionalità del giudice nel decidere la pena: il ruolo del *board* sposta il baricentro del *sentencing* su un organo amministrativo, aprendo altri problemi di costituzionalità.

#### 6. *Il 'dilemma' del giudice e il disposition tribunal.*

Nel 1930 Thorsten Sellin scrive con soddisfazione che la filosofia dell'individualizzazione sembra avere vinto la battaglia contro le dottrine retributive e la *modern criminal law*, specie con le *indeterminate sentence* e le *probation laws*, affida nelle mani della *trial court* sempre più ampi poteri nella scelta della pena: « the result has been the restoration to the judiciary of some of that arbitrary power of which it was robbed by the classical school » (72). Queste più estese responsabilità hanno, però, posto in evidente rilievo l'inadeguatezza della formazione del giudice: « the determination of guilt requires a thorough knowledge of the law and the rules of evidence secured in part through the customary legal training », ma questo non basta più, perché « the sentencing function demands of him not only a

---

(70) *Consideration of Punishment by Juries*, in « The University of Chicago Law Review », 17, 2, 1949-50, pp. 400-409, citaz. p. 407 (s.n.), con bibliografia dei precedenti *cases* pertinenti.

(71) Cfr. sul punto M.F. MCGUIRE, A. HOLTZOFF, *The problem of sentence in the criminal law*, in « Boston University Law Review », 20, 3, 1940, pp. 423-434; S. RUBIN, *Allocation of Authority in the Sentencing Correction Decision*, in « Texas Law Review », 45, 3, 1966-67, pp. 455-469.

(72) T. SELLIN, *The Trial Judge's Dilemma: a Criminologist's View*, in S. GLUECK (ed.), *Probation and Criminal Justice. Essays in Honor of Herbert C. Parsons*, New York, The Macmillan Co., 1930, p. 102.

knowledge of psychology but of the social sciences and most of all of criminology and penology » (73). Raramente la corte ha a disposizione adeguate informazioni sulla vita passata dell'offensore, ed anche qualora il *probation department* o agenzie d'investigazione fornissero dati sul carattere del reo, il giudice è posto di fronte ad un *serious dilemma*: la pena dovrebbe essere orientata ad uno scopo e non decisa in modo casuale, ma ancora ciascun giudice segue diverse concezioni sul fine della sanzione e mancano riscontri statistici sulla riuscita delle misure rieducative o sul funzionamento dei vari istituti, capaci di fornire al magistrato elementi utili per decidere il tipo (ed il luogo) della punizione.

L'estensione dei poteri giudiziari non sembra aver corrisposto né alle attese del movimento riformatore né alle speranze dell'*individualization*, ed infatti circolano rinnovate proposte di un'*absolutely indefinite sentence* per ogni forma di trattamento penale e nei confronti di tutti i criminali, in cui il lavoro specializzato del giudice si limiti alla verifica dell'accusa nel *trial*, ma poi, una volta accertata la colpevolezza, l'imputato sia affidato ad un'altra corte o ad un'*administrative agency*, « which will possess the machinery for studying him and determining what particular form of treatment is likely to best serve the ends of justice » (74). Anche se Sellin ritiene improbabile che si possa realizzare questa proposta, il suo contributo testimonia come intorno agli anni Trenta del Novecento, dopo sessant'anni dal discorso di Brockway, la criminologia americana stia ancora cercando una soluzione soddisfacente al persistente problema della distribuzione di competenze tra giudiziario ed amministrativo nel *reformatory system*.

Negli stessi anni in cui i legislatori europei codificano il doppio binario contenendo l'indeterminatezza entro la legalità e la giurisdizionalità, la criminologia americana guarda con realismo ai fallimenti delle riforme introdotte (75) e cerca di progettare possibili correttivi

---

(73) Ivi, p. 104.

(74) Ivi, p. 107.

(75) Suscita notevole interesse l'indagine realizzata dai criminologi Sheldon ed Eleanor Glueck (*500 Criminal Careers*, New York, Alfred Knopf, 1930) sul *post-parole period* dei condannati, che rivela un esito insoddisfacente del trattamento rieducativo; cfr. per es. pp. 191-192: « This finding reverses almost in perfect proportion the figures

che consentano di attuare un vero sistema individualizzato. Le leggi sulla sentenza relativamente indefinita, il *parole* o la *probation* hanno cercato un compromesso tra il modello tradizionale e la nuova penologia che si è rivelato insoddisfacente. La legge, per un verso, ha restituito al giudice discrezionalità senza però fornirgli i criteri per indirizzarla <sup>(76)</sup>; per altro verso, ha conferito poteri sul *sentencing* ad un nuovo organo amministrativo senza dotarlo di strumenti uniformi di valutazione e scelta. La 'goffaggine' (*clumsiness*) della giustizia americana sarebbe dovuta, secondo l'analisi di Glueck, proprio alle profonde spaccature provocate dall'inconsistenza del diritto penale, il quale si presenta come una casa divisa in vari livelli, con le fondamenta ancora solidamente retributive nonostante i vari successivi camuffamenti e le addizioni ispirate a dubbie nozioni etiche o psicologiche.

Il regime delle pene è una delle cause principali dell'incoerenza complessiva dell'ordinamento, con la convivenza nelle stesse giurisdizioni di reati puniti con pene fisse e altri con pene indeterminate, basate su filosofie peno-correzionali completamente diverse se non contrastanti. La possibilità di comporre le contraddizioni che permeano il sistema presuppone una scelta univoca sui fini del diritto penale. Con un'immagine efficace, il criminologo raffigura lo stravagante edificio della *criminal law* come « the temple of some insane architect who, with little rhyme and less reason, has embodied his delusional dreams in a conglomerate of Egyptian and Assyrian, Greek and Roman, Gothic and Renaissance elements » <sup>(77)</sup>: una piramide con il picco vendicativo e deterrente, un primo lato rieducativo, un secondo proporzionalistico 'à la Beccaria' con i ridicoli rifacimenti della discrezionalità del giudice entro i limiti

---

of "success" and "failure" customarily attributed to reformatories and parole offices in researches, annual reports, and text on criminology. [...] In comparing the criminality of the men during the three stages of our inquiry, it was found: [...] that the Reformatory and parole supervision, together with the passage of time, had exerted some influence in curbing the criminal tendencies of our group. The large majority of the men, however, have not abandoned their careers of crime ».

<sup>(76)</sup> S.B. WARNER, H.B. CABOT, *Judges and Law Reform*, Cambridge: Harvard University Press, 1936, p. 159: « The law gives the judge wide discretion in sentencing, but furnishes him no assistance in exercising that discretion ».

<sup>(77)</sup> S. GLUECK, *Crime and Justice*, Boston, Little Brown and Co., 1936, p. 104.

della sentenza indeterminata, un terzo con i consolidamenti dell'*indeterminate sentence* attraverso le regole che governano il *parole* ed un quarto che incorpora le aspirazioni dei tribunali minorili con il supporto della psichiatria e delle scienze sociali. Un edificio « disharmonious, unesthetic, illogical and ineffective », che si riflette poi nell'attitudine di chi amministra la legge, negli operatori penitenziari o nei *parole boards* (78).

È giunto il momento, secondo Glueck, per una « radical reexamination and overhauling of the complicated and ill-arranged structure of criminal justice » (79), che tenga conto delle trasformazioni avvenute rispetto a quando le *technicalities* servivano per proteggere l'individuo dalla tirannia dei giudici regi, dei cambiamenti socio-economici prodotti dall'industrializzazione e dall'urbanizzazione, delle modificazioni nell'attitudine verso il crimine e i criminali, della crescita delle discipline criminologiche.

Negli anni Trenta del Novecento lo sforzo riformatore dei *progressives* non può considerarsi concluso. Il metodo rieducativo e le moderne teorie penologiche si sono sommate al modello retributivo senza sostituirlo *in toto*, generando così una contraddittoria stratificazione di teorie, istituti, apparati, che riproduce le incongruenze precedenti e ne genera delle nuove. Le *variations in punishment*, uno dei primi bersagli della critica criminologica nei confronti del 'vecchio' sistema, sono ancora un grave difetto della giustizia statunitense, con l'aggravante che la causa della disparità è ora un organo non giudiziale ma amministrativo. Si pone il problema dei limiti al potere decisionale della *prison board*, da ricercare di nuovo o 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*.

Dopo una sperimentazione di qualche decennio, lo stesso

---

(78) Ivi, p. 105. Le stesse accuse d'incongruenza sono sollevate anche da N. CANTOR, *Conflicts in Penal Theory and Practice*, in « JAICLC », 26, 3, 1935, pp. 330-350, il quale, con particolare riferimento all'*indeterminate principle*, osserva come « The indeterminate sentence is another device for eating the pie whose ingredients are mixed according to the best scientific recipe and retaining the hard crust of tradition » (p. 334).

(79) GLUECK, *Crime and Justice*, cit., p. 106.

Pound che nel 1911, scrivendo la prefazione al volume di Salielles, guardava con speranza all'*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 »<sup>(80)</sup> che attraversava il modernismo francese o la *freie Rechtsfindung* tedesca, nel 1929 riconosce invece 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 »<sup>(81)</sup>. Nata per assicurare ad un tempo difesa sociale e riforma individuale, l'individualizzazione 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 »<sup>(82)</sup>. 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 sperimentati, che ha generato diffidenza verso tutte le agenzie della giustizia preventiva e ha rimesso in discussione le certezze scientifiche della criminologia<sup>(83)</sup>.

Il punto critico resta, come avevano intuito già i primi teorizzatori del metodo rieducativo, il funzionamento del *board of prison* cui sono affidate le responsabilità della classificazione e della valutazione del condannato. La flessibilità nel trattamento rappresenta il cuore della riforma e deve trovare criteri scientifici di legittimità. Perché possa funzionare occorre che il *board* sia composto di

---

<sup>(80)</sup> R. POUND, *Introduction to the English version*, in R. SALEILLES, *The Individualization of Punishment*, Boston, Little, Brown and Co., 1911, pp. XVI, XV.

<sup>(81)</sup> R. POUND, *Foreword* a S. and E. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in « Harvard Law Review », 42, 3, 1929, p. 298.

<sup>(82)</sup> *Ibidem*.

<sup>(83)</sup> *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 ».

persone oneste e formate, continuamente aggiornate sui progressi delle conoscenze psicologiche, antropologiche, statistiche, sociologiche, ed occorre, inoltre, che gradualmente si formi una sorta di sapere uniforme per orientare la condotta dei vari commissari. Proprio il deficitario progresso culturale degli operatori della pena rappresenta la causa dei fallimenti dell'individualizzazione.

Lo studio condotto dai coniugi Glueck dimostra l'assoluta inconsistenza scientifica dei parametri sui quali i giudici hanno fondato le loro decisioni sulla pena, l'estemporaneità dei metodi trattamentali utilizzati dai *parole boards* e l'inadeguatezza degli indicatori impiegati per la prognosi della pericolosità o della risocializzazione del criminale <sup>(84)</sup>. Sia le vaghe indicazioni legislative, che non offrono in realtà alcun elemento per calibrare la sanzione sul fine riabilitativo, sia le scelte inconsistenti dei giudici e dei *boards* hanno, di fatto, vanificato lo spirito delle riforme criminologiche <sup>(85)</sup>.

Il tentativo di individuare modelli prognostici « for rendering the work of courts and parole offices much more scientific than it is today » <sup>(86)</sup>, dopo sessant'anni di sperimentazioni ed improvvisazio-

---

<sup>(84)</sup> I due criminologi (ivi, pp. 309-327) propongono delle *prognostic tables* della pericolosità/riformabilità basate 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 anormalità mentale; 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).

<sup>(85)</sup> S., E. GLUECK, *Predictability in the Administration*, cit., p. 327: « 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? »; sull'incertezza dei criteri prognostici cfr. ad es. A.W. BUTLER, *What Prisoners Should Be Eligible to Parole and What Considerations Should Govern the Granting of It?*, in « JAICLC », 12, 4, 1922, pp. 549-553; S.B. WARNER, *Factors Determining Parole from the Massachusetts Reformatory*, in « JAICLC », 14, 2, 1923, pp. 172-207, i cui risultati sono subito criticati da H. HART, *Predicting Parole Success*, in « JAICLC », 14, 3, 1923, pp. 405-414.

<sup>(86)</sup> S., E. GLUECK, *Predictability in the Administration*, cit., p. 327. L'inconsistenza scientifica degli studi sul funzionamento della *criminal machinery* spinge l'Harvard Law School a promuovere il *Survey of Crime and Criminal Justice in Boston*, nel quale affrontare sistematicamente tutti i profili della giustizia penale: le norme sostanziali,

ni, disvela le antinomie profonde ed irrisolte del riformismo americano e ne preannuncia la crisi definitiva: l'affrettata adozione delle *indeterminate sentence laws* e del *parole* sull'onda dell'entusiasmo per l'ideale riabilitativo, non accompagnate né seguite da una vera riforma culturale dei responsabili del *sentencing*, ha trasformato l'individualizzazione in discrezionalità punitiva priva di razionale fondamento, se non in arbitraria discriminazione. Il rimedio proposto dai Glueck — e da altri dopo di loro —, senza mettere in discussione la logica bifasica, cerca di dare credibilità e scientificità ai criteri che guidano le decisioni sull'esecuzione della pena <sup>(87)</sup>.

Altri, come segnalato da Sellin, si muovono nella direzione di accentuare la separazione tra *guilt* e *sentencing function*, di perfezionare, per così dire, il percorso solo avviato ma non completato dai primi *progressives*. I giudici, infatti, nel decidere la pena (quale minimo/massimo irrogare, se condannare ad una pena indeterminata o se concedere il *parole*) continuano a non dare alcun peso al contributo delle discipline criminologiche: le sentenze da loro inflitte, tuttavia, manifestano un alto livello di variabilità non giustificato da alcun criterio razionale, poiché non sono né proporzionate al crimine né al criminale, ma « different conditions in the various parts of the city, different types of defendants, and different theories of sentencing among judges may be the explanation », o più semplicemente, « the variations may be entirely due to personal idio-

---

l'amministrazione, l'analisi dei fattori della criminalità, l'influenza della stampa, le statistiche sulla riuscita delle misure rieducative. Il primo prodotto di tale studio è il volume dei coniugi Glueck, *One Thousand Juvenile Delinquents. Their Treatment by Court and Clinic*, Cambridge, Harvard University Press, 1934. Autore dell'*Introduction. The Harvard Crime Survey* (pp. vii-xxi), è Felix Frankfurter, il quale sintetizza in tre domande il tema del progetto (cosa è il crimine, perché c'è e cosa fa la società al riguardo) e constata come « the truth is that in the present stage of our ignorance very few problems implied by "crime" are susceptible of even approximately quantitative answers; that as to most of them we are in virgin territory; that to a large degree scientific effort must aim at the formulation of means for future explorations » (p. xi).

<sup>(87)</sup> Cfr. per es. F.F. LAUNE, *A Technique for Developing Criteria of Parolability*, in «JAICLC», 26, 1, 1935, pp. 41-45; ID., *The Scientific Status of Parole Prediction*, in «JAICLC», 27, 2, 1936, pp. 214-218; G.B. VOLD, *Prediction Methods Applied to Problems of Classification Within Institutions*, in «JAICLC», 26, 2, 1935, pp. 202-209; W.F. LANE, *Parole Prediction as Science*, in «JAICLC», 26, 3, 1935, pp. 377-400.

synocrasies of the judges » (88). L'assoluta mancanza di ogni *reasonable basis* per la disuguaglianza delle pene è considerata, almeno dagli ufficiali penitenziari, il difetto più grave del sistema punitivo: fino a quando i giudici non rendono note le ragioni che li hanno guidati nella scelta, diviene impossibile per i *prison officers* convincere i detenuti che le *variations in sentence* « are due to individualization of punishment and not merely to arbitrariness » (89).

La soluzione che Warner e Cabot propongono è l'istituzione di un *disposition tribunal* che abbia esclusiva competenza *sulla* pena: un nuovo organo giurisdizionale (tribunale o sezione della *Superior Court*), composto di un esperto di diritto, preferibilmente un giudice, un esperto di discipline criminologiche ed un terzo a scelta tra un giurista, un medico, un operatore sociale. In questo modo, fino alla condanna, nulla cambierebbe della tradizionale procedura, mentre il *sentencing* sarebbe delegato al nuovo tribunale, il quale si occuperebbe della fase esecutiva della pena avendo come limite il massimo edittale stabilito dalla legge per il reato commesso. Tale metodo, inoltre, avrebbe anche il vantaggio di mantenere distinte le funzioni giudiziali ed amministrative del *sentencing*, poiché al nuovo *body* sarebbero assegnati i compiti di prescrivere il trattamento ed osservare i risultati, lasciando agli operatori delle *correctional institutions* i meri compiti esecutivi (90).

L'orrore per la degenerazione del diritto penale nazionalsocia-

---

(88) WARNER, CABOT, *Judges and Law Reform*, cit., p. 168.

(89) Ivi, p. 169.

(90) Ivi, pp. 170-174. La proposta è poi ripresa dai due autori in *Changes in the Administration of Criminal Justice During the Past Fifty Years*, in « Harvard Law Review », 50, 4, 1937, pp. 583-615, dove sottolineano la necessità di creare un corpo di esperti che possano comporre il nuovo 'tribunale della pena', cfr. p. 607: « It is urged by those holding this point of view that a board of experts not wholly composed of lawyers, exercising the sentencing power as well as the functions of a parole board, might eventually develop a body of knowledge which would make the treatment of convicted defendants less a matter of guess-work than it is today, especially if opinions were written ». 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 » (H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, London, G. Allen and Unwin Ltd., 1939, p. 204).

lista verso forme di arbitrio che si traducono in un annichilimento dei fondamentali diritti della persona, provoca reazioni legalitarie anche nella criminologia statunitense. Si crede ancora nell'individualizzazione, ma si cercano strumenti per 'irreggimentarla' nel rispetto del principio di legalità ed entro i limiti delle funzioni giurisdizionali, creando organi simili al modello continentale del tribunale di sorveglianza. Nathaniel Cantor, riprendendo nel 1938 la proposta del *disposition tribunal* <sup>(91)</sup>, precisa come la legge che conferisca funzioni giurisdizionali al nuovo organo debba definirne chiaramente i poteri per garantire la salvaguardia dei diritti e delle libertà dell'offensore: limiti sufficientemente ampi per assicurare margini di scelta nel trattamento, ma senza mettere il condannato « at the complete mercy of erring human beings » <sup>(92)</sup>. Poiché l'individualizzazione giudiziale non ha dato i frutti sperati, l'alternativa è la *scientific individualization* <sup>(93)</sup>, ma la strada intrapresa dai positivisti ha condotto ad esiti non accettabili. L'idea, cioè, che la stabilità dell'ordine sociale e la difesa della sicurezza legittimino il giudice ad attuare provvedimenti repressivi nei confronti di un soggetto ritenuto socialmente pericoloso, senza che la sua discrezionalità di giudizio sia limitata da alcuna legge, va rifiutata.

Il sistema criminale fondato sugli assunti della *social defence* deve essere radicalmente ripensato, perché « complete abandonment of the rule *nullum crimen sine lege* would expose individuals to the whims of the court (...) 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 » <sup>(94)</sup>. Il principio di legalità deve essere un limite all'individualizzazione e non si deve mai del tutto 'abbandonare' la legge nel campo della pena. Il trattamento non può dipendere solo dalla valutazione del carattere del reo, dato vago e discutibile, e deve sempre svolgersi nelle forme

---

<sup>(91)</sup> N. CANTOR, *A Disposition Tribunal*, in « JAICLC », 29, 1, 1938, p. 51-61.

<sup>(92)</sup> Ivi, p. 56: « This might be accomplished through the statute defining the categories under which the offender falls or specifying the exact procedure to be followed by the disposition tribunal ».

<sup>(93)</sup> Non a caso l'autore la chiama *scientifica* e non *amministrativa*, perché comunemente esercitata da un organo giudiziale.

<sup>(94)</sup> Ivi, p. 60.

legislativamente determinate. Lo sviluppo della *indeterminate sentence* e degli altri istituti rieducativi dimostra quanto ormai ci si sia allontanati dal modello classico di pene simili per reati simili. Ora però, afferma Cantor, è il momento che le decisioni sulla pena 'allocate' ad organi amministrativi tornino alla discrezionalità giudiziale: pur accettando l'idea che si debba trattare il criminale e non il crimine, e pur sperando che le *sentencing agencies* decidano onestamente alla luce delle migliori 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 »<sup>(95)</sup>.

Il *judge's dilemma* sul confine della propria sfera di operatività ha radici giuridiche, filosofiche e storiche nel principio della separazione dei poteri, ed è acuito dalla tendenza che tra fine Ottocento e primi decenni del Novecento induce a trasferire compiti « of a truly judicial character from the Courts to the administrative authorities »<sup>(96)</sup>. 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.

Il vero, insoluto *dilemma* che grava sul giudice, provocato dall'individualizzazione, consiste proprio nel rapporto tra *verdict* e *sentence*, nei meccanismi che bilanciano la distribuzione di ruoli tra giudiziario e amministrativo in questi due stadi concettualmente distinti ma necessariamente connessi del processo, nella costruzione di sufficienti garanzie che tutelino l'imputato/condannato in entrambe le fasi, nell'impossibilità logica di prevedere in anticipo il tempo della rieducazione contrapposto al rischio di trasformare il fine dell'emenda in una giustificazione per incontrollabili arbitrii, nel difficile connubio tra diritto e scienza, nell'assenza di metodi scientifici certi e condivisi per decretare la pericolosità o la riformabilità

---

<sup>(95)</sup> Ivi, p. 61.

<sup>(96)</sup> H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, cit., p. 174.

di un criminale: consiste, in altri termini, nel confine sottile che separa lo Stato di diritto da quello di polizia, il *Rule of law* dal *rule of men*.

### 7. *Le trasformazioni del nulla poena nello Stato di diritto.*

Gli effetti dell'individualizzazione sulle competenze del giudice e sul processo penale in area europea sono diversi da quanto accade negli Stati Uniti. In sintesi, la caratteristica che più differenzia le due esperienze è il ruolo del giudiziario nella fase esecutiva della sentenza: mentre, come visto, l'ordinamento americano tende a limitare la funzione del giudice al solo accertamento del fatto e della colpevolezza delegando il *sentencing* all'amministrazione, il modello continentale cerca invece di estendere le responsabilità del giudice anche alla fase di attuazione della pena e, comunque, a tutti i momenti dove l'individualizzazione comporta esercizio di discrezionalità. Il sistema della giustizia americano pone forti garanzie costituzionali a difesa della libertà individuale nel processo, ma la *due process clause*, forma di 'legalità procedurale', non è violata nel *reformatory system* e nella *indeterminate sentence*, perché, almeno secondo l'argomento prevalente, fino al *verdict* l'imputato conserva tutte le guarentigie: a quel punto, dopo la condanna, le tutele possono anche essere attenuate, poiché non si tratta più di proteggere un presunto innocente, ma di rieducare un criminale accertato. La detenzione a tempo indefinito, inoltre, non sarebbe neppure un *cruel o unusual punishment*, poiché, nello spirito rieducativo che lo giustifica, esso tende a premiare il detenuto riabilitato e a responsabilizzarlo nel processo correzionale. La pena, secondo questa lettura, sarebbe non più un atto giudiziale, ma amministrativo, delegabile ad un corpo di esperti del trattamento, senza che ciò violi, nelle interpretazioni più evolutive, né la separazione dei poteri né il principio di uguaglianza.

Nel sistema continentale, e pur con qualche differenza anche in quello inglese, la lotta illuministica e rivoluzionaria per vincere ogni arbitrio nell'amministrazione della giustizia penale ha prodotto una storica resistenza ad attribuire poteri punitivi a soggetti, la cui discrezionalità non sia regolata dalla legge e da garanzie procedurali chiare in tutte le fasi del penale, esecuzione inclusa. L'idea di legalità europea espressa nel *nullum crimen nulla poena* ha, come noto, un

carattere sostanziale, a differenza di quella anglo-americana prevalentemente processuale legata al *due process* <sup>(97)</sup>: nello specifico ambito della pena investito dal movimento per l'individualizzazione, tuttavia, gli ordinamenti europei sembrano molto più convinti che anche nel momento dell'esecuzione occorranzo garanzie giurisdizionali, considerando non sufficiente una previsione legislativa dei limiti e delle forme possibili di sanzione. Pur ammettendo, come fanno molti positivisti, che il giudice non possa prevedere al momento della condanna il tempo e i modi necessari per la rieducazione nei singoli casi, questa considerazione non conduce ad una riduzione delle responsabilità del giudiziario, ma, al contrario, ad una sua estensione, e porta a teorizzare la necessità di un 'tribunale del carcere' o 'dell'esecuzione' ben prima che la proposta circoli anche negli Stati Uniti <sup>(98)</sup>. Nello stesso tempo, la procedura europea pone molti meno ostacoli alla valutazione della personalità dell'imputato durante il giudizio, non conoscendo la *undue prejudice rule* che, come visto, facilita in un certo senso la logica bifasica della procedura americana.

Tecniche, modi e tempi dell'individualizzazione sono diversi sulle due sponde dell'oceano: amministrativa, pur entro i limiti di un'indeterminatezza relativa, quella americana, giudiziaria quella europea. Alla radice di tale distinzione ci sono due difformi concezioni delle garanzie costituzionali e della legalità penale. Costruito per arginare con la forza della legge gli abusi del potere amministrativo, lo Stato di diritto impone una separazione dei poteri che non prevede, nel diritto penale, spazi legittimi d'intervento per corpi

---

<sup>(97)</sup> Cfr. ad es. R.L. MOTT, *Due process of law. A Historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the "law of the land"*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co, 1926, *passim*, ma specie pp. 589-604.

<sup>(98)</sup> È in questo senso che deve essere interpretato il dibattito francese sull'attribuzione della competenza in materia di carceri al Ministero della Giustizia o degli Interni, decisa a favore del primo con una legge del 1911; sul tema cfr. C. CARLIER, *La balance et la clef. Histoire du rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice*, in « Criminocorpus, revue hypermédia » [En ligne], Varia, mis en ligne le 06 décembre 2011, consulté le 2 octobre 2012. URL: <http://criminocorpus.revues.org/943>; DOI: 10.4000/criminocorpus.943.

amministrativi, perché significherebbe svuotare il valore costituzionale del *nullum crimen nulla poena* <sup>(99)</sup>.

Questo non significa, però, che l'individualizzazione non trasformi profondamente il diritto e la procedura penale europea, modificando sia i doveri sia i poteri del giudice per consentirgli di commisurare la pena non al delitto ma al delinquente. E non significa neppure che il sistema europeo, formalmente più rispettoso della divisione di funzioni e più attento ad escludere l'esecutivo dall'amministrazione della giustizia penale, sia per questo più garantistico: il principio di legalità e il diritto alla giurisdizione riguardano solo il penale 'dei galantuomini', il penale 'alto', non quello 'di secondo livello', applicato al dissenso politico o alle classi pericolose, emarginate, povere, punite con pene sproporzionatamente severe con le quali l'ordinamento, come sintetizza Dorado, « *veut tuer des insectes à coups de canon* » <sup>(100)</sup>, o disciplinate con istituti di polizia preventiva nell'ambito dell'azione amministrativa e di pubblica sicurezza <sup>(101)</sup>.

---

<sup>(99)</sup> Per un inquadramento teorico dello Stato di diritto e del sistema di limiti che esso comporta, si rinvia qui a P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a c. di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170; R. BIN, *Stato di diritto*, in « Enciclopedia del diritto », Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1149-1162; M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e stato di diritto*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 5*, Seminario 1994, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 25-32; G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and Its Core*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 17-42.

<sup>(100)</sup> DORADO, *Rapport présenté sur la première question*, cit., p. 66.

<sup>(101)</sup> Su tale doppio livello di legalità cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a c. di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551 ed ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 591 ss, specie 591-596; L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo, 1865-1913*, Milano, Giuffrè, 1990; Id., *I diritti della storia e la storia dei diritti: riflettendo sul processo penale nell'Italia repubblicana*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a c. di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio. Ferrara, 12-13 novembre 2010*, Milano, Giuffrè, 2011, specie pp. 89-92; MARTIN, *Criminalidad política y peligrosidad social*, cit., D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 891-933; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, specie pp. 223-260.

Le solenni dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti naturali prestatuali hanno ceduto il posto, nel corso dell'Ottocento, alla dottrina statualista dei diritti pubblici soggettivi, alla luce della quale l'assolutezza delle libertà individuali trova un necessario bilanciamento e un inevitabile limite nell'interesse generale e nell'ordine pubblico. « En principio », spiega De Asua nel testo della sua quarta conferenza all'Università di Buenos Aires del 1923, non esiste alcun conflitto tra le esigenze del moderno diritto penale, che possono rappresentare un limite alla libertà del soggetto, e le conquiste politiche di fine Settecento, poiché nel momento attuale, affondata (*bundida*) ormai la convinzione in un diritto naturale e respinta (*rechazada*) la concezione super-statuale dei diritti individuali, « la doctrina de éstos se construye dentro del Estado, con reconocimiento de que motivos de utilidad general pueden restringir el ejercicio de esos derechos »<sup>(102)</sup>. L'inflessibilità del principio *nulla poena sine lege*, elevato a categoria dogmatica dalla profonda sfiducia nei confronti del potere giudiziario soprattutto da parte della cultura francese postrivoluzionaria, ha subito, nella seconda metà dell'Ottocento, importanti attenuazioni: il riconoscimento degli errori provocati da un sistema così rigidamente egualitario e dell'inutile ambizione legislativa di poter prevedere ogni caso, ha aperto « considerables brechas » nel muro legalitario<sup>(103)</sup>, grazie alle quali sono stati introdotti istituti come la grazia, le circostanze attenuanti e aggravanti, la libertà e la condanna condizionali, i metodi rieducativi per i delinquenti minori.

Il 'nuovo diritto penale' a base criminologica « es ambicioso »: non si accontenta di aver invaso il vecchio principio di legalità con quei 'coloni nemici', « y aspira a seguir demoliéndolo con institutos más audaces »<sup>(104)</sup> che già hanno guadagnato, in paesi più progressisti della Francia, dignità legislativa, come il riconoscimento di un

---

<sup>(102)</sup> L.J. DE ASUA, *El concepto moderno del Derecho penal y las garantías de los derechos individuales. Cuarta conferencia*, in ID., *El nuevo código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del derecho penal. Conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires durante los meses de junio, julio y agosto de 1923 y agosto de 1925*, Madrid, Editorial Reus, 1928, p. 129.

<sup>(103)</sup> Ivi, p. 131.

<sup>(104)</sup> Ivi, p. 132.

più ampio arbitrio giudiziale, la pena indeterminata e la rilevanza giuridica dello stato di pericolosità del delinquente. Nel primo caso, sia l'individualizzazione della pena, sia il concetto di pericolosità rinviano necessariamente all'arbitrio del giudice: « los fantasmas vuelven », il rischio della discrezionalità e delle ingiustizie di antico regime ritornano poiché il magistrato, nella scelta del trattamento e nella determinazione della sanzione « puede cometer abusos contra los que es preciso prevenirse » (105). La sentenza indeterminata, anche nella forma relativa, « significa otro serio peligro para la libertad individual » (106), perché il reo sfortunato può vedersi prolungare il periodo di detenzione più del necessario, mentre il condannato influente, capace di corrompere in qualche modo il personale penitenziario, è liberato anticipatamente. Ma è soprattutto il concetto di pericolosità, tema caro al giurista spagnolo, il punto di maggiore frizione con il principio di legalità: la « fórmula de peligrosidad », criterio essenziale e unico per il trattamento penale preventivo, implica l'impossibilità di stilare un catalogo completo di situazioni pericolose, poiché la pericolosità « es un concepto subjetivo y cada hombre determinado será un caso distinto y peculiar ». Le garanzie dei diritti individuali, rappresentate tanto dalla definizione del reato (*nullum crimen*), quanto dalla corrispondente previsione della pena (*nulla poena*), « reciben rudo golpe » (107), ancora più decisivo nel caso di misure di sicurezza senza delitto.

La difesa ad oltranza del *nulla poena* da parte, soprattutto, dei giuristi transalpini (108), sembra l'estremo tentativo di preservare, con una battaglia di retroguardia destinata inesorabilmente alla sconfitta, il modello individualista liberale ormai incapace di reggere

---

(105) Ivi, p. 139.

(106) Ivi, p. 140.

(107) Ivi, pp. 137, 138.

(108) Tra questi, cfr., per es., E.A. GARÇON, *Le droit pénal. Origines — Évolution — État actuel*, Paris, Payot, 1922, specie p. 97, dove si afferma che « en droit criminel, les réformes de la Révolution demeurent inattaquables, et paraissent devoir rester définitives », e p. 159, dove la legalità e i suoi corollari sono difesi e considerati come i progressi che i penalisti « ont aujourd'hui le devoir de ne pas laisser compromettre. Ils ont été trop chèrement achetés pour qu'on souffre qu'on y puisse porter aucune atteinte. Nous devons veiller en particulier à la garde de ces principes de droit public qui garantissent la liberté individuelle ».

alle pressioni della complessità sociale d'inizio secolo e inadeguato a rispondere ai nuovi scopi della pena <sup>(109)</sup>. Pertanto, secondo De Asua, dato ormai come necessario e inevitabile un ridimensionamento della funzione della legalità, « lo que convien meditar es hasta qué punto debe proseguir la destrucción » <sup>(110)</sup>: le nuove sfide della penalistica non vertono più sulla solenne proclamazione del principio e dei suoi corollari, ma sulla giustificazione di una sua difesa minimale, sul mantenimento della regola, ripensata alla luce del paradigma dell'individualizzazione, per non annullare in modo assoluto le garanzie penali. La soppressione totale del *nullum crimen nulla poena* si può concepire solo assumendo due prospettive parimenti estreme: quella totalmente votata alla difesa sociale, tale da assimilare il delinquente ad una belva, o quella in cui predominano le considerazioni sulla qualità dell'individuo, al punto da identificare il criminale con un malato o un bambino.

Il problema politico è « *conciliar el interés individual de libertad, con el social de la defensa* » <sup>(111)</sup>, individuare un punto di equilibrio tra il processo di criminalizzazione e le garanzie personali, tra il penale in formazione, che assume a proprio fondamento non la tutela dell'individuo ma della società, e le libertà dei soggetti. Il principio di legalità, ridisegnato entro le coordinate del penale positivista, può giocare un ruolo ancora fondamentale per impedire che l'uomo delinquente o pericoloso sia schiacciato dall'apparato punitivo e relegato in un'anormalità priva di ogni garanzia.

#### 8. *Le misure di sicurezza come Zweckstrafe.*

Nei primi decenni del Novecento, quando i legislatori e la scienza giuridica del continente progettano riforme dei codici penali, l'*indeterminate sentence* non è neppure presa in considerazione e la discussione si focalizza sulle modalità che consentono di rendere

---

<sup>(109)</sup> La reazione contro il principio individualista, spiega De Asua (*El concepto moderno del Derecho penal*, cit., p. 138), non riguarda solo il diritto penale, ma più in generale tutto l'assetto del diritto pubblico liberale, come dimostrano le battaglie del sindacalismo e del socialismo contro l'individualismo rivoluzionario.

<sup>(110)</sup> *Ibidem*.

<sup>(111)</sup> Ivi, p. 141.

compatibile il margine d'indeterminatezza delle misure di sicurezza con le regole e le garanzie del penale 'in formazione', ma pur sempre entro i presupposti dello Stato di diritto. Il problema centrale del modernismo penale, particolarmente evidente nell'indeterminatezza della sanzione, tanto nella forma radicale americana quanto nel doppio binario europeo, resta quello del conflitto tra le nuove istituzioni punitive e le guarentigie dei diritti individuali. Il compito della dottrina consiste nella progettazione di strumenti ed istituti capaci di controbilanciare i rischi innescati dalla flessibilità della pena individualizzata: anche chi, come De Asua, è convinto che in linea di principio non vi sia alcun contrasto necessario tra riforme e tutele, ammette che in pratica vi sia la possibilità « d'abus et de procédés arbitraires » ed occorra perciò individuare le modalità per evitarli <sup>(112)</sup>.

Riferendosi ancora alla possibilità di introdurre la sentenza indeterminata, il giurista spagnolo vede nel sistema *relativo* una possibile soluzione al problema, poiché il limite minimo funzionerà « comme garant de la finalité intimidante de la peine » e quello massimo « comme sauvegarde de la liberté de l'homme »; tali termini, non logici dal suo punto di vista ma opportuni per trovare un compromesso con i giuristi più scettici, dovranno essere molto ampi, così da consentire al giudice di fissare la durata della pena in funzione dello stato di pericolosità del reo rivelato dalle sue condizioni antropologiche e dalla condotta antecedente. È, tuttavia, nella scelta dell'autorità che dovrà fissare un termine al trattamento « que réside le secret de garantir le droit individuel de liberté »: su questo punto De Asua propone l'istituzione di una commissione divisa in tre corpi consultivi, uno medico-antropologico, uno giuridico (composto di avvocati, magistrati, giuristi, difensore e accusatore) ed uno amministrativo (composto dal direttore e da funzionari dello stabilimento detentivo). Quando si tratterà di decidere la liberazione del condannato, ogni corpo analizzerà separatamente, in base alle proprie competenze e conoscenze, la situazione del criminale, redigerà un rapporto e lo invierà al giudice o al tribunale che ha pronunciato la condanna. Sarà questa autorità giudiziaria a prendere la decisione

---

(112) DE ASUA, *Rapport sur la troisième question*, cit., p. 241, nt. 2.

finale, analizzando i tre rapporti, confrontandoli e bilanciando le diverse informazioni ricevute. Tale sistema, per assicurare la pienezza delle garanzie al diritto di libertà, richiede altre sei condizioni: la preparazione tecnica del giudice; adeguati stabilimenti adatti alla riforma e case di lavoro; personale penitenziario tecnicamente formato; insegnamento di un mestiere o professione come condizione della liberazione del condannato; liberazione condizionale; successiva attività di patronato per sorvegliare e proteggere il condannato dopo il rilascio <sup>(113)</sup>.

I campi di tensione sono essenzialmente due, i medesimi che fin da subito avevano reso problematica l'applicazione della pena indefinita e sollevato dubbi di costituzionalità, ossia il contrasto con il principio di legalità e la violazione della divisione dei poteri nell'esecuzione della sanzione. Come, nell'esperienza giuridica continentale, l'indeterminazione legale della pena è inconcepibile, « elle serait l'abdication de la loi; elle aboutirait à l'anarchie » <sup>(114)</sup>, così anche quella giudiziaria deve essere contenuta entro limiti compatibili con il principio della separazione dei poteri. Qualora la legge attribuisca il compito di stabilire il *quantum* della pena al giudice, questi agisce sempre come un rappresentante della legge stessa e se rende una sentenza indeterminata « ce serait manquer à son devoir, et livrer le coupable, que la société lui confie, à une autorité, à laquelle elle n'a pas voulu — et cela, expressément — le confier »: l'essenza del potere giudiziario è di non poter essere delegato all'esecutivo e a suoi agenti, perché tale delega sarebbe « la négation du principe de la séparation des Pouvoirs » <sup>(115)</sup>. La decisione del magistrato non potrà che essere relativamente indeterminata, con il limite minimo stabilito e con la possibilità di aumentare o diminuire il massimo entro le soglie previste *ex lege*, con il giudice che continua sempre « à suivre, à contrôler le condamné, et à participer » alle misure prese durante l'esecuzione <sup>(116)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> Ivi, pp. 242-245.

<sup>(114)</sup> M. IHSAN ZOHDI, *De la sentence indéterminée ou de l'indétermination dans la sentence*, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1927, p. 197.

<sup>(115)</sup> Ivi, p. 198.

<sup>(116)</sup> Ivi, p. 199. L'A. critica il paragone tra criminale e malato, giudicandola erronea e rischiosa, così come ritiene una « abstraction dangereuse » (p. 205) la

I teorizzatori delle misure di sicurezza cercano di trovare contrappesi e limiti che consentano al nuovo istituto di rispondere alle esigenze securitarie di difesa sociale senza, però, infrangere le regole del penale liberale. Il sistema del doppio binario (*Zweispurigkeit*), spiega Carl Stooss con riferimento al progetto di codice penale svizzero <sup>(117)</sup>, non sostituisce le pene con le misure di sicurezza creando un unico genere di sanzione, né adotta in modo generalizzato il principio dell'indeterminatezza; i due tipi di provvedimenti devono essere tenuti distinti, perché diversi nella sostanza, nello scopo e, conseguentemente, nelle caratteristiche tecnico-applicative.

La pena, *Vergeltungsstrafe*, è retributiva e guarda al passato, la misura di sicurezza, *Zweckstrafe*, è una pena di scopo rivolta al futuro; la prima punisce un fatto di un autore responsabile, la seconda agisce come strumento di prevenzione contro la pericolosità di un soggetto di cui il fatto commesso non è che un sintomo; la

---

considerazione esclusiva della difesa sociale e della temibilità del reo, e avverte come nel regime della sentenza indeterminata i magistrati e i funzionari, ovvero gli individui, gli uomini, giochino un ruolo troppo grande, e la legge un ruolo troppo piccolo: « c'est la proportion inverse qui restera encore longtemps la vérité, à moins que les hommes ne soient parfaits et qu'il n'y ait plus du tout besoin de lois, ni de juges, ni de prisons » (p. 201).

<sup>(117)</sup> Nel 1888 Carl Stooss è incaricato dal Consiglio federale svizzero di preparare un codice penale unitario per mettere ordine nella caotica situazione legislativa dei vari cantoni; il giurista bernese lavora a vari progetti contribuendo all'elaborazione scientifica di un codice moderno, che, tuttavia, dopo numerose modifiche, vedrà la luce solo nel 1942. Il suo apporto dottrinale nei vari progetti esercita un'importante influenza su tutto il movimento codificatorio riformista di matrice continentale, in particolare nella costruzione teorica delle misure di sicurezza. I lavori preparatori al codice sono accompagnati da un'inchiesta sui delinquenti incorreggibili istituita da Louis Guillaume, direttore dell'ufficio di statistica ed esperto di discipline penitenziarie, dalla quale emerge la critica alle pene carcerarie brevi e la proposta di pene di lunga durata determinata o indeterminata per gli incorreggibili (cfr. L. GUILLAUME, *Les récidivistes et le Code pénal suisse. Opinions des directeurs de pénitenciers de la Suisse*, in « Revue Pénale Suisse », 6, 1893, pp. 292-312). Ferri (*Inchiesta svizzera sui delinquenti incorreggibili*, in « La Scuola Positiva », 3, 1893, pp. 838-843 poi in Id., *Studi sulla criminalità*, cit., pp. 574-579) vede nell'esito dell'indagine « un vero plebiscito in favore delle proposte sostenute dalla scuola positiva [...] Proposte però, che non possono avere completa, razionale e feconda applicazione che in un sistema di difesa sociale, preventiva e repressiva, logicamente ispirato alle induzioni scientifiche della scuola positiva e che minacciano invece di restare infeconde e abortite quando siano innestate sul vecchio tronco tarlato della scienza e della pratica penale classica » (p. 578).

prima presuppone una fattispecie legalmente definita e una sanzione generale vincolante per il giudice, la seconda non consegue ad un fatto tipizzato dalla norma né corrisponde proporzionalmente ad una valutazione del suo disvalore ma dipende dalla condizione (*Zustande*) della persona; la prima ha forme e tempi predeterminati e rigidi, mentre il modo (*Art*) e la durata (*Dauer*) della seconda dipendono dallo scopo (*Zweck*) e dal risultato (*Erfolg*) del trattamento <sup>(118)</sup>. A differenza sia delle proposte più radicali che provengono dagli *psychiatrischen Kriminalpolitiker* come Kraepelin e Aschaffenburg, sia delle posizioni più progressiste sostenute nell'IKV per l'unificazione delle misure punitive nel segno dello scopo preventivo di difesa sociale, la proposta dello svizzero, destinata poi a divenire il modello delle codificazioni continentali, considera le *sichernde Massnahme* come « ein zweites Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens » <sup>(119)</sup>, come un'arma aggiuntiva e non sostitutiva nel contrasto alla criminalità.

In questi termini la legalità è rispettata, non solo perché il principio *nulla poena sine lege* continua ad essere applicato alle pene, ma perché, pur in forma attenuata, copre anche le misure di sicurezza: se, infatti, la flessibilità in funzione della pericolosità e dell'efficacia del trattamento riabilitativo ne vanifica la determinatezza, le misure sono comunque quelle previste dal legislatore, tra le quali il giudice avrà facoltà di scegliere la più idonea nel singolo caso, e presuppongono sempre l'accertamento del fatto di reato quale indispensabile elemento sintomatico della pericolosità <sup>(120)</sup>.

---

<sup>(118)</sup> Cfr. C. STOOS, *Strafe und sichernde Massnahme*, in « Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht », XVIII, 1905, pp. 2-3; Id., *Zur Natur der sichernde Massnahme*, in « Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform », VIII, 1911, pp. 368-374. La tesi dualista è poi sviluppata anche da F. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, Guttentag, 1914, secondo il quale, nella nozione di diritto criminale, più estesa di quella di diritto penale, rientrano sia la pena, con funzione di prevenzione generale, sia la misura di sicurezza, cui spetta la prevenzione speciale.

<sup>(119)</sup> STOOS, *Strafe und sichernde Massnahme*, cit., p. 4.

<sup>(120)</sup> Su questo aspetto cfr. anche la relazione di Hafter al congresso di Londra del 1925, in *Actes du Congrès...Londres, Rapports sur les questions du programme*, cit., p. 281, dove, spiegando l'art. 40 del progetto di c.p. svizzero del 1918 secondo il quale, in caso di condanna di un delinquente abituale, il giudice prima accerta il reato e stabilisce la pena, poi può decidere di sostituire la pena con la misura di sicurezza consistente

Anche in riferimento al secondo problema, quello della distribuzione di competenze tra giudiziario ed amministrativo, la proposta di Stooss cerca un compromesso che non stravolga la tradizionale ripartizione. Le misure di sicurezza, secondo lo svizzero, attribuiscono al giudice anche funzioni amministrative (*verwaltungsrechtlichen Funktionen*); non ci sarebbe nulla di strano in tale allargamento di competenza, dal momento che il giudice penale nel processo è chiamato a prendere anche decisioni di diritto civile connesse con la causa criminale e che la scelta tra pena e misura di sicurezza non sarebbe sostanzialmente diversa da quella tra pena e risarcimento del danno. Si riconoscono al giudiziario facoltà allargate, ma non si esce comunque dalla sfera della giurisdizione: non si delega l'irrogazione della misura di sicurezza dalla durata indefinita ad un corpo amministrativo, né in sostituzione della pena né come sanzione supplementare in caso di persistente pericolosità del reo, ma si attribuiscono al giudice sia la competenza di decidere se applicare la misura *al posto* della pena, evitando un'inutile doppia privazione della libertà dovuta alla possibilità di sommare l'una all'altra, sia il compito di vigilarne l'esecuzione <sup>(121)</sup>.

Nel dibattito della penalistica italiana tra il codice Zanardelli e il Rocco, vi è la consapevolezza che il tema delle misure di sicurezza rischi di stravolgere i fondamenti del diritto punitivo. È il rapporto tra pericolosità e reato il nucleo teorico su cui si confronta la scienza giuridica, il punto determinante per tracciare il volto nuovo della disciplina. Nella prospettiva dei novatori, pena e misura di sicurezza sono assimilate perché, per un verso, « nel moderno diritto criminale

---

nell'invio *dans une maison d'internement* per un minimo di cinque anni e con la possibilità poi di applicare la liberazione condizionale, precisa che il giudice non può direttamente decidere l'internamento perché « la peine est encore combinée avec la mesure de sûreté, au moins dans le jugement. Il faut remarquer que l'idée qu'il s'agit d'un individu responsable, ayant commis coupablement un délit, a été retenue ».

<sup>(121)</sup> Le posizioni della dottrina continentale su questi punti non sono uniformi e le legislazioni adottate riflettono tali divergenze: le misure di sicurezza, come visto, non sono sempre previste come mezzi di prevenzione, curativi o eliminativi, che *sostituiscono* la pena, ma sono in molti casi considerate e codificate come strumenti di difesa sociale che, in alcune circostanze (condanne per reati gravi, delinquenti particolarmente pericolosi), si *aggiungono* alla pena, sul modello norvegese, inglese e poi anche italiano nel codice del 1930.

il reato è in modo preminente assunto come causa di pericolo sociale costituito dalla probabilità di recidiva » (122), e, per altro verso, la sanzione criminale non deve essere misura né dell'imputabilità del reo né del nesso causale tra azione e fatto, ma della pericolosità soggettiva, rispetto alla quale il reato ha solo un primario valore sintomatico (123). La lettura ferriana dei progetti di codice penale svizzero dell'aprile del 1908, austriaco del settembre 1909 e tedesco dell'aprile 1909 tende, per esempio, ad accentuare la sua tesi di progressiva assimilazione di pene e misure di sicurezza entro la comune, ampia nozione di « giurisdizione repressiva »: entrambe « presuppongono un fatto delittuoso per essere applicate », sono proporzionate non alla gravità del fatto ma alla personalità antisociale del reo, « hanno gli stessi scopi di prevenzione generale (intimidazione) e speciale (segregazione) », hanno entrambe una durata indefinita perché le stesse pene fisse, attraverso la condanna condizionale e la liberazione condizionale, « divengono a tempo indeterminato come le misure di sicurezza », producono entrambe lo stato di recidiva, ed il giudice può, per lo stesso delitto e lo stesso delinquente, sostituire la misura di sicurezza alla pena. Nei tre progetti, secondo Ferri, si realizzerebbe la proposta 'di sociologia criminale' da lui avanzata fin dalla costituzione della scuola positiva, « e cioè che ogni pena è una misura di sicurezza come ogni misura di sicurezza è una pena » (124).

Il rischio di far dipendere la sanzione da un elemento incerto o solo probabile, di aprire la porta all'arbitrio giudiziale nella valutazione degli indicatori della temibilità, sarebbe in realtà evitato proprio dal principio di legalità che, estendendosi, verrebbe di fatto a tipizzare la pericolosità, a « fissare legislativamente, e cioè in modo obbligatorio per il giudice, quale sia il preciso valore sintomatico dei

---

(122) F. GRISPIGNI, *Introduzione alla sociologia criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 168.

(123) Una tesi più cauta, mirata a conciliare il criterio della pericolosità con la teorica della causalità adeguata poiché ritenuta quella meno astratta, aderente al vario atteggiarsi dell'evento, recettiva dell'esperienza collettiva e dei dati della realtà quotidiana, è espressa da E. FLORIAN, *Causalità e pericolosità*, in « La Scuola Positiva », n.s., IV, 1924, pp. 304-311. Su posizioni radicali invece G. SABATINI, *La pericolosità criminale come stato subiettivo criminoso*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1921, pp. 253-262, dove eleva la pericolosità criminale ad una forma speciale di reato.

(124) FERRI, *I progetti preliminari di codice penale*, cit., p. 569.

singoli reati, ed anche dei singoli elementi di questi » (125). Un aggiornato *nullum crimen*, dunque, rivisitato dai positivisti ma conservato, capace di predeterminare perfino i criteri di valutazione di uno *status* soggettivo. Rispetto a tale teoria le obiezioni sono numerose: non si discute più la combinazione di mezzi di prevenzione e di repressione nella lotta contro il delitto, ma, nell'unitaria funzione di tutela della società, si cerca di preservare una distinzione tra pena e misura di sicurezza, sia nei presupposti applicativi sia nei destinatari. Il criterio distintivo viene trovato, da alcuni, nel « concetto di imputabilità, o forse più esattamente di capacità giuridica penale »: solo a chi è riconosciuto privo di tale capacità la misura di sicurezza sarebbe applicabile, come mezzo di cura (per infermi di mente, alcolizzati), di correzione o rieducazione (minori, sordomuti), come *extrema ratio* di difesa sociale a scopo eliminativo contro individui socialmente pericolosi (recidivi abituali, oziosi, vagabondi). Questa differenza di fondo giustificherebbe poi anche i rigidi caratteri della pena (giurisdizionalità, irrevocabilità, determinatezza) rispetto alla misura di sicurezza che può essere a tempo indeterminato (126).

#### 9. *Il nulla poena sine crimine e la legalità della pericolosità.*

La questione dei confini della potestà punitiva s'incrocia con il tema dell'efficacia del principio di legalità nella divisione dei poteri: l'assegnazione delle misure di sicurezza al diritto penale o amministrativo implica, infatti, ricadute importanti sul significato della

---

(125) In questo senso cfr. F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in « La Scuola Positiva », s. IV, vol. IX, 1920, pp. 97-141, cit. nt. 3 p. 110; sul fatto che l'unità tra le due sanzioni non debba comportare nessuna diminuzione di garanzie per l'individuo, sempre protetto dall'ombrello legalitario, cfr. anche FERRI, *Giustizia penale e giustizia sociale*, cit., p. 30: « Ma, viceversa, nessuno può contestare che pene e misure di sicurezza debbono essere decretate dallo stesso legislatore, per lo stesso *jus imperii* ed applicate dalla stessa magistratura, in vista delle stesse necessità sociali, colle stesse garanzie di libertà individuale in accordo colle esigenze della difesa sociale ».

(126) Posizione espressa, in critica ai positivisti, da G. B. DE MAURO, *Le esigenze della politica criminale nelle condizioni presenti della scienza del diritto di punire*, in « Rivista Penale », LXXV, 1912, specie pp. 284-320, e più specificamente in ID., *Una nuova "Scuola" in diritto penale e la distinzione tra pene e misure di sicurezza*, estr. da « Studi Sassaresi », Sassari, Giovanni Gallizzi, 1927, specie pp. 10-11 (da cui la cit.).

tipicità e della tassatività penale, così come comporta l'assegnazione al giudice di compiti valutativi nuovi, di discrezionalità maggiore. Ampliare la circonferenza del diritto criminale non può essere solo un'operazione di geografia normativa, ma comporta anche un complessivo ripensamento degli istituti chiave che subiscono profonde trasformazioni. Si scontrano due spinte contrapposte, una che si apre senza riserve al confronto con la pratica, disponibile ad adeguare le teorie in funzione delle concrete attese sociali, senza alcun timore di demolire le consolidate nozioni di reato, pena, responsabilità per impostare un nuovo sistema basato sul giudizio di pericolosità sociale, sull'individualizzazione della pena, su sanzioni a tempo indeterminato; l'altra che, pur riconoscendo la necessità di aggiornare il modello punitivo e di rendere più aderenti alla realtà le astrazioni teoriche, tende ad un'integrazione del diritto penale dall'esterno, affiancandogli strumenti preventivi amministrativi senza modificarne l'identità.

La logica garantista del principio di legalità è completamente piegata dai progressisti a nuovi obiettivi di politica criminale: il confine non è più quello segnato dal nesso legge/crimine/pena ma dall'accertata esistenza di un reato come minimo presupposto indispensabile per l'applicazione della generica 'sanzione criminale', inclusiva tanto della classica pena retributiva quanto della misura preventivo-rieducativa. Il brocardo latino che esprime la tenuta formale della regola è ora il *nulla poena sine crimine*, scelta che pone sì un freno rispetto alla possibilità di infliggere provvedimenti di natura penale sulla base di una pericolosità soggettiva desunta da comportamenti mai concretizzatisi in reati (o fatti di reato), ma che di fatto rinvia ad una logica capovolta rispetto al *nullum crimen*, senza offrire nessuna sostanziale garanzia sulla possibile estensione della nozione di reato. La pretesa di 'salvare' la legalità anche in un sistema fondato sul criterio della pericolosità rivela lo svuotamento del significato originario del principio; non solo è realisticamente improbabile pensare ad una tassativa 'normativizzazione' dei canoni valutativi della condizione di pericolosità penalmente rilevante, ma risulta anche illogico, nella prospettiva della difesa sociale, vincolare la sussistenza della pericolosità stessa all'accertamento di un precedente reato.

Non mancano, infatti, proposte che mirano a rompere anche questo ultimo tenue argine legalitario, liberando il giudizio di temibilità dal necessario presupposto del reato. L'esempio forse più significativo è dato in Spagna dalla *Ley de vagos y maleantes* del 4 agosto 1933, « autentica legge sulla pericolosità senza delitto »<sup>(127)</sup> che recepisce *in toto* la dottrina dualista propugnata dal suo artefice Luis Jimenez De Asua. Come racconta il positivista madrileni, è lui a ideare il provvedimento modificando l'originario progetto governativo, e stabilendo diverse ipotesi di pericolosità: alcune derivanti dal delitto, nelle quali il reato sia considerato un sintomo di personalità antisociale e sia sanzionato con una misura penale, avendo comunque come fine quello di porre il soggetto in condizione di non produrre ulteriori danni, « cioè riadattarlo o innocuizzarlo »; altre, invece, nelle quali la pericolosità è sganciata dalla commissione di un delitto. Anche in questa seconda ipotesi, per « correggere l'indice di pericolosità e per prevenire i delitti futuri », occorre adottare le misure di sicurezza come strumenti di cura, di rieducazione o di neutralizzazione. Nella legge vengono, dunque, individuate categorie di soggetti pericolosi « sulla base di attività antisociali e immorali », i quali presentano come denominatore comune « il regolare orrore al lavoro e la vita parassitaria a spese della fatica altrui »<sup>(128)</sup>.

L'applicazione delle misure anche in caso di pericolosità senza delitto, al termine di un processo che, pur sommario e con termini abbreviati, garantisce al soggetto pericoloso il diritto di addurre prove, di essere assistito da un difensore, di ricorrere contro la decisione giudiziaria, rappresentano, secondo De Asua, il compimento del sistema di difesa sociale<sup>(129)</sup>. La « legge di difesa sociale

---

<sup>(127)</sup> L.J. DE ASUA, *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto (La legge spagnola sui vagabondi e malviventi del 4 agosto 1933)*, in « La Giustizia Penale », 39, I, 1933, coll. 429-446 (citaz. col. 443); sulla stessa norma cfr. anche G.A. BELLONI, *La legge "de vagos y maleantes", 4 agosto 1933, e i problemi della difesa sociale*, in « La Scuola Positiva », n.s. 14, 1934, pp. 156-161. Per una più ampia analisi della legge e del clima culturale e politico in cui viene introdotta, si rinvia a MARTÍN, *Criminalidad politica y peligrosidad social*, cit., pp. 919-935.

<sup>(128)</sup> DE ASUA, *Un saggio legislativo*, col. 431.

<sup>(129)</sup> De Asua indica come precedenti della legge spagnola il *Prevention of Crime Act* inglese del 1908, la legge svedese del 1928 sui delinquenti a responsabilità limitata

biologica » approvata in Spagna, precisa, « non è un attentato al liberalismo », non implica affatto l'adesione allo spirito autoritario del diritto penale che si sta affermando in Germania, ma, al contrario, « le leggi sulla pericolosità senza delitto concordano, più che non contrastino, coi sistemi liberali », poiché permettono di superare i vecchi metodi di polizia che consentivano gravi e incostituzionali violazioni delle libertà individuali, giurisdizionalizzando entro un regolare procedimento l'applicazione delle misure preventive di sicurezza <sup>(130)</sup>.

---

e i recidivi, la legge belga di difesa sociale del 9 aprile 1930 contro gli anormali e i recidivi, precisando però come « non vige tuttora in nessuna parte del mondo una legge come la nostra sulla pericolosità senza delitto » (ivi, col. 442). Solo in Argentina il progetto del 3 settembre 1924, mai approvato, ha cercato di legiferare congiuntamente sulla pericolosità delittiva e predelittiva, in modo peraltro confuso e criticato dallo stesso De Asua (cfr. ID., *Los proyectos de ley sobre el "estado peligroso"*, in ID., *El nuevo código penal argentino*, cit., pp. 316-319), il quale non condivide l'idea che le misure preventive contro la pericolosità senza delitto siano inserite dai redattori del Progetto come integrazioni del codice penale del 1922. Tale scelta genera dubbi sulla priorità dello stato di pericolosità o dell'eventuale reato commesso dal soggetto pericoloso, nonché sulle regole e le procedure applicative: sarebbe più conveniente incorporare nel codice gli stati di pericolosità rivelati da delitto, « regulando en una ley autónoma las variadas clases de individuos temibles no delincuentes, mediante un sistema mixto de concepto y categorías ejemplificadoras » (p. 319). Nello stesso senso, anche il progetto brasiliano del 1927 prevede, agli artt 245-246, una cauzione di sicurezza per i casi in cui si teme che un soggetto possa violare una norma o tentare di nuovo la commissione di un reato già provato prima senza esito: « esta medida tan sagaz, da acogida prudente al estado peligroso predelictual » (L.J. DE ASUA, *Un viaje al Brasil. Impresiones de un conferenciante, seguidas de un estudio sobre el derecho penal brasileño*, Madrid, Editorial Reus, 1929, p. 115).

<sup>(130)</sup> DE ASUA, *Un saggio legislativo*, cit., col. 446: « Ogni società ha diritto di difendersi dai soggetti temibili, anche prima che abbiano a delinquere. Affidando questa missione ai funzionari giudiziari, sarà meglio garantita la libertà umana, che non col sistema precedente, liberalissimo nelle leggi, e anticostituzionale e arbitrario nella pratica attuazione per parte della polizia e dei Governi ». Tale tesi era stata già più volte sostenuta dal giurista madrileno, nella costruzione teorica di un modello di Codice preventivo basato sulla nozione di pericolosità ma comunque idoneo a garantire i diritti dell'uomo contro possibili rischi di arbitrarietà. In questo senso cfr. in particolare ID., *Códigos del porvenir. Quinta conferencia*, in ID., *El nuevo código penal argentino*, cit., specie pp. 169-172, dove afferma che, oltre al limite alla discrezionalità offerto dalla catalogazione legislativa, comunque esemplificativa e non tassativa, « pero yo creo que la máxima defensa de los derechos individuales se conquista entregando al Poder judicial esta función preventiva, que jamás quedara abandonada a la Policía ».

È evidente come il processo di criminalizzazione in corso tra Otto e Novecento abbia modificato il senso liberale classico del principio di legalità, attenuandone la portata garantistica di matrice individualista e svuotandone alcuni corollari per fare spazio al fine di difesa sociale. Il continuo, intenso dibattito internazionale della scienza giuridica sull'individualizzazione, con la contrapposizione sempre più marcata tra l'approccio americano ed europeo, rivela un costante impegno nel costruire il penale del futuro senza rinunciare alla legalità, ma entro i confini di un *nulla poena* diverso. L'idea positivista di unificare pene e misure di sicurezza nella generale categoria delle 'sanzioni', includendo nel concetto di repressione anche le forme preventive di contrasto alla criminalità, non trova accoglimento nelle scelte legislative, che preferiscono aggiungere i complementi di pena alle tradizionali pene, considerando « *indispensable de compléter le système de peines par un système de mesures de sûreté pour assurer la défense social, là où la peine est inapplicable ou insuffisante* »<sup>(131)</sup>. Con la rara eccezione della legge spagnola *de vagos y maleantes*, si mantiene comunque il reato legislativamente previsto (e non la semplice pericolosità) come presupposto per ogni misura *penale* restrittiva della libertà individuale, e si estendono le garanzie formali della giurisdizione anche alle misure *praeter poenam*<sup>(132)</sup>. L'individualizzazione viene, così, assorbita nel sistema tradizionale liberale, modificandolo ma senza stravolgerlo nei presupposti fondamentali. Le misure di sicurezza ampliano lo spettro dei provvedimenti adottabili dal giudice, seguendo un binario non alternativo ma parallelo a quello delle pene ordinarie: se le pene, infatti, conservano fondamentalmente il loro carattere retributivo classico e sono solo in minima parte modificate dalle considerazioni criminologiche sul carattere del reo e dal fine della difesa sociale, le misure di sicurezza sono invece interamente modellate sulle propo-

---

<sup>(131)</sup> Questa è la prima parte della risoluzione sulla prima questione della sezione I (« Vu l'adoption toujours plus générale de mesures de sûreté, quelles seraient les plus aptes et comment les classer et les systématiser? »), adottata al Congresso penitenziario internazionale di Praga del 1930, consultabile in *Actes du Congrès pénal et pénitentiaire international de Prague, Août 1930*, vol. I b, *Programme des questions traitées*, Berne, Bureau de la Commission internationale pénale et pénitentiaire, 1931, p. 45.

<sup>(132)</sup> La medesima risoluzione adottata a Praga precisa che « *Elles sont appliquées par les tribunaux* » (*Ibidem*).

ste dei riformatori ed esplicitamente tendono a « emendare il delinquente, ad eliminarlo o a togliergli la possibilità di commettere altri reati » (133).

Dopo la pubblicazione del primo progetto di codice penale svizzero elaborato da Stooss nel 1893, i tentativi di riforma in area continentale, dall'Europa centrale ai Balcani, dalla Norvegia alla Cecoslovacchia all'Italia, così come molte leggi nei paesi latinoamericani (134), presentano come tratto fondamentale comune e peculiare l'elaborazione di codici fondati sul duplice sistema delle pene e delle misure di sicurezza. È un « *dualisme des méthodes* », come spiega Franz Exner, che caratterizza la storia della politica criminale europea del Novecento, sostituendosi al « *monisme* » precedente

---

(133) *Ibidem*. Una posizione nettamente conservatrice sulla nozione di pena è espressa nel 1911 da Arturo Rocco (*Il momento dello "scopo" nel diritto penale*, in « Rivista penale », 73, 1911, pp. 15-34), secondo il quale « la reazione penale, essendo una reazione né riparativa, né vendicativa, non può esser che una "reazione difensiva", una reazione a scopo di difesa, o, che è lo stesso, una difesa attuata mediante reazione. Questo concetto si esprime ugualmente, ma meno precisamente, dicendo che la pena è prevenzione mediante repressione (difesa repressiva) o, che val lo stesso, repressione a scopo di prevenzione » (p. 29). La pena è, dunque, « difesa sociale contro il pericolo della criminalità », ma si deve sempre misurare solo sul reato commesso, non può essere « trattamento del delinquente determinato unicamente dalla temibilità o pericolosità sociale del delinquente stesso » e la sua commisurazione si deve basare « sul grado di pericolo sociale risultante dal reato avvenuto ». La pena resta, per Rocco, « retribuzione del demerito sociale del reo » a questo proporzionato, e la pericolosità sociale non può sostituirsi alla colpa individuale, « ciò che porterebbe a considerare il reo come un "mezzo" nelle mani dello Stato allo scopo della difesa contro il pericolo della delinquenza avvenire » (p. 31).

(134) Tra queste De Asua (*Rapport sur la troisième question*, cit., p. 236) ricorda la legge del 21 settembre 1907 in Uruguay, che prevede un trattamento di sicurezza per certi delinquenti particolarmente pericolosi, il Codice penale argentino del 1922 che, ispirandosi alle regole europee, adotta le misure di sicurezza relativamente indeterminate, ed il « très moderne et excellent » Codice del Perù del 1924 che, oltre ad adottare un elastico indeterminismo dei mezzi di sicurezza, l'estende anche a certe pene come la relegazione. Per un quadro più completo delle codificazioni penali sudamericane profondamente influenzate dal positivismo criminologico europeo che adottano il sistema del doppio binario ed affiancano al criterio dell'imputabilità per le pene quello della pericolosità per le misure di sicurezza (tra cui, ad es., il *Código de Defensa Social* di Cuba ed il codice colombiano, entrambi del 1936, il codice messicano del 1931), cfr. L.J. DE ASUA, *Códigos penales iberoamericanos según los textos oficiales. Estudio de legislación comparada*, vol. I, Caracas, Ed. Andrés Bello, 1946, specie pp. 188-199 e 376-384.

che, combattendo il crimine con il solo mezzo delle pene, ha portato necessariamente « à un résultat incomplet ». Secondo il giurista viennese, o la pena ha per fine l'espiazione e l'intimidazione ed i suoi limiti e la sua esecuzione sono organizzati per ottenere questo effetto, rinunciando così, come l'esperienza dimostra, alla capacità di esercitare una prevenzione energica della recidiva, oppure, se essa si orienta giustamente verso questo fine, deve essere così severa da perdere ogni proporzione con il delitto commesso tanto da sembrare ingiusta. Inoltre, se si vuole combattere la recidiva attraverso la pena, si deve conseguentemente adottare il sistema della pena indeterminata, « mais pour diverses raisons (...) il y a en Europe, aujourd'hui encore, une forte opposition contre la peine indéterminée », mentre non vi sono obiezioni alla durata non predeterminata delle misure di sicurezza: « le postulat nécessaire de l'introduction de la sentence indéterminée est donc seulement réalisable aujourd'hui pour autant que les mesures de sûreté sont incorporées dans les législations »<sup>(135)</sup>.

Tra gli anni Venti e Trenta del Novecento è ormai chiaro come l'unica forma con cui il principio dell'indeterminatezza può essere accolto nella cultura giuridica e nella legislazione continentale è quella delle misure di sicurezza all'interno del doppio binario, affiancando alle pene le misure « strictement orientée vers la prévention spéciale », attuata o « par la correction » o, qualora il trattamento rieducativo sia inutile o impraticabile, « en mettant les mal-faiteurs hors d'état de nuire à la société »<sup>(136)</sup>. Dopo decenni di

---

<sup>(135)</sup> F. EXNER, *Rapport sur la Première question, Première section*, in *Actes du Congrès pénal et pénitentiaire international de Prague, Août 1930*, vol. II, *Rapports sur les questions du programme de la première section: Legislation*, Berne, Bureau de la Commission internationale pénale et pénitentiaire, 1930, pp. 17-18. Lo stesso Autore, commentando nel 1933 il progetto di legge per introdurre nel sistema penale tedesco, a fianco alle pene, le *bessernde und sichernde Massnahmen*, potenzialmente a tempo indeterminato, ribadisce come « the indefinite sentence, in use in America [...] has not been included in the bill. In view of the ideal of individual freedom we are still afraid to leave the power to determine punishment in the hands of the penal administrative body — in other words to administrative office. Only the judge should be empowered to measure the penalty » (*Development of the Administration of Criminal Justice in Germany*, in « JAICLC », 24, 1, 1933, p. 250).

<sup>(136)</sup> EXNER, *Rapport sur la Première question*, cit., p. 18 (corsivo nel testo).

confronto dottrinale, l'originaria idea europea, sostenuta per esempio da van Hamel fin dagli anni Ottanta dell'Ottocento, di trasformare la detenzione a tempo indefinito in una misura supplementare di difesa sociale, di riforma o di sicurezza, trova una definitiva sistemazione.

10. « *What a vast gulf separates the two conceptions* »: indeterminate sentence e *misure di sicurezza*.

Il Congresso penitenziario internazionale celebrato a Londra nel 1925 dedica una questione all'applicazione del principio della pena indeterminata nel contrasto alla recidiva anche per i reati meno gravi <sup>(137)</sup>. La scienza giuridica continua a confrontarsi sui limiti e le concrete modalità attuative dell'individualizzazione, anche se i *reports* e la discussione assembleare sanciscono ormai apertamente la profonda frattura tra il riformismo americano e quello europeo. La risoluzione finale sul terzo quesito rinvia, infatti, alle leggi dei singoli stati ed alle specifiche condizioni nazionali sia la scelta sull'apposizione di un limite massimo della pena prefissato *ex lege*, sia la determinazione delle garanzie e delle regole per la liberazione condizionale <sup>(138)</sup>. La consapevolezza delle peculiarità dei diversi ordinamenti prevale sull'ambizione di raggiungere un uniforme accordo dottrinale con una condivisa decisione dal valore programmatico sui cambiamenti da realizzare. Il principio generale della personalizzazione della sanzione, generalmente accolto, deve essere poi necessariamente coniugato in forme diverse, corrispondenti alle tradizioni giuridiche di ciascuno Stato, ai modelli processuali, al diverso peso attribuito alle garanzie individuali o alla sicurezza

---

<sup>(137)</sup> È la terza questione della prima sezione sulla legislazione.

<sup>(138)</sup> Il testo della risoluzione votata è: « The indeterminate sentence is the necessary consequence of the individualization of punishment and one of the most efficacious means of social defense against crime. The laws of each country should determine whether and for what cases there should be a maximum duration for the indeterminate sentence fixed beforehand. There should in every case be guarantees and rules for conditional release with executive adaptations suitable to national conditions ». Per una sintesi del congresso, cfr. ad es. A.W. BUTLER, *Ninth International Prison Congress*, in « JAICLC », 16, 4, 1926, pp. 602-609.

sociale, alla concezione culturale della pena come essenzialmente retributiva o rieducativa <sup>(139)</sup>.

Nel discorso d'apertura Ruggles Brise, acclamato presidente del congresso, pone come problema fondamentale della 'questione penitenziaria' la prevenzione della delinquenza, e riconosce come, da Lombroso in poi, molti progressi siano stati fatti grazie al contributo della *mental science* e degli studi sui metodi profilattici della criminalità. Uno spirito di *penal invention* ha orientato il cammino delle riforme a livello internazionale, animato dalla crescente consapevolezza del fallimento dei vecchi metodi punitivi e dalla convinzione della loro incapacità di proteggere adeguatamente la società dai delinquenti. L'inglese ritiene che la condanna condizionale e la pena indeterminata siano le due principali invenzioni degli ultimi cinquant'anni: la prima, nelle due forme del *sursis* in Europa e del *probation* nel sistema anglo-americano, ha origine sia nel desiderio naturale di concedere un'altra opportunità ai *first, petty* e *occasional offenders*, sia nella convinzione maturata nella pubblica opinione dell'inutilità della c.d. dosimetria penale, ovvero della stupidità delle pene brevi applicate automaticamente ad ogni tipo di reato. La *indeterminate sentence* è americana nel nome e nell'origine, « but the idea of "indetermination", as a *mesure de sûreté* has been discussed in Europe for many years, and the phrase has a different meaning in America and Europe » <sup>(140)</sup>. Sul continente si è tradotta nella relegazione perpetua per i delinquenti socialmente inadattabili, oltreoceano connota il movimento di protesta contro le pene rigidamente prefissate dalla legge senza alcun riguardo per la personalità dell'offensore. Appare ovvio — continua Ruggles Brise — « what a vast gulf separates the two conceptions », e la storia dei congressi penitenziari mostra « what a confusion has arisen from a misunder-

---

<sup>(139)</sup> Lo riconosce chiaramente l'inglese William John Henry BRODRICK nel suo rapporto generale all'assemblea, in *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Londres, Août 1925, Procès-verbaux des séances*, vol. I a, Berne, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1927, *Séance du vendredi, 7 août 1925*, p. 95: « Les systèmes judiciaires et administratifs des différents pays sont tellement variés qu'il faudra sans doute résoudre cette question en laissant à chaque nation sa pleine liberté d'action ».

<sup>(140)</sup> E. RUGGLES BRISE, *Discours* in *ivi, Séance solennelle d'ouverture, Mardi 4 août 1925*, p. 31.

standing of the phrase » (141). Nella discussione del congresso londinese, tiene a precisare il presidente dell'assemblea, il termine esprime semplicemente il principio della misura di sicurezza per i rei *socially unadaptable*, siano essi persone che con atti ripetuti causano problemi e disturbi alla comunità come i vagabondi o gli ubriachi, o soggetti i quali, persistendo in crimini gravi, rappresentano un terrore e una minaccia per lo Stato. I vari *reports* mostrano, infatti, che *the principle of a mesure de sûreté* come strumento di protezione contro il pericolo di recidivismo in ogni genere di reato, sia grave sia lieve, si sta diffondendo sempre più in molti stati europei e sud americani, tanto da essere recepito in diversi nuovi progetti di codice penale.

Rispetto ai precedenti congressi penitenziari o alle sedute della IKV, dove la nozione d'indeterminatezza era discussa con riferimento all'originale formula statunitense, ora si considera un dato acquisito il suo doppio significato in riferimento all'applicazione che ne viene fatta. Alla *manière américaine*, che pensa sempre alla trasformazione possibile dell'individuo ed è assolutamente ottimista, si contrappone la *conception continentale*, piuttosto pessimista perché riferita soprattutto ai soggetti che non sembrano emendabili (142). Non si tratta semplicemente di una diversità nei metodi applicativi, ma di una più sostanziale differenza culturale, di un carattere speciale e proprio della politica criminale europea rispetto a quella americana, intesa al modo di Listz, Saldaña, Dorado e De Asua come « *derecho penal dinámico* », come « *ciencia de posibilidades* » che trae dall'ideale filosofico ciò che è possibile attuare in base alle concezioni dell'epoca, costruendo un corpo di dottrine realizzabili e sforzandosi di vederle concretizzate (143). La politica criminale continentale, che ha come fine peculiare la difesa sociale a fronte della pericolosità del reo, « *tenía que ser eminentemente defensorista y aseguradora, y fiando poco en la corrección, ha preferido inocular*

---

(141) Ivi, p. 32.

(142) In questo senso cfr. l'intervento di W. GLEISPACH, in *ivi*, *Séance du vendredi, 7 août 1925*, p. 114.

(143) Cfr. sul punto le considerazioni di DE ASUA, *La política criminal en las legislaciones europeas*, cit., pp. 9-11.

con sus medidas de seguridad »<sup>(144)</sup>; quella americana, invece, ha come tratto distintivo il fine riformatore, « mira más que la Política criminal europea a la enmienda del penado » e pertanto, al posto delle misure di sicurezza « que ésta nos presenta como nota propia », ha come elemento caratterizzante l'istituzione di riformatorii tipo Elmira<sup>(145)</sup>. La prima ha come punti essenziali del proprio programma la lotta contro le pene detentive brevi, le misure di sicurezza e il procedimento rieducativo per i minori; la seconda si fonda su strutture penitenziarie orientate alla rieducazione e alla prevenzione ed ha come tratto distintivo l'*indeterminate sentence*. Il senso dell'*indeterminateness*, negli anni Venti del Novecento, deve essere analizzato con la consapevolezza della profonda distanza tra il modello continentale, che traduce il principio nelle forme e nei limiti delle misure di sicurezza<sup>(146)</sup>, e quello nordamericano, che applica la pena relativamente indefinita ai delinquenti correggibili sotto i quarant'anni detenuti negli istituti di correzione.

Anche un sostenitore della pena indeterminata come De Asua, nella relazione al congresso londinese riconosce con realismo come tale misura, « formule absolue, et générale pour tous les délinquants, arrive aujourd'hui, après des transformations longues et débattues, à être un critérium resserré dans des limites maxima et minima, applicable seulement dans la sphère des mesures de sûreté et, d'une manière plus localisée, aux récidivistes dangereux »: è solo a questo prezzo che esso ha trionfato nella dottrina e vinto nelle legislazioni<sup>(147)</sup>. Fuori dai confini degli *States*, dove pure — come visto —

---

<sup>(144)</sup> Ivi, p. 74.

<sup>(145)</sup> Ivi, p. 148.

<sup>(146)</sup> Le misure di sicurezza « consagradas por las modernas legislaciones vigentes y futuras », scrive De Asua (ivi, p. 117), tra cui la collocazione in una casa di lavoro, l'asilo per gli ubriachi, l'internamento in apposito stabilimento per i delinquenti abituali, l'ospedalizzazione degli infermi di mente, « todas tienen como característica la indeterminación en cuanto al tiempo que deben durar, y al amparo de ellas entra en Europa la sentencia indeterminada ».

<sup>(147)</sup> J. DE ASUA, *Rapport sur la troisième question*, in *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Londres, Août 1925, Rapports sur les questions du programme de la première section: Législation*, vol. II, Groningen, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1925, p. 236. Nonostante il commento entusiastico di Ferri (*Il trionfo della scienza italiana al Congresso penitenziario internazionale di Londra* (Prolusione,

non mancano le critiche sulla pratica attuazione dell'istituto, la radicale proposta di Brockway viene respinta e trasformata nel doppio binario <sup>(148)</sup>. In Europa la sentenza indeterminata continua ad essere ritenuta un'innovazione che si allontana così radicalmente « de nos traditions » da far temere « qu'une réforme trop extrême ne soit pas acceptée par les corps législatifs ou — ce qui est pire — que, si elle était acceptée, elle ne soit jamais pratiquée par les tribunaux » <sup>(149)</sup>.

La soluzione delle misure di sicurezza, invece, consente di non intaccare l'irrinunciabile principio della responsabilità penale *morale* fondata sull'idea della colpa per il fatto, negato dalla logica determinista e dalla valutazione della pericolosità del delinquente cui s'ispira la pena indefinita. Ogni forma di penalità che presupponga la soppressione dell'idea dell'individuo 'artigiano dei propri atti' provoca il rifiuto da parte dei giuristi europei, per la paura che essa introduca « dans nos sciences modernes un germe de destruction, de mort, et que, par conséquent, on ouvre la voie à une barbarie nouvelle » <sup>(150)</sup>.

---

detta nell'Aula Magna della R. Università di Roma il 16 novembre 1925), in ID., *Studi sulla criminalità*, cit., pp. 801-834, poi edito anche in lingua francese a Parigi, Marchal et Billard, 1926), tra i più attivi sostenitori del principio dell'indeterminatezza in assemblea e promotore della risoluzione, la decisione di Londra sembra ormai tardiva per poter incidere sulla legislazione europea, orientata verso il doppio binario; lo stesso giurista mantovano precisa inoltre come, a differenza dell'originaria idea, « noi vogliamo che l'esecuzione della sentenza indeterminata passi dall'autorità amministrativa — così è attualmente anche in Inghilterra — all'autorità giurisdizionale. Noi vogliamo che il giudice non solo applichi la pena con la sua sentenza, ma provveda alla esecuzione ulteriore della sua sentenza in rapporto sempre alla personalità del condannato » (p. 819).

<sup>(148)</sup> Cfr., tra le molte relazioni al congresso londinese che sostengono tale tesi, quella di Ernest Hafter, professore di diritto penale all'Università di Zurigo, in *Actes du Congrès...Londres, Rapports sur les questions*, cit., p. 280: « Car je maintiens qu'il n'est pas possible pour le moment, en pays européens du moins, d'introduire la sentence indéterminée pour les peines proprement dites. Il en va tout autrement avec les mesures de sûreté, qui sont motivées par un état déterminé du sujet et qui tirent leur sens du besoin de protection de la société et de traitement individuel approprié du délinquant ».

<sup>(149)</sup> Così si esprime il danese CARL TORP, docente di diritto penale all'Università di Copenaghen, nel dibattito assembleare, in *Actes du Congrès...de Londres, Procès-verbaux des séances*, cit., *Séance du vendredi, 7 août 1925*, p. 98.

<sup>(150)</sup> Questa la posizione 'conservatrice' e tradizionalista del francese Jean-André ROUX, in *ivi*, p. 111.

## CAPITOLO IV

### POTERI E GARANZIE NELL'INDIVIDUALIZZAZIONE: L'INCERTO CONFINE TRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE

1. Individualizzazione del processo e giurisdizionalità della pena nella dottrina europea. — 2. La difesa sociale e le nuove 'colonne d'Ercole' del giudice. — 3. Le lacune della procedura penale per l'individualizzazione giudiziaria 'in concreto'. — 4. La crescita delle *administrative agencies* e il passaggio dalle *legal rules* ai *legal standards*. — 5. Sheldon Glueck e il *Rational Penal Code*. — 6. L'irrisolto problema della pena individualizzata: i poteri del giudice nell'esecuzione. — 7. La ricerca dell'equilibrio tra flessibilità del trattamento e garanzie individuali. — 8. Dall'abbandono del *nulla poena* al ritorno alla legalità. — 9. Le misure amministrative di sicurezza nel Codice Rocco. — 10. I confini necessari dell'individualizzazione. — 11. « Conciliare l'inconciliabile »: l'ambigua soluzione del doppio binario.

#### 1. *Individualizzazione del processo e giurisdizionalità della pena nella dottrina europea.*

Nel dibattito internazionale sull'individualizzazione e la pena indeterminata, alcuni giuristi europei sostengono posizioni radicalmente positiviste le quali, nel segno dell'unificazione di repressione e prevenzione entro il compito di difesa sociale che caratterizza la potestà penale dello Stato, portano anche a proporre la rinuncia « à la séparation actuellement irréductible entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, pour les fondre en un seul » <sup>(1)</sup>. Tale fusione metterebbe finalmente fine al *divorce* esistente tra l'attività del giudice che pronuncia la sentenza e quella dell'esecutore del verdetto giudiziario, due funzioni che, sostiene Dorado nel 1910, « aujourd'hui, marchent indépendamment l'une de l'autre, sans la moindre

---

(1) DORADO, *Rapport présenté sur la première question*, cit., p. 62.

continuité ou unité d'esprit, de finalité et d'organisation » (2). L'unitario scopo della difesa sociale e l'accoglimento del principio dell'individualizzazione, dovrebbero comportare anche una riorganizzazione dei poteri, riconfigurati secondo una logica che non corrisponde più all'equilibrio costituzionale dello Stato di diritto: l'interesse individuale, garantito dalla rigida separazione delle funzioni e dalla stretta legalità, dovrebbe cedere il passo all'interesse generale, all'« intérêt social (au fond purement politique) » (3), così che nella scelta tra misure correttive o eliminative, di difesa o di precauzione, sostitutive, accessorie o complementari, giurisdizione ed amministrazione siano fuse dal fine unico che le guida.

La tesi sostenuta dal giurista di Salamanca resta minoritaria. Essa non riesce a prevalere sull'orientamento che vede nella pena indeterminata un arretramento della cultura giuridica, a causa del « rétablissement du pouvoir absolu entre les mains de l'autorité chargée d'assurer l'exécution de la sentence » e, di conseguenza, « l'annihilation du principe fondamental de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire » (4). La dottrina continua a ribadire la necessità di una separazione tra funzione giudiziaria ed amministrativa, cercando di forzare l'individualizzazione entro gli spazi garantiti, e costituzionalmente definiti, della ordinaria giurisdizione, affidando ad organi amministrativi il mero compito attuativo delle decisioni della corte, o delle corti, nel caso del tribunale di sorveglianza. In Italia, per esempio, questo percorso è ricostruibile nelle proposte avanzate ad inizio Novecento da Ugo Conti, Bruno Franchi ed Eugenio Florian.

Conti, nella prolusione cagliaritana del 1905, guarda con favore alle modifiche che consentano di attribuire maggiore rilevanza nel giudizio penale alle caratteristiche soggettive del criminale, sempre però entro una valutazione del reato, non solo dell'autore (5). Il codice definisce le fattispecie e le pene, lasciando al giudice « larga

---

(2) *Ibidem*.

(3) *Ivi*, p. 64.

(4) BERLET, *Rapport*, in *Actes du Congrès...de Washington*, cit., p. 15.

(5) U. CONTI, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale*, in « Rivista penale », 63, 1906, p. 8: « Il reato sempre ragione unica del procedimento penale, ma nel reato valutati veramente e l'elemento obiettivo e l'elemento subiettivo ».

potestà d'apprezzare ulteriormente ogni differenza di fatto e di persona, e di variare così i modi di pena, e far luogo ad appositi surrogati e complementi penali » (6), fatta salva la possibilità per l'amministrazione di intervenire in corso di esecuzione per riconoscere l'avvenuta riabilitazione e concedere i benefici. La « differenza concezionale » tra 'scuola giuridica' e 'scuola sociologica' sta, secondo Conti, proprio nella diversa rilevanza che attribuiscono al fatto e al delinquente: mentre la nuova corrente considera il fatto umano solo un sintomo dell'organica condizione dell'agente, un'occasione per lo studio della pericolosità dell'autore, per la dottrina tradizionale « non soltanto, nel giudizio, l'indagine sul fatto dovrà preceder lo studio del delinquente, ma questo studio, pure importantissimo, dovrà essere coordinato alle condizioni del fatto » (7).

La valutazione, metodica e scientifica, « dell'elemento umano », dovrebbe conformare l'intero meccanismo della giustizia penale, senza tuttavia alterare gli equilibri costituzionali e le prerogative dei poteri: giudice, accusatore e difensore, giudice istruttore e perito, agenti di polizia ed operatori carcerari, dovrebbero tutti essere « istruiti in materia criminale » combinando studi giuridici, antropologici e sociologici. Già nell'istruzione dovrebbe essere « obbligatoria l'indagine sulla personalità dell'agente (qualche volta suffragata da perizia) e, in particolare, sul motivo dell'azione », in modo che poi il dibattimento verta su tali « fatti e non parole », ed al giudice, distinti per legge i moventi a delinquere, siano concessi ampi poteri decisionali. L'esecuzione penitenziaria continuerebbe poi nello « studio concreto dell'autore » e, « con il concorso dello stesso magistrato penale », si potrebbe ridurre la pena o applicare apposite misure complementari di sicurezza (8). Il percorso verso un graduale « ravvicinamento » dei codici punitivi « al fatto concreto », sarebbe confermato dalla direzione intrapresa dal codice penale norvegese e dal progetto di codice penale svizzero di Stooss.

Franchi cerca di teorizzare come l'individualizzazione possa realmente diventare « un'unità di principio » che governi l'intero procedimento penale, in modo che « tutti gli organi della difesa

---

(6) *Ibidem.*

(7) Ivi, p. 13.

(8) Ivi, p. 15.

sociale », polizia, magistratura inquirente e giudicante, periti ed autorità dell'esecuzione, « esplichino una funzionalità coordinata, e ricondotta per uno stesso principio informatore ad un unico fine »<sup>(9)</sup>. Non si tratta di unificare amministrazione e giurisdizione o di separare l'accertamento della colpevolezza dall'esecuzione della pena, ma di introdurre meccanismi che rendano l'«ordinaria» procedura concretamente idonea a raccogliere informazioni affidabili e scientifiche sul delinquente, in modo da condurre ad una sentenza che sia già sufficientemente 'individualizzatrice', modellata, cioè, sulle caratteristiche e le inclinazioni del condannato raccolte e conosciute *nel* processo. Per questo Franchi propone l'individualizzazione dell'istruttoria, un sistema idoneo a spostare nella fase inquirente la ricerca dei caratteri dell'imputato che possano poi condizionare tutto lo svolgimento successivo del giudizio, fino alla sentenza<sup>(10)</sup>.

La procedura vigente è criticata perché concentra lo spazio per la valutazione della personalità solo nell'ultimo stadio del processo, affidando al giudice il compito di modellare la pena sul reo, senza però avergli mai fornito prima gli adeguati strumenti conoscitivi per una decisione motivata. Nella fase istruttoria, invece, con il contraddittorio della difesa e con il contributo dei periti, senza la pubblicità del dibattimento, si devono raccogliere tutte le informazioni necessarie per poter poi individualizzare consapevolmente la pena, indagando, alla luce della più aggiornata scienza criminologica, la capacità a delinquere, le cause determinanti del reato (c.d. causale), la sincerità dell'accusato, l'eventuale suggestione. In questo modo le ragioni della giustizia, della verità giudiziaria e della scienza troverebbero una composizione: la giustizia grazie alla presenza della

---

<sup>(9)</sup> B. FRANCHI, *Il principio individualizzatore nell'istruttoria penale*, in « La Scuola Positiva », 10, 1900, p. 649.

<sup>(10)</sup> Ivi, p. 653: « Io intendo per individualizzazione dell'istruttoria quel sistema per il quale alla magistratura inquirente sia affidato anche il compito di ricercare i caratteri biologici (anamnetici psico-fisiologici, ecc.) dell'imputato, sia per la utilità immediata che la conoscenza di tali caratteri ha per la *generica* e più per la *specificata* dell'istruttoria, sia per la mediata utilità loro nello svolgimento del processo orale, nella sua risoluzione, ed eventualmente nella esecuzione della sentenza ». Sul punto cfr. M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria*, in « Acta Histriae », 15, 1, 2007, p. 327.

difesa, senza la quale, « per essere reso più geloso e più vasto di assai l'ufficio dell'inquirente, farebbe sì ch'esso costituisse uno schiacciamento anti-giuridico dei diritti del cittadino »<sup>(11)</sup>; la verità grazie al confronto paritario tra accusa e difesa; la scienza grazie all'apporto del collegio peritale<sup>(12)</sup>.

Né separazione, né unificazione di processo e fase esecutiva, di giurisdizione ed amministrazione, ma adattamento delle regole e dei tempi processuali al principio individualizzatore, riuscendo così « ad infonder la vita, fornire il metodo, disciplinar gli organi »<sup>(13)</sup> della moderna tendenza dottrinale e legislativa che affida al giudice ampia discrezionalità nell'irrogazione di una pena il più possibile 'a misura' del condannato. Quando, nel 1906, Franchi riflette sulle trasformazioni della fase esecutiva nel dopo-Lombroso e sostiene l'applicazione nei confronti dei recidivi abituali della colonia agricola, che « non dev'essere una *punizione*, ma un mero *provvedimento di sicurezza sociale* »<sup>(14)</sup>, la sua proposta si fonda sulla costruzione di un'ideale procedura capace d'individualizzare la misura da adottare.

<sup>(11)</sup> FRANCHI, *Il principio individualizzatore*, cit., p. 658.

<sup>(12)</sup> Sul ruolo centrale che acquistano i periti nel processo penale influenzato dalla criminologia, cfr. F. ROTONDO, *Un dibattito per l'egemonia. La perizia medico legale nel processo penale italiano di fine Ottocento*, in « Rechtsgeschichte », 12, 2008, pp. 139-173; MILETTI, *La follia nel processo*, cit., pp. 321-346, che osserva come nella contrapposizione « tra due retoriche trasversali, l'una intenzionata a blindare l'autonomia decisionale del giudice, l'altra decisa ad enfatizzare la vincolatività del responso scientifico », si confrontano « due concezioni epistemologiche, ma in palio c'è la ridefinizione di compiti e di ruoli » (p. 338).

<sup>(13)</sup> FRANCHI, *Il principio individualizzatore*, cit., p. 664.

<sup>(14)</sup> B. FRANCHI, *La dottrina e l'esecuzione delle pene prima e dopo Cesare Lombroso*, in « La Scuola Positiva », 16, 1906, p. 392. L'A. giudica il progetto di legge contro la recidiva presentato dal guardasigilli Emanuele Gianturco il 22 novembre 1900 « il più rigoroso scientificamente e praticamente il migliore », poiché nella relazione che l'accompagna emerge « la forza di convinzione raggiunta dall'antropologia criminale nella coscienza collettiva, e nell'azione stessa di governo » (p. 405). Gianturco, infatti, dando conto dell'elevato numero di recidivi, sostiene che la società non possa difendersi da coloro i quali hanno una spiccata tendenza a delinquere solo con il domicilio coatto, ma occorrono metodi più efficaci, tra cui propone la deportazione a tempo indeterminato: « Se questi provvedimenti mirano a curare più razionalmente il male della delinquenza, non si farebbe cosa rispondente a questo fine assegnando un termine, scorso il quale il condannato dovrebbe essere liberato » (citato in *ivi*, p. 406).

L'invio dei recidivi abituali in una colonia agricola in patria o in un manicomio criminale, scelta da preferirsi alla relegazione o alla deportazione, è una « misura di sicurezza pubblica, eliminatrice a tempo indeterminato », destinata in primo luogo ai criminali per cupidigia o per violenza che formano « la *mala-vita* » (teppisti, camorristi, mafiosi), e, in secondo luogo, tenuto conto dell'antisocialità dei moventi e del grado di recidiva, anche ai « delinquenti nati », ai « pazzi morali », a coloro comunque affetti da anomalie psichiche, innate o acquisite, che li rendano « sicuramente pericolosi » (15). Secondo Franchi tale provvedimento « deve e può fin da ora essere adottato come il *caso per eccellenza dell'individualizzazione* », sia perché, per la sua gravità, necessita di tutte le maggiori possibili garanzie, sia perché utilizza i dati messi a disposizione dalle più evolute conoscenze antropologico-criminali. Ma, proprio per queste ragioni, l'applicazione della misura si fonda sul « postulato dell'*integrazione antropologica della procedura penale* », ovvero sulla previsione di un'obbligatoria perizia « antropologico-criminale o psichiatrico forense » da svolgersi secondo modi e forme ben definite dalla legge (16).

Per circondare con « *più intense garanzie giuridiche* » l'adozione di una misura che sospende e diminuisce così drasticamente l'esercizio dei diritti, Franchi ipotizza non solo che sia legislativamente predeterminato il numero delle recidive necessario, ma non sufficiente, affinché il pubblico ministero possa e debba ordinare la perizia antropologica, ma anche che sia fissato dalla legge il criterio della « pravità o antisocialità dei motivi determinanti a tutti e a ciascuno dei delitti successivamente commessi e puniti » (17). La sussistenza dei criteri legali presuntivi non determina *ipso facto* lo stato di pericolosità, ma obbliga il P.M. a ordinare la perizia antropologico-criminale, il cui scopo è proprio « quello di passare dalla *presunzione giuridica alla certezza scientifica*, (che può confermare o contraddire la presunzione) intorno alla pericolosità del

---

(15) Ivi, p. 393. La scelta delle colonie agricole « che redimano le terre d'Italia dal flagello della malaria, costituendo l'avanguardia della colonizzazione libera » (p. 391) è, secondo l'A., preferibile alla relegazione o alla deportazione in colonie.

(16) Ivi, pp. 394, 395.

(17) Ivi, p. 395.

recidivo, per anomalia psichica innata o acquisita » (18). Le conclusioni peritali saranno poi applicate dal tribunale con un'ordinanza emanata in camera di consiglio, obbligatoria per il giudice sulla base del doppio riscontro delle presunzioni e della perizia.

Nel momento in cui si chiede di trasformare il processo in un accertamento non più del fatto ma delle condizioni organiche e psichiche dell'imputato, il principio di legalità, eluso nella sua formula liberale, deve assumere profili nuovi per 'coprire' con le dovute garanzie un modello di giudizio orientato a riconoscere la pericolosità per scegliere il trattamento più adatto alla difesa sociale, invece che finalizzato ad accertare la colpevolezza dell'azione per commisurarvi la pena prestabilita. Se l'assunzione del paradigma della pericolosità, per un verso, estende l'area della giustizia penale fino a confonderla con le competenze del diritto amministrativo o della polizia preventiva, per altro verso essa comporta una giurisdizionalizzazione di tutte le misure di difesa sociale con conseguente allargamento delle guarentigie. L'esempio descritto della colonia agricola, conclude Franchi, è infatti un « provvedimento amministrativo che però per le garanzie di cui lo abbiamo circondato, io chiamerei, piuttosto, *giuridico-amministrativo* e nel quale il punto sostanziale è costituito dalla sua individualizzazione » (19).

---

(18) Ivi, p. 400. Contro l'ordinanza con cui il P.M. dispone la perizia è ammesso ricorso al tribunale in camera di consiglio. Se il perito conferma la presunzione di pericolosità, riconoscendo l'anomalia innata (pazzia, epilessia, delinquenza nata) o acquisita (per trauma, per abitudine di vita criminale) che forma « *il substrato antropologico della pericolosità* », il recidivo non può più essere confuso con i delinquenti comuni, « ma dovrà invece passare subito e a tempo indeterminato nello stabilimento prescritto: manicomio criminale, o colonia agricola speciale per i recidivi » (p. 402); verso tale misura può poi essere concessa la liberazione condizionale, con decreto del Presidente del tribunale su proposta dell'autorità carceraria o su istanza dei parenti dell'interessato sentita l'autorità carceraria e il P.M.

(19) Ivi, p. 405. La legge che adottasse tale provvedimento speciale nei confronti dei recidivi abituali dovrebbe contestualmente abolire le misure di polizia preventiva come il domicilio coatto, l'ammonizione e la sorveglianza speciale, « fatale ingranaggio che [...] non abbandona più chi vi sia rimasto impigliato una volta, e seco lo trascina fino alla estrema perdizione » (p. 404). Mentre in Italia, continua Franchi, mancano strumenti appositi per i delinquenti recidivi abituali, vi sono, però, « nel seno e per opera dell'amministrazione carceraria, degli istituti e dei sistemi che sebbene sieno d'ordine esclusivamente amministrativo ed interno, riescono a provvedenze, le quali non potreb-

## 2. *La difesa sociale e le nuove 'colonne d'Ercole' del giudice.*

Il problema dell'inquadramento costituzionale della funzione del giudice nel diritto penale 'in formazione' è considerato cruciale anche da Florian. Se nel sistema classico « condannare od *assolvere* erano le colonne d'Ercole del giudice » (20), ora le competenze non si esauriscono qui ma comprendono anche i provvedimenti imposti dalle ragioni della difesa sociale: dai surrogati della pena come la condanna condizionale (21), alle misure di sicurezza per prosciolti pericolosi come l'ordine di ricovero nei manicomi criminali (22), ai complementi di pena per i soggetti ancora temibili dopo l'esecuzione. Capire la qualificazione giuridica delle nuove funzioni giudiziali, « non è », precisa il giurista veneziano, « una quisquilia dottrinale o sottigliezza differenziale tra le varie funzioni dello Stato; bensì esso tocca, da un lato, la concezione fondamentale della pena e, corrispondentemente, della funzione del giudice, dall'altro, la concreta e diretta difesa sociale contro la delinquenza ed interessa altresì la libertà dei singoli » (23).

La tesi di Florian è che l'esercizio di tutte queste nuove facoltà attribuite dalla legge al giudice siano espressione piena di giurisdizione, e non invece, come altri sostengono, di attività amministrativa. Il magistrato ora non può limitarsi a dichiarare se il reato contestato oggettivamente sussista, ma deve anche determinare, nel caso concreto, le conseguenze giuridiche del reato e il trattamento per

---

bero che essere sanzionate, e rese da sporadiche a organiche, da una disciplina giuridica che informandosi ai suesposti principi, nelle carceri s'introducesse » (pp. 407-408): se, dunque, alcuni istituti detentivi hanno istituito apposite sezioni per l'isolamento dei criminali ritenuti 'incorreggibili' dal punto di vista carcerario più che criminologico, tale risultato rappresenta il massimo cui può giungere un provvedimento amministrativo. Solo una soluzione che, fondata sul positivismo scientifico, trasferisca l'adozione di misure specifiche dall'orbita discrezionale ed estemporanea dell'amministrazione a quella della giurisdizione, con le conseguenti garanzie, può davvero segnare un progresso nel contrasto alla criminalità e nella difesa sociale.

(20) E. FLORIAN, *Sulla natura giuridica di talune nuove facoltà del giudice penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1, 1910, p. 737.

(21) L. 24 giugno 1904, n. 267.

(22) Art. 46 co. 2, C.P. Zanardelli.

(23) FLORIAN, *Sulla natura giuridica*, cit., p. 738.

l'autore, con atti « per loro intrinseca natura » giurisdizionali <sup>(24)</sup>. La pretesa punitiva dello Stato, rispetto al penale minimo proto-liberale, ricopre un'area più vasta, comprensiva sia della valutazione della pericolosità, sia dell'applicazione di misure preventive e di difesa sociale: tali rimedi sono previsti dalla legge, ed il giudice « la rende effettiva, la attua nel caso peculiare, la fa concreta, e questa particolare attuazione riassume, compendia, fissa e stabilisce nella sentenza », che resta sempre « presupposto e fonte » dell'esecuzione, perché l'amministrazione « comincia là dove sia completo e definitivo il provvedimento del giudice » <sup>(25)</sup>. Florian rifiuta l'attribuzione delle decisioni sull'esecuzione della pena, come ad esempio la condanna condizionale, ad organi amministrativi, sulla base di argomentazioni tecnico-giuridiche <sup>(26)</sup>. A fronte della sussistenza dei requisiti pervisti *ex lege* per la concessione della condanna condizionale, il reo ha un diritto soggettivo, non alla sospensione, che resta a discrezione del giudice, ma alla motivazione del rifiuto: diritto che rientra, quindi, nel « contenuto processuale, oggetto della funzione giurisdizionale » <sup>(27)</sup>.

<sup>(24)</sup> Ivi, p. 740.

<sup>(25)</sup> *Ibidem*. Sulla necessità che ogni forma di diminuzione della libertà e della proprietà individuale sia sottoposta al principio di legalità e passi attraverso un giudizio penale, vera « guarentigia giudiziale diretta del governo legale », cfr., ad es., A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi, con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1904, pp. 73-77 (citaz. p. 76); sul punto, con osservazioni critiche riferite all'assenza delle « guarentigie del cittadino in materia penale » per il domicilio coatto e l'ammonizione, cfr. A. BRUNIALTI, *I diritti dei cittadini e la giustizia amministrativa in Italia*, in « Biblioteca di Scienze Politiche e Amministrative », diretta da Attilio Brunialti, seconda serie, vol. VIII, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1902, specie pp. LI-LII.

<sup>(26)</sup> Sostiene che sia un atto amministrativo e non giurisdizionale per es. A. ROCCO, *Riabilitazione e condanna condizionale*, in « Giustizia penale », 13, 1907, col. 1563 ss. poi riedito in forma di estratto (Prato, Giachetti, 1907). Non a caso, lo stesso Rocco utilizzerà nel codice il termine 'misure amministrative di sicurezza'.

<sup>(27)</sup> FLORIAN, *Sulla natura giuridica*, cit., p. 742. Nonostante Florian riporti in senso critico la posizione di Manzini, assimilabile, a suo dire, a quella di Rocco, in realtà anche Manzini (*Trattato di diritto penale italiano*, III, Milano-Torino-Roma, F.lli Bocca, 1910, § 7, n. 749, p. 428), precisa come la condanna condizionale sia una *decisione giurisdizionale* cui consegue un atto « contestuale ma essenzialmente diverso (amministrativo) », con cui il giudice ordina la sospensione dell'esecuzione; l'obbligo e i diritti che nascono in capo al condannato condizionalmente « hanno la loro fonte nella *decisione giurisdizionale* ».

Ogni decisione sulla pena, sia per sospenderla sia per sostituirla con provvedimenti diretti a non imputabili e prosciolti, « tocca in modo sostanziale il contenuto del diritto di punire, l'esercizio di esso ed i suoi effetti e non ha a che vedere con l'esecuzione (funzione amministrativa) » (28). Tali misure, infatti, rappresentano comunque la conseguenza giuridica di un commesso reato, il cui apprezzamento è rimesso al giudice nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, così come a lui sono affidate le valutazioni sulle condizioni di pericolosità. Se i nuovi scopi sociali dell'azione difensiva dello Stato richiedono di affiancare alle pene tradizionali anche nuove misure, questo allargamento di orizzonti non deve diminuire il ruolo del giudice, ma anzi, rafforzarlo. È bene che anche le misure di sicurezza restino nell'orbita della giurisdizione, soprattutto per bilanciare il pericolo di un'arbitraria compressione della libertà degli individui, « perché queste misure di sicurezza hanno tutta l'esteriorità delle pene, diminuiscono il godimento dei beni giuridici individuali e di diritti » e pertanto « corrisponde ad un altissimo ed universale interesse sociale che si attuino sotto l'usbergo della tutela giurisdizionale » (29).

Individualizzare il diritto ed il processo penale significa, dunque, per i novatori italiani, sia ammettere che la norma codificata debba « ispirarsi al concetto positivo della pericolosità » ed avere quindi « grande elasticità per potersi applicare al caso concreto » (30), sia estendere le competenze del giudice oltre i confini della tradizionale nozione di pena. Si resta, però, sempre sotto lo scudo

---

*zionale* che accerta e determina la responsabilità del colpevole » e non nel susseguente atto amministrativo (p. 430).

(28) FLORIAN, *Sulla natura giuridica*, cit., p. 743.

(29) Ivi, p. 747. Cfr. anche ID., *Le nuove esigenze del processo penale*, in « La Scuola Positiva », 24, 1, 1914, p. 63: « Vigoroso coefficiente alla concezione esclusivamente pubblicistica del processo penale reca l'estensione dell'oggetto di esso e cioè della materia cui si applica la attività del giudice, estensione la quale si annuncia di già, e per chiari segni va maturandosi inevitabilmente nella legislazione », specialmente attraverso « l'ingresso delle misure di sicurezza nel sistema delle pene ». Sul « riformismo statualistico » che caratterizza le proposte del giurista veneziano in campo processuale penale, cfr. MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., specie pp. 325-328, e pp. 425-428 per le critiche che Florian indirizza al codice Finocchiaro-Aprile a causa dell'incompiuta ed incerta *individuazione* della procedura.

(30) ALTAVILLA, *Il Primo convegno*, cit., p. 88.

della giurisdizione e il giudice si muove entro i limiti (pur allargati) fissati dalla legge, della legalità. Nel trattare della prevenzione immediata contro la delinquenza nel 'diritto penale attuale', Silvio Longhi fonda l'inclusione nel diritto criminale dei provvedimenti di sicurezza sulla possibilità di applicarli solo con garanzie giurisdizionali analoghe a quelle previste per l'irrogazione delle pene. Certo — afferma il magistrato bresciano — se si guardasse allo scopo, il provvedimento di prevenzione criminale potrebbe appartenere alla pubblica amministrazione, ma è il carattere formale dell'atto l'aspetto decisivo che consente di assegnarlo al diritto penale: « Si verificherebbe così, in ordine ai provvedimenti di sicurezza, un fenomeno di giurisdizionalizzazione analoga a quella già verificatasi in ordine ai provvedimenti concernenti gli atti contravvenzionali »<sup>(31)</sup>. Come, infatti, il carattere giurisdizionale dell'attività contravvenzionale è stata determinata dal « passaggio dei provvedimenti dalla *attività diretta* della polizia a quella *intermediaria* o *secondaria* dell'*autorità giudiziaria*, che sottoponeva la procedura per le trasgressioni di polizia alle norme fondamentali del diritto penale e, prima di tutto, al principio che *non si possa punire senza previa disposizione di legge e senza un formale giudizio penale* »<sup>(32)</sup>, nello stesso modo anche le misure preventive contro la delinquenza si collocano entro l'alveo della giurisdizione<sup>(33)</sup>. La necessità, per esigenze di difesa sociale e

---

<sup>(31)</sup> LONGHI, *Repressione e prevenzione*, cit., p. 756.

<sup>(32)</sup> *Ibidem*.

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 754: « Nei provvedimenti di internamento in un manicomio, in un asilo, in una colonia agricola, o in un riformatorio, a titolo di misura preventiva, concorrono tutti gli elementi già enunciati come propri dell'attività giurisdizionale; vi concorrono tutti, da quelli *essenziali* alla *giurisdizione*, a quelli *concomitanti* e *conseguenti* dell'*azione processuale* ». Cfr. anche ID., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in « Rivista di diritto pubblico », 3, 1911, pp. 354-361); ALTAVILLA, *Il Primo convegno*, cit., p. 85, il quale critica il sistema della segregazione a tempo indeterminato proprio perché, attribuendo al magistrato la facoltà di applicare tale misura a certe categorie di delinquenti, si risolve « nella *spoliazione giurisdizionalmente compiuta della garanzia giurisdizionale* »; F. GRISPIGNI, *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*, in « La Scuola Positiva », 28, 1920, pp. 407-408, dove afferma che è un carattere essenziale della sanzione criminale (comprensiva di pene e misure di sicurezza) l'essere applicata dagli organi della giurisdizione criminale perché « nello Stato moderno, basato sulla divisione dei poteri [...] l'autonomia del diritto criminale, di fronte al diritto amministrativo, è data unicamente dall'intervento della giurisdizione », anche se precisa poi (nt.

per la moderna filosofia della pena, di applicare misure alternative o supplementari alla pena è certamente riconosciuta, ma senza che ciò implichi, come nell'esperienza americana, una reinterpretazione costituzionale della separazione dei poteri.

3. *Le lacune della procedura penale per l'individualizzazione giudiziaria 'in concreto'.*

La posizione sostenuta dai tre giuristi italiani è esemplificativa della divergenza sempre più marcata tra il modello d'individualizzazione teoricamente accettato e operativamente applicato nell'Europa continentale e quello ormai consolidato negli Stati Uniti <sup>(34)</sup>. Il Congresso penitenziario internazionale celebrato a Londra nel 1925 affronta anche il più concreto tema dei metodi dell'individualizzazione giudiziaria. Fin dalla formulazione del quesito emerge una scelta di fondo contraria all'individualizzazione amministrativa di stampo americano ed una disponibilità a ripensare le regole processuali in funzione di una complessiva valorizzazione della personalità dell'imputato/reo, sempre però entro l'ambito della competenza giurisdizionale <sup>(35)</sup>.

Il rapporto presentato da Sanford Bates, commissario del *Department of Correction* di Boston, difende la pragmatica scelta americana fondata sul compromesso tra il principio « pratique, classique, légal formaliste ou social » e la moderna concezione « sentimentaliste, italienne, déterministe ou individualiste » della

---

3, p. 408) che « Non è perciò necessario che sempre ed in ogni caso l'applicazione della sanzione criminale sia compiuta dagli organi della giurisdizione e con atto giurisdizionale; ma basta che i detti organi e il detto atto si possano invocare come garanzia contro il potere esecutivo ».

<sup>(34)</sup> La preservazione nella fase esecutiva di un ruolo decisorio, almeno di autorizzazione, da parte del giudice, così da non violare il principio della separazione dei poteri è, per es. sostenuta anche da FREUDENTHAL, *Unbestimmte Verurteilung*, cit., pp. 295-297 e pp. 310-311, dove marca le differenze rispetto al modello statunitense.

<sup>(35)</sup> La quarta questione della prima sessione è così formulata: « *Comment peut-on favoriser l'application judiciaire du principe de l'individualisation de la peine par le juge qui doit statuer sur la pénalité à infliger au coupable?* ».

pena <sup>(36)</sup>. Molte delle soluzioni che propone, dalla distinzione dei tribunali per minori e per delinquenti adulti, alla costituzione presso ogni corte di un laboratorio psicopatologico presieduto da uno psichiatra, dal *probation* alla creazione di un'apposita *commission de classification* incaricata di scegliere la natura e il carattere della pena dopo la condanna, sono ormai « depuis longtemps adoptées en Amérique » <sup>(37)</sup>.

È, in particolare, proprio sulla funzione del giudice rispetto all'individualizzazione che emerge con nettezza la tipicità dell'approccio americano. L'adozione di un qualunque 'codice', legislativo o giudiziario, o di qualsiasi regola che tenda a normalizzare e rendere uniformi le pene comminate dai tribunali, è considerata assolutamente contraria alla teoria dell'*individualization*. Infatti, più si esamina la personalità dell'accusato, più si tenta di correggerla, più si deve riconoscere libertà all'autorità che prescrive il trattamento: il problema del carattere del reo, continua Bates, ha oggi la stessa importanza della prova della sua colpevolezza. Il giudizio può essere diviso in cinque fasi: la verifica della prova della colpevolezza; la giustificazione di una pena per un crimine stabilito; la fissazione di un *quantum* di pena; la scelta dell'istituzione nel quale il castigo sarà inflitto; il genere di trattamento che dovrà essere applicato. Solo il primo di questi atti è una questione giudiziaria e la giuria, sotto la direzione del giudice per ciò che concerne le questioni di diritto e di prova, costituisce il tribunale appropriato per decidere.

Per quanto riguarda, invece, il genere di pena, « il est grandement d'usage, en Amérique, de laisser aux autorités pénitentiaires le soin d'en décider »: secondo l'ormai noto sistema della pena indeterminata, il ruolo del giudice termina con la pronuncia di condanna, la fissazione dei limiti minimo e massimo di pena e, a volte,

---

<sup>(36)</sup> S. BATES, *Rapport sur la Quatrième question, Première Section*, in *Actes du Congrès Pénitentiaire International de Londres, Août 1925, Rapports sur les questions du programme de la première section: Législation*, vol. II, cit., p. 338. Negli States, infatti, continua Bates, si crede che i grandi progressi della penologia nell'ultimo secolo siano dovuti alla ferma convinzione che più si considera ogni caso individualmente, più si studia il singolo soggetto, si diagnostica, si prescrive un trattamento e si amministra il rimedio, « plus nous sommes près d'arriver à mettre d'accord les écoles d'opinions opposées » (p. 341).

<sup>(37)</sup> Ivi, p. 342.

l'indicazione dell'istituzione in cui la pena verrà eseguita, ma la scelta del trattamento da applicare al reo « ne le regarde pas » e spetta, invece, a un *tribunal intermédiaire* con funzioni « plutôt administrative que judiciaire » (38). Confermando la retorica riformista americana ancora dominante negli anni Venti, il delegato del Massachussets critica la logica conservatrice, ispirata al controbilanciamento tra retributivismo e pericolo d'esercizio autoritario del potere punitivo. Il problema *attuale* della giustizia penale non può essere considerato ancora la garanzia astratta e formale dell'individuo, ma è piuttosto « l'examen calme, scientifique et humanitaire de chaque cas individuel, ainsi que le contact intime entre l'autorité qui prescrit le remède pour ce cas et le corps administratif qui l'applique », garantendo comunque al popolo la libertà di controllo di tali 'istituzioni intermediarie' come esige una comunità democratica (39).

I *rapports* dei delegati europei prospettano, invece, soluzioni diverse, tendenti ad allargare i confini dell'individualizzazione giudiziale senza, tuttavia, giungere al processo bifasico e senza comprimere lo spazio della giurisdizione a favore dell'amministrazione. Solo la posizione di Clarke Hall, magistrato a Londra, si avvicina alla proposta statunitense; egli, infatti, ritiene che la soluzione migliore nella ripartizione di funzioni tra giudiziario e amministrativo sia quella adottata dall'ordinamento inglese: il giudice ha il potere di condannare il reo alla reclusione, alla detenzione con o senza lavori forzati, mentre la scelta della specifica prigione e delle condizioni del prigioniero sono lasciate alla *Prison Commission*.

André Henry, docente di diritto penale all'Università di Nancy, vede invece nell'applicazione giudiziale dell'individualizzazione due temi essenziali, con forti ricadute e potenzialità procedurali: quello delle informazioni sulla personalità dell'imputato, della loro raccolta, attendibilità, valutazione; quello del controllo sulle scelte dei

---

(38) Ivi, pp. 349, 350. Tale metodo è, secondo Bates, preferibile a quello che, almeno sulla carta, esiste in Inghilterra, secondo il quale il giudice decide in anticipo quanto tempo il condannato trascorrerà in ogni forma di detenzione penitenziaria.

(39) Ivi, p. 352. I medesimi argomenti di Bates sono sostenuti anche dal rapporto presentato da un altro delegato americano, Amos Butler, dello Stato dell'Indiana (ivi, pp. 357-373, specie pp. 372-373 per le conclusioni).

magistrati, in particolare alla luce dei principi d'autorità della cosa giudicata e di separazione tra giudice ed amministrazione.

L'*individualisation pratique*, spiega il francese, comporta due fasi distinte. La prima, contemporanea alla pronuncia della condanna e non definitiva, consiste nell'adattare il più esattamente possibile la sanzione al tipo sociale ed individuale del delinquente ed implica un'inchiesta precedente idonea a fornire al giudice tutte le informazioni per poter fare, in piena coscienza, un iniziale 'dosaggio' della penalità. La seconda, che presuppone un'investigazione posteriore, consente al magistrato di assicurare l'efficacia della misura adottata; una fase di controllo, nella quale il giudice, utilizzando l'esperienza acquisita, procederà ad un « réajustement de la pénalité chaque fois que l'adaptation primitive se sera révélée insuffisante » (40). La prima forma d'individualizzazione si giova dei continui progressi della medicina mentale e dell'osservazione clinica da parte degli psichiatri, grazie ai quali il giudice può pervenire ad un apprezzamento più certo dei complessi elementi che costituiscono la responsabilità morale e legale del delinquente, valutando oltre la gravità del fatto anche la vita antecedente e le sue abitudini sociali. Essa ispira la legislazione francese recente: le leggi sulla recidiva e la relegazione (27 marzo 1885), sulla liberazione condizionale e i modi di prevenire la recidiva (14 agosto 1885), sulle circostanze aggravanti ed attenuanti (26 marzo 1891). Nonostante ciò, benché vi sia un generale consenso sul fine da perseguire, molto è ancora da fare per realizzare « une individualisation rationnelle de la pénalité et non une adaptation purement mécanique de la répression » (41). Nella pratica giudiziaria, infatti, le udienze correzionali non consentono alle corti, sovraccariche di lavoro, altro che un esame superficiale dei *dossiers* sugli imputati.

Il *Code d'instruction criminelle*, redatto in un'epoca in cui il problema dell'individualizzazione non era sentito, si rivela inadeguato alle nuove esigenze e costruisce un modello procedurale privo di regole per ottenere una vera *enquête de moralité*. Il sistema del *casier judiciaire*, istituito con le leggi 5 agosto 1899 e 11 luglio 1900, offre

---

(40) A. HENRY, *Rapport sur la Quatrième question, Première Section*, in *Actes du Congrès...Londres*, cit., p. 381.

(41) Ivi, p. 382.

informazioni utili soprattutto per valutare la recidiva, ma, pensato per fornire un « *résultat brutal, un tableau sec et arithmétique des sanctions encourues* », non permette di conoscere le vere ragioni dell'agire criminoso, il genere di vita del delinquente e la misura della sua perversità. Nell'assenza di previsioni legislative che obblighino il giudice a procedere ad un'indagine preliminare sulla moralità dell'imputato, i magistrati francesi, consapevoli della necessità di colmare tale lacuna, hanno adottato, nella pratica, un sistema giudiziario di ricerca delle informazioni: una circolare del 14 maggio 1873 ha, infatti, stabilito un modello di *notice individuelle*, che deve essere compilato dal Procuratore della Repubblica e allegato obbligatoriamente al *dossier*, nel quale siano indicati in modo sommario lo stato civile del delinquente, la sua professione, le abitudini di lavoro o d'ozio, la condotta e la moralità nel posto ove vive abitualmente.

Tale fascicolo informativo, se ben elaborato, permette al giudice di prendere una decisione rapida in udienza, ma, precisa Henry, è interessante verificare come il procuratore o il giudice istruttore raccoglie le informazioni. In assenza di un'espressa e precisa previsione normativa, i magistrati procedono come meglio credono, e di fatto le fonti delle informazioni sono di tre categorie. L'*enquête de police* ha il grave difetto di essere un documento senza possibile controllo perché anonimo: il giudice perciò, rischiando di essere tratto in inganno invece che aiutato, lo valuta con sospetto e tende a rigettarlo in blocco. In secondo luogo, il giudice può procedere per via di una *commission rogatoire*, composta da poliziotti incaricati di raccogliere testimonianze sulla moralità dell'imputato e con la possibilità sia di rinnovare le deposizioni davanti al giudice istruttore, sia di ascoltarli di nuovo in udienza qualora il giudice voglia controllare l'inchiesta. Infine, se il caso lo richiede, il giudice istruttore potrà lui stesso, per completare le informazioni, interrogare nel suo ufficio tutti i testimoni che ritenga in grado di fornire elementi utili alla conoscenza dell'accusato. Il professore francese propone di dare una « *physonomie légale et régulière à l'enquête de moralité* », ora condotta in via ufficiosa e sprovvista di sanzioni qualora i testimoni rifiutino di collaborare, introducendo per legge generale, ogni volta si sia in presenza di un imputato candidato a misure d'individualizzazione come il *sursis* o la relegazione, il principio

dell'*enquête obligatoire*, già previsto dalla legge del 22 luglio 1912 per il giudizio nei confronti dei minori (artt. 4 e 17). Tale inchiesta dovrà essere « ouverte, contrôlée par le juge, c'est-à-dire une enquête faite par voie de commission rogatoire, ou d'audition directe par le juge d'instruction » (42).

Con riferimento all'individualizzazione giudiziaria posteriore alla condanna, è ancora una volta il diritto penale minorile ad offrire una soluzione praticabile anche per i delinquenti adulti. Il punto centrale, insiste Henry, è quello del controllo giudiziale sulla fase esecutiva della pena: occorre superare le rigide pene fisse per consentire l'adattamento della sanzione alla personalità del reo, ma il giudice non può rinunciare al diritto di 'sorvegliare' l'attuazione della pena, nelle sue varie forme. La decisione giudiziaria deve, dunque, essere definitiva per ciò che concerne il riconoscimento della colpevolezza; a seguire, anche il controllo e l'esecuzione della pronuncia generale della pena devono rimanere sotto la competente autorità giurisdizionale. Entro queste rigide restrizioni, che segnano il profondo divario che separa il modernismo penale europeo da quello americano, il giudice deve poter controllare e modulare le misure d'indulgenza o severità da lui adottate in vista dell'individualizzazione della pena. Come il giudice minorile può sempre modificare la propria decisione qualora ritenga che un'altra misura sia più conforme agli interessi del minore e della sua famiglia, così anche il giudice che applica il *sursis*, la liberazione condizionale o una diversa misura di sicurezza, deve poter controllare il comportamento successivo del condannato e decidere eventualmente di modificare il provvedimento preso (43).

Una proposta simile è avanzata anche da Simon van der Aa, professore di diritto penale e giudice supplente del tribunale di Groningue. Il giurista olandese ammette l'opportunità che, per

---

(42) Ivi, p. 386.

(43) Ivi, p. 388, dove propone la seconda parte della sua risoluzione: « *Il serait désirable également que le juge puisse exercer un contrôle sur le résultat de la pénalité qu'il a prononcée pour pouvoir modifier ou transformer cette pénalité le cas échéant. Dans ce but, et sans porter atteinte au principe général de l'autorité de la chose jugée, il serait désirable que les lois d'individualisation (sursis, libération conditionnelle, etc.) consacrent ce droit de contrôle du juge sur sa décision* ».

meglio individualizzare, la procedura penale possa essere divisa in due parti, una per decidere sul fatto commesso e la colpevolezza dell'accusato, l'altra per stabilire la pena o la misura da infliggere al soggetto riconosciuto colpevole, ma, a differenza dei colleghi d'oltreoceano, continua ad essere convinto che sia ancora « tout considéré, l'autorité judiciaire qui semble le mieux outillée et le plus indiquée à être investie de cette lourde tâche et de ce pouvoir formidable d'infliger les peines » (44). Il metodo da seguire in concreto per dare attuazione al principio dell'individualizzazione incide, come sostenuto già da Conti, Franchi, Garofalo e altri giuristi europei, sugli strumenti processuali per mettere il giudice in condizione di decidere la pena alla luce di una reale conoscenza del reo. Tutta l'istruzione, sostiene van der Aa, si dirige verso l'unico scopo ristretto e preciso di constatare se il fatto incriminato è avvenuto e in che rapporto stia con l'accusato. Il verbale degli ufficiali di polizia, le dichiarazioni dei testimoni, gli interrogatori sono preparati, causati e condotti principalmente a tale fine e la questione della personalità dell'imputato non è affrontata se non incidentalmente; le informazioni fornite dalla polizia sono generalmente vaghe e si basano comunque su un apprezzamento dell'accusato senza garanzie né controllo.

La realizzazione del principio individualizzatore non passa per la separazione del processo in due fasi distinte di cui la seconda affidata ad un organo amministrativo composto di esperti, ma richiede modifiche mirate, tecnicamente ben costruite, del processo penale, trovando modi per allargare la conoscenza processuale dell'accusato da parte del giudice, ossia per ritualizzare, formalizzare entro garanzie di difesa e controlli di attendibilità, le prove sul carattere, la storia personale, l'indole dell'imputato. Mentre l'*individualization* nel sistema americano esalta la separazione tra *trial* e *sentencing*, per rispettare formalmente nel primo le ferree regole limitative delle *character evidences*, e sposta sostanzialmente il momento della personalizzazione del trattamento *fuori* dal processo per salvaguardare le garanzie individuali tradizionalmente radicate nelle *rules of evidence*, il sistema europeo continentale mira invece a creare

---

(44) J.S. VAN DER AA, *Rapport sur la Quatrième question, Première Section*, in *Actes du Congrès...Londres*, cit., p. 421.

strumenti di individualizzazione *del* processo, agendo su metodi e procedure che forniscano al giudice, non a soggetti esterni, le informazioni necessarie per decidere la pena *a misura* del singolo condannato. Mentre il *verdict* statunitense non può, almeno formalmente, tenere conto di elementi che si riferiscano al carattere o alla vita dell'imputato precedente il fatto oggetto di giudizio, il processo penale europeo si dota di meccanismi che portino dentro l'ordinaria procedura, e così sotto la copertura delle garanzie della giurisdizione e del principio di legalità, tutti i dati utili a giudicare non solo il delitto ma anche il delinquente <sup>(45)</sup>.

I riformisti continentali vedono « una lacune très importante » <sup>(46)</sup> da colmare attraverso una riforma radicale della procedura penale, che porti il giudice a conoscere la personalità dell'accusato: alcuni propongono di modificare l'istruttoria e di disciplinare apertamente i modi di raccolta d'informazioni sull'imputato, altri sostengono l'opportunità di un rito bifasico, con una prima parte in cui l'imputato è parte e conduce alla condanna nel rispetto delle garanzie individuali, ed una seconda, dove il condannato diviene 'oggetto di studio', che si occupa delle garanzie sociali <sup>(47)</sup>. Nessuno, però,

---

<sup>(45)</sup> La posizione più estrema è quella del giudice francese André Renoux, che propone la redazione per ogni individuo, dalla nascita fino alla maggiore età o al termine del servizio militare, di un bollettino periodico antropo-caratterologico e delle situazioni di vita, l'applicazione di misure supplementari da affiancare alla pena (di protezione, di correzione, di sicurezza, principali o accessorie, successive o alternative, sospensive o con cauzione, individualmente adattabili), la creazione di una prigione-clinica dove studiare e riadattare il detenuto e, soprattutto, propone di lasciare al giudice, entro margini generali fissati dalla legge, ampia libertà nei casi concreti per « *construire, déduire, découvrir, inventer même, la sanction ou le moyen à appliquer, avec néanmoins certaines restrictions pour respecter le principe "nulla poena sine lege"* » (*Rapport*, in *ivi*, p. 404). Le sue tesi restano, però, minoritarie e vengono espressamente criticate da Wenzel Gleispach nella sua sintesi: « Renoux développe ici tout un système de mesures à prendre qui complèteraient ou remplaceraient les peines proprement dites [...] Comme je l'ai déjà dit, je ne peux pas m'étendre ici davantage. Je me borne à remarquer que M. Renoux va jusqu'à concéder au magistrat la liberté d'inventer certaines mesures, avec des restrictions en faveur du principe nulla poena sine lege » (W. von GLEISPACH, *Séance du Samedi, 8 août 1925*, in *Actes du Congrès...Londres, Procès-verbaux des séances*, vol. Ia, Berne, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1927, p. 124).

<sup>(46)</sup> Così Gleispach riassume il contenuto dei *rapports* in *ivi*, p. 121.

<sup>(47)</sup> In questo senso cfr. l'intervento in discussione del polacco Janusz Jamontt, professore all'università libera e giudice della Corte suprema di Varsavia, in *ivi*, p. 129.

mette in discussione la separazione tra giurisdizione e amministrazione, ed in questo la differenza con i *reformers* americani resta netta <sup>(48)</sup>.

La lunga ed articolata risoluzione finale sulla quarta questione esprime pertanto l'esigenza generale di profonde riforme nella procedura penale dei vari paesi, in modo che il giudice, prima di pronunciare la sentenza, sia portato a conoscenza di tutte le circostanze afferenti al carattere, agli antecedenti, alla condotta e al modo di vita dell'imputato, anche su vicende estranee all'atto criminoso oggetto di giudizio ma comunque utili a determinare la pena giusta da infliggere al reo. Per questo fine, l'assemblea indica dieci *desiderata* e concrete proposte di riforma: l'estensione delle opzioni che il codice penale mette a disposizione del giudice (un'ampia varietà di pene e misure di prevenzione e di sicurezza); la specializzazione dei tribunali (almeno quelli per delinquenti minori); l'insegnamento obbligatorio della criminologia nei corsi universitari; la specializzazione professionale dei giudici criminali e la loro periodica formazione nelle materie criminologiche; l'obbligo per il giudice di ricevere informazioni sufficienti sullo stato fisio-psichico e sulle condizioni sociali dell'imputato prima di irrogare la pena e, di conseguenza, la previsione di apposite e formali indagini svolte in tal senso o dal magistrato stesso o da organismi competenti collegati ai tribunali; la possibilità per il magistrato di interrogare testimoni in grado di fornire informazioni relative alla personalità dell'imputato o, qualora non vi siano, di chiedere un parere di medici esperti e

---

Una riforma che renda flessibile il momento esecutivo per soddisfare il nuovo fine della difesa sociale è proposta anche da P. LUBLINSKY, *Le défense sociale et le futur de la procédure criminelle*, in *Per il Cinquantenario della "Rivista Penale"*, cit., pp. 457-465, secondo il quale « Le jugement prononcé ne restera inaltérable que relativement à la constatation des preuves du fait de crime et à l'affirmation de la responsabilité pénale de l'individu. Mais toutes les questions qui se rattachent à l'application de la peine ou des autres sanctions, resteront à la discrétion ultérieure du tribunal » (p. 464).

<sup>(48)</sup> Ancora Gleispach, confrontando i modi di intendere le due distinte fasi processuali in van der Aa e Bates, precisa come l'idea dell'americano sia più radicale, perché « au tribunal serait réservé le verdict » mentre « un tribunal administratif, composé de médecins, de sociologues, d'administrateurs pratiques, aurait à décider dans quelle institution le condamné devrait être envoyé, quel traitement il aurait à subir et pour combien de temps » (*Séance du Samedi, 8 août 1925*, cit., p. 123).

psicologi; infine, la divisione del processo in due parti, una prima in cui si decida e discuta la colpevolezza, una seconda per stabilire la pena, con una discussione esclusa sia al pubblico sia alla parte civile per evitare influenze esterne e pressioni della pubblica opinione sulla scelta individualizzata della sanzione <sup>(49)</sup>.

I metodi per rendere concreto e incisivo il principio dell'individualizzazione richiedono, dunque, nella cultura giuridica europea degli anni Venti, non interventi finalizzati, come negli Stati Uniti, ad estromettere il giudice dal *sentencing* perché considerato incompetente e ad affidare il compito di decidere la pena ad un corpo amministrativo, ma, viceversa, provvedimenti ispirati al « principio

---

<sup>(49)</sup> Per il testo completo della risoluzione cfr. *Actes du Congrès...Londres, Résolutions votées. Documents présentés*, vol. I b, Berne, Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1927, pp. 50-52. L'attuazione dei principi della giustizia penale 'di difesa sociale' attraverso una necessaria riforma della procedura penale è un tema che continuerà ad essere discusso anche nel dopoguerra, riproponendo le medesime proposte già delineate nei primi anni del secolo (l'estensione delle competenze di esperti nelle discipline criminologiche, la sostituzione del giudizio della giuria con quello di soggetti qualificati, la costituzione di un *dossier* della personalità dell'imputato, la previsione di una specifica inchiesta sulla vita, l'ambiente familiare, educativo, sociale e di lavoro del delinquente, l'attribuzione della decisione sulla colpevolezza e la pena allo stesso giudice che ha raccolto tutte le prove sulla personalità dell'accusato, la giurisdizionalizzazione della fase esecutiva, la possibilità di modificare la pena in ragione delle condizioni del detenuto periodicamente valutate); cfr. per es. J. GRAVEN, *Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociales*, in « Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht », 65, 1950, pp. 82-100 e 170-198; A. SANTORO, *Visione positiva del processo penale*, in « La Scuola Positiva », 56, 1947, pp. 97-117; S.C. VERSELE, *Le dossier de personnalité*, in « Revue de droit pénal et de criminologie », 29, 4, 1948, pp. 309-347; C. DE VINCENTIIS, *Appunti intorno al procedimento di socializzazione*, in « Rivista di Difesa sociale », 1, 3, 1947, pp. 285-300 e 2, 1, 1948, pp. pp. 45-62. Richieste di riforma della procedura con l'introduzione in Francia del processo bifasico sul modello americano sono avanzate ad inizio anni Cinquanta, riproponendo argomenti ormai noti, da M. ROLLAND, *La Scission du Procès en deux phases*, in M. ANCEL (sous la direction de), *L'individualisation des mesures prises à l'égard du délinquant*, Paris, Cujas, 1954, pp. 135-167, il quale, sostenendo la necessità dell'individualizzazione della pena non come una rottura con la tradizione della giustizia legalitaria ed egualitaria ma come « la continuité d'une évolution, dans la ligne d'évolution du système pénitentiaire » (p. 162), propone di separare il processo in due fasi « l'une où il serait statué sur la culpabilité, et prescrit une mise en observation pour rechercher la mesure à appliquer, l'autre, où cette observation une fois faite, on statuerait sur la peine à appliquer » (p. 148); e R. VOUIN, *La division du Procès pénal en deux phases*, in *ivi*, pp. 169-186.

della continuità della funzione del giudice anche nel periodo di esecuzione »<sup>(50)</sup>, volti, cioè, ad estendere il margine di discrezionalità e le fonti di conoscenza della personalità del reo proprio in capo al giudice e sempre entro la giurisdizione. La scelta esemplare è quella del codice Rocco che all'art. 132 attribuisce al giudice « un pouvoir discrétionnaire considérable dans la détermination et l'individualisation de la peine »<sup>(51)</sup>. Esso è il risultato del movimento, tipicamente continentale, che conduce ad un rinnovamento « indirect et assez curieux »<sup>(52)</sup> della legalità che è alla base del *nulla poena sine lege* e che si traduce nell'estensione del controllo giudiziale sull'esecuzione della pena o nell'elaborazione di un codice dell'esecuzione per regolare lo statuto legale del condannato. L'effetto dell'individualizzazione produce, in sostanza, una reazione legalitaria per compensare, con l'ampliamento della giurisdizione sulla pena, la maggiore flessibilità della sanzione, ora personalizzata e sottoposta a progressivi adattamenti in funzione della mutata temibilità del condannato. Poiché l'applicazione della pena perde « sa rigidité première » e poiché il giudice, applicando la legge, non fissa più una volta per tutte lo statuto del condannato, « il à semble tout naturel de faire intervenir le juge dans l'exécution de la peine »<sup>(53)</sup>.

#### 4. *La crescita delle amministrative agencies e il passaggio dalle legal rules ai legal standards.*

L'attribuzione di *sentencing powers* ad un organo amministrati-

---

<sup>(50)</sup> GRISPIGNI, *La sanzione criminale*, cit., nt. 1, p. 423. Nello stesso senso, riferendosi al modello di Stooss per i progetti di codificazione penale in Svizzera, cfr. anche HAFTER, *Pena e misura di sicurezza*, cit., pp. 233-234: « E soprattutto è per un precetto della ragione pratica che nel diritto penale moderno si è trasformata la misura di sicurezza, che indubbiamente trae le sue origini dal diritto amministrativo, in una misura *giurisdizionale*. Il processo dà al giudice la conoscenza del delitto e dell'agente. Allora è esso medesimo che dev'essere posto nella possibilità di pronunciare una sentenza corrispondente alla fattispecie, cioè pena o misura o ambedue collegate ».

<sup>(51)</sup> ANCEL, *La règle "nulla poena sine lege" dans les législations modernes*, cit., nt. 1, p. 258.

<sup>(52)</sup> *Ibidem*.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*.

vo costituisce ancora il nodo irrisolto dell'individualizzazione nel periodo compreso tra le due guerre. Legittimata dalle competenze scientifiche e giustificata dal bisogno di superare le astratte formule di commisurazione della pena al reato per considerare, invece, il variabile carattere dell'individuo, la funzione del *prison board* mette in discussione i fondamenti della separazione dei poteri ed il ruolo dell'amministrazione nel *welfare State* del XX secolo. La commissione penitenziaria, infatti, non è che uno dei molti organi amministrativi istituiti ad inizio secolo, la cui problematicità deve essere analizzata come parte della più generale questione che riguarda le nuove forme di bilanciamento tra legislativo, giudiziario ed esecutivo elaborate per governare meglio le complesse dinamiche delle società industrializzate.

Il processo di *criminalisation* rivela, anche sotto questo profilo, differenze rilevanti tra l'esperienza americana, europea continentale ed inglese, in relazione alla diversa reazione costituzionale nei confronti della crescita di corpi amministrativi che sottraggono prerogative agli altri due poteri. Il tema della legalità del potere del *prison board* è strettamente connesso a quello della sua legittimità, e ricomprende le questioni dei limiti alla sua azione, delle forme di garanzia per il cittadino verso possibili abusi, delle regole procedurali del *sentencing*, della ricorribilità in giudizio contro le decisioni del *board*. Il modo in cui i vari ordinamenti rispondono a questi interrogativi contribuisce a definire in modo peculiare sia la funzione della pena sia gli organi deputati ad applicarla ed eseguirla. Il *Rule of law* e il *Rechtsstaat*, infatti, elaborano diverse nozioni di potere amministrativo e di legalità dell'azione amministrativa <sup>(54)</sup>, e lo stesso concetto di *Rule of law* riceve interpretazioni differenti negli Stati Uniti e in Inghilterra in termini di limiti costituzionali al legislativo.

Albert Venn Dicey, ad inizio secolo, contrappone la nozione britannica di *Rule of law* a quella francese di *droit administratif*, perché le prerogative attribuite dagli ordinamenti continentali al

---

<sup>(54)</sup> Sul punto si rinvia a B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in « Diritto Amministrativo », 1, 2008, pp. 1-28; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 317-322.

potere amministrativo ed ai funzionari di governo sono incompatibili con la *law of the land* <sup>(55)</sup>. Il diritto amministrativo continentale, esemplificato nel modello transalpino, si regge, secondo Dicey, su due idee fondamentali completamente estranee alla cultura giuridica inglese. La prima è che il governo (ed ogni suo funzionario) possieda, come rappresentante della nazione, un 'corpo' di speciali diritti, privilegi, prerogative rispetto a quelli dei privati cittadini. La seconda è la necessità di mantenere una rigida *séparation des pouvoirs*, impedendo al governo, al legislatore ed alle corti di invadere le rispettive sfere di autonomia. Ma il senso in cui un giurista francese intende il concetto di separazione dei poteri, specie tra esecutivo e giudiziario, è profondamente diverso dal valore che tale espressione ha nell'ordinamento inglese. In Francia essa significa indipendenza dei giudici dall'esecutivo, garantita dalla loro irremovibilità, e, corrispondentemente, indipendenza del governo nel senso di libertà dall'ordinaria giurisdizione e autonomia del contenzioso amministrativo; concezione assai distante da quella britannica, che invece prevede che tutti, rappresentanti dell'esecutivo inclusi, siano sottoposti alle medesime regole e siano giudicati dalle medesime corti <sup>(56)</sup>. Con argomenti simili i costituzionalisti americani esaltano la

---

<sup>(55)</sup> Cfr. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, London-New York, Macmillan and Co., 6th ed., 1902, tutto il cap. IV (*The Rule of Law: its nature and general application*) pp. 179-201, ma in particolare pp. 198-199: « there can be with us nothing really corresponding to the "administrative law" (*droit administratif*) or the "administrative tribunals" (*tribunaux administratifs*) of France. The notion which lies at the bottom of the "administrative law" known to foreign countries is, that affairs or disputes in which the government or its servants are concerned are beyond the sphere of the civil Courts and must be dealt with by special and more or less official bodies. This idea is utterly unknown to the law of England, and indeed is fundamentally inconsistent with our traditions and customs ». Sul punto cfr. D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a c. di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 17-88; P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in ivi, pp. 89-170; M. DICOSOLA, *Rule of law e cultura delle libertà*, in « *Giornale di storia costituzionale* », 13, 1, 2007, pp. 109-116; C. BASSU, *La costituzione vittoriana — il ruolo della giurisdizione*, in ivi, pp. 141-145.

<sup>(56)</sup> DICEY, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, cit., p. 341: « The separation of powers, as the doctrine is interpreted in France, means, it would seem to an Englishman, the powerlessness of the Courts in any conflict with the executive. However this may be, it assuredly means the protection of official persons from the

*equal protection of the laws* come l'elaborazione nazionale di una formula che ricomprende il *due process* inglese rafforzandolo e si pone agli antipodi del diritto amministrativo continentale <sup>(57)</sup>.

Le trasformazioni politiche e istituzionali del Novecento costringono anche la cultura giuridica anglo-americana a riconoscere la continua crescita del diritto amministrativo e delle *administrative agencies*, e a studiare le forme della loro regolamentazione <sup>(58)</sup>. Rispetto al quadro originario immaginato dai *framers* della Costituzione americana, sono profondamente mutati sia il significato costituzionale del *Rule of law*, sia il principio della separazione dei poteri. La prima caratteristica che compone la solenne definizione di *Rule of law* data da Dicey <sup>(59)</sup> è modificata dall'interpretazione della

---

liabilities of ordinary citizens». Ma più diffusamente sulla specialità amministrativa nell'esperienza anglo-americana, cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 427-452.

<sup>(57)</sup> Cfr. per es. H. TAYLOR, *Due process of law and the equal protection of the laws*, Chicago, Callaghan and Company, 1917, *passim*, ma l'idea è già espressa chiaramente nella *Preface*, pp. v-xviii; L.P. MCGEEHEE, *Due process of law under the Federal Constitution*, Northport, Edward Thompson Co., 1906, pp. 60-64.

<sup>(58)</sup> Lo stesso Dicey (per es. in *The Development of Administrative Law in England*, in « Law Quarterly Review », 31, 1915, pp. 148-153) riconosce la graduale introduzione « into the law of England a body of administrative law resembling in spirit, though certainly by no means identical with the administrative law (*droit administratif*) » (p. 149). Critiche alla nettezza della distinzione diceyiana tra modello continentale e inglese di diritto amministrativo sono avanzate, in Inghilterra, ad es. da W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 3rd ed., Bickley (War-Time Add.), University of London Press, 1943, pp. 53-61 e Appendix II, *Dicey's Theory of the Rule of Law*, pp. 285-297; negli Stati Uniti cfr. J.W. GARNER, *French Administrative Law*, in « Yale Law Journal », 33, 6, 1924, pp. 597-627; S. RIESENFELD, *The French System of Administrative Justice: A Model for American Law?*, in « Boston University Law Review », 18, 1, 2, pp. 48-82, 400-432. Un atteggiamento tradizionale, che insiste sul rischio dell'espansione di competenze amministrative, è in G. HEWART, *The New Despotism*, New York, Cosmopolitan Book Corp., 1929, mentre per un giudizio severo sulle pagine diceyiane in tema di diritto amministrativo per la « brilliant obfuscation » sia dell'esistenza sia dell'importanza dell'*administrative law* che hanno provocato tra i giuristi americani, pronti a perpetuare « Dicey's misconceptions and myopia », cfr. F. FRANKFURTER, *Foreword*, in « Yale Law Journal », 47, 4, 1938, pp. 515-520 (citaz. p. 517).

<sup>(59)</sup> DICEY, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, cit., pp. 183-184: « We mean [...] that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every

Corte Suprema <sup>(60)</sup>, e, osserva nel 1941 Roland Pennock, non si può dire che questa versione rivisitata esprima « the modern constitutional doctrine »: essa, più semplicemente, riflette una qualche idea delle possibili variazioni della regola « that still may be alleged to be compatible with the essential principle of a “government of laws, not men” » <sup>(61)</sup>.

Analogamente il *tripartite genius* delle istituzioni americane è sottoposto a critiche, tanto che, anche se non è mai apertamente rifiutato, le nuove tendenze delle istituzioni politiche e le funzioni sempre più ampie riconosciute ad organi amministrativi mostrano come sia divenuta « outmoded » <sup>(62)</sup>: il corollario secondo cui il potere legislativo non può essere delegato, per esempio, ha subito profondi cambiamenti, ed è divenuto, nella lettura delle corti, un problema di limiti entro i quali i *lawmakers* possono delegare alle *administrative agencies* il loro potere. Le corti americane, che non sono rimaste per nulla cieche alle « practical exigencies of government » ma, al contrario, esibiscono « a remarkable ingenuity in the art of putting new wine into old bottles », si sono adeguate alla spettacolare crescita di enti e pratiche che sembrano sfidare sia la separazione dei poteri sia la stretta formulazione del *Rule of law*, ed hanno elaborato nuove, ambigue formule giuridiche come *quasi-judicial* o *quasi-legislative* per affrontare le trasformazioni in corso <sup>(63)</sup>.

Le riflessioni di Roscoe Pound sul graduale spostamento dalle *rules* ai *legal standards* nel sistema giuridico statunitense aprono un

---

system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint ».

<sup>(60)</sup> Cfr. ad es. *St. Joseph Stock Yards Co. v. United States* (1936), 298 U. S. 38, p. 84: « The supremacy of law demands that there shall be opportunity to have some court decide whether an erroneous rule of law was applied and whether the proceeding in which facts were adjudicated was conducted regularly. [...] But supremacy of law does not demand that the correctness of every finding of fact to which the rule of law is to be applied shall be subject to review by a court. If it did, the power of courts to set aside findings of fact by an administrative tribunal would be broader than their power to set aside a jury's verdict ».

<sup>(61)</sup> J.R. PENNOCK, *Administration and the Rule of Law*, New York, Rinehart & Co., 1941, p. 10.

<sup>(62)</sup> Ivi, p. 18.

<sup>(63)</sup> Ivi, p. 19.

nuovo approccio al tema. Nel 1919 il professore di Harvard mette in evidenza come l'applicazione meccanica di *strict rules, rigid forms* e *fixed principles*, ossia i metodi con cui il sistema giuridico post-illuminista aveva cercato di garantire imparzialità e certezza nell'amministrazione della giustizia, non sia ormai più adatta a regolare la complessa esperienza giuridica del nuovo secolo. Grazie alla formulazione di *legal standards* per l'azione amministrativa, il legislatore può invece bilanciare l'opportunità di regole flessibili e la richiesta d'individualizzazione della giustizia con la necessità di limiti definiti alle decisioni discrezionali degli *administrative bodies*, poiché gli *standards* sono elaborati « to guide the triers of fact or the commission in applying to each unique set of circumstances their common sense resulting from their experience » (64).

Non si tratta, precisa Pound, di abbandonare la logica che guida il ragionamento giuridico, né di rinunciare alla garanzia della certezza, ma di trovare un compromesso, poiché parlare di « standards and of application of them by means of intuition rather than by logic », significa appoggiare un movimento finalizzato a sviluppare « a better technique of using other instruments where legal logic has failed or is of little avail » (65). Ci sono certamente rischi nell'affidare l'applicazione di *legal standards* ad organi amministrativi. Un pericolo è che tendano, come le corti prima, a cristallizzare particolari applicazioni per casi specifici in regole, annullando così gli *standards*; oppure, all'estremo opposto, che non siano in grado di sviluppare « any real technique of individualization or any well-formed intuitions on the basis of experience » (66). Stando alla corrente legislazione, agli ordini amministrativi ed alle discussioni in corso, chiude Pound, il pericolo più grave ed imminente è rappresentato dalla tendenza ad impedire agli avvocati di apparire davanti ai tribunali amministrativi incaricati di applicare i *legal standards*. L'impossibilità per i *lawyers* di partecipare alle udienze di questi organi sarebbe « unfortunate for constitutional government and the

---

(64) R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, in *Report of the 42<sup>nd</sup> Annual Meeting of the American Bar Association*, Baltimore, The Lord Baltimore Press, 1919, pp. 445-465, citaz. p. 457.

(65) Ivi, p. 459.

(66) Ivi, p. 464.

legal order of society », poiché, non operando i funzionari amministrativi entro i medesimi limiti dei giudici, l'unico *check* che legittima la fiducia nel loro operato è dato proprio dall'« influence of a Bar of specialists, whose specialty is projected on a background of the common law, whose habits of thought are critically conservative from the very nature of their calling » (67).

Se la complessità sociale richiede di attribuire alle *administrative agencies* competenze sempre più diffuse, il problema è come garantire che operino entro parametri di legittimità compatibili con la discrezionalità loro attribuita. Occorre, in altri termini, che esse sviluppino reali tecniche d'individualizzazione, che la competenza dei commissari sia certificata, aggiornata ai progressi scientifici e corrispondente ai cambiamenti del senso comune, che l'ordinamento predisponga adeguati meccanismi di controllo e bilanciamento delle decisioni dei tribunali amministrativi non sottoposti all'ordinaria giurisdizione. Secondo Felix Frankfurter il rischio di arbitrio nell'applicazione amministrativa di *legal standards*, che rappresenta il volto nuovo del familiare conflitto tra *rules* e *discretion*, implica un ripensamento del diritto costituzionale, ma la *great society* del XX secolo, con la penetrante influenza della tecnologia, l'industria di scala, la progressiva urbanizzazione, chiede soluzioni diverse da quelle tradizionali. Poiché « profound new forces call for new social inventions, or fresh adaptations of old experience », il compito della scienza giuridica consiste nel definire « instruments and processes at once adequate for social needs and the protection of individual freedom » (68).

Frankfurter ritiene che le garanzie per questo necessario *government by commission* debbano essere istituzionalizzate in meccanismi e procedure: esse dipendono in larga misura « on a highly professionalized civil service, an adequate technique of administrative application of legal standards, a flexible, appropriate and economical procedure (...), easy access to public scrutiny, and a constant play of criticism by an informed and spirited bar » (69). Tali

---

(67) Ivi, pp. 464, 465.

(68) F. FRANKFURTER, *The task of administrative law*, in « University of Pennsylvania Law Review », 75, 1926-1927, p. 617.

(69) Ivi, p. 618.

protezioni per la libertà dei cittadini non vengono né dal principio di legalità né dall'ordinaria tutela giurisdizionale, ma dalla *judicial review* delle decisioni amministrative come possibile strumento di bilanciamento del potenziale abuso di discrezionalità<sup>(70)</sup>. Si viene così a creare un nuovo equilibrio tra potere giudiziario ed esecutivo, diverso dalla rigida separazione prevista dalla carta fondamentale, rispetto al quale non avrebbe senso continuare ad opporre « constitutional inflexibilities » alla « living law » inevitabilmente affidata ai corpi amministrativi<sup>(71)</sup>.

## 5. Sheldon Glueck e il Rational Penal Code.

Le considerazioni di Pound e Frankfurter riguardano evidentemente anche la questione dell'individualizzazione della pena e del *sentencing power* affidato alle commissioni penitenziarie o ai *parole boards*: i criteri delle loro decisioni, fondate sulle nozioni di pericolosità, riabilitazione e sicurezza sociale, sono infatti *legal standards* della stessa natura degli *unreasonable rates, unfair methods of competition, undesirable residents of the United States*, utilizzati da altre 'agenzie amministrative' incaricate di assumere decisioni in merito a

---

<sup>(70)</sup> Sul tema dei bilanciamenti all'azione amministrativa, sempre più estesa, nella forma di un *judicial review*, Pound tornerà più volte in altri contributi; cfr. per es. R. POUND, *The Growth of Administrative Justice*, in « Wisconsin Law Review », 2, 6, 1924, pp. 321-339; ID., *Administrative Law: Its Growth, Procedure, and Significance*, in « University of Pittsburgh Law Review », 7, 4, 1941, pp. 269-282; ID., *The Challenge of the Administrative Process*, in « American Bar Association Journal », 30, 1944, pp. 121-126; ID., *Administrative Law and the Court*, in « Boston University Law Review », 24, 4, 1944, pp. 201-223; ID., *Administrative Agencies and the Law*, in « Women Law Journal », 31, 1945, pp. 6-8, 25-26. Sull'importanza acquisita dal sistema del *judicial review* cfr. anche PENNOCK, *Administration and the Rule of Law*, cit., pp. 148-210.

<sup>(71)</sup> Così F. FRANKFURTER, *Foreword to A.E. LIPSCOMB, Judicial Control of Administrative Action in Texas. A Study in Administrative Law*, in « The Baylor Bulletin Law Number », 41, 3, 1938, pp. v-vi: « the relation of the administrative to the judiciary is a function of the subject matter entrusted to the administrative. [...] The nature and scope of interests subjected to the administrative, the difference in administrative structure, the novelty or antiquity of administrative oversight, the extent to which practices have established themselves in the confidence of the community and the courts, the assurance of objectivity and expertness within the administrative process — all these factors and many more are decisive of the relation that exists between the administrative and the judiciary ».

delicati problemi della vita economico-sociale americana (72). Non è certo un caso che la criminologia si rivolga allora proprio alle tesi di Frankfurter per trovare risposte all'insoluto dilemma del giudice.

Quando, infatti, nel 1928, Sheldon Glueck traccia le linee programmatiche per l'adozione di un codice penale criminologico fondato sul principio dell'individualizzazione, spiega come il vero problema ancora consista nello stabilire i corretti criteri che le corti e l'amministrazione penitenziaria devono seguire per personalizzare 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 », ma deve basarsi « 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 » (73).

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 d'individualizzazione, così come l'*indeterminate 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 ristretti, ed è stato, di fatto, vanificato dai giudici che impongono termini minimi di pena troppo vicini al massimo edittale o dai *parole boards* che concedono subito la libertà senza un'attenta verifica dell'avvenuta risocializzazione del

---

(72) In questo senso cfr. R. POUND, *Justice According to Law*, in « Columbia Law Review », 14, 1914, pp. 1-26. Per una descrizione dei *legislative standards* con cui la legge riconosce e regola la discrezionalità amministrativa delle molteplici *federal regulatory authorities*, cfr. R.M. COOPER, *Administrative Justice and the Role of Discretion*, in « Yale Law Journal », 47, 4, 1938, pp. 577-602, specie pp. 582-583: tali *standards* sono « as varied as the classes of activities or transactions that are sought to be brought under federal control »; anche ammesso che il Congresso sia in grado di darne una definizione chiara che limiti la discrezionalità delle agenzie amministrative tenute ad osservarli, la loro applicazione nei casi concreti comunque « requires the exercise of specialized knowledge and technical judgment seldom possessed by legislative bodies ».

(73) S. GLUECK, *Principles of a Rational Penal Code*, in « Harvard Law Review », 41, 4, 1928, p. 464 (corsivi nostri).

detenuto. Né l'individualizzazione legislativa, degli atti e non delle persone, né quella giudiziale, priva di competenze scientifiche, hanno funzionato, ed anzi rischiano di degenerare « into a mechanical process of application of certain rules of thumb or of implied or expressed prejudices » (74).

Glueck poi critica severamente il Progetto Ferri del 1921: il criminologo americano, che conosce bene sia il progetto fallito del giurista mantovano (75), 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 dettagliata 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 il giudice deve valutare in base ad indici prognostici 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 d'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

---

(74) Ivi, p. 467.

(75) Due articoli dello stesso Ferri sul « JAICLC » 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 Positivist Reform of the Italian Penal Code*, 11, 1, 1920, pp. 67-76; ID., *The Reform of Penal Law in Italy*, 12, 2, 1921, pp. 178-198.

base di un « scientific understanding » della sua personalità (76). Per quanto Ferri accetti il principio della pena indeterminata (77), tuttavia, esaltando la pericolosità, sottostima oltremisura le potenzialità riabilitative del delinquente. Glueck propone, pertanto, di sostituire a quello ferriano un diverso *basic criterion* del sistema penale, fondato né 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 » (78).

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 in anticipo prevedere 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 » (79). 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 » (80): il dilemma tra discrezionalità del giudice

---

(76) GLUECK, *Principles*, cit., p. 469.

(77) E. FERRI, *Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano (Libro I)*, Roma, "L'Universelle" Imprimerie Polyglotte, 1921, p. 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 ».

(78) GLUECK, *Principles*, cit., p. 469.

(79) Ivi, p. 470 [corsivi nostri].

(80) Ivi, nt. 24, p. 472. L'idea di una tipizzazione legislativa dei criteri di determinazione della pericolosità era stata teorizzata anche da F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in « La Scuola Positiva », 9, 1920, pp. 97-141. Anche De Asua, uno dei più convinti sostenitori del criterio della pericolosità in

e dettagliata determinazione normativa è risolto nell'evidente contraddizione di una «mechanical nature of the individualization»<sup>(81)</sup>.

Rispetto al sistema vigente, incentrato sull'oggettività del fatto, Ferri tenta 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 ad 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>(82)</sup>. Il dibattito americano sulla crescita del diritto amministrativo e sulla 'nuova legalità' limitata ai *legal standards* offre a Glueck risposte più convincenti, in termini di efficienza del sistema di difesa sociale, rispetto al tentativo ferriano di limitare l'individualizzazione entro i rigidi confini di *legal rules*.

La proposta alternativa per un *Rational Penal Code* del criminologo di Harvard, 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 (la *guilty-finding phase*);

---

sostituzione di quello dell'imputabilità, precisa però che non è possibile codificare gli indici o i casi di pericolosità, poiché l'«estado peligroso» è una condizione soggettiva variabile nei singoli individui e nelle specifiche circostanze, non rigidamente predeterminabile in base ad indici presuntivi fissati dal legislatore. In questo senso, per es., critica il progetto argentino del 1924 che prevede, per dichiarare lo stato di pericolosità anteriore alla commissione di un reato, un sistema misto di definizione e categorie che coprono tutte le situazioni di temibilità: la soluzione che propone lo spagnolo è invece di «construir una definición amplia de peligrosidad y enumerar luego las categorías que el Proyecto establece, advirtiendo, de manera expresa, que sólo se enunciaban por vía de ejemplo para el magistrado, pero sin cerrarle su libre arbitrio de apreciación de otros estados temibles, que la letra de la futura ley no prescribiría taxativamente» (DE ASUA, *Los proyectos de ley sobre el "estado peligroso"*, cit., p. 300).

<sup>(81)</sup> GLUECK, *Principles*, p. 474.

<sup>(82)</sup> Ivi, p. 472: «It is a serious question whether more is not lost than gained by removing the 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».

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 delle tutele, la soluzione, secondo Glueck, 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 problema costituzionale connesso alla definizione di metodi per difendere i diritti individuali contro possibili azioni arbitrarie di un *administrative board* <sup>(83)</sup>.

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>(84)</sup>.

Le argomentazioni di Glueck, rigorose nella destrutturazione critica del progetto Ferri, sono, invece, meno sviluppate e solo sommariamente delineate nella parte costruttiva: l'idea di affidare la fase esecutiva della pena ad una commissione amministrativa, infatti,

---

<sup>(83)</sup> Un problema di legittimità e costituzionalità non dissimile da quello che coinvolge l'operato dei *prison boards*, ha ad oggetto, nello stesso periodo, le decisioni sull'ammissibilità degli *aliens* da parte degli *immigration officials* e dei *Boards of inspectors*; sul punto mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *La doppia negazione dello ius migrandi tra Otto e Novecento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a c. di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 74-78.

<sup>(84)</sup> GLUECK, *Principles*, cit., p. 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., pp. 110-11).

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 con il diritto amministrativo, ed in particolare ai «valuable clues» di Frankfurter, 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 tre significativi vantaggi: 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 però la tecnica e litigiosa procedura ordinaria informata a rigide regole probatorie. Da ultimo, la possibilità di una *judicial review* della decisione del *treatment tribunal* accusato di aver agito arbitrariamente o contro la legge<sup>(85)</sup>. Nelle conclusioni, la proposta di Glueck sembra, dunque, avvicinarsi al modello europeo di una fase esecutiva sottratta all'amministrazione e affidata alla giurisdizione.

#### 6. *L'irrisolto problema della pena individualizzata: i poteri del giudice nell'esecuzione.*

La prima questione discussa dal Congresso penale e penitenziario internazionale di Berlino del 1935 riguarda l'estensione dei poteri del giudice penale nella fase esecutiva della pena. La risoluzione adottata esprime posizioni moderate, limitandosi ad indicare dei *desiderata* senza fornire una risposta univoca. Sono, infatti, definiti *desirable*, in primo luogo, l'affidamento senza riserve delle importanti decisioni indicate dalla legge riguardo l'esecuzione della detenzione ai giudici, ai pubblici ministeri o a commissioni miste da loro

---

<sup>(85)</sup> GLUECK, *Principles*, cit., nt. 32, p. 479, dove precisa di essere «indebted to Prof. Felix Frankfurter's course in Administrative Law for valuable clues as to the intricacies of this general problem and hints as to the direction which its solution will probably take».

presiedute; in secondo luogo, la creazione di forme organizzative che rendano possibile l'estensione delle competenze dei giudici e dei pubblici ministeri al fine di coprire la direzione e il controllo della supervisione del criminale sotto pena condizionale; infine, la specializzazione di giudici e pubblici ministeri in modo da stimolare il loro interesse sui temi criminologici e penitenziari, autorizzandoli a visitare di persona gli stabilimenti penali e, nei limiti del possibile, coinvolgendoli nell'attività degli istituti per un certo periodo durante i loro studi <sup>(86)</sup>.

I vari *rappports* mostrano come il tema, certo non originale nel dibattito penologico, riceva ora rinnovato impulso dalla disciplina codicistica sempre più diffusa delle misure di sicurezza e dal problema urgente della sorveglianza nell'esecuzione di provvedimenti vari d'individualizzazione. Secondo Ugo Conti, le concezioni tradizionali per cui *iurisdictio in sola cognitione consistit* ed è nettamente definita la differenza tra l'attività svolta dal giudice per accertare il reato e applicare la pena e l'attività speciale dell'organo amministrativo per dare esecuzione alle sanzioni privative della libertà, risultano superate alla luce delle moderne dottrine penali. L'idea classica che, dopo il giudicato, il giudice sparisca di scena e la concreta gestione della sanzione sia rimessa *in toto* agli organi dell'amministrazione penitenziaria, si scontra con le istanze riformatrici che mirano ad assegnare « un caractère juridictionnel prononcé à l'exécution » <sup>(87)</sup>.

Il nuovo orientamento è determinato da più fattori concorrenti: la considerazione dell'imputato/condannato non come *oggetto* della procedura penale e dell'esecuzione, ma come *soggetto* di un rapporto giuridico che, stabilito nella procedura d'istruzione, si prolunga fino all'esecuzione, « un sujet d'obligations juridiques et en même temps de droits qui, eux aussi, méritent la protection juridictionnelle »; il principio « fécond » dell'individualizzazione della pena, ispi-

---

<sup>(86)</sup> Il testo è consultabile in *Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress, held in Berlin, August 1935*, ed. by the Secretary-General of the Congress Jan Simon Van der AA, Bern, Bureau of the International Penal and Penitentiary Commission, 1937, p. 572.

<sup>(87)</sup> Così U. CONTI, *Rapport sur la première question*, in *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, Août 1935. Rapports sur les questions du programme de la première section: Législation*, vol. II, Berne, Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1935, p. 2.

rato dal fine riabilitativo, che si realizza attraverso modalità esecutive della pena graduale e progressive, le quali richiedono inevitabilmente di attribuire una maggiore ampiezza all'attività del giudice « comme organe de surveillance et de contrôle »; l'introduzione delle misure di sicurezza come strumenti giuridici di lotta contro la criminalità; l'applicazione in alcuni ordinamenti di misure relativamente indeterminate, gli istituti della liberazione e della condanna condizionale, tutti provvedimenti che hanno ulteriormente contribuito ad « accentuer l'intervention du juge » rispetto al campo delle pene tradizionali, poiché, giustificandosi sullo stato attuale di pericolosità, richiedono periodiche verifiche, modifiche, eventuali sostituzioni e dichiarazioni di cessazione da parte di un giudice <sup>(88)</sup>.

La consolidazione, secondo Conti, del 'rapporto giuridico esecutivo' spiega come, nelle moderne legislazioni, in gradi diversi, spetti al giudice decidere sulle questioni esecutive, attraverso una serie di garanzie formali, il contraddittorio ed il riconoscimento del diritto d'opposizione, in misura compatibile con il carattere delle decisioni da assumere e con il tipo di procedura adottabile. Nella misura in cui la *personalità* dell'uomo penetra nelle istituzioni penali, afferma De Asua nell'inizio del suo rapporto, « la tâche du juge devient de plus en plus compliquée, de plus en plus ardue » <sup>(89)</sup>: mentre, secondo la teoria giuridica pura, il giudice esaurisce il suo intervento pronunciando la pena, per i correzionalisti tedeschi, i riformisti americani e i positivisti italiani favorevoli alla pena indeterminata, « le fonctions du juge se sont amplifiées », e, con l'istituzione della misure di sicurezza per ragioni di politica criminale, il dovere del giudice di non disinteressarsi del soggetto che ha condannato « est devenu indispensable » <sup>(90)</sup>. Il ruolo del giudice nell'esecuzione del trattamento, sia penale sia di sicurezza, deve estendersi, secondo il professore spagnolo, dal momento stesso in cui la sanzione è irrogata fino a quando non è terminata, così da comprendere vari compiti: la sorveglianza assidua del regime, mai definitivo, imposto con la sentenza; il controllo costante dello stato

---

<sup>(88)</sup> Ivi, pp. 2-3; ma nello stesso senso cfr. anche P. CORNIL, *Rapport*, in ivi, pp. 11-12.

<sup>(89)</sup> J. DE ASUA, *Rapport*, in ivi, p. 39.

<sup>(90)</sup> Ivi, pp. 39, 40.

di pericolosità del soggetto, delle variazioni sopravvenute e della sua scomparsa; la facoltà di sostituire le misure di sicurezza con altre più adatte alle modificazioni eventuali della pericolosità; la decisione sulla cessazione, provvisoria o definitiva, delle pene e delle misure di sicurezza di durata indeterminata <sup>(91)</sup>.

Uno degli effetti necessari dell'individualizzazione, spiega il belga Paul Cornil, ispettore al Ministero della Giustizia, è la trasformazione del giudizio *a priori* e definitivo in una decisione provvisoria, sempre rivedibile: la pena non può conservare la forma semplice e rigida che ha nei codici classici, ma durata e modalità della stessa devono poter essere modificate in corso d'esecuzione. Il nuovo principio, conforme alle idee umanitarie e alle teorie sull'eziologia del delitto, rischia però di sollevare un grave conflitto di competenza, trascurato nei primi anni del riformismo criminologico e ora risolto in vari modi dalle legislazioni penali: mentre, infatti, per l'esecuzione della pena classica, il legislatore si riferisce all'amministrazione penitenziaria che opera su richiesta del pubblico ministero, per l'applicazione della pena individualizzata le procedure sono diverse.

La legge belga prevede, ad esempio, che in alcuni casi l'amministrazione goda di un potere grazie al quale la durata della misura può essere ridotta (liberazione condizionale), altre volte il magistrato sia incaricato personalmente dell'esecuzione della misura che ha pronunciato (giudice minorile), altre volte, infine, che la durata e le modalità d'esecuzione della misura repressiva siano determinate da un « organisme "sui generis" à caractère mixte, à la fois judiciaire et administratif » <sup>(92)</sup> (internamento dei delinquenti anormali). La scelta tradizionale di affidare l'esecuzione all'amministrazione penitenziaria presenta degli inconvenienti cui si tenta di porre rimedio, perché giudice e corpo amministrativo sono guidati da idee diverse sullo scopo della pena (intimidazione e generalprevenzione l'uno, specialprevenzione l'altro) e da differenti strumenti di conoscenza e valutazione del soggetto, così che la pronuncia e l'esecuzione « se

---

<sup>(91)</sup> Ivi, p. 44.

<sup>(92)</sup> CORNIL, *Rapport*, in ivi, p. 12.

juxtaposent sans harmonie comme deux pièces d'un habit d'arlequin » (93).

Il problema, spiega Cronil, è, soprattutto, quello delle garanzie del condannato, perché mancano regole precise che guidino l'amministrazione nell'esecuzione delle misure repressive individualizzate. Certe formalità proprie della giurisdizione, come l'interrogatorio, il mandato d'arresto dell'accusato, la motivazione dei giudizi, la facoltà di appello o di fare opposizione riconosciuta in certi limiti e forme al condannato, pur rappresentando un ostacolo alla scorrettezza della giustizia, rappresentano, per l'accusato e per la società tutta, « une garantie contre les possibilités d'arbitraire et surtout contre la négligence éventuelle de certains magistrats » (94). L'amministrazione penitenziaria, invece, si vede attribuire poteri sempre più estesi senza che sia definita in modo preciso la procedura che deve seguire.

Neppure l'affidamento di tutte le competenze esecutive al giudice sembra, però, una soluzione soddisfacente, perché questi non ha la preparazione adeguata per svolgere tale funzione (95). La terza via di una commissione mista, per essere efficace, presuppone l'abbandono completo delle pene fisse pronunciate dal giudice del giudizio e l'accoglimento di una logica bifasica sul modello americano in cui il processo, di natura puramente giuridica, termina con

---

(93) Ivi, p. 13.

(94) Ivi, p. 14.

(95) L'inadeguatezza della preparazione dei giudici per gestire l'esecuzione nel nuovo sistema di pena individualizzata è uno degli argomenti ricorrenti, che porta poi l'assemblea a votare nella risoluzione la richiesta di una specializzazione del giudice penale, con formazione anche criminologica. In questo senso cfr. anche il *Rapport* del francese Luis HUGUENEY, ivi, p. 34, che, sperando in un'individualizzazione non più solo quantitativa ma anche qualitativa, afferma come essa sia « forcément limitée dans un pays comme le nôtre où les services pénitentiaires ne sont que pauvrement dotés et où les jurés, maîtres de la justice criminelle, n'ont, le plus souvent, sur le mode d'exécution des peines, d'autres lumières que celles qu'ils reçoivent du miroir déformant de la presse ». Inoltre, continua Hugueneay, un giudice eccellente sarà spesso un pessimo amministratore. Sulla scarsa formazione dei magistrati inglesi per poter prendere decisioni nella fase esecutiva insiste anche il rapporto di Claud MULLINS, giudice a Londra, in ivi, pp. 86-97, dove considera la maggior parte dei *judges* inglesi « aussi incompétents en théorie qu'ignorants des effets pratiques des condamnations prononcées par eux » (p. 88).

la pronuncia sulla colpevolezza dell'imputato, mentre l'esecuzione viene affidata alle valutazioni della commissione apposita. In entrambe le fasi occorre però, con precise formalità e regole processuali, proteggere l'individuo e la società contro arbitri e negligenze dell'autorità giudiziaria e amministrativa. Solo tale soluzione, parzialmente adottata nelle corti d'assise belghe con la distinzione tra verdetto sulla colpevolezza e scelta della pena, permetterebbe, secondo Cornil, una « individualisation rationnelle de la peine »<sup>(96)</sup>.

7. *La ricerca dell'equilibrio tra flessibilità del trattamento e garanzie individuali.*

Il problema fondamentale sollevato dall'individualizzazione e ancora non risolto negli anni Trenta del Novecento, di natura costituzionale perché incide sulla separazione dei poteri, sulla legalità della pena e sui diritti individuali, è quello del rapporto tra potere giudiziario e amministrativo nell'esecuzione della pena e delle nuove misure di difesa sociale<sup>(97)</sup>. Le possibili soluzioni oscillano tra il conferimento al giudice di tutti i poteri di sorveglianza, direzione, controllo del trattamento, rimettendo all'amministrazione solo la gestione disciplinare degli stabilimenti detentivi, oppure l'attribuzione all'organo giurisdizionale di un potere decisorio contro denunce per disposizioni emesse dall'autorità penitenziaria in modo da garantire il rispetto della legalità e la protezione dei diritti individuali dei detenuti. Nell'individuazione difficile del confine tra giurisdizione e amministrazione, la questione centrale continua ad essere quella delle garanzie individuali, dei limiti legali ai margini valutativi, della costruzione di schemi organizzativi e procedurali che ridistribuiscono le funzioni.

È vero, come afferma Conti, che l'atto è giurisdizionale o amministrativo non per il soggetto che lo compie ma per la natura propria dell'atto, e che, di conseguenza, anche il giudice può compiere, nel processo o nell'esecuzione, atti amministrativi, ma il

---

<sup>(96)</sup> CORNIL, *Rapport*, in *ivi*, p. 16.

<sup>(97)</sup> La portata costituzionale della questione è rimarcata, per es., nel dibattito assembleare dal greco Démétrios Castorkis, professore di scienze penali all'Università di Salonicco, in *Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress*, cit., pp. 54-55.

punto essenziale è che tali atti siano comunque circondati dalle garanzie giurisdizionali, proprio perché affidati all'organo giudiziario<sup>(98)</sup>. Il potere, essenzialmente di decisione, che si deve attribuire al magistrato nella fase esecutiva, serve, secondo Gabriel de Montvalon, Consigliere della Corte di Cassazione di Parigi, perché la « *liberté individuelle* » è meglio tutelata se le misure sono oggetto di « *décision judiciaire* », cioè d'una decisione « *prise après un débat où seront exposées et discutées des raisons, où le condamné pourra soit se faire entendre soit se faire représenter* », assunta in contraddittorio e non unilaterale come è, invece, necessariamente, la decisione amministrativa emanata da un'autorità e non da un tribunale<sup>(99)</sup>. Il modello liberale classico, che riteneva esaurito l'ufficio giurisdizionale nell'irrogazione della pena astrattamente prevista dal legislatore, non può resistere alla rivoluzione penologica portata dall'individualizzazione e dagli elementi d'indeterminatezza della sanzione penale, accentuati dalle misure di sicurezza, che richiedono rinnovate, parziali ma motivate decisioni.

Un « *great enlargement of the judiciary* » è considerato indispensabile per far funzionare il sistema riformato che, nell'orbita di una « *integral penal justice* », pone il giudice come *dominus poenae*, riduce o quasi annulla le competenze delegate all'amministrazione penitenziaria e trasforma gradualmente la « *penal justice* » in « *penitentiary justice* », attraverso le misure di sicurezza, la pena indeterminata e il *progressive system*<sup>(100)</sup>. Non si devono, però, confondere i piani, poiché — come afferma l'olandese Rutgers — « *execu-*

<sup>(98)</sup> CONTI, *Rapport*, cit., p. 5.

<sup>(99)</sup> G. DE MONTVALON, *Rapport*, in *Actes du Congrès Pénal...de Berlin. Rapports sur les questions du programme de la première section*, cit., p. 81.

<sup>(100)</sup> Questa l'opinione espressa nella discussione dal polacco Georges Sliwowski, giudice a Varsavia, in *Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress*, cit., pp. 64-65. Una posizione radicale è sostenuta anche dal romeno Jean Jonescu-Dolj, il quale, sia in discussione (ivi, pp. 56-57) sia nel *Rapport* (in *Actes du Congrès Pénal...de Berlin. Rapports sur les questions du programme de la première section*, cit., pp. 55-59), propone di assorbire il personale superiore dell'amministrazione penitenziaria nel corpo della magistratura: vede il rischio d'incostituzionalità per la commistione del giudiziario nella sfera riservata all'esecutivo, ma ritiene che al giudice, unico che assicuri la legalità dei provvedimenti, debba spettare la sorveglianza e il controllo degli atti esecutivi della pena e ritiene anche che tale soluzione elimini ogni possibile conflitto tra poteri.

*ting is another thing than judging* » (101). Le *judicial decisions* nell'esecuzione dovrebbero, di conseguenza, essere circoscritte ad un numero limitato di casi, mentre dovrebbe essere previsto un esteso *judicial control* di tutti gli stabilimenti detentivi, per garantire che nessuno sia privato della libertà per un tempo più lungo di quello fissato nei *legal orders*. Sostenere, come fa il professore di Amsterdam, che non sia opportuno coinvolgere il giudice nell'esecuzione, non significa però ritenere che « the administrative rule of execution could not and should not be organised in a way giving as many guarantees as possible against arbitrariness, against abuses » e che l'esecuzione non debba tendere, fin dove possibile, alla rieducazione del delinquente (102).

La concezione liberale della pena appare ormai definitivamente tramontata, ma quella moderna 'individualizzata' ancora non ha trovato un giusto equilibrio tra flessibilità del trattamento e garanzie individuali, né ha individuato chiari confini, costituzionalmente accettabili, tra giurisdizione e amministrazione. La strada nuova non è tracciata con certezza e il tenore non risolutivo della decisione votata dall'assemblea di Berlino si spiega con la diversa impostazione teorica delle soluzioni proposte. Nel rapporto generale che lo svedese Nils Stjernberg presenta ai delegati, emerge la difficoltà di giungere ad un compromesso condiviso. La maggioranza dei *rappor-teurs* esprime la convinzione che sia una « duty of the judicial authority » controllare l'esecuzione della pena nel rispetto della legge e che le corti debbano avere strumenti per monitorare la « formal legality » dell'operato delle autorità carcerarie: soprattutto chi insiste sull'importanza della separazione dei poteri nella prospettiva delle garanzie individuali sostiene tali posizioni, ma, osserva il relatore, questa non è l'unica scelta possibile (103).

---

(101) V.H. RUTGERS, in *Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress*, cit., p. 52.

(102) *Ibidem*.

(103) N. STJERNBERG, in *Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress*, cit., pp. 39-40. L'esperienza svedese, dove un forte potere di controllo sugli atti delle amministrazioni penitenziarie è stato attribuito al *Directorate of Prison Administration*, organo centrale formato da autorevoli ed irremovibili ufficiali, e dove il *Public Prosecutor's Department* o l'*High-Commissioner of Justice* possono accusare davanti alle corti ordinarie gli ufficiali penitenziari colpevoli di atti illegali, propone una soluzione

È in particolare sulla possibilità di riconoscere ai giudici poteri di partecipare direttamente alle decisioni relative all'esecuzione, sostituendosi e subentrando ai compiti dell'autorità carceraria, che vi sono tre differenti opinioni. Coloro che sono favorevoli ad ampliare il potere delle corti, insistono, da un lato, sull'importanza di rafforzare le protezioni che la legge riconosce ai detenuti, prevenendo ogni possibilità di azione arbitraria da parte delle autorità amministrative e, dall'altro, sull'opportunità di assicurare continuità e metodo uniforme nel trattamento dei prigionieri, evitando che scelte delle *prison authorities* si basino su considerazioni specifiche legate alle circostanze personali dei soggetti mentre le corti sono orientate da considerazioni di deterrenza generale. A favore di tale tesi 'giurisdizionale' vi sono i rappresentanti delle *Latin countries*, i quali ritengono che le decisioni sull'esecuzione debbano competere al medesimo giudice che ha pronunciato la condanna. Tra loro vi sono sia i sostenitori, influenzati dalla scuola positiva italiana, del modello del giudice-medico, secondo cui spetta a chi prescrive un trattamento verificarne poi gli effetti, sia altri guidati da considerazioni più specificamente giuridiche, per cui ogni decisione connessa all'esecuzione che possa avere effetti diretti sul carattere morale e legale della pena deve, « for the sake of the legal guarantees to which the individual is entitled, rest with the judge by whom sentence was passed »<sup>(104)</sup>.

Di opposta opinione sono i relatori che provengono dalle *Germanic countries*, contrari ad ogni interferenza delle corti nell'esecuzione della pena: l'accertamento del fatto e della colpevolezza è un impegno già sufficientemente gravoso per i giudici, i quali non avrebbero tempo ed energie per occuparsi anche del dopo-condanna. Essi non sono peraltro qualificati per prendere le decisioni in oggetto e, se anche avessero conoscenze di criminologia,

---

alternativa, che non ricorre necessariamente all'estensione delle competenze giudiziali nella fase esecutiva.

<sup>(104)</sup> Ivi, p. 41. Così, per es., H. DONNEDIEU DE VABRES, *La Justice pénale d'aujourd'hui*, Paris, Librairie Armand Colin, 1929, p. 184: « Aussi la doctrine la plus récente incline-t-elle à substituer au pouvoir arbitraire de l'Administration l'appréciation du juge. La "revision périodique de la sentence" conférerait au tribunal ce rôle tutélaire, que nos lois sur l'enfance lui reconnaissent vis-à-vis des mineurs ».

resterebbe il grave problema che il giudice della condanna si troverebbe quasi sempre in un luogo diverso da quello dello stabilimento dove il detenuto sconta la pena. Meglio allora, per il principio d'autorità, continuare ad affidarsi alla decisione di un'unica persona, individuata tendenzialmente nel pubblico ministero, considerato organo dell'esecutivo ma vicino, per sensibilità e formazione, al giudiziario <sup>(105)</sup>. Una terza tendenza emersa dai vari *reports* indica come soluzione mediana la costituzione di commissioni miste, variamente composte da rappresentanti dell'autorità giudiziaria, amministrativa e da specialisti dell'esecuzione. Tale opzione avrebbe i vantaggi di offrire ai detenuti idonee garanzie contro abusi dell'amministrazione, di assicurare il contributo di esperti, di facilitare la graduale sostituzione, in corso d'esecuzione, di una pena con altre misure, o di una misura di sicurezza con altra diversa.

La scienza penale e penitenziaria è divisa sull'allocazione dei poteri nella fase esecutiva. Il silenzio di giuristi americani sul punto non deve stupire, vista la scelta ormai consolidata oltreoceano del *biphasic trial* e della *indeterminate sentence*. In area europea desta, invece, molto interesse la scelta del giudice di sorveglianza introdotta dal Codice Rocco: « l'esecuzione della pena è vigilata dal giudice » (art. 144 co. 1), il quale « delibera circa l'ammissione al lavoro all'aperto e dà parere sull'ammissione alla liberazione condizionale » (co. 2). Il giudice di sorveglianza, inoltre, può ordinare la misura di sicurezza in alcuni casi previsti dalla legge (art. 205), ed è competente per « i provvedimenti con i quali, fuori dell'istruzione o del giudizio, si applicano, si modificano, si sostituiscono o si revocano le misure di sicurezza » (art. 635 c.p.p. 1930). Il legislatore italiano, imitato poi da altri, sceglie un sistema misto giudiziario-amministrativo, con la giurisdizionalizzazione parziale dell'esecuzione, senza però vincolare il giudice del giudizio e prevedendo per il magistrato di sorveglianza solo determinati poteri decisionali nel-

---

<sup>(105)</sup> In questo senso cfr. ad es. i tedeschi Otto Rietzsch (in *Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress*, cit., pp. 59-61), Paul Vacano (ivi, pp. 67-69), ed il cinese Tien-Hsi Cheng (ivi, pp. 72-74) che critica la proposta di attribuire più poteri al giudice: « Such an undivision of labour is apt to lead to duplication of human efforts, unnecessary expenses, unprofitable waste of time, and, perhaps, conflict of authorities » (p. 73).

l'ambito di una più generica attività di supervisione <sup>(106)</sup>. Il problema della legalità del diritto penitenziario resta ancora, alle soglie del secondo conflitto bellico, un nodo solo parzialmente risolto dal riformismo penale.

#### 8. *Dall'abbandono del nulla poena al ritorno alla legalità.*

Il processo di *criminalisation* pone in discussione anche il principio di legalità. Prima più velatamente, quando si dice che di fatto è sempre la legge a definire la pena pur entro margini minimi e massimi molto ampi per consentire l'individualizzazione, poi frontalmente, quando si cerca di radicalizzare la scelta della pena indeterminata per consentire la massima difesa sociale ed eliminare le aporie che impediscono al metodo rieducativo di realizzarsi compiutamente. Il classico brocardo viene separato: la legalità sostanziale continua ad essere almeno formalmente rispettata, con i corollari del divieto d'analogia e dell'irretroattività. Il *nulla poena* subisce invece una graduale, progressiva erosione poiché l'ammini-

---

<sup>(106)</sup> Il modello italiano è apprezzato per es. dal polacco Stefan Glaser (ivi, pp. 50-51), dallo jugoslavo Thomas Givanovitch (ivi, pp. 57-59), dall'austriaco Adolf Lenz (*Rapport, in Actes du Congrès Pénal...de Berlin. Rapports sur les questions du programme de la première section*, cit., pp. 67-71), dal rumeno Jean Jonescu-Dolj (*Rapport*, in ivi, pp. 53-54), mentre è considerato una soluzione «incomplete and unsatisfactory» dal connazionale Nicolas Jorgulesco perché prevede solo un intervento parziale del giudice (*Proceedings of the XI<sup>th</sup> International Penal and Penitentiary Congress*, cit., p. 62). Positivi, naturalmente, i giudizi degli italiani Giovanni Novelli (ivi, pp. 47-49) e Ugo Conti (*Rapport*, cit., specie pp. 3-5). Il C.P. danese del 1930 istituisce un Consiglio di prigione, organo amministrativo con funzioni autonome; in Finlandia dal 1933 opera il tribunale penitenziario dove dominano elementi tecnico-amministrativi; in Austria una legge del 1920 affida le decisioni sulla liberazione condizionale e la sua revoca, il rinvio o l'interruzione dell'esecuzione all'autorità giudiziaria; il C.P. polacco del 1932 ha trasferito la competenza in materia di liberazione condizionale dall'amministrazione penitenziaria al giudice; il progetto di C.P. francese prevede che la liberazione condizionale sia un atto giudiziario; il progetto di C.P. rumeno prevede l'istituzione di una commissione di sorveglianza, chiamata per es. a decidere anche sulla liberazione condizionale, prima decisione di carattere amministrativo; la liberazione condizionale deve essere decisa con sentenza, pronunciata con processo penale da un giudice, dal presidente del tribunale o dal giudice dell'esecuzione secondo la legge brasiliana (Decreto 16665 del 6 novembre 1924).

stratizzazione' del *sentencing* e la singolarità del trattamento tolgono al legislatore ogni legittimazione a predeterminare la pena.

Svanita la garanzia della legge, abbandonate l'uguaglianza e la certezza della sanzione, la scienza giuridica cerca altre, diverse, forme di tutela e di bilanciamento della discrezionalità resa necessaria dalla flessibilità del castigo. Negli anni Trenta del Novecento, i giuristi americani, che non trovano nel divieto costituzionale di pene *unusual* e *cruel* un reale criterio di controllo sulla legittimità della sanzione, dopo aver constatato i rischi e le inefficienze della *new penology*, invocano un ritorno al *nulla poena*. La cultura europea continentale, invece, ormai convinta della scelta del doppio binario, teorizza e codifica la legalità delle misure di sicurezza o dei criteri di pericolosità, cercando un non facile compromesso tra tassatività e individualizzazione.

Maurice Parmelee nel 1908 analizza le modifiche che le nuove teorie producono sul principio di legalità, considerandolo nelle sue due parti: il *nullum crimen* non può certo essere negato o rifiutato, ma la sua validità deve reggersi su una più generale classificazione delle fattispecie, 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, ha subito radicali cambiamenti, perché la tendenza all'individualizzazione rende la regola non più applicabile nel modo rigido di prima. Il punto di vista criminologico 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 dell'*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>(107)</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

---

(107) PARMELEE, *The Principles of Anthropology and Sociology*, cit., p. 188.

della pena, rappresenta uno dei temi caratteristici della scuola positiva in generale e del movimento progressista americano in particolare. Essa, infatti, è il logico corollario della divisione bifasica del processo e dell'attenuarsi della legalità processuale, ovvero del *due process*, nel *sentencing*: il *nullum crimen* governa la funzione giudiziale d'accertamento della colpevolezza, nel pieno rispetto delle prerogative costituzionalmente fissate che vietano la creazione giurisprudenziale di nuove fattispecie, mentre nel *sentencing* il *nulla poena* non ha più alcuna giustificazione teorica alla luce della filosofia correzionalista e dell'individualizzazione.

La frammentazione del principio comporta, secondo il sociologo americano, 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>(108)</sup>. Il giudice deve poter utilizzare criteri flessibili per individualizzare la pena e, nel passaggio dalla responsabilità morale alla pericolosità sociale, occorre limitare lo scopo pratico del diritto penale sostanziale ed estendere invece lo scopo della procedura.

Questa nuova tendenza non renderebbe la legge penale né instabile né incerta, ed anzi si tradurrebbe « in a simplification of the law », 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 ferriano del 1921. Il codice

---

<sup>(108)</sup> Ivi, p. 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), tentativo (in adesione piena alle tesi di Garofalo), complicità, circostanze.

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 azione lesiva, bensì dalla natura del criminale. « 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 » (109).

Nel volume *Criminology*, pubblicato nel 1918, la posizione di Parmelee in tema d'individualizzazione 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 » (110). 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 » (111).

---

(109) Ivi, p. 216. In un articolo del 1911 (M. PARMELEE, *Public Defense in Criminal Trial*, in « JAICLC », 1, 5, 1911, pp. 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 » (p. 745).

(110) PARMELEE, *Criminology*, cit., p. 395.

(111) *Ibidem*.

Come polemicamente sostenuto da molti criminalisti 'conservatori' europei, anche per il sociologo statunitense la conoscenza storica ha una funzione moderatrice verso gli eccessi riformatori che tendono a smantellare le conquiste di garanzia del passato (112): occorre allora armonizzare, bilanciare la teoria della difesa sociale e il principio dell'individualizzazione con la dottrina della responsabilità individuale e la funzione retributiva della pena. Un esempio dei possibili rischi dell'applicazione eccessiva della pena indeterminata, oltre gli scopi che le sarebbero propri, è offerto dall'*Indefinite sentence law* emanata dallo Stato di New York nel 1915. In base al *report* annuale del *Department of Correction* di New York, in virtù delle previsioni di tale norma, che condanna al penitenziario o alle *workhouses* per periodi indeterminati, limitati da un massimo di due anni o tre anni e sei mesi in caso di recidiva per condanne di vagabondaggio, condotte disordinate, prostituzione e adescamento a fini di prostituzione sulle strade o nelle pubbliche piazze, migliaia di detenuti colpevoli solo di queste *petty offences* sono rinchiusi per periodi lunghi fino a ventiquattro mesi.

Se certamente la funzione deterrente delle pene fisse lievi non ha alcuna presa su tali soggetti, sostiene Parmelee, è comunque « unjust and dangerous » affidare il potere di trattenerne tali *petty offenders* in carcere fino a due o tre anni, con decisioni non impugnabili, nelle mani di una *parole commission* che rappresenta solo la volontà del sindaco, poiché « this would indeed be an easy method of "railroading" to prison opponents of the city administration, or political offenders » (113). La rinuncia alla legalità della pena apre spazi di potere discrezionale che può facilmente trasformarsi in uno strumento di discriminatoria emarginazione politica contro forme di semplice devianza dal modello WASP di buon cittadino.

---

(112) Parmelee si richiama alle posizioni decisamente critiche verso la *indeterminate sentence* assunte da molti delegati europei al Congresso di Washington, e ricorda come nel vecchio continente i molti secoli di lotta per eliminare il potere arbitrario dei giudici giustifichi 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 extended in its scope » (ivi, p. 398).

(113) Ivi, nt. 2, p. 399.

Negli Stati Uniti, il definitivo declino dell'ideale riabilitativo degli anni '70 <sup>(114)</sup> è preceduto, nelle riflessioni di alcuni provveduti giuristi, dall'amara constatazione dei rischi 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 del reato e della pena. Nel 1937 Jerome Hall osserva criticamente come sia in Europa sia negli Stati Uniti ci sia stata una graduale erosione del significato del principio di legalità, tanto nella parte del *nullum crimen*, attaccato dalle teorie dei positivisti secondo cui la pericolosità dovrebbe sostituire la responsabilità e il reato come fatto ridursi solo a sintomo della pericolosità, quanto, soprattutto, nella parte del *nulla poena*, vanificato 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: 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'annichilimento della legalità ad opera del regime nazionalsocialista <sup>(115)</sup>

---

<sup>(114)</sup> Sul tema, per ragioni di sintesi, si rinvia a 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; F.A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, New Haven and London, Yale University Press, 1981; A. VON HIRSH, *Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory*, in « Maryland Law Review », 42, 1983, pp. 6-36; D. GARLAND, *The Culture of Control*, Oxford, Oxford University Press, 2001, trad. it. *La cultura del controllo*, Milano, il Saggiatore, 2007, pp. 128-156.

<sup>(115)</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 », 11, 1929, pp. 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 » (p. 30) e che « the idea of the old Constitutinal State no longer underlie the law » (p. 32), perché le libertà individuali sono completamente annullate negli obblighi di solidarietà con la comunità che il cittadino ha nei confronti dello Stato.

o di quello comunista hanno dimostrato il volto repressivo che può nascondersi dietro la facciata correzionalista e riabilitativa: proprio per questo 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>(116)</sup>.

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<sup>(117)</sup>, svelando il rischio di un depotenziamento della legalità *nella e 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 corrispondenze anche negli Stati Uniti. Le due 'parti' del principio non possono essere separate,

---

Sul pericolo democratico reso evidente dalle leggi penali nazionalsocialiste del 1935 cfr. anche la reazione di C.H. McILWAIN, *Government by Law*, in « Foreign Affairs », 14, 2, 1936, pp. 185-198. Sul penale del nazismo cfr. H. RÜPING, *Nationalsozialismus und Strafrecht*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007, pp. 1007-1030 ed E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, ivi, pp. 1031-1082.

<sup>(116)</sup> J. HALL, *Nulla poena sine lege*, in « Yale Law Journal », 47, 2, 1937, p. 192.

<sup>(117)</sup> 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 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 ».

« the two rules are inextricably interwoven »<sup>(118)</sup>, 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 »<sup>(119)</sup>. Il pericolo, storicamente provato, di un'abdicazione del *nulla poena*, ovvero di un affidamento ingenuo della gestione della sanzione 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 »<sup>(120)</sup>.

Il ripudio della regola *nulla poena sine lege* in Germania e Unione Sovietica deriva dagli eccessi dell'ideologia rivoluzionaria<sup>(121)</sup>, ma tali esperienze hanno convinto anche chi, come Marc Ancel, riconosce l'«incivilimento penale» prodotto dall'individualizzazione, di quanto una sua espansione senza limiti possa essere rischiosa per l'intero sistema<sup>(122)</sup>. Nuovamente Hall, nel 1960,

<sup>(118)</sup> Ivi, p. 183.

<sup>(119)</sup> Ivi, p. 185. Sul punto cfr. ALLEN, *The Habits of Legality*, cit., pp. 14-26.

<sup>(120)</sup> HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, cit., p. 189. Dopo le aperture all'individualizzazione della pena manifestate nel lavoro del 1935 *Theft, Law and Society*, (Boston, Little, Brown), la sua posizione diviene molto critica verso i metodi d'*individualization*, come confermano anche gli scritti successivi, tra cui cfr. J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, 2<sup>nd</sup> 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; su questa svolta legalitaria di Hall e sul fatto che la sua « emphasis on legality became in the next decade not merely a cautionary tale but the baseline for a moral validation of the law », cfr. T.A. GREEN, *Conventional Morality and the Rule of Law: Freedom, Responsibility, and the Criminal Trial Jury in American Legal Thought, 1900-1960*, in D.W. HAMILTON, A.L. BROPHY (eds.), *Transformations in American Legal History. Law, Ideology, and Methods. Essays in Honor of Morton J. Horwitz*, vol. II, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 263-264.

<sup>(121)</sup> Sulla crisi del principio in Unione Sovietica cfr. M. COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in « Quaderni fiorentini », 36, 2007, pp. 1083-1158.

<sup>(122)</sup> Cfr. per es. ANCEL, *La règle "nulla poena sine lege" dans les législations modernes*, cit., p. 269, 272: « A ce point extrême, l'abolition de la règle *nulla poena sine*

critica gli argomenti lombrosiani e positivistici favorevoli ad un abbandono del principio di legalità per ragioni di difesa sociale, definendoli *fantastic* e *ominous*. Negli Stati Uniti, le proposte avanzate ancora negli anni '50 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 riformisti italiani ed europei tra fine Ottocento ed inizio Novecento. Il principio di legalità, tuttavia, « 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 » <sup>(123)</sup>.

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 dimenticando che il *nulla poena* « represents the peak of all the values expressed in criminal law » <sup>(124)</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

---

*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 maquerait, au contraire, un retour vers un état de choses que l'on avait cru aboli»; cfr. anche ID., *A propos de quelques discussion récentes sur la règle « nulla poena sine lege »*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 1937, pp. 670-678. 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 c. di S. Calamandrei, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 63-107; sull'assillo della legalità nella riflessione del giurista fiorentino, cfr. P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 63, 3, 2009, pp. 865-885.

<sup>(123)</sup> HALL, *General Principles*, cit. p. 51.

<sup>(124)</sup> HALL, *General Principles*, cit., p. 57.

verso una maggiore attenzione al delinquente ed alla sua personalità, si è prestato, dove applicato senza bilanciamenti, ad una degenerazione in senso repressivo ed autoritario certamente non compatibile con il principio di legalità previsto dal *Rule of law* <sup>(125)</sup>.

### 9. *Le misure amministrative di sicurezza nel Codice Rocco.*

Il legislatore fascista opta per una soluzione ambigua che non risolve, ma anzi accentua ancor di più le dispute sulla natura dei provvedimenti preventivi *post delictum*. Il Codice Rocco prevede una disciplina organica delle misure amministrative di sicurezza (artt. 199-240): le sottopone ad una rigorosa legalità (art. 199), ne limita l'ordinaria applicabilità alle « persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato » ammettendo che la legge possa determinare casi in cui si applicano per fatti non preveduti come reati (art. 202), formalizza una definizione di pericolosità sociale che dipende dalla commissione di un reato o di un quasi-reato e rinvia alle circostanze sintomatiche dell'art. 133 (art. 203), prevede casi di presunzione legale della pericolosità (art. 204). Alla volontà di introdurre una sistematica e tassativa disciplina normativa della pericolosità penalmente rilevante, si accompagna la scelta anti-positivista di continuare a considerare le misure di sicurezza come atti amministrativi.

È la cristallizzazione normativa delle tesi di Arturo Rocco, il quale considera le misure 'atti amministrativi di polizia', istituiti applicati dopo il reato ma non a causa di esso, aventi nel fatto costituente reato (oggettivamente o soggettivamente) un presuppo-

---

<sup>(125)</sup> Ivi, 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 ». Nello stesso senso cfr. anche Id., *Criminology*, in G. GURVITCH, W.E. MOORE (eds.), *Twentieth Century Sociology*, New York, The Philosophical Library, 1945, pp. 342-365, ma specie p. 346: « What has escaped adequate notice is that the Positivists no less than the Classicalists built their theories on a definite philosophical foundation, with the difference that their "ideologies" are both invalid and, also, dangerous to democratic values »; il determinismo e la stigmatizzazione della pena come vendetta, hanno, infatti, aperto la porta « to unmitigated cruelty in the name of "measure of safety" » (p. 349).

sto necessario dal quale, però, subito si distaccano totalmente per adeguarsi alla pericolosità. Con enfasi retorica autocelebrativa, omettendo qualsiasi riferimento alle dottrine di Longhi, Ferri o Grispiigni, il giurista napoletano esalta « il nuovo diritto criminale — quale esce riformato e trasformato per opera della codificazione penale fascista » che, « soprattutto mercè la disciplina da essa data a quei nuovi istituti giuridici che noi diciamo “misure di sicurezza”, varca i confini storici e spezza le barriere tradizionali del diritto penale » (126). In realtà non è altro che il tentativo di recepire solo parzialmente, nella nozione « di un nuovo e complesso diritto criminale », l'ormai condiviso binomio di repressione e prevenzione, senza comunque intaccare il nucleo tecnico-dogmatico del diritto penale: « si tratta, in una parola, di un nuovo e complesso diritto criminale, insieme *preventivo e repressivo*, insieme *penale* e *non penale*, insieme *penale, civile e amministrativo* » (127).

Soluzione dualistica, quella del '30, che prova ad imporre *ex lege*

(126) A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in « Rivista di diritto penitenziario », anno IX, 1930, Roma, Mantellate, 1930, p. 42. Sulla portata innovativa del Codice, cfr. per es. A. von OVERBECK, *Le norme generali del Progetto di Codice penale italiano sulle misure di sicurezza considerate anche in rapporto alla pena*, in *Istituto di studi legislativi. Studi di diritto comparato*, I, *Il Progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporaneo - Saggi critici*, Roma, Edizione dell'Istituto di studi legislativi, 1930, pp. 143-158, il quale, pur evidenziando alcuni profili critici del Progetto, apprezza come il disegno di Rocco mantenga distinti ed autonomi i campi delle pene e delle misure di sicurezza, « così una tradizione non turbata da alcun compromesso si allea ad una tendenza di sicurezza sociale del tutto moderna ed in pieno progresso nel senso migliore della parola. La pena non si dissolve nelle misure di sicurezza, e la sicurezza non è complicata da considerazioni di diritto penale » (p. 144); E.S. RAPPAPORT, *Le système des mesures de sûreté dans le code pénal italien de 1930 et sa portée internationale*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, I, Bologna, Zanichelli, 1932, pp. 134-138.

(127) ROCCO, *Le misure di sicurezza*, cit., p. 42. Hafter osserva come il sistema del doppio binario del Codice Rocco « ricorda in molti punti le disposizioni dei progetti svizzeri e germanici; però è, al loro paragone, molto più largamente differenziato », e ritiene la nuova struttura « oltremodo chiara e, malgrado la molteplicità delle disposizioni, in fondo semplice e facile ad intendersi ». Questione diversa sarà, se mai, quella della pratica applicazione, che è « in sommo grado non soltanto un problema di organizzazione, ma anche un problema finanziario » (*Considerazioni sul nuovo codice penale italiano*, Estr. da « Rivista di diritto penitenziario », X, 6, 1931, Roma, Tip. delle Mantellate, 1931, p. 10).

una distinzione tra pena e misura di sicurezza di fatto insufficiente per placare il dibattito dottrinale. La legalità e l'applicazione giurisdizionale imposte dal Codice rendono le misure certo più simili alle pene, le uniformano ai tratti tipici del diritto penale, pur senza smentirne la natura amministrativa. Analogamente alle contravvenzioni, le misure di sicurezza si presentano come un ibrido, un corpo a due teste, una penale per le cautele processuali e legalitarie che le circondano, l'altra amministrativa per la sostanza e gli scopi. Riemerge, in alcuni, l'idea di un *tertium genus*, di un 'diritto criminale amministrativo' per inquadrare la natura del diritto criminale preventivo non penale. Ma la proposta non convince, poiché questa parte del diritto criminale ha, comunque, una struttura ben più complessa del diritto amministrativo, « e il legislatore costruendo dogmaticamente le misure di sicurezza ha dimostrato, nonostante l'assiduo sforzo contrario, che esse non possono rientrare, specialmente nel momento dell'applicazione, e dell'esecuzione, entro gli ordinari schemi del diritto amministrativo » (128). Per Maggiore, che fatica a trovare la dogmatica linea di demarcazione dell'istituto, prevale il « valore giurisdizionale » nell'esecuzione delle misure: essa, infatti, sebbene possa poi esplicitarsi come attività amministrativa, costituisce il momento culminante di tutela del diritto oggettivo attraverso la realizzazione della legge nel rispetto del principio di legalità (129).

La disciplina codicistica, invece che porre fine alle controversie teoriche, ravviva il dibattito sulla natura delle misure; la scienza giuridica degli anni Trenta ricorre insistentemente al *topos* dei confini per cercare di leggere il dato normativo come il segno dell'evoluzione unitaria quasi compiuta auspicata dai positivisti o come la definitiva consacrazione della separazione. La scelta di Rocco si presta, da subito, ad opposte interpretazioni: da un lato, quella che, facendo leva proprio sulla collocazione *nel* Codice penale delle misure di sicurezza, insiste sulla loro « confluenza » con le

---

(128) G. MAGGIORE, *Aspetti dogmatici nel problema della esecuzione delle misure di sicurezza*, in « Rivista di diritto penitenziario », 12, 1934, p. 968.

(129) Ivi, pp. 972-975.

pene <sup>(130)</sup> e, giocando sull'idea che « la linea di confine — faticosamente ricercata dal legislatore — non è netta e nitida, ma ondeggiante e sinuosa », ne deduce l'unità sia dei mezzi di difesa *post delictum* sia della responsabilità di tutti gli autori di reato contro ogni concezione dualistica <sup>(131)</sup>. Dall'altro quella che, in senso opposto, continua a considerare le misure di sicurezza come provvedimenti di diritto amministrativo, estranei al diritto penale o criminale, collocati a fianco alle pene solo per ragioni di connessione ed economia funzionale ma senza nessuna modificazione sostanziale degli spazi di pertinenza, poiché ad essersi ampliato è solo il 'contenitore' formale Codice, non il diritto penale <sup>(132)</sup>.

Le critiche dogmaticamente più articolate alla tesi dualistica di Rocco sono espresse non dagli epigoni della Scuola Positiva, ma da giuristi eclettici che, insoddisfatti per le partizioni del Codice, puntellano le proposte unitarie su argomentazioni nuove. Alfredo De Marsico, attento già dagli anni del primo conflitto bellico alle trasformazioni del diritto imposte dai mutamenti sociali, è convinto che sia compito del giurista rimediare alla situazione per cui « al nuovo della vita corrisponde il vuoto della legislazione » <sup>(133)</sup> e crede che il penalista debba lavorare su principi ed istituti generali per raccordare i rapporti giuridici con il momento sociale. Proprio perché l'attenzione della scienza « si volge oggi con netta prevalenza allo studio delle erosioni e delle invadenze che sugli orli e nel terreno del sistema penale le misure del sistema di sicurezza vanno indis-

---

<sup>(130)</sup> E. FLORIAN, *Confluenza delle pene e delle misure di sicurezza*, in « La Scuola Positiva », n. s., 10, 1930, pp. 337-340; Id., *Connessione fra pene e misure di sicurezza nella legislazione italiana attuale*, in « La Scuola Positiva », n. s., 11, 1931, pp. 433-436.

<sup>(131)</sup> B. CASSINELLI, *Positivismismo e misure di sicurezza*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana*, II, Bologna, Zanichelli, 1933, pp. 34-35.

<sup>(132)</sup> Così G. BATTAGLINI, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, estr. da « Rivista di diritto penitenziario », anno IX, Roma, Mantellate, 1930, p. 9.

<sup>(133)</sup> A. DE MARSICO, *La giurisprudenza di guerra e l'elemento sociale nel diritto*, Prolusione tenuta nella R. Università di Roma il 21 gennaio 1918, in Id., *Studi di diritto penale*, Napoli, Morano, 1930, pp. 1-30 (cit. p. 24). Nella coraggiosa prolusione, il professore salernitano, rompendo il tabù legalitario e mostrando già insofferenza verso il metodo tecnico-esegetico, riconosce che il potere interpretativo della giurisprudenza di guerra in materia penale, non solo *praeter legem* ma anche *contra legem*, ha formato ormai un insieme di norme consuetudinarie.

tibilmente determinando » (134), la sfida del futuro è la costruzione di moderne nozioni di illecito e di sanzione penale. Per uscire dalle contrapposizioni ormai sterili tra scuole occorre innanzitutto un ripensamento metodologico, capace di mettere in comunicazione la dogmatica con il fatto storico.

Il bersaglio della critica è, evidentemente, il tecnicismo di Rocco, Manzini e Petrocelli, che per paura di contaminare la purezza speculativa dei principi ha innalzato una barriera tra la norma e il fatto sociale, nella convinzione che la scienza penale asservita al dato positivo possa giovare dei dati sociologici o psicologici solo se ed in quanto recepiti dal legislatore (135). De Marsico, che non condivide l'irrigidimento delle prerogative della scienza penale in difesa della sua autonomia, propone di superare l'eccesso di analisi, 'la pleiade', per tornare non alla 'monade' ma alla 'sintesi': « la crisi del diritto penale moderno è una questione di *nessi* » (136), di relazioni tra le branche disciplinari che, se ritrovate, potranno restituire efficienza e sincronia 'all'organismo'. Nessi che non comportano né la dissolvenza di ogni limite in un tutto indistinto, né l'apertura ad arbitrii, alla giurisprudenza libera o ad emancipazioni dell'interprete dall'impero della legge; l'obiettivo è trovare « il mezzo per cui nella legge possa sempre pulsare la vita », calare la norma nei rapporti di fatto, colmare la distanza tra disposizione astratta e fatto storico.

---

(134) A. DE MARSICO, *Premesse certe alla dogmatica delle misure penali*, in « Rivista di diritto penitenziario », 1935, ora in ID., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, p. 117.

(135) « Per il dogmatico — afferma De Marsico — il fatto sociale cessa di esistere ed è totalmente sostituito dal principio giuridico come dato storico captato nella norma. Sicché la legge occlude e non disciplina più la realtà » (A. DE MARSICO, *Il pensiero di Alessandro Stoppato e gli attuali orientamenti del diritto penale*, Discorso tenuto nella solenne cerimonia del conferimento dei premi Vittorio Emanuele II, il 9 gennaio 1933, ora in ID., *Penalisti italiani*, Napoli, Jovene, 1960, pp. 1-49, cit. p. 35). Un esempio del dogmatismo attaccato da De Marsico, dove la « netta e precisa delimitazione dei confini » del diritto penale è determinata dalla norma « quale essa è, quale positivamente si presenta nell'ordinamento giuridico », lo si può leggere in B. PETROCELLI, *I limiti della scienza di diritto penale*, Prolusione al corso libero di dir. e proc. pen. tenuta a Università di Napoli il 13 dicembre 1930, in « Archivio giuridico », 1931 e ora in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1952, pp. 1-80 (cit. pp. 27-28 e 48).

(136) Ivi, p. 28.

In questo senso lo studio della personalità umana nell'applicazione della legge penale rende impossibile separare scienze ausiliarie e scienza pura nella fase di determinazione del soggetto e dell'oggetto del reato, poiché nel giudizio, gli elementi che nella fase analitica si presentano come distinti « finiscono per integrarsi ed essere elementi inscindibili di un solo prodotto logico e di una sola realizzazione giuridica »<sup>(137)</sup>. L'analisi delle misure di sicurezza e del loro rapporto con la pena rappresenta, per De Marsico, il terreno privilegiato in cui solo un corretto approccio metodologico consente la giusta comprensione degli istituti. La pena non è assorbita nella misura come volevano i positivisti, non perde la sua originaria funzione retributiva. Ad essa, tuttavia, si affianca la disciplina di ciò che è *oltre* il reato rispetto alla pena, ma è *nel* reato rispetto alla personalità dell'autore, ovvero la sua pericolosità come probabilità di ricaduta nel reato. Rifiuto, dunque, sia della tesi dualistica che si ostina a vedere « una muraglia » già eliminata dal diritto positivo, sia di quella unitaria che pretende di eliminare « il fondamento insostituibile e perenne di ogni organico sistema penale » costituito dalla responsabilità morale<sup>(138)</sup>.

Il professore salernitano ritiene che il Codice sia andato al di là delle intenzioni dei suoi artefici e che « la linea di confine » della pena tracciata dal legislatore si sia spostata o sia spesso svanita; pene e misure di sicurezza si presentano ora come due strade che scorrono sul comune terreno della lotta contro il delitto, verso lo stesso obiettivo della difesa sociale, ciascuna con caratteristiche sue proprie. Non è certo la distinzione proposta tra pene come provvedimenti giurisdizionali e misure di sicurezza come atti amministrativi che può salvare l'autonomia delle prime, perché l'ingresso delle seconde nel Codice segna « l'irrompere di una realtà che crea, o rivela, lineamenti, rapporti, fini nuovi pur nei vecchi istituti »<sup>(139)</sup>. È quella visione sistematica dei nessi che muove De Marsico verso una chiave di comprensione generale del sistema fondata sull'analisi del ruolo innovativo giocato dalla pericolosità nella nozione di reato. La definizione della nuova 'frontiera' in cui coesistono pene e misure

---

<sup>(137)</sup> Ivi, p. 39.

<sup>(138)</sup> DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, cit., pp. 1264 e 1267.

<sup>(139)</sup> Ivi, p. 1280.

di sicurezza, passa inevitabilmente per stadi che interessano la ricostruzione della teoria generale del reato in relazione alla pericolosità. Il giudizio sulla capacità a delinquere ex art. 133 co. 2, dimostra come ormai l'intera valutazione della pericolosità soggettiva abbia trovato il suo posto naturale e necessario nel diritto penale, provocando una radicale trasformazione dei precedenti confini.

« Un albero non cessa di far parte del podere in cui si approfondano le sue radici solo perché i rami si protendono oltre il confine »: anche se i rami si sono protesi nel terreno confinante della prevenzione *post delictum*, le radici restano ben piantate nel diritto penale. È il doppio rapporto reato/responsabilità e reato/pericolosità a stabilire tanto i confini esterni del diritto penale, quanto i limiti interni tra pene e misure di sicurezza, a porre « una preziosa corrispondenza di limiti »<sup>(140)</sup>. La demarcazione con l'esterno è segnata dal tipo di pericolosità: se essa è integrata da fatti, circostanze od elementi « apprezzabili *anche fuori*, ed a maggior ragione, solo fuori dell'ambito spettante alla legge ed al giudice penale » si ha diritto amministrativo, mentre se è costituita da elementi apprezzabili « *solo a stregua* della legge penale e dal giudice penale » si ha diritto penale<sup>(141)</sup>. Il confine interno è, invece, marcato dal ruolo che la pericolosità gioca prima *dentro* e poi *fuori* dal reato<sup>(142)</sup>: essa, « inserita *nella* struttura del reato, e non vista *accanto* ad esso, sta a rappresentarvi l'inserzione dell'elemento sociale », costituisce cioè l'antigiuridicità quale « entità *x* che resta fusa nel reato » e coopera alla concreta determinazione della sanzione, misurando il pericolo che la società, nel complesso di beni giuridici penalmente tutelati, corre rispetto alla capacità a delinquere del colpevole o alla probabilità di recidiva.

---

<sup>(140)</sup> Ivi, p. 1282.

<sup>(141)</sup> Ivi, p. 1286.

<sup>(142)</sup> Ivi, pp. 1282-1283: « da una parte, è la pericolosità *insita nel* reato che trova nella pena la sua sanzione ed il mezzo, completo od iniziale, con cui la società se ne preserva; dall'altra, è il reato che ha fornito l'*indice* della pericolosità di un determinato soggetto a tracciare la linea di demarcazione fra le m. s. necessarie a difendere la società e le altre misure di polizia, estranee al diritto penale, con cui la società si difende dalla pericolosità non avvertita attraverso i reati ».

Ma la stessa antigiridicità, quando diventa probabilità di ulteriori reati, « *si stacca* dal reato, diviene entità autonoma, assume la figura di “pericolosità sociale”, propriamente detta, e determina l'applicazione delle misure di sicurezza »<sup>(143)</sup>. La pericolosità opererebbe così su tre livelli: un primo in cui non c'è commissione di un reato e il sospetto di pericolosità del soggetto è regolato dalle misure di polizia quali atti amministrativi; un secondo, di carattere giurisdizionale, in cui la pericolosità si identifica con l'antigiuridicità quale elemento costitutivo del reato e diviene criterio di misura della pena; un terzo, esso pure di carattere giurisdizionale, in cui la pericolosità sociale è il presupposto legale per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Anche Emanuele Carnevale, critico verso il carattere amministrativo impresso alle misure dai redattori del Codice, tenta di fondare la tesi unitaria sfruttando l'immagine delle frontiere che avanzano e di un diritto penale che si allarga. In una prima fase della sua riflessione, non è il reato come momento di sintesi, ma la continuità tra pena e complemento di pena ciò che ridisegna i nuovi confini<sup>(144)</sup>. Adesione alla tesi unitaria non significa più identificazione dei tipi di sanzione, ma individuazione dogmatica dei profili di connessione che dimostrino come la misura di sicurezza sia distinta dalla pena ma 'venga' da essa, sia cioè « uno sviluppo ulteriore del suo particolare ministero difensivo [...] *il proseguimento*, a sua integrazione, *della sua stessa linea di fronte al commesso reato* »<sup>(145)</sup>.

---

<sup>(143)</sup> DE MARSICO, *L'unità del diritto penale*, cit., pp. 57 e 59-60. Per le serrate critiche di Petrocelli, convinto della natura amministrativa delle misure di sicurezza, alle tesi di De Marsico sia sulla pericolosità come antigiridicità sia sulla supposta esistenza di un *Tatbestand* autonomo della pericolosità quando essa si stacca dal reato, cfr. B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, Cedam, 1940, pp. 131-165.

<sup>(144)</sup> Replicando a Battaglini, Carnevale precisa (*L'unità nella lotta contro il delitto nel progetto di Codice Penale italiano*, ora in Id., *Diritto criminale unitario nel nuovo Codice penale. Contributo sistematico (Idee di ieri, di oggi, e di domani)*, Roma, Mantellate, 1931, nt. 1 p. 18): « Non si dice, io certo non l'ho detto, che le antiche frontiere del diritto penale si sono allargate perché nel Codice Penale si sono inclusi altri istituti; ma perché questi non sono *estranei*, come crede il Battaglini, ma *collegati, uniti*, sostanzialmente e logicamente al centro originario della pena: sviluppati dallo *stesso fondo* da cui essa si sviluppa ».

<sup>(145)</sup> Ivi, p. 32.

Poi, anche la riflessione di Carnevale si sposta sul rapporto tra fatto, reato, pericolosità: la nozione di 'fatto' si è allargata, comprende nell'art. 133 c.p. anche elementi della personalità idonei a valutare la soggettività criminosa, la pericolosità che è insita *nel* delitto. In questo modo anche la fattispecie tipizzata dal principio del *nullum crimen* subisce un'apertura, con il giudizio di pericolosità che, pur restando sempre « entro le linee del delitto », è rimesso al giudice secondo parametri solo parzialmente predeterminabili <sup>(146)</sup>. Nella misura di sicurezza, invece, che resta sempre entro i confini del diritto penale e della giurisdizionalità, la pericolosità, a differenza della tesi di De Marsico, non si stacca dal reato per divenire entità autonoma, ma comporta un'estensione di confini del *sistema penale*, coerentemente con lo spirito evolutivo della materia <sup>(147)</sup>.

Il problema dell'inquadramento delle misure di sicurezza nel

---

<sup>(146)</sup> Pur ammettendo l'ingresso nella valutazione del fatto di elementi di pericolosità soggettiva, Carnevale considera « novità non desiderabile » la tendenza di alcune dottrine o di alcune legislazioni di « forzare i confini del diritto scritto (sorpassando il canone "nullum crimen sine lege") », o di dargli interiormente una accentuata elasticità, a scapito della sua chiarezza e sicurezza normativa»; di conseguenza ci tiene a precisare « che quando si dà la grande importanza che in questo lavoro si dà alla personalità del soggetto delinquente, se anche non tutta manifestata nel fatto materiale, non per questo si esce, come dico nel testo, dalle linee del delitto; e che lo studio e la valutazione di quella personalità non richiedono e non consigliano i mutamenti accennati » (E. CARNEVALE, *Il sistema del diritto penale e la misura di sicurezza*, in « Il Foro Italiano », LXI, 1936, nt. 3 pp. 231-232). Ancora più esplicita la fermezza con cui Florian (*Trattato di diritto penale* da lui coordinato, *Parte generale del diritto penale*, Milano, Vallardi, 1934, pp. 903-905) ribadisce la copertura della legalità, sebbene « meno rigida », anche per le misure di sicurezza: « Non solo, dunque, il principio *nulla poena sine lege* (nessuna m.d.s. fuori dalla legge) ma anche i principii *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine lege*, nel senso che l'applicazione iniziale della m.d.s. è sempre legata o ad un reato o ad un fatto di reato, circoscritto e determinato, od alla violazione di obblighi o prescrizioni imposte dalla stessa legge penale ». Ferri (*Pene e misure di sicurezza*, Relazione per il Gruppo italiano dell'Associazione intern. di dir. penale, al Congresso di Bruxelles, luglio 1926, sulla 1<sup>a</sup> questione: "La misura di sicurezza deve sostituirsi alla pena o soltanto completarla?", in *Id.*, *Studi sulla criminalità*, cit., p. 666), nel distinguere le misure di polizia da quelle di sicurezza, precisa che entrambe hanno una scopo soprattutto preventivo e si applicano a individui pericolosi, « ma le misure di sicurezza [...] si applicano soltanto *dopo il delitto e in ragione del delitto*, mentre le misure di polizia possono essere applicate anche *prima* che il delitto sia commesso ».

<sup>(147)</sup> « La misura di sicurezza, pel passato, *continua* il sistema penale; nel presente, lo *allarga* e *potenzia* in più alto grado (e perciò ad esso diviene più proprio il nome di

diritto penale o amministrativo, della loro giurisdizionalità, del rapporto tra pericolosità e principio di legalità continua, anche dopo il Codice, a rappresentare per la scienza giuridica italiana un'essenziale questione di confini, un tema di frontiera nel quale i più insoddisfatti per le astrazioni del dogmatismo esegetico vedono lo spazio per possibili aperture alla dimensione sociale del delitto, l'opportunità di dotare lo scopo della difesa sociale di adeguati strumenti giuridici. Almeno fino alla Costituzione repubblicana, prevale il tecnicismo, rinserrato dietro la rigidità del dato normativo, adagiato sulla nozione analitica di reato in cui il concetto di 'fatto' è ben distinto da quello di 'situazione' rilevante nelle misure di sicurezza<sup>(148)</sup>, custode disarmato di una legalità di cui si ostina a non voler vedere, in quel contesto politico-istituzionale, l'inutilità. Pur senza avere il coraggio di attaccare apertamente il valore formale della legalità, a parte l'isolata proposta di un 'diritto penale totalitario' avanzata da Giuseppe Maggiore nel 1939, la penalistica del regime non sa opporsi allo svilimento del significato sostanziale del principio, come chi pervicacemente continua a difendere le mura di una città ormai svuotata<sup>(149)</sup>.

#### 10. *I confini necessari dell'individualizzazione.*

Nel 1927 Alfred Overbeck, docente all'Università di Friburgo, inaugura l'anno accademico con un discorso sui limiti dell'individualizzazione. Il giurista di Stoccarda analizza le profonde differenze

---

diritto criminale); nell'avvenire, *segna i progressivi sviluppi*» (CARNEVALE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 257).

<sup>(148)</sup> Sulle sottili distinzioni, miranti a demolire le proposte eterodosse di De Marsico e Carnevale, cfr. ancora PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, cit., pp. 202-205.

<sup>(149)</sup> Il riferimento è al noto saggio di G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », XI, 1939, pp. 140-161. Per un giudizio critico sull'atteggiamento della penalistica italiana durante il Regime, con particolare riferimento allo sterile legalismo di facciata, cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, II, pp. 817-850 ed ora in ID, *Storia del diritto penale*, cit., II, pp. 1001-1034, e G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, a c. di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, specie pp. 831-843.

tra la *strafrechtliche* e la *kriminalpolitische Individualisierung*. La prima fa riferimento ad un modello liberale tradizionale, anche se reso più flessibile dalla valutazione di una serie di fattori che tengono conto delle specificità del caso concreto. La seconda nozione rinvia alla teoria positivista di un diritto penale preventivo, del delinquente e non del delitto, orientato dal criterio della pericolosità e finalizzato alla difesa della società, che « unter Entfesselung schrankenlosen richterlichen Ermessens, die strafrechtlichen Rücksichten zu ersticken drohen » (150). Entro questo nuovo paradigma, in virtù del quale il giudizio sulla personalità deve cambiare così come la ponderazione dell'interesse individuale rispetto a quello sociale, l'individualizzazione politico-criminale non vede altra soluzione se non quella di rimettere ogni decisione sulla pena alla discrezione del giudice.

Secondo Overbeck i possibili difetti della strategia di politica criminale non sono minori di quelli del diritto penale tradizionale, ed occorre trovare un equilibrio tra le due opposte tendenze. Le numerose contrapposizioni dogmatiche tra i due metodi concernono principi e istituti chiave del diritto penale: la tassonomia dei delinquenti invece che la tipizzazione delle fattispecie (151), le diverse teorie della colpevolezza, del tentativo, della partecipazione in ragione del criterio della temibilità (152), il peso attribuito alla richiesta della vittima, le cause estintive della pena, la rinuncia alla (o il condono della) pena, l'utilizzo di misure alternative al carcere, i modi d'inflizione e d'esecuzione della pena. La repressione del delitto (*Verbrechensvergeltung*) e la prevenzione (*Verbrechenverhütung*) disegnano due ambiti d'intervento penale completamente differenti: le due funzioni stanno una a fianco all'altra in modo indipendente e con pari diritti, e sarebbe inutile discutere sulla maggiore importanza dell'una sull'altra. L'obiettivo è, piuttosto, trovare un giusto compromesso, che riconosca come il vitale

---

(150) A. OVERBECK, *Grenzen der Individualisierung im Strafrecht. Rektoratsrede*, Freiburg, Druckerei, 1928, p. 6.

(151) Ivi, p. 17: « Der Katalog der Verbrechenatbestände hat mit der Klassifizierung der Verbrecherpersönlichkeiten nichts oder sehr wenig zu tun ».

(152) Ivi, p. 16: « Besserungsfähigkeit und Unverbesserlichkeit des Täters stehen in keinem Zusammenhang mit der Vollständigkeit oder Selbständigkeit der Tat ».

progresso del diritto penale risulti dalla fedeltà alla tradizione <sup>(153)</sup>, poiché « der kriminalpolitischen Individualisierung wehren wir nur insoweit, als sie mit der strafrechtlichen in Konflikt gerät » <sup>(154)</sup>.

L'esperienza europea preferisce sempre, salvo le eccezioni dei totalitarismi, mantenere l'individualizzazione entro i limiti della legalità e della giurisdizione: il principio della *Individualprävention*, scrive Drost nel 1930, tende a spostare il centro di gravità dalla legge verso il giudice e i funzionari esecutivi, con un allargamento della discrezionalità senza precedenti nelle esperienze post-illuministiche. Il processo penale modellato sull'idea della prevenzione speciale ha caratteri *neoinquisitorischen* e, soprattutto, indebolisce « die Gesetzlichkeit des Richteramts » <sup>(155)</sup>: ma all'avanzata dell'individualizzazione si devono porre confini 'di capacità' (*Grenzen des Könnens*), perché non tutti gli ufficiali penitenziari sono in grado di riconoscere il carattere e le inclinazioni dei detenuti, e confini di dovere (*Grenzen des Sollens*), che interrogano la coscienza sulle estreme conseguenze della strada intrapresa. La rinuncia a fattispecie generali in considerazione della diversità e particolarità di ogni fatto, e l'abbandono dell'uniformità penale in nome della personalizzazione del trattamento, produce « der Verzicht auf generelle Normen überhaupt, wäre die Auflösung des Rechtsgedankes, wäre Anarchie » <sup>(156)</sup>.

All'inizio degli anni Trenta l'*Individualisierung* continua a sollevare il problema costituzionale dei confini (*Grenzen*) e dei limiti

---

<sup>(153)</sup> Ivi, p. 23: « Nur so bewahren und bereichern wir, ohne uns dem Neuem blind zu verschließen, auch auf diesem Gebiet die Schätze unserer Gesittung, und lebenskräftiger Fortschritt erwächst einzig aus der Treue zur Tradition ».

<sup>(154)</sup> Ivi, p. 22. Overbeck rifiuta la pena indeterminata proposta dall'individualizzazione politico-criminale sia per l'incertezza sul termine della detenzione sia per l'inadeguatezza degli strumenti di cui dispone lo Stato per poter attuare un trattamento specifico basato sulla categoria delinquenziale cui appartiene il reo: nel momento in cui la *kriminalpolitische Individualisierung* vuole servirsi della pena per ottenere il proprio scopo, « kämpft mit all den Schwierigkeiten, die sich einerseits in Bezug auf die Diagnose der Klassenzugehörigkeit, andererseits durch die Armut an Mitteln staatlicher Einwirkung immer wieder unweigerlich ergeben » (p. 10).

<sup>(155)</sup> H. DROST, *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlin, Carl Heymann, 1930, p. 199.

<sup>(156)</sup> H. DROST, *Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 21.

(*Scranken*) in campo penale: il professore di Bonn ritiene ancora che « nur das Gesetz » sia il punto fermo, che solo la legge possa garantire la libertà individuale ed impedire l'anarchia sociale, e pertanto, quale forma dominante del diritto, debba essere preservata nella sua forza. Le trasformazioni sociali che hanno portato al superamento del *Gesetzesstaates* di stampo illuministico, si traducono in un utilizzo crescente di concetti giuridici fluidi (*flüssiger Rechtsbegriffe*) ed in una violazione sempre più marcata del *Legalitätsprinzip*, con il diffondersi di leggi la cui applicazione implica un margine di valutazione discrezionale rispetto alle norme imperative vincolanti per l'attività burocratico-amministrativa e con la pretesa da parte della giurisprudenza di creare diritto accanto al legislatore.

Tale movimento ha portato, secondo il giurista tedesco, ad una cancellazione « der Grenzen zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung » e vuole annullare anche quelli « zwischen Justiz und Verwaltung » (157). Quando, infatti, il giudice penale non sarà più chiamato ad accertare la corrispondenza di un'azione alla fattispecie per applicare le conseguenze giuridiche previste dalla legge, ma dovrà stabilire delle misure individualizzate in base ad una diagnosi crimino-psicologica della pericolosità e ad una prognosi rieducativa, allora non si avrà più *Rechtsprechung* nel significato ordinario, ma *materiell Verwaltung*: la separazione dei poteri svanisce, « der Rechtsstaat ist auf dem Wege, sich in einem sozialen Verwaltungsstaat umzuwandeln » (158). La generale aspirazione ad un'individualizzazione delle norme richiede l'abbandono della nozione vetero-liberale di libertà dallo Stato ed implica la ricerca di un nuovo bilanciamento tra libertà e legame sociale, tra *Individualität* e *Gemeinschaft*. I confini dello Stato di diritto e della separazione dei poteri non possono, tuttavia, essere abbandonati per lasciare spazio a un generale diritto penale della prevenzione basato su principi che sono « missverständlich, staatspolitisch gefährlich und kriminalpolitisch unrichtig » (159).

Si è giunti, come ben sintetizza Quintiliano Saldaña, ad un decisivo punto di incrocio tra scienza penale e politica penale:

---

(157) DROST, *Das Problem einer Individualisierung*, cit., p. 22.

(158) *Ibidem*.

(159) DROST, *Das Ermessen des Strafrichters*, cit., p. 212.

l'elevato numero di criminali e di malati, gli uni da trattare con pene e misure di sicurezza, gli altri da curare con medicine e misure igieniche, è dovuto al fatto che il regime liberale-repressivo aspetta la perpetrazione di un reato per punirlo, così come attende che una persona si ammali per curarla. Tale sistema permette all'individuo, « in possession of its precious rights »<sup>(160)</sup>, di condurre una vita anti-sociale o anti-igienica che conduce con certezza, rispettivamente, al crimine e alla malattia. Entro questo quadro, il problema delle pene e delle misure di sicurezza appartiene interamente alla sfera del diritto pubblico e delle scelte politiche, poiché « a political regime is always the condition of a penal regime »<sup>(161)</sup>. Se il regime liberale-repressivo perdura, si può anche essere sostenitori delle misure di sicurezza, che però saranno, nella loro essenza delle pene mascherate; se, invece, si impone un regime antidemocratico, allora si aprirà davvero il regno delle misure di sicurezza e sarà chiaro come la filosofia penale non sia altro che un capitolo della filosofia politica. I penalisti, afferma criticamente il giurista spagnolo, chiedono ovunque con insistenza la sostituzione delle pene con le misure di sicurezza, ma essi sono probabilmente « ignorant of the legal bearing of their scientific request, the political consequence of their penal doctrines »: non sembrano capire che nella loro denuncia contro i fallimenti repressivi stanno portando un attacco al cuore del sistema, « against a sacred regime ». Affermano di preferire la prevenzione, ma « how is it possible therefore to obtain the prevention of an offence, without touching the individual rights? »<sup>(162)</sup>.

Nel 1933 Franz Exner, riflettendo sugli sviluppi e sulle prospettive del diritto penale in Germania alla luce delle trasformazioni prodotte dal movimento criminologico a cavaliere dei due secoli, osserva come il progressivo abbandono del sistema penale basato sui principi del liberalismo e dell'individualismo vada nella direzione « to change this liberal criminal practice into a social one »<sup>(163)</sup>. Tale

---

<sup>(160)</sup> Q. SALDAÑA, *Punishment and Measure of Security (A Sequel to the Congress of Brussels)*, in « Revue internationale de Droit pénal », 4, 1927, p. 41.

<sup>(161)</sup> Ivi, pp. 41-42.

<sup>(162)</sup> *Ibidem*.

<sup>(163)</sup> EXNER, *Development of the Administration of Criminal Justice in Germany*, cit., p. 258.

tendenza può essere vista positivamente, nell'enfasi posta sull'idea del trattamento educativo dei delinquenti correggibili e sulla protezione della società dagli incorreggibili; l'abbandono dell'individualismo di marca liberale ha, però, anche un risvolto negativo che si vede « in the partial abolition of many a guarantee of individual freedom, which formerly was considered as indispensable » (164). Tra questi effetti negativi indica l'estensione della determinazione giudiziale e del potere delle autorità amministrative; ma è soprattutto nella procedura penale che l'allontanamento dagli ideali liberali risulta più marcato, con l'abbandono della giuria, la limitazione dei diritti processuali, la restrizione della pubblicità, la riduzione del diritto d'appello, la limitazione dell'obbligo per il giudice di tenere conto degli argomenti forniti dall'imputato, l'enorme concentrazione di potere in mano al pubblico ministero (165).

Il problema, evidentemente, non è più (solo) penale, ma diviene costituzionale, chiama in causa le scelte di governi e parlamenti. La scelta di sposare una politica penale realmente orientata alla prevenzione va ben oltre le labili distinzioni concettuali tra pene e misure di sicurezza e dipende, essenzialmente, dalla concezione del rapporto tra potere politico e libertà individuali. Nella riflessione della penalistica prima del secondo conflitto mondiale emerge la consapevolezza che il modello liberale è giunto al punto di rottura. L'individualizzazione e il processo di criminalizzazione lo hanno trasformato, rimodulando i rigidi dogmi del libero arbitrio, della certezza delle pene e della legalità formale in modo da correggere le ingiustizie del sistema e da accogliere le istanze criminologiche di attenzione al delinquente. Spingersi oltre sulla strada della vera prevenzione, della 'pericolosità senza delitto' come la chiama De

---

(164) Ivi, p. 259.

(165) La profetica conclusione di Exner è che « if the time do not deceive us, the convictions, which dominate a large body of the German youth, will advance more and more this development of the German practice of criminal law away from individualism » (*ibidem*). È, tuttavia, proprio in questo radicale cambiamento della funzione e dei principi che governano il processo penale che, secondo il giurista viennese, si riconoscono i meriti della procedura tedesca (ed europea) rispetto a quella americana, la quale « die Prozeßgedanken des Liberalismus fast bis ins Grotleske zu verwirklichen sucht, während wir eben im Begriff sind, unseren Prozeß mehr und mehr aus diesem Gedankenkreis zu lösen » (*Kriminalistischer Bericht*, cit., p. 358).

Asua, significa non più muoversi entro il regime liberale reso più flessibile e comprensivo, ma entrare in un nuovo paradigma penale proprio di un regime manifestamente autoritario <sup>(166)</sup>.

11. « *Conciliare l'inconciliabile* »: *l'ambigua soluzione del doppio binario*.

La soluzione delle misure di sicurezza sembra essere, tra gli anni Venti e Trenta del Novecento, il migliore compromesso raggiunto nell'Europa continentale (ed in gran parte dell'America Latina <sup>(167)</sup>) tra individualizzazione e legalità, repressione e prevenzione, utilità e giustizia <sup>(168)</sup>. Nell'evoluzione storica dell'istituto, dopo la 'fase primitiva', caratterizzata dall'introduzione « *chaotique et très pru-*

---

<sup>(166)</sup> Esempio, in questo senso, è il saggio di Georg Dahm e Friedrich Schafstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, che, specie alle pp. 40-56, traccia le linee guida del futuro diritto penale dello Stato totalitario tedesco.

<sup>(167)</sup> Per es., il progetto di codice penale brasiliano di Virgilio de Sá Pereira, del 10 novembre 1927, prevede solo la parte generale, la cui sezione finale (artt. 228-246) è dedicata alle *medidas de defensa social* (per i casi di inimputabilità e imputabilità ridotta; minore età; ubriachezza abituale; mendicizia, vagabondaggio e prostituzione; cauzione di sicurezza): secondo De Asua esso risente dell'influsso dei progetti svizzero, svedese e italiano, e ha tra i suoi pregi l'accogliimento del doppio binario e il riconoscimento sia della sentenza indeterminata in alcune pene come la relegazione, sia, soprattutto, della pericolosità « *que colma de sentido antropológico sus mejores preceptos* » (*Un viaje al Brasil*, cit., specie pp. 109-116, citaz. p. 116).

<sup>(168)</sup> T. RITTLER, *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, in W. GLEISPACH (hrsg.), *Der deutsche Strafgesetzentwurf. Berichte und Abänderungsvorschläge, bei der I. Tagung der Österreichische Kriminalistische Vereinigung vom 13. bis 15. Oktober 1921 erstattet*, Leipzig, G. Freytag, 1921, p. 102: « *Erst der Dualismus von Strafe und sichernder Maßnahme bringt den Ausgleich zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. Durch ihn wird es auch den beiden gegensätzlichen Strafrechtsschulen ermöglicht, praktisch in der Neugestaltung des Strafrechtes zusammenzuarbeiten* ». Per Ferri (*Pene e misure di sicurezza*, cit., p. 667) « *Le misure di sicurezza e le pene complementari rappresentano una delle numerose transazioni, ammesse dai teorici e dai legislatori fra i principi tradizionali e le necessità pratiche di difesa contro la criminalità, messe in luce dalla scuola positiva* ». Secondo E. CARNEVALE, *Il principio progressivo della legge penale e i problemi odierni*, in « *Rivista di diritto penitenziario* », 9, 3, 1938, p. 441, tra la « *difesa di forza* » espressa dalla pena come pubblico castigo e la « *difesa di cura* » attuata dalle misure di sicurezza, il doppio binario crea « *un rapporto non di dissenso o di distacco, ma di cooperazione* ».

dente » delle misure nei codici penali, applicate ai delinquenti irresponsabili e a responsabilità attenuata e, parzialmente, ai minori, il progetto svizzero ha rappresentato la 'fase organica', con l'inserimento nel codice, per la prima volta, di un sistema metodico e relativamente ampio di misure di sicurezza, « *comme moyen supplémentaire à la peine* ». Il codice Rocco, infine, segna il compimento definitivo, l'« *épanouissement des mesures de sûreté* », poiché esse non sono più supplementari, ma « *indispensables à la justice pénale* », non completano più le pene ma le sostituiscono <sup>(169)</sup>.

Manifestazione più tipica del « *positivismo a metà*, che pur rappresenta la tendenza di gran lunga prevalente nell'attuale revisione che molti paesi vanno operando delle proprie legislazioni penali » <sup>(170)</sup>, il doppio binario tenta di 'conciliare l'inconciliabile' <sup>(171)</sup>, unendo nello stesso sistema il principio retributivo e quello

<sup>(169)</sup> Così L. RABINOWICZ, *Mesures de Sûreté. Étude de politique criminelle*, Paris, Marcel Rivière, 1929, pp. 146-147.

<sup>(170)</sup> T. GATTI, *Il nuovo progetto di Codice Penale Brasiliano*, in « La Scuola Positiva », n.s. 8, 1, 1928, p. 331, con considerazioni che accomunano il progetto brasiliano al progetto Rocco; ma cfr., ad es., anche E. RUGGLES BRISE, *Foreword* to KUMAR SEN, *From Punishment to Prevention*, cit., p. xiii. Con legge 22 febbraio 1929 la Norvegia abbandona il precedente sistema introdotto con il codice penale del 1902, § 65, in cui la detenzione poteva continuare per i *persistent offenders* anche dopo la pena, a favore del doppio binario; lo stesso fanno la Svizzera con il codice penale del 1937, l'Italia con il codice Rocco del 1930, la Danimarca (codice penale del 15 aprile 1930), l'Olanda (legge 2 giugno 1929), il Belgio (legge 9 aprile 1930, su cui cfr. T. COLLIGNON, R. VAN DER MADE, *La loi belge de Defense sociale a l'égard des Anormaux et des délinquants d'habitude: Loi 9 avril 1930*, Bruxelles, Larcier, 1943), la Germania (legge 24 novembre 1933), la Polonia (prima con il progetto del 1922, su cui cfr. RABINOWICZ, *Mesures de Sûreté*, cit., pp. 161-168, e poi con il codice penale 11 luglio 1932), la Finlandia (legge 22 maggio 1932), la Jugoslavia (codice penale 27 gennaio 1929), la Lettonia (codice penale del 1933), la Francia progetto di codice del 1932), la Cecoslovacchia (progetto di codice del 1926); in Inghilterra il *Criminal Justice Bill* del 1938 — poi non approvato —, modificando il *Prevention of Crime Act* del 1908, propone di abbandonare il doppio binario in cui la misura preventiva si cumula con la pena e di tornare ad un modello simile a quello svizzero di Stooss del 1893, nel quale i tre tipi di *preventive detention* (*corrective training* per gli offensori tra i 21 e i 30 anni, *preventive detention* per quelli oltre i 30 e *prolonged preventive detention* per i più pericolosi e persistenti) si applicano al posto dell'*imprisonment* e della *penal servitude* e non in aggiunta ad esse.

<sup>(171)</sup> L'espressione è mutuata dalle osservazioni critiche di U. SPIRITO, *La riforma del diritto penale*, Roma, De Alberti, 1926, p. 26, il quale, a proposito della scelta del Progetto Rocco di mettere insieme pene e misure di sicurezza, ritiene che « il tentativo

preventivo, il libero arbitrio e la pericolosità, la determinatezza della pena e la flessibilità della misura. Dal punto di vista pratico, il modello ibrido dualistico si traduce in un'ulteriore privazione della libertà per il reo, senza che le distinzioni teoriche elaborate da Stooss e da altri abbiano una reale incidenza né sulle forme né sugli scopi della detenzione (172). Il reciproco rapporto tra i due dispositivi, di diversa natura ma accomunati dal medesimo scopo della lotta alla criminalità, è riconducibile alla logica della supplenza (*Vikariieren*) (173).

La misura di sicurezza, di natura personale, mira a rendere innocuo un soggetto pericoloso e, poiché lo stesso risultato in alcune circostanze può essere ottenuto anche con pene detentive, è possibile la sostituzione delle prime con le seconde; viceversa, le profonde differenze che le separano non consentono la sostituzione delle pene con le misure. Mentre la pena è un 'male' (*Übel*) inflitto secondo le disposizioni di legge, la misura di sicurezza non ha questo compito; benché sia spesso percepita come una sofferenza, non è comunque alternativa alla pena, perché, in primo luogo, le *sichernden Maßnahmen* si applicano sia ai soggetti imputabili sia ai non imputabili, e pertanto il legislatore deve depurarle dal profilo strettamente afflittivo (*Übelmomenten*). In secondo luogo, perché la pena, attraverso

---

di conciliare l'inconciliabile ha condotto semplicemente all'assurdo». È ripresa poi anche da RABINOWICZ, *Mesures de Sûreté*, cit., il quale, con riferimento alla proposta di Longhi di far confluire le sanzioni repressive e preventive in un sistema dualista ma reso coerente dall'unico scopo della lotta contro la delinquenza, ritiene invece che « il ne peut y avoir d'harmonie entre deux principes diamétralement opposés, comme c'est le cas pour la peine et la mesure de sûreté. Ces deux systèmes sont destinés à se combattre jusqu'à la victoire complète de l'un sur l'autre » (p. 153), e giudica perciò la teoria del giurista italiano « une tentative habile de conciliation de choses inconciliables » (p. 154).

(172) Così ad es. K. von LILIENTHAL, *Der Stoossche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches*, in « Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft », 15, 1894, p. 112: « Ob man die Unterbringung in einer Arbeitsanstalt als Zuchtmittel, Strafe oder Sicherungsmittel ansehen will, ist im Grunde gleichgültig. Sie ist erfahrungsgemäß, wenigstens in Deutschlands, äußerst unangenehm und wirkt als Zuchtmittel jedenfalls mehr als irgend eine andre Art der Freiheitsberaubung ».

(173) RITTLER, *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, cit., p. 103: « Inwiefern können sich Strafen und sichernde Maßnahmen gegenseitig vertreten? Es handelt sich um das sogenannte Vikariieren ». Tra le differenze che le separano vi è naturalmente quello della durata non predeterminabile della misura di sicurezza (p. 107).

la disapprovazione e la minaccia verso tutti i possibili autori di reati, svolge una funzione generalpreventiva non surrogabile dalla misura di sicurezza, la quale non manifesta alcun disvalore ma è eticamente neutra e non deve essere percepita come un male. Inoltre, aggiunge Rittler, la sostituzione della pena con la misura non è neppure conveniente (*tunlich*): anche la possibilità di rinunciare alla pena deve sempre essere contenuta entro i confini dell'eccezione, per evitare di delegittimare l'autorevolezza della legge, « andernfalls würde der Glaube an die verbindliche Kraft der Rechtsnormen erschüttert » (174).

Pene e misure di sicurezza, scrive Donnedieu de Vabres, hanno in comune il fatto di essere pronunciate da un giudice e di intervenire solo dopo la commissione di un delitto. Ma, a parte questi due aspetti, esse sono contrastanti in tutto. *In primis*, « quant à la détermination des personnes qui sont les sujets passifs », perché la pena è uno strumento ordinario suscettibile d'applicazione a tutti gli autori di un delitto, la misura di sicurezza è un mezzo eccezionale fondato sulla qualità particolare della persona (e causa del reato) rappresentata dallo stato di pericolosità (175). Poi « quant au traitement », perché nella pena l'inflizione di un dolore è essenziale, mentre la misura non è afflittiva e si aggiunge, o sostituisce alla pena: la prima ha una durata proporzionata alla gravità morale del delitto, la seconda termina quando raggiunge lo scopo della guarigione del detenuto, ove possibile, o, per gli incorreggibili, « c'est par l'élimination, par la "ségrégation" absolue et indéfinie » che essa ottiene il suo fine di difesa sociale (176). Infine, « quant à la mesure de la sanction », perché, ispirandosi al modello di Brockway e d'Elmira, la misura di sicurezza implica un'indispensabile collaborazione dell'amministrazione penitenziaria, in quanto il giudice lascia al diret-

---

(174) Ivi, p. 104.

(175) DONNEDIEU DE VABRES, *La Justice pénale d'aujourd'hui*, cit., p. 182. Così, continua, le misure di sicurezza si applicano oggi a tre categorie di persone: i minori; gli alienati o psicopatici; i recidivi, mendicanti, vagabondi, delinquenti d'abitudine incorreggibili.

(176) Ivi, p. 183.

tore dell'istituto la scelta di decidere la data del rilascio entro limiti molto ampi <sup>(177)</sup>.

Nel passaggio dalla costruzione dottrinale all'applicazione concreta, la linea divisoria si assottiglia fino a svanire, pena e misura si confondono e si sovrappongono, smascherando l'illusione del doppio binario e facendo crollare l'« elegante castello di carta ingegnosamente aggeggiato » per mantenere una distinzione « che è sopravvivenza crepuscolare di teorie tramontate » <sup>(178)</sup>, artificialmente eretto dalla scienza giuridica per rifiutare l'auspicata « fusione dei due provvedimenti nel concetto superiore di *sanzione criminale* » <sup>(179)</sup>. La differenza, secondo De Asua, è ribadita da chi ancora considera la pena un mezzo retributivo, ma per chi, invece, ritiene ormai definitivamente superato ogni castigo espiatorio, « todo se reduce a una controversia de palabras » <sup>(180)</sup>.

Nessun ordinamento, scrive Hafter nel 1925, opta per l'« estrema » proposta avanzata nel Progetto Ferri, la quale, eliminando la stessa nozione di pena, « conduce all'abdicazione del diritto penale e apre il dominio esclusivo alla misura di sicurezza ». Molti legislatori seguono, invece, con poche varianti, l'originaria impostazione binaria del progetto svizzero di Stooss, orientata a mantenere ben

<sup>(177)</sup> Ivi, pp. 183-184. Tali innovazioni, precisa il professore dell'Università di Parigi, non sono del tutto estranee al diritto francese: le misure d'educazione per i minori, l'internamento degli alienati criminali, la relegazione, sono forme, « encore imparfaites il est vrai, de la mesure de sûreté », così come l'indeterminatezza relativa della sentenza si riscontra nella liberazione condizionale, dove è rimessa all'amministrazione penitenziaria la facoltà d'autorizzare, a certe condizioni, l'uscita anticipata di prigionie.

<sup>(178)</sup> E. FERRI, *Giustizia penale e giustizia sociale*, in « La Scuola Positiva », 21, 1911, p. 30.

<sup>(179)</sup> GRISPIGNI, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera*, cit., p. 311. L'argomento è ripreso e perfezionato dal giurista viterbese in Id., *La sanzione criminale*, cit., pp. 390-446, dove ribadisce « quanto sia infondata la pretesa distinzione essenziale che si vorrebbe tra taluni riscontrare tra la sanzione criminale e le cosiddette misure di sicurezza », poiché anche le seconde hanno « tutti i caratteri propri » della prima, ovvero « a) consistono in una diminuzione di beni giuridici; b) hanno per presupposto un reato avvenuto e sono sempre proporzionate alla pericolosità criminale; c) si propongono il fine immediato di riadattare o rendere innocuo l'individuo; d) sono applicate dagli organi della giurisdizione criminale » (pp. 425-426).

<sup>(180)</sup> DE ASUA, *Los proyectos de ley sobre el "estado peligroso"*, cit., p. 302.

distinte pene e misure pur regolandole nello stesso codice <sup>(181)</sup>. È proprio la definizione giuridica delle differenze il problema più complesso, sia dogmaticamente sia, soprattutto, nella dimensione pratica, poiché, pur avendo sulla carta un carattere distinto, anche la « misura del diritto criminale » è, come la pena, « una lesione (autoritaria) dei beni giuridici di una persona, e soprattutto della sua libertà » <sup>(182)</sup>.

La difficoltà di marcare una chiara linea di confine tra pena e misura di sicurezza è dimostrata dal fatto che ancora nel 1935, al Congresso penale e penitenziario internazionale di Berlino, sia dedicata una questione al modo in cui l'esecuzione dell'una e dell'altra si debbano differenziare <sup>(183)</sup>. Nonostante la risoluzione adottata cerchi di ribadire una diversità concettuale, d'applicazione e di scopo, raccomandi l'applicazione delle misure in stabilimenti speciali, separati dalle prigioni e dai penitenziari, ed affermi che il trattamento degli internati si debba nettamente distinguere da quello

---

<sup>(181)</sup> HAFTER, *Pena e misura di sicurezza*, cit., p. 237. Nello stesso senso, critico verso la scelta radicale del Progetto Ferri, è anche W. SAUER, *Lo stato presente della scienza del diritto penale con particolare riguardo al progetto preliminare italiano del 1921*, in *Per il Cinquantenario della "Rivista Penale"*, cit., pp. 377-386: « Il compito specifico della pena ed il suo ufficio elevato, da non mettersi culturalmente da parte, è di retribuire un reato particolarmente grave e di dare il mezzo per espiare una grave colpa. In questo la pena si differenzia da ogni altra misura, sia essa di sicurezza o di riabilitazione. Se si rimane confinati a queste ultime soltanto, allora si abbandona completamente il carattere della pena, non si hanno più che norme di carattere poliziesco o pedagogico » (p. 381).

<sup>(182)</sup> HAFTER, *Pena e misura di sicurezza*, cit., p. 232. Secondo Ferri (*Pene e misure di sicurezza*, cit., p. 674) « si possono fare le più brillanti e minuziose virtuosità dialettiche per sostenere la differenza "essenziale" tra pene e misure di sicurezza: ma la realtà umana e l'esperienza sociale affermano che [...] non vi sono che differenze di forma, poiché l'una e l'altra — a causa ed in ragione del delitto commesso — devono essere adattate alla personalità del delinquente ed alla sua riadattabilità sociale, e perciò devono essere ambedue a tempo, assolutamente o relativamente, indeterminato ».

<sup>(183)</sup> È la terza questione della seconda sezione: « Comment l'exécution de la peine privative de liberté doit-elle se différencier de l'exécution des mesures de sûreté comportant privation de liberté? Le système progressif doit-il être pris en considération aussi pour les mesures de sûreté? » (cfr. *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin, Août 1935. Rapports sur les questions du programme de la deuxième section: Administration*, vol. III, Berne, Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1935, pp. 207 ss.).

dei condannati a pene privative della libertà di grave natura <sup>(184)</sup>, sia la discussione sia i *rappports* ripropongono le consuete incertezze e confermano l'evanescenza della distinzione, specie nel momento della concreta esecuzione <sup>(185)</sup>. Franz Exner, pur sostenendo con convinzione che dal punto di vista teorico sia possibile tracciare « una ligne de démarcation nette entre la maison de réclusion et l'internement de sûreté » <sup>(186)</sup>, riconosce però come gli interventi legislativi in materia diano ragione agli scettici. Sia il progetto di codice penale svizzero del 1918, dove, salvo poche eccezioni, le disposizioni sull'internamento di sicurezza riproducono letteralmente i principi d'applicazione della reclusione, sia il progetto austriaco, che pure prevede solo differenze di dettaglio tra i due istituti, sia, infine, il decreto del 14 maggio 1934 sull'esecuzione delle pene emanato dal *Reich*, che assimila il regime dell'internamento di sicurezza a quello degli stabilimenti penitenziari dando l'impressione che il legislatore tedesco nel regolamentare il primo « n'a pas pu s'affranchir de l'idée d'une pénalité » <sup>(187)</sup>, non riescono a caratterizzare la specificità giuridica delle misure di sicurezza. È proprio « cette variabilité de limite » tra pena e misura di sicurezza, « cette cession de la première au profit de celle-ci », afferma lo spagnolo

---

<sup>(184)</sup> Cfr. *Actes du Congrès Pénal...de Berlin, Août 1935*. Publiés par J. Simon Van Der Aa. *Procès-verbaux des séances*, vol. 1a, Berne, Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, 1936, p. 255: « 1° La différence [...] réside dans la diversité des conceptions sur lesquelles elles reposent. 2° La différence de principe sera manifestée et marquée par des différences d'application, autant que cela sera possible sans compromettre le but des mesures de sûreté. 3° Il est donc recommandable d'appliquer les mesures de sûreté dans des établissements spéciaux [...] 4° Le traitement des internes devra nettement se distinguer... ». Nella discussione, cfr. ad es., l'intervento di Glaser (ivi, p. 242), secondo il quale pene e misure si distinguono in linea di principio dal punto di vista « de l'essence, de la cause et de la mesure ». Tra i *rappports* cfr. quello di Q. SALDAÑA, in *Actes du Congrès Pénal... de Berlin, Août 1935. Rappports sur...deuxième section*, cit., pp. 361-378, che riproduce, con minime modifiche, il suo precedente intervento *Punishment and Measure of Security*, cit., pp. 25-42.

<sup>(185)</sup> In questo senso cfr., ad es., l'americano E.R. CASS, *Rapport sur la troisième question*, in *Actes du Congrès Pénal... de Berlin, Août 1935. Rappports sur...deuxième section*, cit., p. 258: « il est encore plus difficile d'établir en pratique exactement de quelle nature la différence doit être et, le fait de la différence établi, où cette différence doit se manifester ».

<sup>(186)</sup> F. EXNER, *Rapport sur la troisième question*, in ivi, p. 273.

<sup>(187)</sup> Ivi, p. 275.

Garzon, l'elemento che caratterizza lo stato attuale del diritto penale, nel quale ormai la tendenza è verso la riduzione della pena al minimo rispetto ad un completo dominio delle misure: esse rappresentano le influenze delle teorie più diverse « et la transaction comme fruit de leurs aspirations plus rationnelles et plus justes » (188).

Il doppio binario, benché sia ormai adottato negli anni Trenta in quasi tutti gli ordinamenti europei e sud-americani, continua a sollevare numerose obiezioni. Dal punto di vista teorico, scrive Radzinowicz nel 1939, il suo generale successo in area continentale si spiega prevalentemente per l'influenza dottrinale della scuola classica e per la sua ferma convinzione in una pena proporzionata alla responsabilità morale del reo ed alla gravità dell'offesa. In pratica « this "dual system" is causing serious difficulties to the Courts and to the prison authorities » (189), sia perché, in primo luogo, in molti casi in cui la *preventive detention* potrebbe esserle utilmente applicata, i tribunali si rifiutano di adottarla considerando ingiusto sottoporre il reo ad una doppia pena privativa della libertà, sia perché, in secondo luogo, il sistema presuppone una fondamentale differenza tra pena e misura a cui non corrisponde una reale distinzione nell'organizzazione degli stabilimenti detentivi. A causa dell'affinità tra i due tipi di *penal detention*, tutti i tentativi di dare effetto al doppio binario sono falliti e, nella maggioranza dei casi, « the institutions for preventive detention have coincided with ordinary prisons » (190). Inoltre, l'accoglimento del principio dell'indeterminatezza nelle misure di sicurezza privative della libertà, nella forma assoluta senza limite massimo come in Danimarca, Norvegia, Ungheria, Finlandia, Polonia, Italia e Germania, o relativa come in Inghilterra, ha provocato seri problemi di politica penale.

L'*indeterminate sentence* significa, infatti, il passaggio dell'amministrazione della giustizia penale « from the Courts to the administration », l'attribuzione alle autorità carcerarie di un'enorme li-

---

(188) A. GARZON, *Rapport sur la troisième question*, in *ivi*, p. 285.

(189) L. RADZINOWICZ, *The Persistent Offender*, in « The Cambridge Law Journal », 7, 1, 1939 (pp. 68-79), ed ora in *The Modern Approach to Criminal Law. Collected Essays*, London, Macmillan and Co., 1945, p. 165.

(190) *Ibidem*.

bertà d'azione, l'incertezza della liberazione del reo in ragione di un fattore dubbio come la probabilità di non commettere altri reati, l'inflizione di pene privative della libertà molto lunghe benché la loro efficacia rieducativa sia assai problematica. Se tale misura non è concessa con grande attenzione, vi è il grave rischio che essa, « designed to ensure the better protection of society, may become an instrument of social aggression and weaken the basic principle of individual liberty » (191). Questo spiega perché i giudici siano così riluttanti nell'infliggere pene indeterminate, specie in quei paesi dove l'amministrazione della giustizia penale si basa sulle dottrine del liberalismo: in Norvegia, per esempio, dove la legge dal 1902 attribuisce alle corti ampi poteri nei confronti di varie categorie di *persistent offenders*, i giudici hanno raramente applicato la misura, e così pure in Inghilterra con l'Act del 1908.

Perfino nella Germania nazista, dove la legge del 1933 contro i delinquenti abituali pericolosi « met ainsi des armes terribles entre les mains du Judge », istituito severo difensore della pace pubblica ed incaricato di « combattre la criminalité » (192), Freisler, Segretario di Stato al Ministero della Giustizia del *Reich*, afferma nel 1938 che il carattere indeterminato della detenzione preventiva « ha creato difficoltà che sono fondate sulla psiche del giudice e che noi cerchiamo di combattere » (193). Nell'intervento al congresso inter-

---

(191) Ivi, p. 167.

(192) G. WILKE, *La lutte contre les délinquants d'habitude dans le droit pénal allemand*, in « Revue de Droit Pénal et de Criminologie », 17, 12, 1937, pp. 1217-1240, citaz. p. 1240.

(193) R. FREISLER, *L'esperimento delle misure di sicurezza in Germania*, (Intervento al Primo congresso internazionale di criminologia - Roma 3-8 ottobre 1938), in « Rivista di diritto penitenziario », 9, 5, 1938, p. 1107. La legge affianca alla custodia preventiva (*Schutzhaft*) il confino di sicurezza giudiziario (*Sicherungsverwahrung*), misura non di polizia ma di sicurezza, da applicarsi ai delinquenti abituali che abbiano scontato almeno per tre volte negli ultimi cinque anni una pena superiore ai sei mesi, fondata sulla pericolosità del soggetto, di durata indeterminata e cumulabile con la pena; « sebbene vi fosse una sostanziale distinzione fra la *Schutzhaft* e la *Sicherungsverwahrung* le due misure funzionavano come vasi comunicanti » (C. POESIO, « Per la protezione del popolo e dello Stato ». *La collaborazione fra polizia e giudici nell'Italia fascista e nella Germania nazionalsocialista*, in *Fascismi periferici. Nuove ricerche. L'Annale Irsifar 2009*, Istituto romano per la storia d'Italia dal fascismo alla Resistenza, Milano, FrancoAngeli, 2010, p. 100). I contenuti della *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über*

nazionale di criminologia di Roma, Freisler invita il giudice a superare « gli ostacoli che prova dentro di sé », provocati dall'introduzione nel sistema penale del principio dualistico e dal fatto che ora deve fare qualcosa di diverso dalla semplice commisurazione della pena: infatti, « commisurare significa stabilire una misura determinata; ora a questo contraddice la indeterminatezza della durata della custodia di sicurezza ». Ma è proprio nella pronuncia di questo provvedimento « che si deve affermare l'alta educazione della giustizia penale, che ha sempre di mira il bene della nazione e le sue necessità ». È chiaro come la misura di sicurezza, basata non più sulla responsabilità ma sulla pericolosità, « esige dal giudice una elasticità che non gli era riconosciuta nei tempi in cui era strettamente legato alla legge », ma sulla quale il *Führer* ha già richiamato l'attenzione dichiarando al *Reichstag*, il 25 marzo 1935, che « “alla irremovibilità del giudice da una parte deve corrispondere dall'altra l'elasticità nella ricerca della decisione nell'interesse della protezione della società; il centro delle premure del legislatore non deve essere il singolo, ma la nazione” » <sup>(194)</sup>.

---

*Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November*, sono illustrati, per es., da F. EXNER, *Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz vom 24. November 1933*, in « *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* » 53, 1934, pp. 629-655: confermando un orientamento consolidatosi, come visto, nei decenni precedenti, il concetto di pericolosità è alla base del provvedimento « als Grund der Maßregel » (p. 633), il fatto è concepito come « Symptom der Gefährlichkeit » (p. 636) da una qualificazione legislativa sempre indispensabile (*unentbehrliches*) ma mai infallibile (*untrügliches*), poiché « Neben und unabhängig von der Feststellung der Tat obliegt also dem Richter, stets die künftige Gefährlichkeit des Täters festzustellen » (p. 640). Sulla legge cfr. L. GRUCHMAN, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, München, Oldenbourg, 2001<sup>3</sup>, specie pp. 838-842; R. GELLATELY, *The Prerogatives of Confinement in Germany, 1933-1945. "Protective Custody" and Other Police Strategies*, in FINZSCH, JÜTTE (eds.), *Institutions of Confinement*, cit., pp. 191-211; da ultimo cfr. anche T. VORMBAUM, *Il diritto penale nazionalsocialista*, in ID., *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, Macerata, EUM, 2013, pp. 21-55, che, entro un quadro di ricostruzione storiografica della legislazione penale nazista nei termini della « radicalizzazione » o « accelerazione » di proposte e idee già presenti nella cultura giuridica precedente poiché « l'“anormalità” del nazionalsocialismo non costituisce, in gran parte, l'interruzione di una tradizione, ma — al contrario — una conseguenza terribile di importanti elementi della tradizione » (pp. 41-42), sottolinea la matrice lisztiana del provvedimento (pp. 35-37).

<sup>(194)</sup> FREISLER, *L'esperimento delle misure di sicurezza*, cit., p. 1108.

A pochi anni di distanza giuristi dalla formazione culturale diversa come Drost, Hall e Radzinowicz giungono alle stesse conclusioni: criticano l'indeterminatezza delle misure detentive, siano esse pene o provvedimenti preventivi di sicurezza, svelando i rischi che comporta per la tenuta democratica dell'ordinamento ed i pericoli connessi per le garanzie della libertà individuale. Il possibile sfruttamento dell'individualizzazione in chiave di difesa sociale repressiva da parte dei regimi totalitari esaspera le ambiguità che avevano caratterizzato il riformismo criminologico fin dalla sua origine ottocentesca <sup>(195)</sup> e che la scelta del doppio binario sembrava aver composto in un accettabile compromesso teorico <sup>(196)</sup>.

Nel dopoguerra, tuttavia, le contraddizioni emergeranno di nuovo. Nell'esperienza italiana, per esempio, dove il codice Rocco rappresenta dal punto di vista tecnico una delle più equilibrate formulazioni del doppio binario, subito dopo la caduta del regime fascista le antinomie del sistema duale e del principio di difesa sociale sono accentuate dal confronto con la Costituzione repubblicana <sup>(197)</sup>. Rifiutando l'appiattimento del diritto penale su una logica preventiva, che condurrebbe alla parificazione o all'unificazione di pene e misure di sicurezza, Bettiol scrive nel 1952 che « tra il criterio

---

<sup>(195)</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 259: « Al di là dei temperamenti eclettici e compromissori con cui in questo secolo si è tentato di conciliare la prevenzione speciale con le classiche garanzie della stretta legalità, della colpevolezza e della prova, non uno di questi principi è salvaguardato da siffatte dottrine dello scopo [...] Non a caso queste dottrine preparano il terreno, nell'Europa a cavallo dei due secoli, di quel processo di dissoluzione irrazionalistica e soggettivistica del diritto penale e della ragione giuridica che celebrerà i suoi fasti nei regimi totalitari tra le due guerre ».

<sup>(196)</sup> Come sintetizza Carlo GALLI, *Alfredo Rocco: politica e diritto*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a c. di), *Gli Ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, Bononia University Press, 2012 p. 183: « È in questa logica, che vede nel diritto penale essenzialmente una difesa sociale e politica, che si colloca il celebre "doppio binario", ossia l'alternanza fra prevenzione e repressione, fra misura di sicurezza (fondata sulla pericolosità dell'attore) e pena (fondata sulla pericolosità del reato) »; l'« esito paradossale » del sistema dualista, che si traduce in un « "duplicato" di repressione », è rilevato anche da A. MANNA, *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in M.N. MILETTI (a c. di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 206-207.

<sup>(197)</sup> Cfr. sul punto le considerazioni di M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello stato costituzionale*, in STORTONI, INSOLERA (a c. di), *Gli Ottant'anni del Codice Rocco*, cit., pp. 191-205.

della repressione da un lato e quello della prevenzione dall'altro non esiste solo una differenza temporale, ma una differenza *ontologica* »<sup>(198)</sup>.

La finalità rieducativa della pena sancita dalla Costituzione non significa rinuncia alla sua funzione retributiva, e le misure preventive devono essere sempre bilanciate dalla legalità (costituzionalizzata anche per le misure di sicurezza) e dalla determinatezza della pena, perché « dalla sentenza indeterminata alla misura di sicurezza il salto non è poi tanto grande »<sup>(199)</sup>.

Per i loro criteri di applicazione e per i modi di valutazione della pericolosità, le misure di sicurezza continuano a riproporre le irrisolte contraddizioni dell'individualizzazione.

---

<sup>(198)</sup> G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano, Giuffrè, 1952, p. 183. Sulla figura del penalista friulano cfr. F. PALAZZO, *Giuseppe Bettiol*, in *Enciclopedia italiana di scienze lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 659-662, specie pp. 661 per la sua concezione della pena. Per un'analisi critica del doppio binario nel penale costituzionalizzato, cfr. da ultimo PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit.

<sup>(199)</sup> BETTIOL, *Repressione e prevenzione*, p. 188; le misure di sicurezza, continua l'Autore, « costituiscono un "corpo estraneo" nel quadro di una costituzione democratica e di un diritto penale retributivo e quindi democratico » (p. 189). In *Assemblea Costituente* lo stesso Bettiol, spiegando le ragioni dell'emendamento da lui proposto (assieme a Giovanni Leone) e approvato come terzo comma dell'art. 20 (poi art. 25 nel testo definitivo), insiste sull'importanza di sottoporre anche la misura di sicurezza al principio di legalità, poiché « si presenta con carattere indeterminato e, quindi, incide più marcatamente della pena stessa sulla libertà dell'individuo [...] Sullo sfondo vediamo balenare lo Stato di polizia, quindi non si tratta di misure che siano consone, al cento per cento, ai principi di una Costituzione liberale » (G. BETTIOL, intervento in *Assemblea Costituente. LXXXIX. Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Vol. I, Roma, Camera dei Deputati — Segretariato Generale, 1970, p. 899).

## INDICE DEI NOMI

- ABBOT, Edwin M., 101, 102  
AGUIRRE, Carlos, 9, 20, 21  
ALIMENA, Bernardino, 165  
ALLEN, Francis A., 9, 114, 181, 294, 296  
ALTAVILLA, Enrico, 138, 254, 255  
AMALFI, Gaetano, 149, 151, 154  
AMATO, Giuliano, 223  
ANCEL, Marc, 30-33, 181, 187, 265, 266, 296  
ANDERSON, Stuart, 10  
ARAÚJO, Vieira de, 44  
ARDIGÒ, Roberto, 42  
ARENA, Pasquale, 14  
ARNOLD, Victor P., 204  
ARTMANN, Adolf, 60  
ASCHAFFENBURG, Gustav, 41, 56, 57, 61, 199, 230  
ASHWORTH, Andrew, 163  
BACON, Corinne, 80, 108  
BAILEY, Victor, 162  
BAKER, Herbert M., 205  
BALDWIN, Simeon E., 170  
BANDEIRA, Esmeraldino, 22  
BARBERGER, Cécile, 2  
BARNES, Harry Elmer, 108  
BARROWS, Samuel J., 76, 78  
BARTOLE, Sergio, 1  
BASSU, Carla, 268  
BATES, Sanford, 256-258, 264  
BATTAGLINI, Giulio, 60, 155, 169, 199, 301, 305  
BECCARIA, Cesare, 9, 48, 58, 68, 213  
BECK, Gustave, 170, 171, 174  
BECKER, Peter, 8, 10, 22, 195  
BELLMANN, Elisabeth, 51  
BOGNETTI, Giovanni, 85  
BOIES, Henry M., 57  
BONGER, Willem Adriaan, 57, 59, 61  
BONNEVILLE DE MARSANGY, Arnould, 75, 125  
BOREL, Eugène, 166  
BOROSINI, Victor Von, 60  
BOSTWICK, Charles F., 189, 192  
BRAND, Paul, 163  
BRANDON, Gerard C., 188  
BROADY, Florence, 208  
BROCKWAY, Zebulon Reed, 4, 71-75, 98-100, 105, 109, 112, 147, 156, 159, 168, 186, 212, 244, 316  
BRODRICK, William John Henry, 241  
BROPHY, Alfred L., 296  
BROWN, Ian, 19  
BRUCE, Andrew Alexander, 106, 107  
BRUNIALTI, Attilio, 253  
BUCK, George M., 78  
BUFFINGTON, Robert M., 21  
BURGESS, Ernest Watson, 106  
BURKE, Peter, 19  
BUTLER, Amos W., 99, 100, 104, 216, 240, 258  
CABOT, Henry B., 213, 218  
CABRANES, Jose A., 186  
CADOPPI, Alberto, 181  
CAIMARI, Lila, 20, 22  
CALAMANDREI, Piero, 297  
CALAMANDREI, Silvia, 297  
CALDARA, Emilio, 165  
CALVI, Alberto Alessandro, 10  
CAMPESTI, Giuseppe, 116  
CANONICO, Tancredi, 123, 124  
CANTOR, Nathaniel, 214, 219, 220

- CAPPELLINI, Paolo, 37  
 CARLIER, Christian, 222  
 CARNEVALE, Emanuele, 305-307, 313  
 CARRARA, Francesco, 68, 122, 123,  
 CASS, Edward R., 103, 319  
 CASSINELLI, Bruno, 301  
 CASTORKIS, Démétrios E., 284  
 CAZZETTA, Giovanni, 37, 153  
 CHAPIN, Stuart F., 57  
 CHAUVAUD, Frédéric, 116  
 CHENG, Tien-Hsi, 288  
 CLABAUGH, Hinton G., 106  
 CLADIS, Mark Sydney, 139  
 COCKS, Ray, 10  
 COLAO, Floriana, 10, 122, 154, 168, 181,  
 184, 185  
 COLLIGNON, Théo, 314  
 COMBES, Louis De, 161  
 COMTE, Auguste, 42  
 CONTI, Ugo, 26, 33, 57, 60, 152, 153, 155,  
 171-174, 246, 247, 262, 280, 281, 284,  
 285, 289  
 COOPER, Robert M., 274  
 CORNIL, Paul, 281, 282, 284  
 CORNISH, William, 10  
 COSSUTTA, Mario, 296  
 COSTA, Pietro, 17, 35, 37, 139, 155, 180,  
 223, 268  
 CRACKANTHORPE, Montague, 53  
 CROFTON, Walter, 75  
 CUCHE, Paul, 50, 197  
 D'AMICO, Elisabetta, 184  
 DA, Henri, 76  
 DAGGUNAGHER, Erika, 168  
 DAHM, Georg, 313  
 DALE, Elizabeth, 81  
 DANET, Jean, 150  
 DAVIE, Neil, 9, 43  
 DAVITT, Michael, 76  
 DE ASUA, Luis Jiménez, 21, 32, 121, 165,  
 187, 224, 226, 227, 235, 236, 238, 242,  
 243, 276, 277, 281, 313, 317  
 DE CRISTOFARO, Ernesto, 295  
 DE FRANCESCO, Giovannangelo, 180  
 DE MARSICO, Alfredo, 165, 199, 301-303,  
 305-307  
 DE MAURO, Giovan Battista, 233  
 DE SÁ PEREIRA, Virgilio, 313  
 DE VICENTIS, Cesidio, 265  
 DEBUYST, Christian, 9, 139  
 DERSHOWITZ, Alan M., 109  
 DESPINE, Prosper, 114, 115  
 DEZZA, Ettore, 11  
 DICEY, Albert Venn, 267-269  
 DICOSOLA, Maria, 268  
 DIGNEFFE, Françoise, 9, 13, 139, 142  
 DIKÖTTER, Frank, 9, 18, 19  
 DINGES, Martin, 116  
 DONNEDIEU DE VABRES, Henri, 287, 316  
 DORADO MONTERO, Pedro, 25, 26, 223,  
 242, 245  
 DRÄHMS, August, 45, 57  
 DROST, Heinrich, 309, 310, 323  
 DUBBER, Markus Dirk, 16, 17, 153  
 DUNSTALL, Greame, 24, 25  
 DURKHEIM, Émile, 42, 105, 139-142, 144,  
 155  
 DUVE, Thomas, 19, 37  
 EHRET, Susanne, 181  
 ELLIS, Havelock, 43  
 EMSLEY, Clive, 9, 24, 25  
 ENSOR, Robert Charles Kirkwood, 205  
 EXNER, Franz, 31, 44, 230, 238, 239, 311,  
 312, 319, 322  
 FARMER, Lindsay, 16, 17  
 FERRAJOLI, Luigi, 180, 323  
 FERRARI, Robert, 206  
 FERRI, Enrico, 4, 9-11, 19, 35, 36, 43-45,  
 48, 51, 58, 59, 61-63, 68, 119, 126, 145,  
 148, 151, 152, 165, 184, 193, 229, 232,  
 233, 243, 275-277, 278, 291, 299, 306,  
 313, 317, 318  
 FINOCCHIARO-APRILE, Camillo, 11, 151, 254  
 FINZSCH, Norbert, 64, 168, 322  
 FIORAVANTI, Maurizio, 37, 223, 323  
 FLORIAN, Eugenio, 232, 246, 252-254, 301,  
 306  
 FOINITZKY, Ivan, 135  
 FOLLETT, Martin Dewey, 78

- FOUCAULT, Michel, 6, 21, 28, 116, 152, 153  
FRANCHI, Bruno, 43, 155, 156, 247-251, 262  
FRANKEL, Marvin E., 294  
FRANKFURTER, Felix, 217, 269, 272-274, 279  
FRASE, Richard S., 23  
FREISLER, Roland, 321, 322  
FREUDENTHAL, Berthold, 120, 121, 161, 256  
FREUND, Ernst, 61  
FRIEDMAN, Ernest, 170  
GALASSI, Silvana, 9  
GALLI, Carlo, 323  
GARÇON, Émile Auguste, 225  
GARLAND, David, 8, 10, 11, 23, 28, 37, 139, 155, 188, 194, 294  
GARNER, James Wilford, 55, 58, 59, 188-191, 269  
GAROFALO, Raffaele, 9, 19, 33, 45, 57, 61, 112-114, 116-118, 141, 145, 155, 195, 262, 291  
GARRETT, George P., 205, 206  
GARZON, Aurelio, 320  
GATENS, Peter R., 84  
GATTI, Tancredi, 314  
GAUCKLER, Édouard, 158  
GAULT, Robert H., 59, 60  
GAUTIER, Alfred, 130, 131, 133, 137, 141  
GELLATELY, Robert, 322  
GERLAND, Heinrich Balthasar, 294  
GETZLER, Joshua, 163  
GIANTURCO, Emanuele, 294  
GIBSON, Mary, 37, 45  
GILMORE, Eugene A., 58  
GIOLO, Orsetta, 278  
GIVANOVITCH, Thomas, 289  
GLASER, Stefan, 289, 319  
GLEISPACH, Wenzeslaus (Wenzel) Graf, 170, 242, 263, 264, 313  
GLUECK, Eleanor, 212, 215-217,  
GLUECK, Sheldon, 59, 193, 211-217, 273-279  
GODFREY, Barry S., 13, 24, 25  
GOOS, Carl, 123, 124  
GRANDE, Elisabetta, 42, 181  
GRANT, Claudius B., 86  
GRAVEN, Jean, 265  
GREEN, Thomas, 37, 67, 192, 205, 207, 296  
GRISPIGNI, Filippo, 165, 185, 232, 233, 255, 266, 276, 299, 317  
GROSS, Hans, 58, 61  
GROSSI, Paolo, 17, 297  
GRUCHMAN, Lothar, 322  
GUARNIERI, Patrizia, 45  
GUIDI, Guido, 129  
GUILLAUME, Louis, 122, 166, 229  
GURVITCH, Georges, 4, 298  
HABERMAS, Jürgen, 21  
HAFTER, Ernest, 25, 230, 244, 266, 299, 317, 318  
HALL, Albert H., 100, 101  
HALL, Arthur Cleveland, 57  
HALL, Clarke, 258  
HALL, Jerome, 4, 42, 294-297, 323  
HAMILTON, Daniel W., 296  
HANDLER, Phil, 163  
HARNO, Albert J., 106  
HART, Herbert Lionel Adolphus, 3  
HART, Hornell, 216  
HARTMANN, Adolf, 60  
HEALY, William, 57  
HEIN, Oliver, 64  
HENDERSON, Charles Richmond, 47, 56, 58, 167-169, 171  
HENRY, André, 258-261  
HERMAN, Susan N., 208  
HEWART, Gordon, 269  
HILL, Matthew Davenport, 75  
HIRSCH, Andrew Von, 186, 294  
HOLTZOFF, Alexander, 211  
HOOD, Roger, 159, 160, 164  
HOROVITZ, Anat, 207  
HOWARD, John, 58  
HUGUENEY, Luis, 283  
IHSAN ZOHDI, Mahmoud, 228  
IMPALLOMENI, Giovanni Battista, 183  
INGENIEROS, José, 41  
INSOLERA, Gaetano, 1, 323  
JACOBS, James, 37  
JAMES, Arthur Wilson, 95  
JAMONTT, Janusz, 263

- JENNINGS, William Ivor, 269  
 JOHNSON, Herbert Alan, 72  
 JOHNSTON, Helen, 28  
 JONES, Colin, 116  
 JONESCU-DOLJ, Jean, 285, 289  
 JORGULESCO, Nicolas, 289  
 JOSEPH, Gilbert Michael, 20, 21  
 JÜTTE, Robert, 64, 168, 322  
 KALUSZYNSKI, Martine, 10  
 KAMINSKI, Dan, 150  
 KANT, Immanuel, 184  
 KARSTEDT, Susanne, 29  
 KEEDY, Edwin, 59, 190  
 KELLER, Oliver J., 45  
 KELLOR, Frances Alice, 56  
 KERR, James Manford, 88-90  
 KESPER-BIERMANN, Sylvia, 56  
 KLIPPEL, Theodor, 119  
 KNAPP, Kay A., 186  
 KNEPPER, Paul, 45  
 KRAEPELIN, Emil, 116-118, 230  
 KUMAR SEN, Prosanto, 185, 314  
 LABADIE, Jean-Michel, 9  
 LACCHÈ, Luigi, 17, 26, 154, 168, 181, 184, 185, 223  
 LACEY, Nicola, 7, 13, 16, 24  
 LACOSTE, Georges De, 110, 121  
 LAMMASCH, Heinrich, 27  
 LANGBEIN, John H., 207  
 LANNE, William F., 217  
 LARUE, Daniel W., 57  
 LAUNE, Ferris F., 217  
 LAWLOR, William P., 190  
 LAWRENCE, Paul, 13  
 LAWSON, John Davison, 188, 190  
 LE POITTEVIN, Gustave, 135  
 LE POOLE-GRIFFITHS, Fré, 28  
 LENZ, Adolf, 289  
 LEONE, Giovanni, 324  
 LÉVEILLÉ, Jules, 135  
 LEVIN, Yale, 45  
 LÉVY, René, 195  
 LEWIS, Charlton T., 77-82  
 LIEBERMANN, David, 37  
 LIEPMANN, Moritz, 36  
 LILIENTHAL, Karl Von, 315  
 LINDESMITH, Alfred, 45  
 LINDSAY, Edward, 95, 96, 101, 103, 105  
 LIPPENS, Ronny, 142, 153  
 LIPSCOMB, Abner Eddins, 273  
 LISZT, Franz Von, 4, 10, 19, 49-53, 63-65, 118, 147, 165, 294  
 LOBBAN, Michael, 10  
 LOMBROSO, Cesare, 9, 19, 44, 45, 57, 59, 61, 109, 241, 249  
 LONGHI, Silvio, 165, 200, 255, 299, 314  
 LORETO, Sergio, 22  
 LUBLINSKY, Paul, 264  
 LUCCHINI, Luigi, 5, 165, 182  
 M'DERMOTT, E.J., 188  
 MACDONALD, Arthur, 58  
 MACONOCHE, Alexander, 75  
 MADE, Raoul van der, 314  
 MAES, Eric, 150  
 MAGGIORE, Giuseppe, 300, 307  
 MAGUIRE, Mike, 7, 8  
 MANNA, Adelmo, 323  
 MANNHEIM, Hermann, 218, 220  
 MANNING, Patrick, 20  
 MANNORI, Luca, 267, 269  
 MANZINI, Vincenzo, 253, 302  
 MARCHETTI, Paolo, 37, 114, 171  
 MARINI, Giuliano, 11  
 MARRI, Antonio, 151-154  
 MARTÍN, Sebastian, 26, 185, 223, 235  
 MARTYN, Georges, 16, 35  
 MARY, Philippe, 150  
 MAXWELL, Joseph, 57  
 MAYALI, Laurent, 37  
 MAZZACANE, Aldo, 10  
 MAZZACUVA, Nicola, 1  
 MCGEHEE, Lucius Polk, 269  
 MCGUIRE, Matthew F., 211  
 MCILWAIN, Charles Howard, 295  
 MECCARELLI, Massimo, 17  
 MELOSSI, Dario, 23, 139, 140  
 MENNINGER, Karl, 206, 207  
 MEYER, Adolf, 189  
 MIGLIORINO, Francesco, 154  
 MILETTI, Marco Nicola, 11, 248, 249, 254, 323

- MILLAR, Robert W., 60  
MONTALDO, Silvano, 45  
MONTESINOS, Manuel, 75  
MONTVALON, Gabriel De, 285  
MOORE, Wilbert E., 4, 298  
MORGAN, Rod, 7, 8  
MORRIS, Norval, 41, 75, 164,  
MORRISON, Bronwyn, 24  
MORSE, Allen Benton, 85  
MORTARA, Lodovico, 275  
MOTT, Rodney L., 222  
MUCCHIELLI, Laurent, 8  
MUELLER, Gerhard O.W., 28, 42, 61, 187,  
194  
MULLINS, Claud, 283  
MURPHY, William Francis "Frank", 210  
MUSSON, Anthony, 16, 35  
MYERS, Quincy A., 62  
NAPODANO, Gabriele, 183  
NAUCKE, Wolfgang, 64, 180  
NEGRI, Daniele, 223  
NEPPI MODONA, Guido, 9, 307  
NOBILI, Massimo, 198  
NORMANDEAU, André, 75  
NORRIE, Alan, 108, 194, 195  
NORTH, Michael, 19  
NOVELLI, Giovanni, 289  
NUZZO, Luciano, 152  
NYE, Robert A., 10  
OLIVIERI, Vittorio, 156  
OTTENHOF, Reynald, 1  
OTTOLENGHI, Salvatore, 60  
OVERATH, Petra, 56  
OVERBECK, Alfred Von, 299, 307-309  
PADOA SCHIOPPA, Antonio, 207  
PADOVANI, Tullio, 51, 75  
PALAZZO, Francesco, 35, 324  
PALOMBELLA, Gianluigi, 37, 185, 223  
PANDOLFI, Alessandro, 116  
PAPA, Emilio R., 9  
PARMELEE, Maurice, 8, 14, 45, 46, 48, 57,  
61, 144-146, 290, 292, 293  
PASSEZ, Ernest, 76  
PAVARINI, Massimo, 1, 2  
PELISSERO, Marco, 11, 36, 307, 324  
PENNOCK, J. Roland, 270, 273  
PESSINA, Enrico, 126, 128, 129, 161, 183,  
184  
PETERSILIA, Joan, 37  
PETIT, Carlos, 37, 61  
PETRINI, Davide, 223  
PETROCELLI, Biagio, 302, 305, 307  
PICCATO, Pablo, 21  
PIFFERI, Michele, 174, 191, 223, 278  
PIHLAJAMÄKI, Heikki, 16, 35  
PIRES, Alvaro P., 9, 139  
PLESNICAR, Mojca M., 2  
POESIO, Camilla, 321  
POLDEN, Patrick, 10  
POLS, Meinardus Siderius, 123  
POMORSKI, Stanislaw, 181  
PORTER, Roy, 116  
POUND, Roscoe, 59, 61, 63, 66-68, 189,  
192-195, 215, 270, 271, 273, 274  
PRATT, John, 155  
PRINS, Adolphe, 19, 26, 27, 49-51, 57, 60,  
135-138, 144, 149, 150, 153, 155, 166,  
168, 170, 196  
PROUST, Édouard, 138  
PUGLIA, Ferdinando, 25, 63  
RABINOWICZ, Léon (Vedi Radzinowicz)  
RADZINOWICZ, Leon, 159, 160, 164, 314,  
315, 320, 323  
RAFTER, Nicole Hahn, 45  
RAPOPORT, Salman, 162  
RAPPAPORT, Emil Stanislaw, 185, 299  
REINER, Robert, 7, 8  
REITZ, Kevin R., 37  
RENOUX, André, 263  
RIESENFELD, Stefan, 269  
RIETZSCH, Otto, 288  
RITTLER, Theodor, 313, 315, 316  
ROCCO, Alfredo, 275  
ROCCO, Arturo, 238, 253, 298-302  
ROLLAND, Maurice, 265  
ROOSEVELT, Theodore, 188  
ROSENFELD, Ernst, 149, 165  
ROTHMAN, David J., 41, 193  
ROTMAN, Edgardo, 41  
ROTONDO, Francesco, 37, 249

- ROUX, Jean André, 147, 244  
 RUBIN, Sol, 211  
 RUGGLES BRISE, Evelyn, 33, 60, 83, 159-164, 166, 241, 314  
 RÜPING, Hinrich, 295  
 RUTGERS, Victor Henri, 285, 286  
 SAAS, Claire, 150  
 SABATINI, Guglielmo, 232  
 SABBIONETI, Marco, 66  
 SALANDRA, Antonio, 253  
 SALDAÑA, Quintiliano, 36, 242, 310, 311, 319  
 SALEILLES, Raymond, 2, 5, 22, 57, 61, 63, 65, 66, 137, 156-158, 175, 202, 215  
 SALVATORE, Ricardo D., 9, 20, 21  
 SALVETTI, Patrizia, 188  
 SANCHEZ, Jean-Lucien, 138  
 SANTORO, Arturo, 265  
 SAUER, Wilhelm, 318  
 SAYRE, Francis B., 193  
 SBRICCOLI, Mario, 10, 17, 28, 35, 223, 307  
 SCHAFFSTEIN, Friedrich, 313  
 SCHIAVONE, Aldo, 10  
 SCHLAPP, Max G., 45  
 SCHÖNMEYER, C.M., 123  
 SCOTT, Robert B., 61  
 SCOTT, Ryan W., 186  
 SELIN, Thorsten, 9, 211, 212, 217  
 SEMERARO, Pietro, 142  
 SHAPLAND, Joanna, 163  
 SHARPE, Andrew Neville, 153  
 SIMON, Jonathan, 23, 45, 195  
 SLIWOWSKI, Georges, 285  
 SMAUS, Gerlinda, 64  
 SMITH, Edward H., 45  
 SMITH, Eugene, 81, 97, 100, 108  
 SMITH, Keith, 10  
 SMITHERS, William W., 44, 61  
 SOLLA, Julia, 37  
 SORDI, Bernardo, 37, 267, 269  
 SOZZO, Máximo, 19  
 SPALDING, Warren Foster, 75-78, 81, 82  
 SPENCER, Herbert, 42  
 SPENCER, John R., 181  
 SPERANZA, Gino Charles, 48, 55, 200  
 SPIRITO, Ugo, 314  
 SREBNICK, Amy Gilman, 195  
 STARRS, James E., 194  
 STEPHEN, James Fitzjames, 163  
 STEVENS, Ray E., 190  
 STITH, Kate, 186  
 STJERNBERG, Nils, 286  
 STOOSS, Carl, 165, 229-231, 238, 247, 266, 314, 315, 317  
 STOPPATO, Alessandro, 125  
 STORTI, Claudia, 154, 168, 184, 185  
 STORTONI, Luigi, 323  
 STORY, Joseph, 91  
 STRONATI, Monica, 26, 37, 154, 185  
 STUNTZ, William J., 37  
 SURIANO, Juan, 22  
 SZERER, Mieczyslaw, 57  
 TAFT, William Howard, 188, 189  
 TALAMO, Gennaro, 183  
 TAPPERO, Paolo, 45  
 TARDE, Gabriel, 10, 42, 57, 61, 65, 141-144  
 TAYLOR, Hannis, 269  
 TAYLOR, Henry, 160  
 TEETERS, Negley K., 168  
 THIRY, Fernand, 150  
 THOMAS, David Arthur, 163  
 THONISSEN, Louis Joseph, 123, 124  
 TILLET, Édouard, 65  
 TOMLINSON, M. Heather, 162  
 TONRY, Michael, 23, 24, 29, 37, 186  
 TORP, Carl, 244  
 TOWNSEND, William H., 205  
 TRAIN, Arthur C., 41, 56  
 TULKENS, Françoise, 2  
 URBYE, Andreas, 149  
 VACANO, Paul, 288  
 VALSECCHI, Chiara, 154, 168, 185  
 VAMBÉRY, Ruzstem, 170  
 VAN CALSTER, Patrick, 142, 153  
 VAN DER AA, Simon, 261, 262, 264, 280, 319  
 VAN HAMEL, Gerard Anton, 33, 49, 50, 53, 54, 126-129, 132-136, 143, 147, 149, 199, 240  
 VAN SCHUILENBURG, Marc, 142

- VANHAMME, Françoise, 150  
VANIER, Gabriel-Edmond-Magloire, 131  
VANO, Cristina, 37  
VERSELE, Severin Carlos, 265  
VIOLANTE, Luciano, 223, 307  
VOLD, George B., 217  
VORMBAUM, Thomas, 64, 322  
VOUIN, Robert, 265  
WALKER, Neil, 223  
WARD, Tony, 28  
WARNER, Charles Dudley, 77, 79, 81  
WARNER, Sam Bass, 213, 216, 218  
WEBSTER, Richard Everard, 205  
WEIDENSALL, Jean, 57  
WEIHOFEN, Henry, 86  
WEILER, Joseph, 37  
WETZELL, Richard F., 8, 10, 22  
WHATELEY, Richard, 75  
WHITMAN, James Q., 23, 26, 28, 37, 210  
WIENER, Martin Joel, 17  
WIGMORE, John Henry, 49, 54, 57, 60, 61,  
100, 102, 144, 191, 209  
WILKE, Gustav, 321  
WILLERT, Anton, 117, 118  
WILLIAMS, Chris A., 13  
WINES, Enoch Cobb, 72, 82, 83, 125  
WINES, Frederick Howard, 4, 32, 33, 75-  
77, 81, 94, 97, 187, 201, 202  
WINKLER, Karl Tilman, 168  
WOLFE, Nancy Travis, 72  
WOLFF, Aaron S., 209  
WOLFGANG, Marvin E., 9  
WRIGHT, Roberts J., 107  
WYVEKENS, Anne, 36  
YSTEHEDE, Per Jørgen, 45  
ZALMAN, Marvin, 95  
ZANOTTI, Marco, 1  
ZOLO, Danilo, 223, 268



## INDICE SOMMARIO

### INTRODUZIONE

1. L'individualizzazione e i conflitti irrisolti del riformismo penale . . . . .	1
2. Positivismo criminologico e <i>criminalisation process</i> . . . . .	5
3. L'impatto della criminologia sul diritto penale liberale . . . . .	7
4. Storicizzare l'individualizzazione . . . . .	14
5. Riformismo penale e comparazione storico-giuridica . . . . .	17
6. Globale e nazionale, unità e diversità. . . . .	24
7. I dilemmi della pena indeterminata. . . . .	30
8. Dalla garanzia dell'individuo alla difesa della società . . . . .	33

### Parte prima

## RIVOLUZIONE CRIMINOLOGICA E COMPARAZIONE GIURIDICA TRA EUROPA E STATI UNITI

### CAPITOLO I

#### IL RIFORMISMO ALLA RICERCA DI UN METODO

1. Pragmatismo USA vs. dottrinarismo europeo . . . . .	41
2. Comparare per progettare il futuro: l'Unione internazionale di diritto penale. . . . .	48
3. Il ruolo propulsivo dell' <i>American Institute of Criminal Law and Criminology</i> . . . . .	54
4. Il <i>Journal</i> e la <i>Series</i> per divulgare la scienza criminologica . . . . .	58
5. Rileggere il passato per cambiare il futuro . . . . .	63

### CAPITOLO II

#### LA PENA A TEMPO INDETERMINATO: RIABILITAZIONE INDIVIDUALE E SICUREZZA SOCIALE

1. Il dibattito sulla <i>indeterminate sentence</i> negli Stati Uniti . . . . .	71
2. L'esaltazione dell'ideale riabilitativo . . . . .	76
3. La dubbia costituzionalità delle <i>indeterminate sentence laws</i> . . . . .	84
4. Interpretazioni evolutive ed « emphasis upon reformation » . . . . .	90

5. Pena indeterminata e difesa sociale . . . . .	94
6. Dalla disillusione alla critica. . . . .	100
7. La pena indeterminata nella criminalistica europea . . . . .	109
8. Prime teorizzazioni e identità genetiche europee . . . . .	112
9. La stretta legalità dell'esecuzione e l'individualizzazione 'nei limiti del possibile' . . . . .	121
10. Il confronto dottrinale e la costruzione di un'alternativa . . . . .	126
11. La detenzione indeterminata come supplemento di pena . . . . .	130
12. Il 'retributivismo sociologico' di Durkheim e Tarde. . . . .	139
13. Il penale per i 'normali' e quello per gli 'anormali' . . . . .	146
14. La decisione di retroguardia al Congresso di Bruxelles . . . . .	156
15. Lo scontro di Washington e la frattura tra Europa e Stati Uniti . . . . .	165

### Parte seconda

## INDIVIDUALIZZAZIONE E CRISI DELLA LEGALITÀ PENALE NEL *RULE OF LAW* E NELLO STATO DI DIRITTO

### CAPITOLO III

#### DALL'INDIVIDUALISMO ALLA DIFESA SOCIALE: IL *BI-PHASIC TRIAL* E IL DOPPIO BINARIO

1. Individualizzazione, indeterminazione e legalità nello Stato di diritto e nel <i>Rule of law</i> . . . . .	179
2. L'insoddisfazione per l'amministrazione della giustizia e la critica alle arcaiche garanzie processuali. . . . .	187
3. La <i>social defence</i> e la nuova 'economia della repressione'. . . . .	193
4. La redistribuzione dei poteri nel <i>reformatory system</i> . . . . .	197
5. Il <i>bi-phasic trial</i> e la separazione tra <i>verdict</i> e <i>sentence</i> . . . . .	203
6. Il 'dilemma' del giudice e il <i>disposition tribunal</i> . . . . .	211
7. Le trasformazioni del <i>nulla poena</i> nello Stato di diritto . . . . .	221
8. Le misure di sicurezza come <i>Zweckstrafe</i> . . . . .	226
9. Il <i>nulla poena sine crimine</i> e la legalità della pericolosità . . . . .	233
10. «What a vast gulf separates the two conceptions»: <i>indeterminate sentence</i> e misure di sicurezza. . . . .	240

### CAPITOLO IV

#### POTERI E GARANZIE NELL'INDIVIDUALIZZAZIONE: L'INCERTO CONFINE TRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE

1. Individualizzazione del processo e giurisdizionalità della pena nella dottrina europea . . . . .	245
2. La difesa sociale e le nuove 'colonne d'Ercole' del giudice . . . . .	252

3. Le lacune della procedura penale per l'individualizzazione giudiziaria 'in concreto' . . . . .	256
4. La crescita delle <i>administrative agencies</i> e il passaggio dalle <i>legal rules</i> ai <i>legal standards</i> . . . . .	266
5. <i>Sheldon Glueck</i> e il <i>Rational Penal Code</i> . . . . .	273
6. L'irrisolto problema della pena individualizzata: i poteri del giudice nell'esecuzione . . . . .	279
7. La ricerca dell'equilibrio tra flessibilità del trattamento e garanzie individuali . . . . .	284
8. Dall'abbandono del <i>nulla poena</i> al ritorno alla legalità. . . . .	289
9. Le misure amministrative di sicurezza nel Codice Rocco . . . . .	298
10. I confini necessari dell'individualizzazione . . . . .	307
11. « Conciliare l'inconciliabile »: l'ambigua soluzione del doppio binario. . .	313
<i>Indice dei nomi</i> . . . . .	325



# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

## BIBLIOTECA

### « Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144

- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603

- 45 Luca Mannori, **IL SOVRANO TUTORE**  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, **UNE ET INDIVISIBLE**  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, **TOMÁS Y VALIENTE**  
Una biografía intelectual  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, **L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO**  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, **LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE**  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, **SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, **ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**  
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, **PRÆSUMITUR SEDUCTA**  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, **POTENZA E RAGIONE**  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, **LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, **LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO**  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502

- 61 CODICI  
Una riflessione di fine millennio  
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTION  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzaella, NEL *SEGNO* DEI TEMPI  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA  
(SECOLI XVII-XX)  
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI *PATRES*  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO  
BRITANNICO (1690-1832)  
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284

- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE  
Quaderni fiorentini 1972-2001  
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO  
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)  
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008  
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta  
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO  
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federico Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I  
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57  
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA  
Scritti editi e inediti (1972-2007)  
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722  
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo II (1928-1943)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE  
(2010), 8°, p. X-576

- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**  
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)  
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**  
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo  
A cura di Gabriele Magrin  
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela  
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010  
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi  
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**  
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)  
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**  
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto  
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**  
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo  
Novecento  
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**  
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali  
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, **"L'OFFICINA DELLE COSE"**  
Scritti minori  
A cura di Paolo Grossi  
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, **L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA**  
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento  
(2013), 8°, p. IV-336

*Per Informazioni e Acquisti*

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano  
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82  
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

STAMPATO CON I TIPI  
DELLA TIPOGRAFIA  
«MORI & C. S.p.A.»  
VARESE

**€ 34,00**  
3980-71

